

LES POUVOIRS DE L'ARBITRE ET DE LA COUR D'ARBITRAGE DE LA CCI RELATIFS À LEUR COMPÉTENCE

par

Mirèze PHILIPPE

*Conseiller spécial au Secrétariat de la Cour internationale
d'arbitrage de la CCI*

RÉSUMÉ

L'objet de cet article est de distinguer le rôle de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI dans l'examen des clauses d'arbitrage, du rôle des arbitres désignés pour régler un litige. L'examen historique du pouvoir conféré à la Cour par son règlement permet de retracer l'évolution de ce rôle. Que signifie pour la Cour de retenir sa compétence ou de la décliner ? Si la Cour estime *prima facie* possible l'existence d'une clause d'arbitrage conformément à l'article 6(2) de son règlement, les arbitres sont-ils tenus par cette décision ? Quels sont les pouvoirs de chacun ? Quelle est la position des tribunaux étatiques face aux pouvoirs de la Cour ? Le but n'est pas de discuter du principe de *compétence-compétence*, de la séparabilité des clauses d'arbitrage ou de leurs ambiguïtés, mais de distinguer la compétence de la Cour de la compétence des arbitres.

SUMMARY

*The subject of this article is to distinguish the role of the ICC International Court of Arbitration in examining arbitration clauses from the role of the arbitrators appointed to settle a dispute. The examination of the history of the power given to the Court by its Rules shows how the role of the Court evolved. What does it mean when the Court accepts or refuses to recognize its jurisdiction? If the Court considers *prima facie* possible that an arbitration clause may exist in accordance with Article 6(2) of its Rules, are the arbitrators bound by this decision? What are the powers of each of them? What is the position of the state tribunals regarding the powers of the Court? The purpose is not to analyze the principle of *competence-competence*, the severability of arbitration clauses or their ambiguity, but to distinguish the jurisdiction of the Court from the jurisdiction of the arbitrators.*

La répartition des compétences entre la Cour internationale d'arbitrage (« Cour ») de la Chambre de commerce internationale (« CCI ») et le tribunal arbitral en ce qui concerne l'examen des clauses d'arbitrage est parfois mal comprise. Il nous a donc semblé utile d'étudier cette question qui fait l'objet de l'article 6(2) du règlement d'arbitrage de la CCI (« règlement »).

Le recours à l'arbitrage de la CCI suppose un accord entre les parties à cet effet. En général, les parties consignent cet accord dans une clause insérée dans leur contrat. Même si la plupart des clauses ne semble pas, à première vue, présenter de problème, il s'avère parfois que la clause renferme des ambiguïtés, voire de lourdes pathologies. Tantôt les rédacteurs recopient textuellement des clauses sans les adapter au contexte et sans se soucier de savoir si les termes copiés conviennent au contrat négocié, aux intérêts en jeu ou aux parties concernées. Tantôt ils rédigent en se fiant à leur mémoire sans vérifier les clauses modèles proposées par différents systèmes d'arbitrage et finissent par rédiger une clause lacunaire. L'approximation constitue la majeure partie des clauses ambiguës.

Une clause d'arbitrage mal rédigée est susceptible de provoquer un conflit entre parties quant à son interprétation, voire son existence, dans un laps de temps plus ou moins proche de la signature du contrat (le nombre de litiges soumis à la CCI en 2005 et issus de contrats signés moins de cinq ans avant la naissance du litige représente 62 %). Dans ce cas, il est nécessaire d'examiner la clause pour déterminer s'il existe un fondement suffisant pour engager la procédure. Il en va de même lorsqu'une demande d'arbitrage reste sans réponse de la part du défendeur. En vertu de l'article 6(2) du règlement, il appartient à la Cour de procéder en premier lieu à cet examen, avant de confier au tribunal arbitral le soin de décider de sa compétence. Parmi les affaires d'arbitrage soumises à la CCI ces dernières années, plus de la moitié ont été examinées par la Cour conformément à l'article 6(2), dont deux tiers en raison d'une exception d'incompétence et un tiers en raison de l'absence de réponse à la requête d'arbitrage.

La présente étude du pouvoir d'examen des clauses d'arbitrage est consacrée, dans sa première partie, à l'évolution et la reconnaissance du pouvoir d'examen de la clause d'arbitrage par la Cour, tandis que la seconde partie traite de la distinction entre le pouvoir administratif de la Cour et le pouvoir juridictionnel des arbitres.

I. – L'ÉVOLUTION ET LA RECONNAISSANCE DU POUVOIR D'EXAMEN DE LA CLAUSE D'ARBITRAGE PAR LA COUR

Avant de considérer la raison d'être du pouvoir de la Cour de décider de la mise en œuvre de la procédure (B), il convient d'abord de retracer l'évolution de ce pouvoir au fil des versions successives du règlement (A).

A) Historique du pouvoir de la Cour

1°) Règlements d'arbitrage de la CCI de 1922 à 1988

Le rôle de la Cour dans l'examen de l'existence d'une clause d'arbitrage est passé du simple constat de l'existence d'une clause liant les parties à la détermination de la mise en œuvre de la procédure conformément au règlement.

La question de la compétence de la Cour a été envisagée dès la première version du règlement datant de 1922 (1). Celle-ci prévoyait à l'article VIII de la section B et à l'article XXVIII de la section C que :

« Dans tous les cas où les parties ont convenu d'avoir recours à l'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale, les parties contractantes sont tenues de se soumettre à la compétence de la Cour d'arbitrage et si l'une des parties refuse ou s'abstient de soumettre son cas aux arbitres, une sentence par défaut pourra être rendue, ainsi qu'il est prévu ci-après ».

Ainsi, dès lors qu'il existait un accord pour recourir à l'arbitrage de la CCI, la compétence de la Cour était reconnue *ipso facto*, sans examen préalable de la clause par la Cour, et ce même si une partie ne participait pas. Les arbitres intervenaient, seuls, sur cette question.

Les versions suivantes du règlement n'exigeront plus des parties de se soumettre à la compétence de la Cour, mais au

(1) Contrairement aux règlements qui ont suivi, ce règlement ne comportait aucun libellé d'articles et ne distinguait pas les situations d'absence de clause et de son effet. Les sections B et C distinguaient entre l'arbitrage qui à l'époque était susceptible de sanction légale et l'arbitrage qui ne l'était pas.

règlement. Ce changement logique ouvre la voie à l'évolution qui va suivre.

Dans la deuxième version du règlement, celle de 1927, une distinction est faite entre les « cas où l'arbitrage ne peut avoir lieu » et les « cas où l'arbitrage a lieu par défaut à l'égard de l'une des parties ». D'une part, l'article 9 de ce texte prévoit pour la première fois l'impossibilité de procéder à l'arbitrage en l'absence d'une clause d'arbitrage ou en présence d'une clause ne visant pas la CCI :

« Lorsque les parties ne sont liées par aucune clause d'arbitrage, ou lorsqu'elles sont liées par une clause d'arbitrage ne visant pas la Chambre de Commerce Internationale, si la partie défenderesse ne répond pas dans le délai d'un mois à la notification qui lui est faite de la demande d'arbitrage ou décline l'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale, la partie demanderesse est informée que cet arbitrage ne peut avoir lieu ».

D'autre part, l'article 10 envisage l'hypothèse de la non-participation d'une partie à un arbitrage fondé sur une clause d'arbitrage visant la CCI :

« (1) Lorsque les parties étaient convenues d'avoir recours à un arbitrage rendu conformément au présent règlement, la partie défenderesse est tenue de s'y soumettre.

(2) Si elle refuse ou s'abstient de s'y soumettre, la Cour d'arbitrage ordonne que l'arbitrage aura lieu par défaut à son égard.

(3) La sentence par défaut ne peut être rendue par les arbitres si une notification d'avoir à comparaître devant eux n'a pas été faite au défendeur conformément à l'article 8, paragraphe 3 ».

