

Chroniques de jurisprudence étrangère

ALLEMAGNE

LES CINQ PREMIÈRES ANNÉES D'APPLICATION DE LA NOUVELLE LÉGISLATION

par

Richard H. KREINDLER

*Attorney-at-Law (New York)
Avocat au Barreau de Paris
Shearman & Sterling*

Jan K. SCHAEFER

*Avocat au Barreau de Francfort
Shearman & Sterling*

INTRODUCTION

Une nouvelle législation sur l'arbitrage (la « nouvelle législation »), couvrant à la fois l'arbitrage international et l'arbitrage interne, est entrée en vigueur en Allemagne le 1^{er} janvier 1998 (1). Celle-ci, qui

(1) *Bundesgesetzblatt* (« BGBl. ») [l'équivalent du journal officiel] 1997, I, p. 3224. Pour une vue générale, voir Peter Schlosser, « La nouvelle législation allemande sur l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1998.291 ; Gino Lörcher, « La nouvelle loi allemande sur l'arbitrage », *Bull. ASA*, 1998.275 ; voir aussi Klaus Peter Berger, « *Das neue Schiedsverfahrensrecht in der Praxis - Analyse und aktuelle Entwicklungen* », *Recht der Internationalen Wirtschaft* (« RIW »), 2001.7 ; Klaus Peter Berger, « *Das neue deutsche Schiedsverfahrensrecht* », *Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (« DZWir »), 1998.45 ; Klaus Peter Berger, « *The German Arbitration Law of 1998 - First Experiences* » in *Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, sous la dir. de Robert Briner et al., Cologne (Heymanns), 2001, p. 31 et s. ; Karl-Heinz Böckstiegel, « *An Introduction to the New German Arbitration Act Based on the UNCITRAL Model Law* », *Arb. Int.*, 1998.19 ; Jens Bredow, « *Das neue 10. Buch der ZPO - ein Überblick* », *Betriebs-Berater-Supplement Recht und Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit* (« BB-Supplement RPS »), N° 2, 1998.2 ; Klaus Schumacher, « *Das neue 10. Buch der Zivilprozessordnung im Vergleich zum UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit* », *BB-Supplement RPS*, N° 2, 1998.6 ; Richard H. Kreindler, Thomas Mahlich, « *A Foreign Perspective on the New German Arbitration Act* », *Arb. Int.*, 1998.65 ; Stefan Kröll, « *Das neue deutsche Schiedsrecht vor staatlichen Gerichten : Entwicklungslinien und Tendenzen 1998-2000* », *Neue Juristische Wochenschrift* (« NJW »), 2001.1173 ; Stefan Kröll, « *Die Entwicklung des Rechts der Schiedsgerichtsbarkeit 2001/2002* », *NJW*, 2003.791 ; Hilmar Raeschke-Kessler, « *The New German Arbitration Act v. Old German Case Law : Which Case Law of the Bundesgerichtshof is to be applied to the New Act ?* », *Arb. Int.*, 1998.47 ; Otto Sandrock, « *Procedural Aspects of the New German Arbitration Act* », *Arb. Int.*, 1998.33.

figure au livre 10 du Code de procédure civile allemand (ci-après « CPC ») (2), ressemble étroitement à la loi-type CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (la « loi-type »), non seulement dans son contenu mais aussi dans le langage et la structure employés. Etant donné le caractère exemplaire et non exhaustif (sous certains aspects) de la loi-type (3), le législateur allemand en a modifié certaines dispositions pour les faire entrer dans la tradition juridique allemande (par exemple, l'article 8 de la loi-type, exigeant des juridictions étatiques qu'elles « renvoient » les parties à l'arbitrage, est modifié dans l'article 1032 du CPC (4) qui, lui, impose à ces mêmes juridictions étatiques qu'elles rejettent la demande) (5) et en a ajouté d'autres pour apporter des solutions aux questions qu'elle n'aborde pas (par exemple, l'article 1041 du CPC (6) concernant l'exécution par les tribunaux nationaux

(2) Une traduction en français de la nouvelle législation sur l'arbitrage est disponible in *Rev. arb.*, 1998.441. Voir aussi la traduction française de la législation allemande sur l'arbitrage sur le site de l'Institut allemand de l'arbitrage (Beethovenstr. 5-13, 50674 Cologne, Allemagne), à l'adresse suivante : <<http://www.dis-arb.de>> (Loi allemande sur l'arbitrage du 1^{er} janvier 1998, dixième livre de Code de Procédure (CPC)). Le texte de certaines des dispositions citées figurera ci-après dans les notes de bas de page.

(3) La loi-type ne prévoit pas de solutions pour, entre autres, les questions suivantes : l'arbitrabilité, l'arbitrage multipartite, l'exécution de mesures provisoires ou conservatoires prises par un tribunal arbitral, les frais de procédure et les intérêts légaux. Cependant, la CNUDCI a entrepris de remédier à ces insuffisances (par exemple, en modernisant l'actuelle exigence d'un écrit figurant à l'art. 2 de la loi-type) et d'apporter des solutions aux questions qu'elle ne traite pas de façon exhaustive (par exemple, en établissant une réglementation détaillée sur les mesures provisoires prises par un tribunal arbitral, y compris leur exécution par les juridictions nationales) : voir la note du Secrétariat de la CNUDCI, « Travaux futurs envisageables dans le domaine de l'arbitrage commercial international », UN-Doc. A/CN.9/460 et les rapports et documents des groupes de travail ultérieurs sur l'« élaboration de dispositions uniformes sur la forme écrite de la convention d'arbitrage » et « l'élaboration de dispositions uniformes sur les mesures provisoires ou conservatoires » disponibles sur le site <<http://www.uncitral.org>>.

(4) L'article 1032 (1) du CPC (« Convention d'arbitrage et actions devant un tribunal ») dispose : « (1) Le tribunal saisi d'un différend sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage si le défendeur le demande au plus tard lorsqu'il soumet ses premières conclusions sur le fond du différend, à moins que le tribunal ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée. »

(5) Voir *Bericht mit einem Diskussionsentwurf zur Neufassung des Zehnten Buchs der ZPO*, sous la dir. de *Kommission zur Neuordnung des Schiedsverfahrensrecht*, Bonn (Ministère fédéral de la Justice), 1994, p. 103 et s., examinant les différentes manières d'adopter la formule « renverra » de l'article 8 de la loi-type. La Commission a recommandé d'adopter l'approche allemande traditionnelle qui exige du tribunal qu'il rejette la demande.

(6) L'article 1041 du CPC (« Mesures provisoires ») dispose : « (1) Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, ordonner des mesures provisoires ou conservatoires qu'il juge nécessaires en ce qui concerne l'objet du différend. Le tribunal arbitral peut, à ce titre, exiger de toute partie le versement d'une sûreté appropriée. (2) Le tribunal peut, sur la demande d'une partie, permettre l'exécution d'une mesure visée à l'alinéa 1, à moins qu'il ne soit déjà demandé à un autre tribunal de prendre une mesure provisoire analogue. Il peut modifier la mesure provisoire au cas où cela est nécessaire pour son exécution. (3) Le tribunal peut, sur la demande, retirer ou modifier sa décision prise conformément à l'alinéa 2. (4) Si une mesure provisoire s'avère avoir été injustifiée dès le début, la partie qui a obtenu son exécution doit réparer le préjudice que l'adversaire a subi par l'exécution de la mesure ou par le fait qu'il a constitué une garantie afin d'éviter l'exécution. La demande peut être fournie dans l'instance arbitrale en cours. »

des mesures provisoires ou conservatoires prises par un tribunal arbitral). Sous bien des aspects, la nouvelle législation a abandonné les particularités allemandes et se trouve de ce fait en harmonie avec les approches internationales dominantes (7).

La nouvelle législation s'applique depuis maintenant cinq ans et il serait par conséquent opportun de se pencher aujourd'hui sur certaines décisions jurisprudentielles faisant application de celle-ci (8) En vertu de l'article 1062 du CPC, la compétence en première instance (*Zuständigkeit*), en matière d'arbitrage, a été attribuée aux Tribunaux régionaux supérieurs (*Oberlandesgerichte*) (9) et les appels formés à l'encontre de leurs décisions à la Cour fédérale de Justice (*Bundesgerichtshof*) de Karlsruhe comme le dispose l'article 1065 du CPC (10).