Ainsi, la compétence de la Cour n'était plus expressément mentionnée mais implicite, puisqu'elle avait le pouvoir d'ordonner que l'arbitrage ait lieu par défaut à l'égard de la partie défenderesse si celle-ci refusait ou s'abstenait de se soumettre au règlement.

L'expérience des 463 affaires soumises à la CCI entre 1921 et 1931 (2) l'a poussée à envisager une autre manière d'exercer

(2) Cinq affaires ont été soumises en 1921 avant l'entrée en vigueur du règlement en 1922 et la création de la Cour en 1923. Sur le nombre d'affaires gérées sous chaque version du règlement, voir M. Philippe, « Révision du règlement d'arbitrage de la CCI », *D. Affaires*, 1998.1426.

son rôle. La Cour fut en effet confrontée à des cas où une partie prétendait parfois ne pas être liée par la clause d'arbitrage, faute de l'avoir expressément acceptée. Il en était ainsi, par exemple, lorsque la clause figurait dans la correspondance — « *business letters* » — parfois rédigée en langue étrangère, de la demanderesse. La question se posait alors de savoir qui parmi l'arbitre, le juge ou la Cour d'arbitrage était compétent pour statuer sur de telles exceptions d'incompétence. Un comité de la CCI chargé de suivre la mise en pratique de la procédure a étudié les trois hypothèses. La première — celle de l'arbitre — était exclue d'emblée puisqu'il s'agissait de statuer sur la recevabilité de l'arbitrage avant même que l'arbitre soit nommé. Les membres du comité qui estimaient que la question devrait relever de la compétence du juge ont souligné que si celui-ci refusait l'exécution de la sentence, la décision de la Cour affirmant la validité de la clause serait caduque. Cependant, il incombait précisément à la Cour de veiller à ce que la sentence réponde aux exigences légales liées à son exécution, parmi lesquelles figuraient les conditions régissant la validité de la clause dans le(s) pays où la sentence était susceptible d'être exécutée.

Cette analyse a conduit à la modification en 1931 de l'article 10 du règlement de 1927, lui incorporant un paragraphe entre le deuxième et le troisième :

« Dans le cas où les parties sont en désaccord sur le fait d'être liées ou non par une clause d'arbitrage, la Cour d'arbitrage se prononcera sur la question ».

Le rôle joué par la Cour dans la constatation de l'existence, et non plus simplement de l'absence, d'une clause trouve donc son origine dans cet amendement de 1931 (3).

L'article 9 du règlement de 1927 a, quant à lui, connu un léger Amendement en 1939, modifiant la référence à la clause « *ne visant pas la Chambre de Commerce Internationale* » en la clause « *dans laquelle la CCI n'est pas spécifiée* ».

La troisième version du règlement, celle de 1955, a maintenu la distinction introduite en 1927, mais en modifiant le libellé des articles. L'article 9 devient l'article 12 intitulé « Absence de clause d'arbitrage » :

(3) Y. Derains et E.A. Schwartz, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, Kluwer Law International, 2005, p. 77.

« Lorsqu'il n'existe entre les parties aucune clause d'arbitrage, ou lorsqu'il existe une clause ne visant pas la Chambre de Commerce Internationale, si la partie défenderesse ne répond pas dans le délai de 30 jours visé à l'article 9, 1° ci-dessus, ou décline l'arbitrage par les soins de la Chambre de Commerce Internationale, la partie demanderesse est informée que cet arbitrage ne peut avoir lieu ».

L'article 10 devient l'article 13 intitulé « Effet de la convention arbitrale » :

« (1) Lorsque les parties conviennent d'avoir recours à l'arbitrage par les soins de la Chambre de Commerce Internationale, elles se soumettent par là même au présent règlement.

(2) Si l'une d'entre elles refuse ou s'abstient de se soumettre à l'arbitrage, celui-ci aura lieu, nonobstant ce refus ou cette abstention.

(3) Lorsqu'une des parties soulève un ou plusieurs moyens d'exception relatifs à l'existence ou à la validité de la clause d'arbitrage, la Cour, ayant constaté l'existence matérielle de cette clause, peut décider, sans préjuger la recevabilité ou le bien-fondé de ces moyens, que l'arbitrage aura lieu. Dans ce cas, il appartiendra à l'arbitre seul de prendre toute décision sur sa propre compétence.

(4) Sauf stipulation contraire, la prétendue nullité ou inexistence du contrat n'entraîne pas l'incompétence de l'arbitre ; s'il retient la validité de la clause d'arbitrage, il reste compétent, même en cas d'inexistence ou de nullité du contrat, pour déterminer les droits respectifs des parties et statuer sur leurs demandes et conclusions.

(5) Les parties peuvent, en cas d'urgence, avant et pendant la procédure devant l'arbitre, demander à toute autorité judiciaire compétente des mesures provisoires ou conservatoires, sans pour cela contrevenir à la convention arbitrale qui les lie. Pareille demande, ainsi que les mesures prises par l'autorité judiciaire, devront être portées sans délai à la connaissance de la Cour d'arbitrage, ou, le cas échéant, de l'arbitre ».

Le texte français utilise la formule « constater l'existence matérielle de la clause », alors que la version anglaise se réfère à l'existence *prima facie* d'une telle clause. Il n'a pas été précisé lequel des deux textes représentait la version officielle.

Le texte de l'article 13 contient plusieurs nouveaux éléments et semble servir de guide sur l'effet de la clause. Il introduit la notion d'examen *prima facie* de la clause d'arbitrage. Il s'agit là d'une modération du rôle de la Cour, dont la décision est alors soumise à la constatation *prima facie* de l'existence d'une clause d'arbitrage. La notion de validité de la clause vient s'ajouter à celle d'existence de la clause qui était déjà implicite dans les versions précédentes du règlement. Enfin, le pouvoir de se prononcer sur sa compétence est reconnu à l'arbitre, en plus et indépendamment du pouvoir de la Cour de se prononcer sur l'existence matérielle de cette clause. C'est le premier règlement d'arbitrage international qui consacre le principe de l'autonomie de la clause (4). Le rôle de la Cour et des arbitres était ainsi clairement distingué depuis cette époque. On notera enfin que l'article 13 sur l'effet de la clause d'arbitrage traite également des mesures provisoires ou conservatoires ; ceci sera maintenu jusqu'à la révision de 1998.

La quatrième version du règlement, datée de 1975, reprend à son article 7 les dispositions du précédent article 12 en les modifiant légèrement :

« Lorsque, « *prima facie* », il n'existe entre les parties aucune Convention d'arbitrage, ou lorsqu'il existe une convention ne visant pas la Chambre de Commerce Internationale, si la partie défenderesse ne répond pas dans le délai de trente jours visé à l'article 4, paragraphe 1, ou décline l'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale, la partie demanderesse est informée que cet arbitrage ne peut avoir lieu ».

L'ancien article 13 sur l'effet de la convention d'arbitrage devient l'article 8 qui s'énonce comme suit :

« (1) Lorsque les parties conviennent d'avoir recours à l'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale, elles se soumettent par là même au présent règlement.

(2) Si l'une d'entre elles refuse ou s'abstient de participer à l'arbitrage, celui-ci a lieu, nonobstant ce refus ou cette abstention.

(3) Lorsqu'une des parties soulève un ou plusieurs moyens relatifs à l'existence ou à la validité de la Convention d'arbitrage, la Cour, ayant constaté « *prima facie* » l'existence de

(4) Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n° 394.

cette Convention, peut décider, sans préjuger la recevabilité ou le bien-fondé de ces moyens, que l'arbitrage aura lieu. Dans ce cas, il appartiendra à l'arbitre de prendre toute décision sur sa propre compétence.

(4) Sauf stipulation contraire, la prétendue nullité ou inexistance alléguée du contrat n'entraîne pas l'incompétence de l'arbitre s'il retient la validité de la Convention d'arbitrage. Il reste compétent, même en cas d'inexistence ou de nullité du contrat, pour déterminer les droits respectifs des parties et statuer sur leurs demandes et conclusions.

(5) Les parties peuvent, avant la remise du dossier à l'arbitre et exceptionnellement après, demander à toute autorité judiciaire des mesures provisoires ou conservatoires, sans pour cela contrevenir à la Convention d'arbitrage qui les lie et sans préjudice du pouvoir réservé à l'arbitre à ce titre. Pareille demande, ainsi que les mesures prises par l'autorité judiciaire, devront être portées sans délai à la connaissance du Secrétariat de la Cour d'arbitrage. Ce dernier en informera l'arbitre ».

Même si ce texte reste proche de celui de 1955, on remarquera une certaine évolution dans la terminologie. Il n'est plus question, par exemple, de « se soumettre » à l'arbitrage si une partie refuse ou s'abstient mais d'y « participer ». La référence à un arbitrage « par les soins de » la CCI a disparu. De même, il n'est plus fait mention de « moyens d'exception » mais simplement de « moyens relatifs à l'existence ou à la validité » de la convention d'arbitrage. L'expression « *prima facie* » apparaît pour la première fois dans le texte français. Enfin, la compétence de l'arbitre de statuer sur sa propre compétence est réaffirmée.

En 1980, le règlement intérieur de la Cour a été ajouté sous la forme d'un appendice au règlement de 1975 (5). Cet appendice contient à son article 12 une sorte d'*addendum* à l'article 7 du règlement lui-même, rédigé dans les termes suivants :

« Absence de convention d'arbitrage

Lorsque « *prima facie* », il n'existe entre les parties aucune convention d'arbitrage, ou lorsqu'il existe une convention ne visant pas la CCI, il appartient au secrétariat général d'attirer

(5) Il constituait l'appendice II, s'ajoutant aux appendices existants du règlement de 1955 portant sur les statuts de la Cour et sur le barème des frais, appelés alors annexes.

l'attention de la partie demanderesse sur les dispositions de l'Article 7 du règlement d'arbitrage. La partie demanderesse est en droit de demander qu'une décision soit prise par la Cour d'arbitrage. Cette décision est de nature administrative. Si la Cour décide que l'arbitrage sollicité par la partie demanderesse ne peut avoir lieu, les parties conservent le droit de demander à la juridiction compétente si, au regard du droit applicable, elles sont ou non liées par une convention d'arbitrage. Si la Cour d'arbitrage considère « *prima facie* » que l'arbitrage peut avoir lieu, l'arbitre désigné reçoit mission de statuer sur sa compétence et éventuellement sur le fond du litige ».

Ce texte consacre un changement de pratique permettant au Secrétariat général d'attirer l'attention de la demanderesse sur l'absence d'une convention d'arbitrage et la conséquence d'une telle absence. Il est toutefois précisé que la demanderesse peut solliciter de la Cour une décision à ce sujet. On notera qu'il est indiqué pour la première fois que cette décision a un caractère administratif et qu'en cas de décision négative par la Cour les parties ont le droit de demander à toute juridiction compétente si elles sont liées ou non par la convention d'arbitrage.

La cinquième version du règlement, datée de 1988, reprend les articles 7 et 8 sans les modifier ni les renuméroter. Au terme d'une évolution nourrie par l'expérience acquise pendant de longues années, il est ainsi établi que la Cour rend une décision administrative sur l'existence ou la validité de la clause d'arbitrage et donne mission à l'arbitre de se prononcer sur sa compétence et sur le fond.

2°) Règlement d'arbitrage de la CCI de 1998

Le règlement de 1998 réunit dans un seul article 6 les dispositions qui jusque-là avaient fait l'objet d'articles séparés (7 et 8 du règlement et 12 de l'appendice). Cet article, intitulé « Effet de la convention d'arbitrage » couvre aussi bien l'absence de convention d'arbitrage que de l'effet de celle-ci :

« (1) Lorsque les parties conviennent d'avoir recours à l'arbitrage d'après le règlement, elles se soumettent au règlement en vigueur à la date d'introduction de la procédure d'arbitrage, à moins qu'elles ne soient convenues de se soumettre au règlement en vigueur à la date de leur convention d'arbitrage.

(2) Si le défendeur ne répond pas à la demande comme il est prévu à l'article 5, ou lorsqu'une des parties soulève un ou plusieurs moyens relatifs à l'existence, à la validité ou à la portée de la convention d'arbitrage, la Cour peut décider, sans préjuger la recevabilité ou le bien-fondé de ce ou ces moyens, que l'arbitrage aura lieu si, *prima facie*, elle estime possible l'existence d'une convention d'arbitrage visant le règlement. Dans ce cas, il appartiendra au tribunal arbitral de prendre toute décision sur sa propre compétence. Si la Cour ne parvient pas à cette conclusion, les parties sont informées que l'arbitrage ne peut avoir lieu. Dans ce cas, les parties conservent le droit de demander à la juridiction compétente si elles sont ou non liées par une convention d'arbitrage.

(3) Si l'une d'entre elles refuse ou s'abstient de participer à l'arbitrage, ou à tout stade de celui-ci, l'arbitrage a lieu nonobstant ce refus ou cette abstention.

(4) A moins qu'il en ait été convenu autrement, la nullité prétendue ou inexistence alléguée du contrat n'entraîne pas l'incompétence de l'arbitre s'il retient la validité de la convention d'arbitrage. Il reste compétent, même en cas d'inexistence ou de nullité du contrat, pour déterminer les droits respectifs des parties et statuer sur leurs chefs de demandes et conclusions ».

Parmi les changements introduits par ce texte (6), on notera que le double examen, d'abord par le Secrétariat et ensuite par la Cour, prévu à l'article 12 de l'appendice II de la version antérieure du règlement, a été abandonné. En effet, l'examen par le Secrétariat s'est avéré inutile, d'une part parce que les demanderesse exigeaient quasi systématiquement une décision de la Cour sur l'existence d'une clause (7) et d'autre part, parce qu'il s'agissait dans les deux cas de se prononcer sur une seule et même question, celle de savoir si l'arbitrage pouvait avoir lieu (8). Il n'a pas non plus été estimé nécessaire de conserver une référence à la nature administrative de la décision de la Cour, car il s'agissait d'une appréciation provisoire qui ne pouvait lier ni l'arbitre ni le juge étatique (9). Il était d'ailleurs

(6) Pour une discussion plus exhaustive des changements apportés par l'article 6 du règlement de 1998, voir Y. Derains et E.A. Schwartz, *supra*, note 3, p. 78.

(7) *Ibid*, *supra*, note 3, p. 78.

(8) *Ibid*, *supra*, note 3, p. 78.

(9) Voir Paris, 7 février 2002, *Alfac c/ Irmac Importacao, comercia e industria*, *Rev. arb.*, 2002.419, note Ph. Fouchard.

largement reconnu que les décisions de la Cour ne s'imposaient pas comme des décisions juridictionnelles. En ce qui concerne les moyens qui peuvent être soulevés par une partie pour s'opposer à la clause d'arbitrage, le texte de 1998 ajoute à ceux relatifs à l'existence (implicite dès 1922) et à la validité de la clause (ajoutée en 1955) ceux relatifs à sa portée. Il arrivait en effet souvent que l'exception d'incompétence soulevée par une partie soit fondée sur le fait que la demande ne rentrait pas dans le champ de la clause d'arbitrage.

En outre, il n'est plus question ni du recours à l'arbitrage de la CCI mais à l'arbitrage d'après le règlement, ni de la clause visant la CCI mais de la clause visant le règlement. Une précision fort utile indique par ailleurs que la version actuelle du règlement s'applique à toute requête d'arbitrage à moins que les parties n'en conviennent autrement dans leur clause.