(7) On peut mentionner, à titre d'exemple, l'abandon des trois particularités allemandes suivantes : (1) la « *Verfahrenstheorie* » — selon laquelle, pour assurer un contrôle et une assistance juridictionnels, une sentence arbitrale était considérée comme une sentence allemande si le droit allemand de l'arbitrage était appliqué — a été abandonnée au profit du principe de territorialité. En vertu de ce principe, une sentence arbitrale n'est considérée comme étant une sentence allemande que si le siège de l'arbitrage se situe en Allemagne ; (2) la conception allemande du principe de « *Kompetenz-Kompetenz* » a été abandonnée en donnant aux tribunaux nationaux, et non aux arbitres — conformément à la pratique internationale dominante —, le dernier mot quand il s'agit de déterminer si les arbitres sont compétents ; (3) la pratique en vertu de laquelle les arbitres ne pouvaient ordonner des mesures provisoires ou conservatoires a également été abandonnée : ce pouvoir est désormais expressément octroyé aux arbitres à moins que les parties n'en décident autrement.

(8) Seul un petit nombre de ces décisions a été publié. Cependant, l'Institut allemand de l'arbitrage met à disposition une base de données en ligne très complète, où figurent les arrêts ayant trait à l'arbitrage rendus par les juridictions allemandes. La version intégrale de ces décisions est réservée aux membres de l'Institut, mais les résumés des décisions sont accessibles au public sur le site <<http://www.dis-arb.de>>.

(9) Dans leur convention d'arbitrage, les parties peuvent donner compétence au Tribunal régional supérieur compétent, conformément à l'article 1062 (1) du CPC. La partie pertinente de l'article 1062 (1) CPC (« Compétence ») dispose : « (1) L'*Oberlandesgericht* désigné dans la convention d'arbitrage ou, à défaut d'une telle désignation, celle dans le ressort duquel se trouve le lieu de l'arbitrage, est compétent pour statuer sur des demandes concernant : 1. la nomination d'un arbitre (§§ 1034, 1035), la récusation d'un arbitre (§ 1037) ou la cessation du mandat d'arbitre (§ 1038) ; 2. la constatation de l'admissibilité ou de l'inadmissibilité de l'arbitrage (§ 1032) ou la décision du tribunal arbitral dans laquelle celui-ci affirme sa compétence (§ 1040) ; 3. l'exécution, l'annulation ou la modification d'une mesure provisoire ou conservatoire prise par le tribunal arbitral (§ 1041) ; 4. l'annulation (§ 1059), l'exequatur d'une sentence arbitrale (§§ 1060 et s.) ou l'annulation de l'exequatur (§ 1061) ». Il est dans l'intérêt des parties de désigner un Tribunal régional supérieur expérimenté en matière d'arbitrage. Deux facteurs doivent dès lors être pris en compte : (1) dans certains Tribunaux régionaux supérieurs, une seule chambre connaît de l'ensemble des litiges en matière d'arbitrage (c'est le cas du Tribunal régional supérieur de Bavière et de celui de Cologne) ; (2) certains Tribunaux régionaux supérieurs traitent d'un plus grand nombre d'affaires en arbitrage que d'autres (sur la période 1998-2002, alors que la base de données DIS indique l'existence de 33 décisions ayant trait à l'arbitrage rendues par le Tribunal régional supérieur de Bavière, elle n'en contient qu'une émanant du Tribunal régional supérieur de Brême). Voir aussi Peter Schlosser, « La nouvelle législation allemande sur l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1998.291, spéc. p. 299.

(10) L'article 1065 du CPC (« Voies de recours ») énonce : « (1) Le recours, fondé sur des questions de droit, devant le *Bundesgerichtshof* (Cour fédérale de justice) est ouvert contre les décisions visées dans les nos 2 et 4 de l'alinéa 1 du § 1062, dans la mesure où le

Dans cette chronique sont commentées neuf décisions des différents *Oberlandesgerichte* et du *Bundesgerichtshof* portant sur six thèmes allant des clauses d'arbitrage pathologiques à l'exécution des sentences arbitrales en passant par la récusation des arbitres. Ce commentaire a, entre autres, pour objectifs de montrer comment les tribunaux allemands interprètent les dispositions adoptées de la loi-type, de démontrer comment les solutions allemandes — apportées aux questions non résolues dans la loi-type — fonctionnent en pratique et d'illustrer l'attitude des tribunaux allemands vis-à-vis de l'arbitrage.

Arrêts commentés. La présente chronique se concentre sur les six thèmes et les neuf arrêts suivants :

— **Les clauses d'arbitrage pathologiques** : Tribunal régional supérieur (*Kammergericht*) Berlin, ordonnance du 15 octobre 1999, 28 Sch 17/99, reproduite in *BB-Supplement RPS*, No. 8, 2000.13 ; résumé en anglais in *Yearbook*, XXVI (2001), p. 328 et s.

— **La défense fondée sur le caractère « inopérant » d'une clause d'arbitrage du fait d'un manque de moyens financiers** :

(1) Cour fédérale de Justice (*Bundesgerichtshof*), arrêt du 14 septembre 2000, III ZR 33/00, reproduit in *BB-Supplement RPS*, No. 6, 2001.17, note Jörg Risse, p. 11 et s. ; *NJW* 2000.3720 ; *JuristenZeitung* (« JZ »), 2001.258, note Peter Schlosser ; *Lindenmaier-Möhring* (« LM »), § 1032, No. 11 (2001), note Gerhard Wagner ; *Zeitschrift für Zivilprozeß* (« ZVP »), Vol. 114, 2001.97, note Gerhard Walter ;

(2) Tribunal régional supérieur (*Kammergericht*) Berlin, ordonnance du 13 août 2001, 2 W 8057/99, inédit, disponible sur la base de données DIS (<www.dis-arb.de>).

— **La « Kompetenz-Kompetenz » du tribunal arbitral** : Cour fédérale de Justice (*Bundesgerichtshof*), arrêt du 6 juin 2002, III ZB 44/01, reproduit in *NJW*, 2002.3031 ; *Zeitschrift für Schiedsverfahrensrecht* (« SchiedsVZ »), 2003.39, note Joachim Münch ; *Journal of International Dispute Resolution* (« IDR »), 2002.40, note Otto Sandrock ; *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht* (« EWiR »), 2003.295, note Stefan Kröll.

— **La récusation d'un arbitre** : Tribunal régional supérieur (*Oberlandesgericht*) Naumburg, ordonnance du 19 décembre 2001, 10 SchH 3/01, reproduite in *Neue Zeitschrift für Baurecht* (« NZBau »), 2002.448.

— **L'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire adoptée par un tribunal arbitral** :

pourvoi en cassation porte sur une décision mettant fin à l'instance. (2) Le *Bundesgerichtshof* ne statue que sur la conformité de l'ordonnance à une convention internationale ou à une loi. Les dispositions de l'alinéa 1, troisième phrase, de l'alinéa 2 du § 546, de l'alinéa 2 du § 549, des §§ 550 à 554 b, 556, 558, 559, 561, 563, de l'alinéa 1 du § 573 et des §§ 575, 707 et 717 sont applicables. »

(1) Tribunal régional supérieur (*Oberlandesgericht*) Thuringe, ordonnance du 24 novembre 1999, 4 Sch 3/99, reproduite in *BB-Supplement RPS*, No. 12, 2000.22 ;

(2) Tribunal régional supérieur (*Oberlandesgericht*) Francfort, arrêt du 5 avril 2001, 24 Sch 01/01 ; reproduit dans *Neue Juristische Wochenschrift-RechtsprechungsReport* (« NJW-RR »), 2001.1078.

— **L'exécution de sentences arbitrales étrangères annulées dans leur pays d'origine** :

(1) Tribunal régional supérieur (*Oberlandesgericht*) Rostock, ordonnance du 28 octobre 1999, 1 Sch 3/99, reproduite in *BB-Supplement RPS*, No. 8, 2000.20 ; extraits en anglais in *Yearbook*, XXV (2000) p. 717 et s. ;

(2) Cour fédérale de Justice (*Bundesgerichtshof*), arrêt du 22 février 2001, III ZB 71/99, reproduit in *NJW*, 2001.1730 ; *Wertpapier-Mitteilungen* (« WM »), 2001.971.

I. – Les clauses d'arbitrage pathologiques

Le Tribunal régional supérieur de Berlin s'est penché sur une clause d'arbitrage pathologique dans sa décision du 15 octobre 1999 (11). La clause d'arbitrage, conclue entre un contractant turque et un contractant danois, renvoyait aux règles d'arbitrage de la « *German Central Chamber of Commerce* », et prévoyait également que l'arbitrage aurait lieu à Berlin, se déroulerait en anglais et serait soumis au droit allemand. La pathologie de la clause d'arbitrage résidait dans l'inexistence de l'institution arbitrale visée.

Le demandeur a initié une procédure arbitrale institutionnelle auprès de l'Institut allemand de l'arbitrage (*Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit* – « DIS »). Le défendeur a contesté la compétence du tribunal arbitral constitué selon les règles du DIS et a finalement demandé au Tribunal régional supérieur de Berlin d'annuler la sentence provisoire sur la compétence, sentence par laquelle le Tribunal s'estimait compétent pour statuer sur le litige. Le défendeur ne s'opposait pas à l'arbitrage en tant que tel, mais plutôt à l'application du règlement du DIS, et réclamait l'application des règles d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (« CCI »).

Le Tribunal régional supérieur a confirmé la sentence provisoire du tribunal arbitral dans ce qui semble être une décision plutôt pragma-

(11) Tribunal régional supérieur (*Kammergericht*) Berlin, ordonnance du 15 octobre 1999, 28 Sch 17/99 ; reproduite in *BB-Supplement RPS*, No. 8, 2000.13 ; résumé en anglais in *Yearbook*, XXVI (2001), p. 328 et s.

tique. Comme les deux parties désiraient un arbitrage institutionnel, il était juste de valider la référence à un arbitrage institutionnel et de ne pas considérer la clause d'arbitrage, dans la mesure où elle faisait référence à la « *German Central Chamber of Commerce* », comme n'étant pas valable.

Le Tribunal a analysé de manière approfondie les intentions des parties en tenant compte de la règle directrice suivant laquelle : « conformément à la pratique internationale, les clauses d'arbitrage doivent être interprétées de façon libérale, de manière à donner effet à l'intention des parties dans la mesure du possible ». Les commentateurs ont vu dans cette affirmation l'adoption par le Tribunal du principe « *in favorem validitatis* » (12), le Tribunal ayant conclu que les parties s'étaient mises d'accord sur une institution d'arbitrage spécifique mais qui n'existait pas.

La clause d'arbitrage ne comportait pas d'ambiguïté, contrairement à ce que le défendeur a tenté d'insinuer en se référant aux règles d'arbitrage de la CCI. En cas d'ambiguïté, la clause d'arbitrage n'aurait, en droit allemand, pas été valable (13), au moins en ce qui concerne la désignation de l'institution arbitrale. Il était donc essentiel que le Tribunal démontre qu'il n'existait point une telle ambiguïté. C'est ce qu'il fit en se référant en particulier au nom de l'institution arbitrale « *German Central Chamber of Commerce* » qui ne comportait aucune référence au mot « international ». En outre, le Tribunal a noté que les parties n'avaient pas adopté la clause d'arbitrage standard de la CCI et qu'elles avaient également mentionné expressément que l'arbitrage devait avoir lieu en Allemagne et non à Paris. Ces derniers arguments ne sont cependant pas convaincants : l'utilisation de la clause d'arbitrage standard est seulement recommandée — et non imposée — par la CCI, les arbitrages suivant les règles de la CCI ne se déroulent pas nécessairement à Paris, et leur siège peuvent très bien être établis en un autre lieu.

Quoi qu'il en soit, le Tribunal a estimé, en s'appuyant sur ces arguments, qu'il n'existait pas d'ambiguïté. Il pouvait donc rechercher l'institution arbitrale qui se rapprochait le plus de celle visée par les parties et qui n'existait pas ; il en est arrivé à la conclusion que le DIS était l'institution arbitrale la plus proche de la « *German Central Chamber of Commerce* ». En effet, l'Association allemande des Chambres de l'industrie et du commerce joue le rôle d'institution centrale pour toutes les chambres de l'industrie et du commerce allemandes et, de façon évidente, elle est la seule organisation en Allemagne remplissant des fonctions similaires à celles d'une chambre centrale de commerce. Comme cette association faisait partie des fondateurs du DIS et conti-

(12) Voir Klaus Peter Berger, « *Das neue Schiedsverfahrensrecht in der Praxis - Analyse und aktuelle Entwicklungen* », *RIW*, 2001.7, spéc. p. 10.

(13) Cf. *ibid.* pour des références plus exhaustives.

nue de le soutenir, le DIS est donc l'institution arbitrale qui se rapproche le plus de l'institution inexistante choisie par les parties.

S'efforçant vraisemblablement de rendre acceptable pour le défendeur sa décision en faveur d'un arbitrage DIS, le Tribunal a souligné que les règles d'arbitrage du DIS, dans leur dernière version applicable, étaient considérées comme bien adaptées aux procédures internationales. Il a alors établi la règle suivante : une institution arbitrale inexistante n'est pas un obstacle à la validité de la clause d'arbitrage tant qu'il n'y a pas d'ambiguïté quant à l'institution visée et, dès lors, il revient au Tribunal d'identifier l'institution se rapprochant le plus de celle qui n'existe pas.

Il faut approuver l'approche du Tribunal consistant à valider la clause d'arbitrage, même si cela semble assez radical pour atteindre le résultat désiré. Toutefois, aucune des parties n'a contesté le fait que le but de la clause d'arbitrage pathologique était de soustraire le litige à la compétence de la juridiction nationale. Tant que les parties sont d'accord sur le principe de l'arbitrage, un tribunal ne devrait pas priver d'efficacité, en la tenant pour non valable, une clause d'arbitrage même si celle-ci contient une ambiguïté. En conséquence, l'application de la « règle de l'ambiguïté », selon laquelle une clause d'arbitrage n'est pas valable si elle est ambiguë — du fait d'une référence à une institution arbitrale inexistante —, nous paraît critiquable. Dans le cas présent, le Tribunal a dû déployer toute sa capacité d'argumentation pour établir qu'il n'y avait pas d'ambiguïté. Dans l'hypothèse où les parties font référence à une institution arbitrale qui n'existe pas, les juges devraient réduire la clause à son plus petit dénominateur commun, recueillant ainsi l'accord des parties, peu important que le nom de l'institution arbitrale soit ambigu ou pas. Plus particulièrement, dans la présente affaire, le Tribunal aurait également pu interpréter la clause d'arbitrage comme permettant un arbitrage *ad hoc*, soumis au droit allemand de l'arbitrage, la location du siège de l'arbitrage en Allemagne n'étant pas contestée. Les parties devraient en effet être empêchées d'invoquer des ambiguïtés afin d'échapper à l'arbitrage auquel elles ont manifesté le souhait de recourir en cas de différend. Si elles se voient imposer un arbitrage *ad hoc*, elles perdent toute raison d'exploiter la rédaction défectueuse de la clause d'arbitrage. Mais si les deux parties préfèrent l'arbitrage institutionnel, elles peuvent toujours s'entendre et opter alors pour un arbitrage institutionnel, conformément aux règles d'une institution existante, et ainsi éviter l'arbitrage *ad hoc*. La présente affaire montre à quel point il est important de se renseigner sur l'institution arbitrale et son nom, avant de l'inclure dans une clause d'arbitrage.

II. – La défense fondée sur le caractère « inopérant » d'une clause d'arbitrage du fait d'un manque de moyens financiers

La Cour fédérale de Justice allemande a jugé, dans une décision controversée du 14 septembre 2000, que l'incapacité financière d'une

partie à une convention d'arbitrage rendait *ipso jure* la convention d'arbitrage « non susceptible d'être exécutée » en vertu de l'article 1032 (1) du CPC (14). Cependant, la partie impécunieuse peut faire valoir ses droits devant une juridiction étatique sans avoir formellement dénoncé la convention d'arbitrage. L'article 1032 (1) CPC dispose :

« Le tribunal saisi d'un différend sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage si le défendeur le demande au plus tard lorsqu'il soumet ses premières conclusions sur le fond du différend, à moins que le tribunal ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée. » (soulignement ajouté)

Cette disposition est la reprise de l'article 8 (1) de la loi-type qui a, à son tour, adopte la formule « non susceptible d'être exécutée » de l'article II (3) de la Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (« Convention de New York »).