Il ressort de ce bref historique que le pouvoir de la Cour dans l'examen de la clause d'arbitrage a été tempéré au fil des versions successives du règlement. Partant d'une simple affirmation de la compétence de la Cour en 1922, le règlement a admis la possibilité que les parties ne soient liées par aucune clause visant la CCI (1927), pour ensuite donner à la Cour le pouvoir de se prononcer sur l'existence d'une clause en cas de désaccord entre les parties (1931). Cette modération s'est poursuivie avec la reconnaissance aux parties de la faculté de soulever des moyens d'exception et à la Cour du pouvoir de décider de la mise en œuvre de la procédure après avoir constaté l'existence matérielle de la clause (1955). Ce constat a été relativisé (1975) par la substitution de l'expression « *prima facie* » à celle de « matérielle » et encore davantage en 1998 par la formule si la Cour *prima facie* estime possible l'existence d'une convention d'arbitrage. Il n'en reste pas moins que la Cour continue à jouer le rôle de contrôle qui est le sien, tout en s'efforçant dans la mesure où les clauses et les arguments des parties le permettent à première vue, d'envoyer les affaires aux arbitres. Ces derniers sont seuls compétents pour analyser les arguments des parties et décider s'il existe une clause pouvant les lier, si elle est valide et si elle s'applique au litige soumis à l'arbitrage.

B) Raison d'être du pouvoir de la Cour

1°) Arguments militant en faveur de la compétence de la Cour

Sur le plan textuel, il existe d'emblée deux arguments en faveur de la mise en œuvre de la procédure en dépit de certaines

ambiguïtés ou objections touchant à la convention d'arbitrage (10). D'une part, l'article 6(2) du règlement contient le principe même de la compétence reconnue à l'arbitre de se prononcer sur sa compétence si la Cour estime possible *prima facie* l'existence d'une clause d'arbitrage. D'autre part, cette compétence reste intacte, grâce à l'autonomie de la clause, même s'il est allégué que le contrat contenant la clause d'arbitrage est nul ou inexistant.

Au-delà des textes, la raison principale qui motive l'institution à retenir sa compétence en présence d'ambiguïtés ou d'objections est son désir de respecter la volonté des parties qui souhaitent soustraire tout litige aux tribunaux étatiques. Il convient par ailleurs de souligner que l'effet négatif du principe de compétence-compétence (11) d'une clause d'arbitrage, même ambiguë, interdit en général à tout tribunal étatique de se déclarer compétent, à moins que la clause ne soit frappée d'une pathologie qui exclut tout recours à l'arbitrage. Si un tel tribunal se déclare incompetent et que l'institution saisie sur le fondement d'une clause ambiguë se déclare également incompetente, il pourrait en résulter un déni de justice. Certes, les parties peuvent retourner devant le juge, mais cela leur coûterait de l'argent et du temps et pourrait même permettre à une partie de s'esquiver. C'est exactement ce qui s'est produit dans une affaire dans laquelle une partie avait soulevé l'incompétence d'abord du tribunal judiciaire et ensuite du centre d'arbitrage qui n'a pu retenir sa compétence en raison de la clause pathologique. La demanderesse est alors retournée devant le juge de droit commun, mais la défenderesse avait entre-temps disparu.

Si, en raison de l'imprécision de la clause d'arbitrage, il est impossible d'identifier l'institution envisagée par les parties, l'institution saisie en premier pourrait se considérer compétente comme l'a constaté un auteur (12), à moins qu'une des parties ne soutienne qu'une autre institution aurait été visée par les parties, bien que mal désignée dans leur clause. A défaut d'une telle objection, rien n'empêche la première institution de retenir sa compétence, au moins pour pouvoir constituer un tribunal

(10) W.L. Craig, W.W. Park et J. Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Oceana Publications/ICC Publishing, 3^e éd., 2000, p. 161.

(11) E. Gaillard, « L'effet négatif de la compétence-compétence », *Etudes en l'honneur de Jean-François Poudret*, Editions Université de Lausanne, 1999, p. 387.

(12) T. Clay, note sous Paris, 28 octobre 1999, *Middle East Agricultural et Trading Cy Ltd c/ Avicola Bucuresti*, *Rev. arb.*, 2002.175.

arbitral et lui confier le soin d'examiner la clause, et partant, sa compétence. Il semble dès lors raisonnable que la Cour accepte le flambeau pour le passer aux arbitres auxquels revient la tâche d'instruire le dossier et d'établir l'existence, la validité ou la portée de la clause d'arbitrage, et qu'elle use de prudence avant de refuser de mettre en œuvre une procédure (13).

Un arrêt de la Cour d'appel de Grenoble (14) fournit une illustration du raisonnement conduisant à retenir la compétence de l'institution. L'arrêt commence par affirmer l'incompétence des juridictions étatiques en présence d'une clause d'arbitrage, même pathologique. Il donne ensuite un effet utile à une telle clause en constatant qu'elle n'est pas manifestement nulle. Il observe que la personne morale désignée n'a d'autre rôle que d'organiser l'arbitrage et il confirme enfin que seul l'arbitre a le pouvoir d'interpréter l'étendue de la clause. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris (15) a par ailleurs déclaré qu'en présence d'ambiguïté de la clause, la CCI est l'une des institutions susceptibles d'organiser un arbitrage international par application de son règlement. Il convient toutefois de rappeler que cette solution reste valable dans la mesure où la clause n'est pas manifestement nulle ou inapplicable, entravant tout recours à un mécanisme d'arbitrage.

Un tribunal des Etats-Unis, confronté à un contrat contenant deux clauses d'attribution de compétence, l'une donnant compétence à l'arbitre et l'autre au juge, est allé jusqu'à faire prévaloir la première sur la seconde (16). La Cour de cassation a également jugé en ce sens (17).

2°) Reconnaissance par le juge de la compétence de la Cour

L'arbitrage tel que nous le connaissons aujourd'hui est le résultat d'une progression qui s'est étendue sur plusieurs

(13) On a tort de reprocher à la Cour de retenir trop facilement sa compétence en présence de clauses ambiguës. Cela n'est dans l'intérêt de personne : une appréciation erronée nuirait non seulement à l'institution et aux arbitres, mais également au système même de l'arbitrage.

(14) Grenoble, 26 avril 1995, *Delattre ès-qual. et Weisrock Construction c/ Ascinter Otis*, *Rev. arb.*, 1996.452, note Ph. Fouchard.

(15) Paris, *Alfac c/ Irmac*, cité *supra*, note 9, p. 414.

(16) *United States District Court N.D. California*, 11 décembre 1995, *Lapine Technology corp c/ Kyocera corp*, *Les Petites Affiches*, 31 janvier 1997.8, note A. Levasseur.

(17) Cass. civ. 2^e, 18 décembre 2003, *Société La Chartreuse*, somm. in *Rev. arb.*, 2004.442.

décennies, particulièrement les quatre dernières (18). Les tribunaux judiciaires ont joué un rôle important dans cette évolution, notamment en France, Suisse, Angleterre et en Amérique du Nord (19). On a pu observer, par exemple, une tendance vers la reconnaissance progressive d'un ensemble cohérent de règles matérielles en matière d'arbitrage (20). Il en est ainsi du principe de l'autonomie de la clause compromissoire, affirmé par une décision de la Cour d'appel de Paris en 1991 (21). Le juge a joué un rôle d'appui en présence de clauses ambiguës. En général, il recherche l'efficacité de la clause pour donner effet à la commune volonté des parties de recourir à l'arbitrage malgré l'ambiguïté de leur clause (22). Seule la nullité manifeste de la clause pourrait faire obstacle à l'application du principe selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence (23).