Les faits de l'affaire, un litige interne en matière de construction, peuvent être résumés de la façon suivante : le propriétaire d'une petite entreprise a conclu un contrat de construction, contenant une clause compromissoire, avec une petite société de construction. Les travaux de construction ont commencé et après un certain temps, le maître de l'ouvrage a exigé du propriétaire qu'il lui fournisse une garantie pour le paiement des travaux déjà accomplis (l'article 648a du Code civil allemand confère un droit automatique à une garantie pour les sommes dues à raison des travaux déjà accomplis). Le propriétaire ayant refusé de fournir la garantie demandée, le maître de l'ouvrage a alors proposé d'abandonner la clause d'arbitrage et de régler la question de la garantie devant la justice étatique. Le propriétaire a également refusé cette proposition. Comme la société de construction ne disposait pas de fonds suffisants pour accéder à l'arbitrage, elle n'a plus insisté sur l'octroi de la garantie. Par la suite, le propriétaire a réclamé des dommages et intérêts au maître de l'ouvrage. Ce dernier niant toute responsabilité, le propriétaire a alors dénoncé la clause d'arbitrage sur le fondement de sa propre incapacité financière. Il a ensuite assigné en justice le maître de l'ouvrage et a demandé des dommages et intérêts. Le maître de l'ouvrage a invoqué la clause d'arbitrage. Le Tribunal de première instance et le Tribunal régional supérieur de Dresde ont estimé que la clause d'arbitrage devait être appliquée et se sont déclarés incompétents. Toutefois, la Cour fédérale de Justice allemande a cassé les décisions des cours inférieures. Elle a considéré la convention d'arbitrage comme étant de droit non susceptible d'être exécutée puisque le propriétaire n'avait pas les moyens financiers nécessaires au paiement des frais de l'arbitrage.

(14) Cour fédérale de Justice (*Bundesgerichtshof*), arrêt du 14 septembre 2000, III ZR 33/00, reproduit aussi in *BB-Supplement RPS*, No. 6, 2001.17, note Jörg Risse, p. 11 et s.; *NJW*, 2000.3720 ; *JZ*, 2001.258, note Peter Schlosser ; *LM*, § 1032, No. 11 (2001), note Gerhard Wagner ; *ZfP*, Vol. 114, 2001.97, note Gerhard Walter.

Dans sa décision, la Cour fédérale de Justice allemande a maintenu sa politique jurisprudentielle, confirmée à maintes reprises, consistant à permettre à la partie impécunieuse d'intenter une action devant les juridictions étatiques si l'autre partie à l'arbitrage n'était pas disposée à financer provisoirement l'arbitrage (y compris les frais de conseil de la partie impécunieuse) (15). Ainsi, toute partie qui désire faire exécuter une convention d'arbitrage en dépit de l'incapacité financière de l'autre partie, doit non seulement financer provisoirement l'arbitrage mais aussi avancer les frais de conseil de l'autre partie. En d'autres termes, la partie impécunieuse doit être placée dans une situation comparable à celle où elle bénéficierait de l'aide juridictionnelle, et se verrait avancer les frais de justice et de conseil.

Cependant, dans ce même arrêt, la Cour fédérale de Justice allemande a également adopté une nouvelle approche en droit allemand de l'arbitrage. Pour la première fois, la partie impécunieuse a pu se rendre devant les juridictions étatiques sans avoir dénoncé formellement la convention d'arbitrage comme l'exigeait la doctrine de la dénonciation pour cause sérieuse (*Kündigung aus wichtigem Grund*). La Cour a donc abandonné cette condition auparavant imposée par la jurisprudence dominante, en matière d'arbitrage, sous l'égide de l'ancienne législation (16).

Sous l'empire de celle-ci, la Cour fédérale de Justice allemande avait établi un ensemble de règles applicables à la partie impécunieuse (17). Après avoir mis en balance les intérêts des parties à l'arbitrage, la Cour fédérale de Justice a estimé que contraindre la partie impécunieuse à l'arbitrage équivalait à un déni de justice et serait plus grave que d'exiger du demandeur refusant de financer provisoirement l'arbitrage, qu'il ait recours à la justice étatique (18).

En dehors de la condition de dénonciation et du fondement juridique (sous l'empire de l'ancienne législation, la convention d'arbitrage était considérée comme « inopérante » alors que désormais, elle est considérée comme « non susceptible d'être exécutée »), les règles suivantes semblent avoir été conservées :

(15) Voir P. Schlosser in Stein/Jonas, *Zivilprozessordnung*, 22^e éd., Tübingen (Mohr) 2002, article 1029, n° 38, p. 408 et s., pour des références plus exhaustives.

(16) Sous l'empire de l'ancienne législation, la convention d'arbitrage pouvait être dénoncée pour une cause sérieuse [*aus wichtigem Grund*]. C'était le cas lorsque l'une des parties à la convention d'arbitrage n'avait pas les moyens d'avancer les fonds nécessaires et que l'autre partie refusait de financer provisoirement l'arbitrage. La convention d'arbitrage devenait alors inopérante et susceptible d'être dénoncée pour cause sérieuse. Voir l'arrêt de principe *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* (« *BGHZ* ») [Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral] 41, 104. Chose intéressante, le tribunal a utilisé la terminologie « inopérante », bien que ce terme ne figure pas dans l'ancienne législation sur l'arbitrage et que le tribunal ne se réfère pas à la Convention de New York où cette formule apparaît à l'article II (3).

(17) *Adde*, Peter Schlosser, préc. note 15.

(18) Voir exclusivement *BGHZ* 77, 65.

— il importe peu de déterminer quelle partie, du fait de sa situation financière, rend la convention d'arbitrage non susceptible d'être exécutée (19) ;

— une convention d'arbitrage ne sera considérée comme susceptible d'être exécutée que si la partie impécunieuse reçoit de l'autre partie des fonds provisoires pour régler ses frais de conseil (20) ;

— si le demandeur ne dispose pas des moyens financiers nécessaires, le défendeur n'est pas obligé de fournir toutes les avances nécessaires à la tenue de l'arbitrage (21) ;

— la partie intéressée peut être empêchée d'invoquer l'incapacité d'exécuter la clause d'arbitrage en cas d'invocation abusive (22).

Les commentateurs approuvent en général le point de vue de la Cour fédérale de Justice selon lequel une partie dépourvue des moyens financiers nécessaires à l'arbitrage doit pouvoir saisir les juridictions étatiques (23). Ils mettent en avant, de façon unanime, la justification suivante : l'accès à un juge ne peut être refusé à la partie qui n'a pas la capacité financière d'intenter une action en justice (24). Puisque l'aide juridictionnelle n'est octroyée que dans le cadre des procédures juridictionnelles étatiques, contrairement à l'arbitrage une partie sans moyens financiers équivaldrait à un déni de justice.

Un des éminents juristes allemands en droit de l'arbitrage, le Professeur Peter Schlosser, a souligné dans son commentaire qu'après un examen comparatif de différentes solutions juridictionnelles, « (il n'hésitait) pas à considérer cette politique jurisprudentielle comme une expression avantageuse du respect de l'Etat de droit par les tribunaux allemands » (25).

(19) Voir l'arrêt de principe *BGHZ* 41, 104.

(20) Voir *BGHZ* 51, 79.

(21) Voir *BGHZ* 55, 344.

(22) Voir *BGHZ* 102, 199.

(23) Voir Jörg Risse, « *Undurchführbarkeit der Schiedsvereinbarung bei Mittellosigkeit des Klägers* », *BB-Supplement RPS*, n° 6, 2001.11 ; Peter Schlosser, note sous Cour fédérale de Justice (*Bundesgerichtshof*), 14 septembre 2000, *JZ*, 2001.260 ; Gerhard Wagner, note sous Cour fédérale de Justice (*Bundesgerichtshof*), 14 septembre 2000, *LM*, § 1032, No. 11 (2001) ; Gerhard Walter, note sous Cour fédérale de Justice (*Bundesgerichtshof*), 14 septembre 2000, *ZZP*, Vol. 114, 2001.99. Voir aussi Jens-Peter Lachmann, « *Klippen für die Schiedsvereinbarung* », *SchiedsVZ*, 2003.28.

(24) Voir par ex. Jörg Risse, art. préc. note 23.

(25) Voir Peter Schlosser, note préc. sous Cour fédérale de Justice (*Bundesgerichtshof*), 14 septembre 2000 : « *Ich zögere im übrigen nicht, es als einen rechtsstaatlichen Vorzug der deutschen Rechtsprechung anzusehen, daß eine mittellose Partei nicht an ihrer Schiedsvereinbarung festgehalten wird. In manchen anderen Rechtsordnungen wird die mittellose Partei in der Tat rechtlos gestellt* ».

Toutefois, si les commentateurs sont d'accord avec la politique jurisprudentielle sous-tendant la décision, ils s'opposent à la nouvelle approche consistant à abandonner la condition de dénonciation (26). Les raisons motivant ce désaccord sont essentiellement au nombre de trois : (i) la Cour a abandonné, sans raison et hâtivement, la condition de dénonciation, règle raisonnable et établie depuis longtemps (27) ; (ii) l'ancienne approche garantissait la sécurité juridique (*Rechtssicherheit*), la nouvelle ne satisfait plus cette exigence (28) ; et (iii) la nouvelle approche aboutit à des solutions inacceptables comme dans l'affaire tranchée par la Cour fédérale de Justice (29). Selon le Professeur Schlosser, la dénonciation formelle de la clause d'arbitrage est toujours requise en cas d'incapacité financière d'une des parties — en dépit de la décision de la Cour (30).

En 2001, dans un autre litige interne, le Tribunal régional supérieur (*Kammergericht*) de Berlin a suivi la nouvelle approche inaugurée par la Cour fédérale de Justice allemande et a entériné sa politique jurisprudentielle (31). Le contexte était le suivant : une partie liée par une clause d'arbitrage a effectué une demande d'aide juridictionnelle afin d'intenter une action devant la justice étatique. Le Tribunal de première instance de Berlin, auprès duquel le demandeur avait déposé sa demande d'aide juridictionnelle, l'a débouté de sa prétention, estimant que les juridictions étatiques étaient incompétentes du fait de la clause d'arbitrage. En appel, le Tribunal régional supérieur de Berlin a rejeté le raisonnement de la juridiction inférieure. Les juges ont en effet considéré que la clause d'arbitrage n'était pas susceptible d'être exécutée, le demandeur n'étant pas en mesure de participer au financement de l'arbitrage et le défendeur ne lui ayant pas proposé de prendre en charge ce financement. Le défendeur a alors prétendu que le demandeur possédait des actifs à l'étranger, sans toutefois préciser lesquels. En l'absence de telles précisions, le Tribunal a accepté l'argument fondé sur l'incapacité financière avancé par le demandeur. Les juges ont ainsi fait peser la charge de la preuve relative à la capacité financière sur le défendeur. Le Tribunal s'est même expressément référé à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour renforcer le fondement de sa décision : celle-ci tendait, en effet, à garantir à la partie à un arbitrage l'accès aux

(26) Voir Jörg Risse, art. préc. *supra*, note 23 ; Gerhard Wagner, notes préc. *supra*, note 23 ; Peter Schlosser, note préc. *supra*, note 23 ; Peter Schlosser in Stein/Jonas, *Zivilprozessordnung*, op. et loc. cit., pour des références plus exhaustives.

(27) Voir par exemple Peter Schlosser, note sous Cour fédérale de Justice (*Bundesgerichtshof*), 14 septembre 2000, *JZ*, 2001.260.

(28) Voir par exemple Wolfgang Voit, in *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, sous la dir. de Hans-Joachim Musielak, 3^e ed., Munich (Vahlen), 2002, article 1029, n° 12.

(29) Voir p. ex. Jörg Risse, art. préc. *supra*, note 23.

(30) Voir Peter Schlosser in Stein/Jonas, *Zivilprozessordnung*, op. cit., loc. cit.

(31) Ordonnance du Tribunal régional supérieur (*Kammergericht*) de Berlin du 13 août 2001, 2 W 8057/99, disponible sur la base de données DIS (<www.dis-arb.de>).

juridictions étatiques lorsqu'elle se retrouvait dépourvue des moyens financiers nécessaires (32).

Nous entendons limiter nos commentaires à cette question de politique jurisprudentielle visant à assurer l'accès aux tribunaux étatiques à la partie incapable de financer l'arbitrage. Cela nous semble être l'aspect fondamental de cette décision, puisque le fait d'entamer une action en justice peut toujours être considéré comme une dénonciation formelle de la convention d'arbitrage (33). Le débat sur la condition de dénonciation paraît ainsi moins déterminant, une fois replacé dans un contexte plus global.

Un commentateur conclut sa note de la façon suivante : « [en] conséquence, toutes les clauses établissant un mode alternatif de règlement des conflits [y compris l'arbitrage] reposent sur une condition tacite, la capacité financière des deux parties » (34). En d'autres termes, une clause d'arbitrage n'aura d'effet en Allemagne que si les parties ont la capacité financière de procéder à l'arbitrage. Alors qu'une telle conclusion pourrait être acceptable dans un contexte purement national comme celui des décisions commentées (fondées sur l'hypothèse tacite selon laquelle la justice étatique est aussi satisfaisante que la justice arbitrale dans ce contexte), elle pose de réels problèmes en matière d'arbitrage international (35). Sur le plan international, l'hypothèse tacite susmentionnée perd singulièrement de sa pertinence : la justice étatique n'est pas toujours aussi satisfaisante que la justice arbitrale. Cela est particulièrement vrai s'agissant des litiges internationaux et plus spécifiquement, en matière d'investissements étrangers, les tribunaux du pays récepteur de l'investissement n'étant pas considérés, pour bien des raisons, comme le lieu le plus adapté au règlement de ce type de litiges. C'est pourquoi les investisseurs étrangers négocient pour le choix d'un terrain neutre et optent pour l'arbitrage international dans un pays tiers.

Cependant, la neutralité dans la résolution des conflits serait aisément mise en échec si l'interprétation de la formule « non susceptible

(32) L'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales énonce : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ».

(33) Voir Peter Schlosser, note sous Cour fédérale de Justice (*Bundesgerichtshof*), 14 septembre 2000, *JZ*, 2001.260.

(34) Voir Gerhard Wagner, note sous Cour fédérale de Justice (*Bundesgerichtshof*), 14 septembre 2000, *LM*, § 1032, N° 11 (2001) : « *Damit erweist sich, dass sämtliche Vereinbarungen alternativer Streitlösungsverfahren unter dem stillschweigenden Vorbehalt wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit beider Parteien stehen* ».

(35) L'impact de cette décision dans le domaine de l'arbitrage international a été débattu lors d'une conférence organisée par l'Institut allemand d'arbitrage en novembre 2002, les commentateurs et les participants parmi l'assistance ayant tous condamné la décision. Les débats de la conférence sont à paraître.

d'être exécutée », donnée par la Cour fédérale de Justice allemande, était suivie par les tribunaux des pays récepteurs d'investissements. Une partie ressortissante de l'Etat récepteur de l'investissement n'aurait qu'à plaider l'incapacité financière pour pouvoir se retrouver devant les tribunaux de son propre pays. En effet, la jurisprudence allemande sur l'incapacité financière d'une partie à un arbitrage pourrait exercer une influence à l'étranger, l'article 1032 (1) du CPC étant la reprise de l'article 8 (1) de la loi-type. Or celle-ci, comme on l'a vu, a elle-même adopté la formule « non susceptible d'être exécutée » de l'article II (3) de la Convention de New York. La décision de la Cour fédérale de Justice allemande pourrait donc servir de référence en cas d'interprétation de l'article 8 (1) de la loi-type ou de l'article II (3) de la Convention de New York dans un contexte qui ne serait pas exclusivement national. Puisqu'il existe en Allemagne un régime unique de l'arbitrage, autrement dit un cadre juridique ne distinguant pas entre arbitrage interne et international, les tribunaux allemands qui appliquent la nouvelle législation devraient prendre en compte l'impact de leurs arrêts rendus en matière d'arbitrage interne sur le droit de l'arbitrage international. C'est malheureusement ce qu'a manqué de faire la Cour fédérale de Justice allemande dans la présente décision.

En matière d'arbitrage international, l'incapacité financière ne devrait pas être considérée comme un motif rendant la convention d'arbitrage « non susceptible d'être exécutée », les investisseurs étrangers se retrouvant alors contraints de porter leurs litiges devant les juridictions des Etats récepteurs d'investissements. Dans cette situation, on peut avancer sans trop exagérer que l'investisseur étranger se trouvera dans une situation de déni de justice : il sera en effet privé de la neutralité qu'il avait négociée, et à laquelle il pouvait légitimement s'attendre. Ainsi, au plan international, la mise en balance des intérêts des parties est un exercice bien plus complexe que dans un contexte purement interne. Il n'y a que dans celui-ci que l'hypothèse tacite, selon laquelle la justice étatique est aussi satisfaisante que la justice arbitrale, peut se révéler exacte. La Cour fédérale de Justice allemande devrait reconsidérer son approche.