Dans un certain nombre de décisions, le juge s'est montré favorable au choix par les parties de recourir à une institution d'arbitrage, en l'occurrence la CCI. La Cour de cassation française a par exemple reconnu qu'à partir du moment où les parties ont choisi de soumettre leurs différends à l'arbitrage de la CCI, ce choix s'intègre à leur convention et elles doivent en conséquence l'accepter (24). Le juge français a aussi reconnu les pouvoirs conférés à la Cour internationale d'arbitrage de la CCI par son règlement et la non-ingérence des tribunaux dans ce pouvoir. Il a en effet distingué « nettement les pouvoirs juridictionnels des arbitres des pouvoirs d'organisation des institu-

(18) Plusieurs facteurs ont contribué à l'évolution et au succès de l'arbitrage, notamment les instruments internationaux facilitant l'arbitrage, tels que la Convention de New York et la loi type CNUDCI, et l'adoption par plusieurs pays d'une loi sur l'arbitrage souvent inspirée de la loi-type.

(19) M. Bühler et T. Webster, *Handbook of ICC Arbitration*, Sweet & Maxwell, 2005, n° 0-6.

(20) Voir par ex. D. Vidal, *Droit français de l'arbitrage commercial international*, Gualino, 2004, n° 31.

(21) Paris, 17 décembre 1991, *Gatoil c/ National Iranian Oil*, *Rev. arb.*, 1993.281, note H. Synvet.

(22) Cass. civ. 2^e, 14 mai 1997, *Promodès et Prodim c/ consorts Papin* ; Cass. civ. 1^{re}, 15 octobre 1996, *Calberson international c/ Schenker* ; Paris, 30 avril 1997, *Vilmount international c/ Oberthur Fiduciaire*, *Rev. arb.*, 1997.409, note C. Malinvaud et L. Kiffer.

(23) Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 1999, *Métu System France et autre c/ Sulzer Infra*, *Rev. arb.*, 2000.97, note Ph. Fouchard.

(24) Cass. civ. 2^e, 7 octobre 1987, *Opinter c/ Dacomex*, *Rev. arb.*, 1987.479, note E. Mezger.

tions », en mettant « les actes d'administration de celles-ci à l'abri, le plus possible, des recours devant les juges, du moins durant la période d'arbitrage » (25). Un commentateur a très justement résumé le sens du rôle de la Cour et a souligné que « [i]l ne faut pas trop s'attacher aux mots « *prima facie* » qui figurent à l'article 8 [du règlement de 1975]. Ils ne veulent pas dire que l'examen est hâtif et superficiel. En réalité, la discussion peut être, comme en référé, longue et difficile et cela signifie que la décision de la Cour sera provisoire » (26).

A plusieurs reprises, les juges ont estimé que la compétence de l'institution d'arbitrage relève de la seule appréciation de celle-ci. Ainsi, dans une affaire où la Cour avait décidé conformément à l'article 7 du règlement de 1975 que l'arbitrage ne pouvait avoir lieu (27), le juge a déclaré « si l'institution a estimé que l'arbitrage ne pouvait avoir lieu à la suite de deux débats contradictoires et d'un double échange de mémoires, qu'il n'est pas soutenu que cette procédure se soit déroulée en violation du règlement et qu'aucune faute n'est alléguée sur ce point, la responsabilité contractuelle de l'institution ne saurait résulter du sens de sa décision ». Un tribunal fédéral à New York a reconnu à la Cour, en vertu de l'article 6(2) de son règlement, le pouvoir de traiter de toute question relative à sa compétence, comme il est expressément prévu dans son règlement d'arbitrage (28). L'exercice de ce pouvoir par la Cour revêt un caractère administratif, qui se distingue du pouvoir juridictionnel de l'arbitre (29).

(25) Trib. gr. inst. Paris (réf.), 13 juillet 1988, *REDEC et Pharaon c/ Société Uzinexport Import et Chambre de commerce Internationale*, *Rev. arb.*, 1989.97, note P. Bellet.

(26) P. Bellet, note préc., p. 99.

(27) Trib. gr. inst. Paris, 1^{re} ch. 1^{re} sect., 8 octobre 1986, *Ceskolovenska Obchodni Banka A.S. (cekobanka) c/ Chambre de commerce internationale*, *Rev. arb.*, 1987.367.

(28) *Shaw Group et Stone Webster c/ Triplefine*, 322 F.3d 115 (2^d Cir. 2003).

(29) Le pouvoir de la Cour de se prononcer conformément à son règlement a également été reconnu dans d'autres domaines, tels que la récusation (Paris, 1^{re} Ch. A, 15 mai 1985, *Raffineries de pétrole d'Homs et de Baniyas c/ Chambre de commerce internationale*, *Rev. arb.*, 1985.141) ou l'examen préalable de la sentence (Paris, 1^{re} Ch. A, 15 septembre 1998, *Cubic Defense Systems Inc. c/ Chambre de commerce Internationale*, *Rev. arb.*, 1999. 103, note P. Lalive).

II. – LE RÔLE ADMINISTRATIF DE LA COUR ET LE RÔLE JURIDICTIONNEL DE L'ARBITRE DANS L'EXAMEN DE LA CLAUSE D'ARBITRAGE

Les pouvoirs respectifs de la Cour et de l'arbitre dans l'examen de la clause d'arbitrage sont fondamentalement différents, la Cour ayant une fonction administrative (A), alors que le tribunal arbitral est investi d'une mission juridictionnelle (B).

A) Pouvoir administratif conféré à la Cour par son règlement

L'article 6 alinéa 2 du règlement, en autorisant la Cour à examiner la clause d'arbitrage, confère à celle-ci le pouvoir de décider de sa compétence. La Cour peut, soit permettre, soit refuser la mise en œuvre de la procédure. Dans le premier cas (l'application positive de l'article 6(2)), la procédure se poursuivra ; il appartiendra au tribunal arbitral de se prononcer sur sa compétence, une fois saisie de l'affaire. Dans le second cas (l'application négative de l'article 6(2)), les parties seront informées que l'arbitrage n'aura pas lieu.

1°) *Mise en application de l'article 6(2) par la Cour*

L'examen d'une clause d'arbitrage par la Cour et non par les tribunaux judiciaires figure parmi les avantages spécifiques à l'arbitrage CCI et constitue un service appréciable. Comparé à une exception d'incompétence introduite devant le juge, ce service présente plusieurs avantages. D'une part, l'examen de la clause d'arbitrage a lieu dans un délai bref suivant la réception de la réponse à la demande d'arbitrage ou, en l'absence de réponse, à l'expiration du délai accordé à la défenderesse pour y répondre. D'autre part, il évite la duplication de procédures. En effet, il suffit de saisir un seul organe, la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, qui, avant de transmettre le dossier aux arbitres, procède à l'examen de la clause en cas d'absence de réponse à la demande d'arbitrage ou en cas de contestation de l'existence, de la validité ou de la portée de la convention d'arbitrage. Par ailleurs, lorsque la Cour décide que l'arbitrage peut avoir lieu, elle procède en même temps à la constitution du tribunal arbitral. La demanderesse voit ainsi sa tâche facilitée face

à une défenderesse qui, soit s'abstient de participer à la procédure, soit soulève une exception d'incompétence ou use de tactiques dilatoires (30) ; les cas d'abus sont ainsi limités dès le début de la procédure (31).

Lorsque l'exception n'est pas soulevée de manière abusive, elle peut s'expliquer par l'ambiguïté de la clause, dont les termes ne visent pas la CCI ou la visent de façon équivoque, ou par la relation des parties avec la clause (32). Parmi les motifs invoqués par les défenderesses à l'appui d'une exception d'incompétence figurent le droit d'agir de la demanderesse, le fait que la défenderesse ne soit pas signataire du contrat litigieux, l'expiration ou l'invalidité du contrat, la substitution de la clause par une autre prévoyant un mécanisme d'arbitrage différent, l'exigence d'une négociation amiable préalable à l'arbitrage, le fait que le litige ne soit pas couvert par la clause, ou l'absence de pouvoir du signataire du contrat pour engager son entreprise (cette allégation est plus fréquente lorsqu'il s'agit d'une partie étatique).