III. – La « *Kompetenz-Kompetenz* » du tribunal arbitral

En 2002, la Cour fédérale de Justice a jugé une affaire dans laquelle une partie avait contesté la décision prise par les arbitres de se déclarer incompétents (36). Les faits étaient les suivants : à la suite d'un litige relatif au paiement d'honoraires de consultation, survenu entre

(36) Cour fédérale de Justice (*Bundesgerichtshof*), arrêt du 6 juin 2002, III ZB 44/01, reproduit in *NJW*, 2002.3031 ; *SchiedsVZ*, 2003.39, note Joachim Münch ; *IDR*, 2002.40, note Otto Sandrock.

un demandeur saoudien et un défendeur allemand, les parties ont opté par compromis pour un arbitrage *ad hoc* en Allemagne (37). Le tribunal arbitral fut constitué et, après avoir examiné les moyens portant sur la compétence, il a estimé dans une « sentence préliminaire partielle (relative) à la procédure » (*Teil-Prozessschiedsspruch Zwischenentscheid*) qu'il n'était pas compétent parce que le défendeur avait valablement renoncé à la convention d'arbitrage. Il a également ordonné au demandeur de régler les frais d'arbitrage. Ce dernier a alors déposé une demande auprès du Tribunal régional supérieur de Stuttgart visant soit à obtenir l'annulation de la décision arbitrale, soit à établir si le règlement du litige par voie d'arbitrage était admissible. Le Tribunal régional supérieur de Stuttgart, juridiction compétente pour statuer sur la demande, a considéré que le tribunal arbitral s'était injustement déclaré incompétent mais n'a néanmoins pas annulé la décision, au motif qu'aucun des cas d'annulation de l'article 1059 CPC n'était applicable. Le demandeur saoudien a alors formé un recours devant la Cour fédérale de Justice allemande sur un point de droit.

La Cour fédérale de Justice a confirmé l'arrêt du Tribunal régional supérieur de Stuttgart et estimé, plus particulièrement, qu'une demande d'annulation fondée sur l'article 1059 CPC pouvait être valablement déposée à l'encontre de la décision prise par un tribunal arbitral de décliner sa compétence (« sentence procédurale », *Prozessschiedsspruch*). Elle a considéré qu'aucun des cas d'annulation d'une sentence arbitrale fondés sur l'article 1059 CPC ne trouvait d'application dans la présente affaire. Ainsi une éventuelle erreur dans la qualification juridique de la renonciation ne constituerait-elle pas une violation de l'ordre public allemand. La Cour s'est penchée sur les propositions soumises par des spécialistes de l'arbitrage suggérant d'étendre le nombre de cas d'annulation de l'article 1059, afin de lui permettre de réexaminer la validité de la décision prise par les arbitres de se déclarer incompétents. La Cour a rejeté ces propositions sur le fondement d'arguments divers, et notamment les suivants : étant donné les différences fondamentales qui existent entre une sentence dans laquelle un tribunal arbitral se déclare compétent de façon illégale — privant ainsi une partie de son droit d'accès aux juridictions étatiques — et une sentence dans laquelle le Tribunal s'estime incompétent — qui, elle, permet d'avoir accès aux juridictions étatiques —, point n'était besoin pour le législateur de créer un cas supplémentaire d'annulation, même si parfois une partie trouvera procéduralement plus lourd de faire valoir ses droits devant une juridiction étatique.

La Cour a ajouté qu'une demande fondée sur l'article 1032 (2) CPC visant à faire constater l'admissibilité du règlement du litige par voie d'arbitrage par la juridiction étatique ne pouvait être formulée en l'espèce, le tribunal arbitral ayant déjà été constitué.

(37) L'information sur la nationalité des parties se trouve in Stefan Kröll, note sous Cour fédérale de Justice (*Bundesgerichtshof*), 6 juin 2002, *EWiR*, 2003,295.

Enfin, la Cour a considéré que le tribunal arbitral était compétent pour statuer sur les frais d'arbitrage, car cela découlait de la compétence du tribunal arbitral pour décider de sa propre compétence (*Kompetenz-Kompetenz*), conformément à l'article 1040 (1) CPC.

Avant d'entamer le commentaire de l'arrêt de la Cour fédérale de Justice, il convient de présenter brièvement la notion de *Kompetenz-Kompetenz* figurant dans la nouvelle législation, la nouvelle approche de cette notion différant considérablement de la précédente (38).

Avant 1998, la question de la *Kompetenz-Kompetenz* n'était pas réglementée par la loi. Selon la Cour fédérale de Justice, pour que le tribunal arbitral puisse rendre une décision finale sur sa compétence, les parties devaient lui en donner le pouvoir explicitement dans une clause spéciale de *Kompetenz-Kompetenz* (39). La possibilité pour les juridictions étatiques de statuer sur la validité et l'interprétation de ladite clause était ainsi restreinte ; un recours contre la décision statuant favorablement sur la compétence ne pouvait être intenté dans une procédure d'annulation ou d'exécution qu'une fois l'instance arbitrale achevée. Désormais, le droit allemand a abandonné ce principe : le tribunal arbitral ne peut décider de sa propre compétence que par le biais d'une sentence préliminaire. Si le tribunal arbitral se déclare compétent, la juridiction étatique pourra se voir immédiatement saisie de cette décision conformément à l'article 1040 CPC. Selon le Professeur Schlosser, « [si] le tribunal arbitral dont la compétence est contestée arrive à la conclusion que son investiture est valable, il devrait se prononcer par une sentence préliminaire que l'on peut immédiatement contester. Ce dernier élément de la solution CNUDCI est pour le droit allemand un grand progrès, étant donné que la législation ancienne ne permettait pas d'interjeter appel contre une sentence arbitrale quelconque, et ne prévoyait les recours en nullité que contre les sentences finales » (40).

La présente affaire concerne une décision prise par un tribunal arbitral, déclinant sa compétence, conformément à la doctrine de *Kompetenz-Kompetenz*. Dans un tel cas, la démarche en deux temps décrite plus haut, consistant en la reddition d'une première sentence préliminaire par le tribunal arbitral, suivie immédiatement du « dernier mot » de la juridiction étatique, n'est pas appliquée. La décision d'un tribunal déclinant sa compétence est une décision définitive qui est traitée comme une sentence définitive rendue sur le fond, et qui, en tant que telle, est soumise à la procédure d'annulation de l'article 1059 CPC.

(38) Voir Peter Schlosser, « La nouvelle législation allemande sur l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1998,291, spéc. p. 297-298 pour des références plus exhaustives.

(39) *Ibid.*

(40) *Ibid.*

L'arrêt de la Cour fédérale de Justice mérite d'être commenté à plus d'un titre.

Premièrement, l'arrêt de la Cour établit que toute décision d'un tribunal arbitral visant à se déclarer incompétent doit être considérée comme une sentence définitive. La Cour a rejeté le point de vue consistant à priver les arbitres de la possibilité de rendre une sentence, quelle qu'elle soit, s'ils se déclarent incompétents (41). Ce type de sentence définitive est appelé « sentence procédurale », par analogie avec le terme « jugement procédural » (*Prozessurteil*) utilisé pour une décision par laquelle une juridiction se déclare incompétente. La procédure d'annulation fondée sur l'article 1059 CPC s'applique donc à la sentence procédurale qui est considérée comme une sentence définitive. Nous sommes d'accord avec ces conclusions, peu important comment les arbitres ont qualifié leur décision. Dans le cas présent, ils l'ont appelée « sentence préliminaire partielle (relative) à la procédure » (*Teil-Prozessschiedsspruch Zwischenentschied*), cette terminologie laissant faussement entendre qu'il y aura une sentence définitive ultérieurement. Cependant, lorsque les arbitres se déclarent incompétents, il est mis fin définitivement à l'instance arbitrale. Cette déclaration qui met fin à l'arbitrage devrait être expressément notifiée dans une décision formelle contre laquelle un recours pourrait être intenté (42). Il reste à voir si l'appellation « sentence procédurale » trouvera une place dans la terminologie utilisée en arbitrage international.

Deuxièmement, puisque l'article 1059 CPC ne traite que de l'examen juridictionnel de la décision d'un arbitre qui se déclare compétent et ne prévoit rien dans le cas présent, il subsiste une faille dans le contrôle juridictionnel des décisions arbitrales. Nous ne partageons pas la position de la Cour selon laquelle cette faille ne nuira pas aux parties au motif que l'accès aux juridictions étatiques est toujours ouvert. Similaire à celui de l'arrêt sur l'impécuniosité des parties à l'arbitrage (cf. *supra*, II), ce raisonnement manque une fois encore de relever l'intention des parties d'écarter la compétence des juridictions étatiques dans la résolution de litiges transnationaux : aucune des parties ne veut se défendre devant les juridictions nationales de l'autre (43), celles-ci recherchant précisément un terrain neutre. La partie saoudienne — en dépit d'une décision infondée sur la renonciation à la convention d'arbitrage — est désormais contrainte de faire valoir ses droits devant

(41) Certains auteurs avancent l'idée que les arbitres ne peuvent émettre qu'une ordonnance de fin d'arbitrage. Voir p. ex. Wolfgang Voit in *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, sous la dir. de Hans-Joachim Musielak, 3^e éd., Munich (Vahlen) 2002, article 1040, n° 8. Cependant, aucun recours ne peut être intenté contre un simple ordonnance de fin d'arbitrage puisque l'article 1059 CPC exige l'existence d'une sentence arbitrale.