Dans tous les cas, la Cour procède à un examen méticuleux des documents et des arguments des parties pour déterminer le bien-fondé de l'objection et décider s'il y a lieu de permettre la poursuite de la procédure. Sa décision revêt un caractère provisoire : la Cour doit être satisfaite *de prime abord (prima facie)* (i) qu'il pourrait exister une convention d'arbitrage CCI, (ii) que cette convention pourrait s'appliquer aux parties nommées dans la demande d'arbitrage, et (iii) que les demandes présentées par le requérant pourraient être fondées sur le contrat auquel cette convention se rapporte. L'examen de la Cour peut concerner plusieurs situations possibles :

(30) Voir notamment M. Philippe et P. Blondeau, « Comment se manifestent certaines tactiques dilatoires dans l'arbitrage », *D. Affaires*, 1999.1097.

(31) E. Schäfer, H. Verbist, C. Imhoos, *L'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) en pratique*, Staempfli, 2002, p. 54.

(32) Des exemples de clauses pathologiques examinées par la Cour ont fait l'objet de plusieurs articles auxquels il est fait référence. Voir par ex. les analyses de Y. Takla, « Clauses d'arbitrage non CCI et clauses dérogatoires au règlement CCI », *Bull. CIA CCI*, 1996.7 ; J. Benglia, « La désignation défectueuse de la CCI », *Bull. CIA CCI*, 1996.11 ; A. Dimolitsa, « Contestations sur l'existence, la validité et l'efficacité de la convention d'arbitrage » *Bull. CIA CCI*, 1996.14. Même si ces articles ont été publiés sous le régime du règlement de 1988, la typologie des clauses répertoriées et des cas étudiés reste pertinente. A cette époque, la question de l'examen par la Cour de sa compétence faisait l'objet des articles 7 et 8 du règlement et de l'article 12 du règlement intérieur (voir section I(1)(a) ci-dessus).

(i) *Existence d'une clause visant explicitement le règlement*

La Cour décide alors que la procédure aura lieu conformément à l'article 6(2). Ensuite, il appartiendra au tribunal arbitral, une fois constitué, de se prononcer sur sa compétence après avoir entendu les parties et, s'il retient sa compétence, de se prononcer sur les questions litigieuses soumises par les parties. Ainsi, la Cour fait une application positive de l'article 6(2).

(ii) *Existence possible d'une clause visant suffisamment la CCI malgré des termes ambigus*

Lorsque le nom de l'institution désignée dans la clause ne correspond pas exactement à celui de la Cour, la Cour s'assure qu'il n'existe aucune autre institution portant le nom indiqué. Dans la négative et si le nom ressemble à son propre nom, elle pourrait considérer que les parties avaient probablement l'intention de se référer à la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, mais qu'elles ont fait une désignation approximative de l'institution à laquelle elles pensaient. Par exemple, la Cour, dont le siège se trouve à Paris pourrait retenir sa compétence face à une désignation telle que « Cour d'arbitrage de Paris ». Elle pourrait décider que l'arbitrage peut avoir lieu, faisant ainsi une application positive de l'article 6(2).

(iii) *Absence de référence possible à la CCI ou de rapprochement possible avec le règlement*

Lorsque la Cour n'estime pas possible l'existence d'une clause se référant à la CCI ou estime que les termes de la clause ne permettent aucun rapprochement possible avec la CCI, les parties sont informées que la procédure ne peut avoir lieu. Celles-ci conservent le droit de demander à une juridiction compétente si elles sont ou non liées par une convention d'arbitrage. Dans cette situation, la Cour fait une application négative de l'article 6(2).

(iv) *Absence de lien entre certaines parties et la clause*

La Cour pourrait constater qu'une ou plusieurs des parties désignées dans la demande d'arbitrage (il s'agit en général de défendeurs, plus rarement de demandeurs) ne peuvent être parties à la procédure et pourrait procéder à la mise en œuvre de la procédure uniquement entre les autres parties. Il s'agit là d'une application partiellement négative de l'article 6(2) (33).

(33) Voir A-M. Whitesell et E. Silva-Romero, « L'arbitrage à pluralité de parties ou de contrats : l'expérience récente de la Chambre de commerce internationale », in *L'arbitrage complexe*, Bull. CIA CCI, supplément spécial, 2003.7.

Lorsque la Cour procède à l'application positive de l'article 6(2), elle estime *prima facie* possible qu'un arbitre saisi de l'examen de sa compétence soit susceptible de trouver qu'il existe une clause d'arbitrage visant le règlement de la CCI (34). Dans le cas contraire, elle pourrait refuser de mettre en œuvre la procédure, évitant ainsi aux parties une procédure qui n'aura servi qu'à obtenir une sentence sur l'incompétence. Un auteur (35) a rappelé l'importance de ce rôle servant à « empêcher la mise en œuvre d'une procédure d'arbitrage CCI quand les parties n'ont pas convenu une pareille procédure et, au contraire, de protéger l'arbitrage CCI ainsi que la partie de bonne foi pour mettre en œuvre la procédure quand l'arbitrage CCI a été apparemment convenu ».

2°) Application positive de l'article 6(2)

Quelques exemples tirés d'affaires récentes serviront d'illustrations de clauses ambiguës n'ayant pas empêché la Cour de mettre en œuvre la procédure.

Dans une affaire dans laquelle la défenderesse a tenté de faire valoir que la clause n'est pas valable parce qu'elle se réfère à un règlement inexistant ou à un règlement autre que celui de la CCI, la demanderesse a invoqué le fait qu'aucun autre centre d'arbitrage ne comporte l'acronyme « ICC » ou le mot « commercial » dans son libellé. La Cour a interprété l'intention des parties et a considéré, que les parties voulaient probablement désigner le règlement d'arbitrage de la CCI en se référant à « *ICC commercial arbitration rules* ». Elle a en effet constaté qu'il n'existait aucun autre organisme ou règlement comprenant les mentions « ICC » et « commercial » dans sa dénomination, et que les termes de la clause semblaient suffisamment clairs pour permettre à la Cour d'être *prima facie* satisfaite qu'une clause désignant le règlement de la CCI pourrait exister.

De même, et en raison de l'absence de réponse de la défenderesse à la requête d'arbitrage, la Cour a examiné la clause d'arbitrage et considéré, dans un autre cas, qu'il était possible que l'expression « *International Court of Arbitration within the International Trade Chamber in Paris according to the Regulation of this Arbitration* » ne vise d'autres institutions que la CCI,

(34) E. Schäfer, H. Verbist, C. Imhoos, cité *supra*, note 29, p. 37.

(35) A. Dimolitsa, cité *supra*, note 30.

malgré la terminologie incorrecte, la référence à « *International Court of Arbitration* » et à « *Paris* » étant des indices montrant que les parties auraient pu vouloir se référer à la CCI.

Enfin, dans un cas opposant une partie camerounaise à une partie de la Guinée Equatoriale et dans lequel la défenderesse n'a pas répondu à la requête d'arbitrage, la clause prévoyait que le différend serait porté devant un « tribunal international de commerce (Genève, La Haye) ». Un tel tribunal n'existant dans aucune de ces deux villes, la Cour a autorisé la mise en œuvre de la procédure en estimant que les parties auraient pu souhaiter soumettre leur litige à un arbitrage institutionnel international dans un lieu autre que leurs pays d'origine respectifs.

3°) Application négative de l'article 6(2)

Depuis l'application du règlement de 1998 jusqu'à fin 2005, la Cour a refusé de mettre en œuvre la procédure dans vingt-six cas. Dans trente-quatre autres cas elle a fait une application partiellement négative de l'article 6(2) en autorisant la mise en œuvre de la procédure seulement à l'égard de certaines parties. Parmi les vingt-six cas dans lesquels la Cour a fait une application négative de l'article 6(2), nous relevons ci-dessous quelques exemples qui confirment l'analyse précédente.

Une clause ne visant manifestement pas la CCI est celle qui se référerait aux « *Rules of conciliation and arbitration of the United States Chamber of Commerce* », institution qui existe, même si elle n'offre pas de services d'arbitrage. De même, des clauses se référant sans autre indication à la « *Court of Arbitration* » ou à « l'arbitrage à Londres soumis au droit applicable dans ce lieu » ont été considérées comme étant trop imprécises pour désigner à prime abord la Cour internationale d'arbitrage de la CCI.

Certaines demanderesses ont tenté d'invoquer des clauses qui n'étaient nullement des clauses d'arbitrage pour étayer leur choix de la CCI comme institution d'arbitrage. Il en a été ainsi dans une affaire où la clause faisait référence à « *International Brokers Commission Contract* », et dans un autre cas où il était prévu que si le vendeur et l'acheteur ne parvenaient pas à une entente dans les 120 jours, ils devaient s'adresser à un tribunal arbitral d'un pays neutre à choisir d'un commun accord.

Dans une clause qui faisait référence sans ambiguïté aux tribunaux judiciaires, la demanderesse a invoqué une lettre qu'elle avait envoyée à la défenderesse et dans laquelle elle prenait note

que les parties s'étaient entendues pour soumettre tout litige à l'arbitrage de la CCI. La défenderesse a nié être parvenue à un tel accord. Dans une autre affaire, il était prévu dans la clause que lorsque l'entrepreneur était d'un pays de l'Union européenne le litige serait soumis à la CCI. En l'occurrence, l'entrepreneur n'étant pas d'origine européenne, il ne pouvait faire jouer la clause désignant la CCI comme institution d'arbitrage.

En ce qui concerne l'application négative de l'article 6(2) en raison de l'identité des personnes impliquées, on peut citer les cas d'un contrat concernant une entité étatique différente de celle contre laquelle la procédure a été initiée, les faits ne permettant pas d'estimer possible la mise en œuvre de la procédure en présence d'une telle entité, ou bien d'un contrat auquel la demanderesse n'était pas partie, d'une clause visant la CCI qui ne liait aucune des parties citées dans la demande d'arbitrage, ou encore d'un contrat non signé.

Enfin, dans une affaire multipartite la CCI était désignée comme institution d'arbitrage, mais les demanderesses invoquaient trois contrats dont un comportait une clause contredisant les deux autres. Une des défenderesses a argué que la procédure ne pouvait se poursuivre à l'égard des défenderesses non parties aux trois contrats, la différence entre les clauses étant voulue et reflétant des relations légales différentes et des buts distincts. Il était donc impossible de mettre en œuvre une seule procédure englobant toutes les parties.

B) Pouvoir juridictionnel conféré aux arbitres par la clause d'arbitrage

Après le contrôle opéré par la Cour, la deuxième étape consiste pour l'arbitre à se prononcer sur sa compétence en rendant une décision qui, à la différence de celle de la Cour, doit être motivée et qui a un caractère juridictionnel. L'application positive de l'article 6(2) par la Cour ne préjuge pas la décision qui sera prise par l'arbitre sur sa propre compétence. Dans certains cas, des arbitres se sont déclarés compétents et dans d'autres ils ont rejeté leur compétence.

1°) Raison d'être du pouvoir de l'arbitre

Dès 1955, le règlement prévoit explicitement le pouvoir de l'arbitre de se prononcer sur sa propre compétence. La CCI a

fait figure de pionnière en la matière. Parmi les textes qui s'en sont inspirés par la suite, on peut citer la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international de 1961 (article 5.3), la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985 (article 16.1) et le règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 (article 21). Progressivement, ce pouvoir a été également reconnu par la plupart des législations (36).

La convention d'arbitrage ou tout accord des parties de soumettre leur litige à l'arbitrage est la source conférant à l'arbitre compétence pour décider de sa compétence. La compétence de l'arbitre trouve son fondement dans la convention des parties et l'étendue de cette compétence sera délimitée par la mission que lui confient celles-ci, formulée dans un acte de mission conformément à l'article 18 du règlement.

Le pouvoir de l'arbitre de décider de sa compétence se justifie par le souci d'une bonne administration de la justice. En effet, par son effet négatif, ce pouvoir empêche en général le juge de se prononcer avant l'arbitre sur la compétence de celui-ci, même si cette priorité n'est pas exclusive. En général, la non-ingérence dans la mission qu'effectue l'arbitre est respectée par les tribunaux (37). Il aide ainsi à éviter le ralentissement de la procédure dans l'attente d'une décision sur la compétence, à désengorger les tribunaux étatiques et à prévenir des tactiques dilatoires. Il est d'ailleurs logique que l'arbitre statue sur la question, car elle nécessite souvent un examen de soumissions et de preuves touchant au fond sur lequel il sera amené à statuer s'il se déclare compétent. C'est une des raisons pour lesquelles les arbitres se prononcent parfois sur la compétence et sur le fond dans une seule sentence. Ceci est d'autant plus vrai lorsqu'il s'agit d'examiner si certaines demandes rentrent dans le champ de compétence de l'arbitre ; aborder le fond peut sembler inévitable dans un tel cas.

(36) Y. Derains et E.A. Schwartz, cité *supra*, note 3, p. 80.

(37) Trib. gr. inst. de Paris (réf.), 24 juin 2004, *LV Finance group c/ Cour d'arbitrage de la CCI*, en somm. in *Rev. arb.*, 2004.982. Il existe néanmoins certains pays où ce principe n'est malheureusement pas respecté et où le juge peut parfois paralyser des procédures ou enjoindre à un arbitre de ne pas participer à une procédure. Voir par ex. M. Philippe, « Difficultés procédurales causées par les clauses compromissaires paritaires et les tribunaux arbitraux tronqués », *Les cahiers de l'arbitrage, Gaz. Pal.*, 5-6 novembre 2003, p. 21.

2°) Arbitres retenant leur compétence

L'arbitre, en statuant sur sa compétence, doit déterminer quelle était l'intention commune des parties. Dès lors qu'elles ont exclu la compétence des tribunaux judiciaires, et en présence d'une clause d'arbitrage dont les termes sont ambigus, l'arbitre recherche généralement l'efficacité de la clause d'arbitrage conformément au principe selon lequel les conventions s'interprètent de manière à donner effet à toutes les dispositions plutôt qu'à priver d'effet certaines d'entre elles. En dépit de l'ambiguïté de certaines clauses, les termes utilisés laissent parfois une marge d'interprétation raisonnable, permettant à l'arbitre de se considérer compétent.

Les tribunaux ont à plusieurs reprises validé l'interprétation faite par les arbitres à l'occasion du contrôle opéré par le juge de l'exécution ou de l'annulation, le pouvoir de compétence-compétence, comme l'a fait remarquer la Cour de cassation française, ne pouvant conduire à une décision souveraine de l'arbitre sur sa propre compétence (38). Par exemple, la Cour d'appel de Paris a rejeté un recours en annulation dans une affaire où la clause se référait à une institution inexistante — « Association internationale d'arbitrage » — et dans laquelle le tribunal a retenu sa compétence. Elle a ainsi jugé que l'intention des parties devait s'interpréter à la lumière des principes (i) « d'interprétation de bonne foi qui implique de rechercher la volonté réelle des parties au-delà du sens littéral des termes et de ne pas permettre à l'une d'elles de se soustraire à des engagements librement consenties mais exprimés de manière maladroite » ; (ii) « d'effet utile selon lequel, lorsque les parties insèrent une clause d'arbitrage dans leur contrat on doit présumer que leur intention a été d'établir un mécanisme efficace pour le règlement des litiges visés par la clause compromissoire » ; et (iii) « d'interprétation contre celui qui a rédigé la clause obscure ou ambiguë » (39).