(42) Voir aussi Otto Sandrock, note sous Cour fédérale de Justice (*Bundesgerichtshof*), 6 juin 2002. *IDR*, 2002.42.

(43) Voir Stefan Kröll, note sous Cour fédérale de Justice (*Bundesgerichtshof*), 6 juin 2002. *EWiR*, 2003.295.

une juridiction étatique allemande. Ce n'est certainement pas ce qu'elle avait envisagé lorsqu'elle a conclu la convention d'arbitrage. Aussi sommes-nous d'accord avec les auteurs qui plaident en faveur d'un contrôle juridictionnel de la décision prise par un arbitre de se déclarer incompétent (44). C'est une précaution nécessaire qui n'étendrait pas excessivement le contrôle juridictionnel de l'arbitrage.

En fait, une intervention législative pour combler cette faille n'est pas nécessaire. Contrairement au raisonnement de la Cour fédérale de Justice, on ne peut déduire de la non-extension par le législateur du domaine d'application de l'article 1059 CPC qu'il a expressément rejeté l'idée d'un contrôle juridictionnel de la décision prise par un arbitre déclinant sa compétence. Les travaux préparatoires sont loin d'être clairs de ce point de vue (45). La portée pleine et entière de ce problème n'avait probablement pas été correctement identifiée par le législateur lorsqu'il a affirmé que l'article 1059 CPC devrait « en principe » s'appliquer aux décisions prises par un arbitre de se déclarer incompétent (46). Etant donné le parti pris du législateur en faveur de l'arbitrage, la Cour aurait dû se sentir plus libre d'adopter une solution qui privilégie l'institution arbitrale. Plus précisément, la Cour fédérale de Justice aurait pu appliquer, par analogie, soit l'article 1059 (1) (a) ou (c) CPC au cas présent pour pouvoir exercer un contrôle juridictionnel sur la décision (47). Notre plaidoyer en faveur d'une extension des cas d'annulation prévus par l'article 1059 dans cette affaire particulière ne devrait pas être mal interprété et devrait être compris comme impliquant une approbation générale de l'extension du domaine d'application de l'article 1059 CPC par analogie.

Troisièmement, la Cour donne des indications sur la procédure fondée sur l'article 1032 (2) CPC. Celle-ci s'étend au-delà du domaine d'application de la loi-type CNUDCI et attribue compétence à la juridiction étatique pour statuer, à la demande d'une partie, sur l'admissibilité du règlement du litige par voie d'arbitrage, *avant* la constitution du tribunal arbitral. En attendant la décision de la juridiction, le tribunal arbitral peut être constitué et l'instance arbitrale commencée. Dans l'hypothèse où la juridiction estime que le règlement du litige par voie d'arbitrage est inadmissible, une quelconque sentence, rendue en dépit de l'inadmissibilité, sera considérée comme nulle en droit allemand (48). En

(44) Voir par ex. Hilmar Raeschke-Kessler, Klaus Peter Berger, *Recht und Praxis des Schiedsverfahrens*, 3^e éd., Cologne (RWS) 1999, p. 134, n° 563 ; Joachim Münch, note sous Cour fédérale de Justice (*Bundesgerichtshof*), 6 juin 2002. *SchiedsVZ*, 2003.41 ; Peter Schlosser in Stein/Jonas, *Zivilprozessordnung*, op. cit., p. 594.

(45) Voir Joachim Münch, note préc. *supra*, note 44.

(46) Voir *Bundestags-Drucksachen* (rapports parlementaires) 13/5274 p. 44.

(47) Voir Joachim Münch, note préc. *supra* (note 44), pour des références plus exhaustives.

(48) Voir Peter Huber, « *Das Verhältnis von Schiedsgerichtsbarkeit und staatlichen Gerichten bei der Entscheidung über die Zuständigkeit* », *SchiedsVZ*, 2003.73, spéc., p. 74 pour des références plus exhaustives.

revanche, dans l'hypothèse où la juridiction constate que le règlement du litige par voie d'arbitrage est admissible et où le tribunal arbitral se déclare incompétent, les commentateurs font valoir que les parties auront néanmoins accès aux juridictions étatiques (49). D'après le Professeur Schlosser, « la règle est inspirée par la jurisprudence française relative au temps utile pour saisir le juge d'appui des articles 1444 ou 1493 (2) NCPC » (50). La Cour fédérale de Justice allemande a estimé que les délais pendant lesquels cette procédure pouvait être enclenchée doivent être strictement observés, une partie ne pouvant dès lors formuler de demande auprès de la juridiction étatique, sur le fondement de l'article 1032 (2) CPC, qu'avant la constitution du tribunal arbitral. Nous approuvons la stricte application de l'article 1032 (2) CPC car, dans le cas contraire, le fondement de la règle de *Kompetenz-Kompetenz* serait ébranlé.

Quatrièmement, la Cour a affirmé que le tribunal arbitral a le pouvoir de se prononcer sur les frais et dépens s'il se déclare incompétent pour statuer sur la demande. Sous le régime de l'ancienne législation sur l'arbitrage, cette question a longtemps fait l'objet de débats (51). La Cour a eu raison de fonder la compétence d'accorder les frais et dépens sur la règle de *Kompetenz-Kompetenz*. Si un tribunal a le pouvoir de décider de sa propre compétence, il doit aussi avoir le pouvoir d'allouer les frais et dépens qui découlent de cette décision.

En somme, si nous sommes d'accord avec l'arrêt de la Cour fédérale de Justice sous bien des aspects, nous n'acceptons pas l'idée selon laquelle la validité de la décision prise par un arbitre de se déclarer incompétent ne peut être examinée par les juridictions étatiques. La Cour fédérale de Justice allemande devrait reconsidérer son approche.

IV. – La récusation d'un arbitre

En décembre 2001, le Tribunal régional supérieur de Naumburg (52) a examiné le critère applicable à la récusation d'un arbitre sur le fondement de l'article 1036 (2) CPC (53), article qui reprend littéralement

(49) *Ibid.*

(50) Voir Peter Schlosser, « La nouvelle législation allemande sur l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1998, 291.

(51) Voir Joachim Münch, note préc. *supra* (note 44), pour des références plus exhaustives.

(52) Tribunal régional supérieur (*Oberlandesgericht*) Naumburg, ordonnance du 19 décembre 2001, 10 SchH 03/01, reproduite in *NZBau*, 2002, 448.

(53) L'article 1036 (2) CPC (« Récusation d'un arbitre ») dispose : « (2) Un arbitre ne peut être récusé que s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance, ou celui-ci ne possède pas les qualifications convenues par les parties. Une partie ne peut récuser l'arbitre qu'elle a nommé ou à la nomination duquel elle a participé que pour une cause dont elle a eu connaissance après cette nomination. »

l'article 12 (2) de la loi-type CNUDCI. Le Tribunal a fourni de précieuses indications sur l'équilibre à établir entre les objectifs concurrents en présence : s'assurer d'une part de l'impartialité et de l'indépendance de l'arbitre tout en contrecarrant d'autre part les demandes de récusation dilatoires dont le seul but est de faire échec à l'arbitrage (54). Le Tribunal s'est penché sur quatre situations particulières dans lesquelles une récusation pouvait être justifiée. L'arrêt du Tribunal régional supérieur de Naumburg, juridiction allemande, apporte une contribution opportune aux divers efforts internationaux visant à clarifier cette question centrale.

Les faits de l'affaire étaient les suivants. En décembre 1992, les parties ont opté pour un arbitrage suivant le règlement d'arbitrage de l'industrie de la construction (*Schiedsgerichtsordnung Bau*), sous la présidence d'un arbitre unique. Au cours de ce même mois, elles ont procédé à la nomination de l'arbitre. En 1997, le demandeur a entamé une procédure arbitrale pour salaires impayés, le défendeur ayant, quant à lui, introduit des demandes reconventionnelles significatives. Lors de la première audience en avril 1998, les parties ont toutes deux déclaré qu'elles ne voyaient pas d'objection à la nomination de l'arbitre. Peu avant la deuxième audience en janvier 2001, le demandeur a récusé l'arbitre pour un prétendu manque d'impartialité. Il alléguait que celui-ci avait eu des contacts avec le défendeur avant le commencement de la procédure arbitrale, ce qui soulevait des doutes légitimes sur son impartialité et son indépendance. Plus précisément, il a mis en avant quatre motifs dont il n'avait pas encore connaissance au moment de la nomination de l'arbitre.