L'arbitre s'est ainsi déclaré compétent à plusieurs reprises en présence de clauses défectueuses. Un tribunal arbitral a considéré dans une affaire que même si des clauses d'arbitrage peuvent sembler défectueuses sous plusieurs aspects, leurs

(38) Cass. civ. 1^{re}, 6 janvier 1987, 1. *Southern Pacific Properties Ltd 2. Southern Pacific Ltd c/ République arabe d'Égypte (Plateau des Pyramides)*, *Rev. arb.*, 1987.469, note Ph. Leboulanger.

(39) Paris, *Alfac c/ Irmac*, cite *supra*, note 9, p. 413.

ambiguïtés ne sont pas pour autant d'une gravité suffisante pour les vicier ; elles reflètent malgré tout clairement la commune intention des parties de recourir à l'arbitrage plutôt qu'aux tribunaux étatiques, et c'est le devoir d'un tribunal arbitral d'honorer cette commune intention (40). Dans une affaire où la clause désignait « la section internationale de la Chambre de commerce de Paris », laquelle institution n'existe pas, un tribunal arbitral a jugé que la clause devait s'interpréter comme désignant valablement la CCI et a retenu sa compétence (41).

A quelques rares occasions, une sentence rendue par un tribunal arbitral qui s'est déclaré compétent suite à l'application positive de l'article 6(2) du règlement a été annulée par un tribunal étatique. Dans un cas (42), l'arbitre avait étendu les effets de la clause à toutes les demandes relatives au contrat, alors que la clause limitait ses effets à un certain type de litige. Dans un autre cas (43), la Cour d'appel de Paris a annulé une sentence considérant que l'arbitre n'a pas démontré et rien ne permettait d'étendre les effets de la clause au gérant statutaire de la société.

3°) Arbitres déclinant leur compétence

Il existe peu d'affaires dans lesquelles les arbitres se sont prononcés négativement quant à leur compétence sur l'ensemble de l'affaire. Il arrive en effet, qu'ils considèrent que certaines demandes n'entrent pas dans le champ de leur compétence, ou qu'ils se déclarent incompétents à l'égard de certaines parties seulement (44).

Un tribunal arbitral a par exemple, dans une affaire non publiée, décliné sa compétence en présence d'un contrat dans lequel les juridictions nationales étaient clairement désignées en cas de litige. La demanderesse avait allégué que les conditions générales comprenant une clause attribuant compétence à la

(40) Affaire CCI n° 6515, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1996-2000*, Kluwer Law and Taxation, 1994, p. 259.

(41) Affaire CCI n° 5103, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1986-1990*, Kluwer International Law, p. 361.

(42) Paris, 22 mai 2003, *SA Ess Food c/ Caviartrade*, *Rev. arb.*, 2003.1252, p. 1263, note F.-X. Train.

(43) Paris, 26 juin 2003, *Ahmed Baba Ould Ahmed Miske c/ A.V.C. Shipping*, *Rev. arb.*, 2004.137.

(44) Voir pour d'autres exemples E. Jolivet « L'incompétence de l'arbitre », *Les cahiers de l'arbitrage*, *Gaz. Pal.*, 21-22 avril 2006, p. 38.

CCI s'appliquaient, mais le tribunal a constaté dans sa sentence que le contrat avait priorité sur les conditions générales en cas de divergence. La demanderesse n'ayant pas pu prouver ses allégations de fraude et d'erreur entachant le contrat, le tribunal arbitral a conclu à la validité de celui-ci et a observé que la demanderesse ne pouvait s'en prendre qu'à elle-même si elle n'avait pas correctement lu les documents.

Un autre tribunal arbitral, dans une affaire non publiée, a décliné sa compétence lorsque celle-ci dépendait d'une condition qui n'avait pas été remplie. En l'espèce, il s'agissait de l'autorisation exigée par la constitution de l'Etat de la défenderesse avant tout recours à l'arbitrage. En dépit des efforts de la défenderesse, celle-ci n'avait pas réussi à obtenir cette autorisation et la clause d'arbitrage prévoyait que dans ce cas tout litige serait soumis aux tribunaux locaux.

Dans une affaire non publiée, introduite sur le fondement d'une clause d'arbitrage type des contrats FIDIC, la défenderesse ayant objecté que l'ingénieur n'avait pas rendu de décision conformément à la clause, le tribunal arbitral a estimé que l'arbitrage était prématuré et il s'est déclaré incompétent.

Dans une autre affaire non publiée, dans laquelle la défenderesse n'a pas participé à la procédure, un tribunal a décidé à la majorité qu'il n'avait pas compétence, non pas tant en raison de l'absence de signature des différents projets d'accord contenant une clause d'arbitrage, que du fait que les demanderesses n'avaient pas réussi à persuader la majorité qu'il existait une volonté commune — « *meeting of the minds* » — entre les parties pour recourir à l'arbitrage. En aboutissant à cette conclusion, la majorité a considéré que le principe de la séparabilité généralement reconnu ne pouvait servir dans ce cas, étant donné que l'existence même d'une clause d'arbitrage était contestée.

Tenter de donner un sens à une clause ambiguë n'est pas chose aisée. Le tribunal ne doit pas y ajouter des termes qui n'ont pas fait l'objet d'un accord entre les parties, au motif de donner effet à la clause. C'est le raisonnement qu'un tribunal a tenu, dans une affaire non publiée, en relevant l'absence de référence expresse à l'arbitrage dans une clause indiquant que « l'accord reste sujet à la loi anglaise et les litiges qui en sont issus seront soumis à la CCI ». Le tribunal a souligné que l'interprétation d'un contrat devait avoir pour but d'établir l'intention des parties en se référant aux mots utilisés et en adoptant une

approche objective excluant toute subjectivité. Selon la loi anglaise applicable en l'espèce, les preuves des négociations pré-contractuelles sont exclues, la position des parties étant susceptible de changer jusqu'à l'aboutissement d'un accord final. Le tribunal a néanmoins examiné les documents pré-contractuels pour déterminer s'il existait un éventuel accord pour soumettre les litiges à l'arbitrage de la CCI. Il a constaté que les parties n'étaient jamais parvenues à un consensus sur la manière de résoudre leurs différends, les diverses formulations qu'elles avaient établies étant confuses et mal rédigées. Le tribunal a conclu qu'au moment où les parties avaient signé le contrat, un accord sur la manière dont les litiges devaient être réglés n'était toujours pas atteint, et qu'aucune preuve ne permettait de conclure que les parties étaient d'accord pour soumettre tout litige à l'arbitrage de la CCI. Il convient de noter que c'est un cas isolé ; il n'est pas sûr qu'une telle décision soit partagée par d'autres arbitres.

À quelques reprises, le tribunal arbitral s'est déclaré incompétent en l'absence de faits ou de circonstances qui auraient justifié que la clause soit étendue à la défenderesse, ou lorsque la défenderesse n'avait pas l'autorité nécessaire pour engager l'entreprise.

**

L'article 6(2) du règlement d'arbitrage de la CCI confère à la Cour le pouvoir d'examiner la clause sur le fondement de laquelle une demande d'arbitrage est introduite, et de décider si elle estime possible l'existence *prima facie* d'une clause d'arbitrage pour mettre en œuvre la procédure ; la Cour retient dans ce cas sa compétence. L'examen de la clause est souvent nécessaire, principalement en raison des clauses d'arbitrage mal rédigées. Cet examen préalable, à l'occasion duquel la Cour pourrait se prononcer en faveur de la mise en œuvre de la procédure, permet, dans un tel cas, de transmettre l'affaire aux arbitres qui devront se prononcer sur leur compétence et sur le fond. Il évite surtout aux parties de recourir aux tribunaux judiciaires et leur permet de faire l'économie de deux procédures avec ce que cela engendre comme perte de temps et d'argent. Ainsi, le pouvoir administratif de la Cour lui permet, après examen de l'existence possible, la validité ou la portée d'une clause d'arbitrage, de passer le flambeau aux arbitres à qui appartient le pouvoir judiciaire.