Premièrement, l'arbitre avait été vice-président de l'« Institut de droits allemand et international de la construction » (*Institut für Deutsches und Internationales Baurecht*) de 1987 à 1994 et le trésorier de l'institut administrateur gérant (*Geschäftsführer*) de la société défenderesse de 1972 à 1983 avant d'être remplacé par l'avocat du demandeur 1983 à 1998. Deuxièmement, l'arbitre était commanditaire (*Kommanditist*) dans une société (en commandite simple), active dans le montage d'opérations de construction et prétendument gérée par l'administrateur gérant (*Geschäftsführer*) de la société défenderesse. Ce dernier a cédé des parts sociales d'une valeur de 50 000 DM à différentes personnes, y compris l'arbitre qui a accédé à la position d'associé en 1977. Troisièmement, l'arbitre et l'administrateur gérant (*Geschäftsführer*) de la société défenderesse ont été conjointement sollicités comme arbitres et experts dans des procédures arbitrales. Quatrièmement, l'arbitre a violé le devoir qu'il avait de divulguer ses relations d'affaires avec l'administrateur gérant (*Geschäftsführer*) de la

(54) Voir Stefan Kröll, « Naumburg Higher Regional Court Offers "Good Example" Of How German Arbitration Law Balances Party's Needs And Protects Arbitral Process », 17 *Mealey's Int. Arb. Rep.*, juin 2002, p. 27.

société défenderesse. Le défendeur s'est opposé à la récusation, à bon droit selon l'arbitre qui a rejeté le recours en récusation le 29 janvier 2001. Le 8 février 2001, le demandeur a déposé dans les temps (le règlement d'arbitrage prévoit un délai de deux semaines) une demande auprès du tribunal étatique visant à récuser l'arbitre. Celui-ci a, de son côté, poursuivi la procédure et a rendu une sentence le 19 février 2001. En avril et mai 2001, le demandeur a présenté de nouveaux motifs au soutien de son recours en récusation qui fut rejeté par le Tribunal régional supérieur de Naumburg.

De façon détaillée, le Tribunal a établi trois principes applicables lorsqu'il examine une demande de récusation d'un arbitre.

(1) Il a d'abord réaffirmé qu'en dépit de la reformulation de l'article 1036 (2) CPC, le critère applicable reste le même que celui appliqué à la récusation des juges conformément à l'ancienne législation. Le Tribunal n'a cependant pas attaché de signification particulière à la nouvelle formulation de l'article 1036 (2) CPC, faisant valoir que la seule raison pour laquelle l'article avait été totalement reformulé était le désir d'adopter, le plus fidèlement possible, la formulation de la loi-type CNUDCI, sans modifier le droit matériel. Il a cherché à établir s'il existait des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur l'impartialité et l'indépendance de l'arbitre et a estimé que le fait que l'arbitre se soit montré partisan ou partial n'avait pas d'importance dans le succès du recours en récusation. Ainsi, le point de vue à adopter serait plutôt celui de la partie demandant la récusation. Le Tribunal a considéré qu'il suffisait que cette partie ait montré un nombre suffisant de raisons objectives pour arriver à la conclusion que l'arbitre avait un parti pris et n'était donc pas impartial. Il a cependant clairement affirmé que tout doute légitime ne pourrait pas être simplement présumé, afin de s'assurer que la procédure arbitrale ne soit pas mise en échec par des récusations infondées et dilatoires. Le Tribunal a appliqué ce principe aux trois premiers motifs avancés par le demandeur, comme nous le verrons plus loin.

(2) Deuxièmement, une violation de l'obligation de divulgation édictée par l'article 1036 (1) CPC (55) peut généralement être considérée à elle seule comme un motif de récusation d'un arbitre. Cette obligation ne concerne cependant que les faits qui, sur le fondement d'une évaluation objective, peuvent soulever des doutes quant à l'impartialité de l'arbitre. Le Tribunal a estimé qu'en cas de doute, l'arbitre devrait divulguer les faits qui lui semblent pertinents. Il a souligné que le critère

(55) L'article 1036 (1) CPC (« Récusation d'un arbitre ») dispose : « (1) Lorsqu'une personne est pressentie en vue de sa nomination éventuelle en qualité d'arbitre, elle signale toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou sur son indépendance. A partir de la date de sa nomination et durant toute la procédure arbitrale, l'arbitre signale sans tarder de telles circonstances aux parties, à moins qu'il ne l'ait déjà fait. »

requis pour la divulgation est moins exigeant que celui appliqué à l'évaluation judiciaire d'une demande de récusation d'un arbitre. Il peut très bien exister des faits que l'on considérera au premier abord comme censés soulever des doutes légitimes, même si le Tribunal décide à un stade ultérieur qu'ils constituent des motifs insuffisants pour récuser l'arbitre. Le Tribunal a appliqué ce principe au quatrième motif avancé par le demandeur (cf. *infra*).

(3) Troisièmement, le Tribunal a réaffirmé la position prise par la Cour fédérale de Justice selon laquelle un arbitre ne peut être récuse que jusqu'au moment où la sentence est rendue. Au-delà de cette étape, les exigences de sécurité juridique (*Rechtssicherheit und Rechtsfrieden*) excluent toute (nouvelle tentative de) récusation de l'arbitre. Le Tribunal a estimé que cette règle s'appliquait également aux principes invoqués pour la première fois, après qu'une sentence a été rendue, dans une procédure de récusation déjà en cours. Le Tribunal a appliqué ce principe aux motifs supplémentaires soulevés par le demandeur après que la sentence a été rendue, et les a rejetés.

Nous commenterons plus loin les principes établis par le Tribunal, mais avant ces remarques, nous résumerons brièvement la façon dont ceux-ci s'appliquent.

S'agissant du premier motif, fondé sur le fait que l'arbitre et l'administrateur gérant (*Geschäftsführer*) de la société défenderesse ont tous deux été membres du même institut et de la même société, le Tribunal régional supérieur a rejeté ce motif pour cause de prescription. Les règles d'arbitrage prévoient que la partie demandant la récusation doit soulever un motif de récusation quelconque, au plus tard deux semaines après que ce motif s'est révélé. Dans le cas présent, le demandeur n'était pas au courant de cette appartenance conjointe au conseil d'administration de l'« Institut de droits allemand et international de la construction ». Cependant, le Tribunal a estimé, conformément aux règles régissant les relations entre l'avocat et son client, que le demandeur était réputé avoir eu connaissance de la situation, son avocat en étant lui-même informé. Puisque l'avocat du demandeur était au courant de cette appartenance conjointe depuis des années, le demandeur se trouvait forclos et ne pouvait s'appuyer sur ce motif à ce stade de la procédure.

Quant au deuxième motif de récusation, le Tribunal a estimé que ni les intérêts personnels ni les intérêts financiers que représentait l'investissement de l'arbitre dans la société, prétendument gérée par l'administrateur gérant (*Geschäftsführer*) de la société défenderesse, ne suffisaient à justifier l'existence de doutes sur l'impartialité de l'arbitre. Plus particulièrement, le simple fait que l'arbitre ait acheté ses parts sociales de commanditaire à l'administrateur gérant (*Geschäftsführer*) de la société défenderesse et le lien unissant les associés ne menaient pas à la conclusion qu'il existait entre eux une relation spéciale. Cette société en commandite simple (*Kommanditgesellschaft*) n'était pas une

« véritable » société en commandite (*typisch personengesellschaftliche Beziehung*), caractérisée par des contacts personnels. Elle constituait juste un moyen d'économiser des impôts et devrait être considérée comme un investissement en capital (*typisch kapitalgesellschaftliche Beziehung*). Le fait que les associés aient souvent changé tend à le prouver. En outre, le Tribunal n'a trouvé aucun élément indiquant que le bien-être (*Wohl*) économique de l'arbitre dépendait uniquement des initiatives de l'administrateur gérant (*Geschäftsführer*) de la société défenderesse, au point de porter atteinte à son impartialité ou à son indépendance. Plus précisément, il n'a pas été établi que l'administrateur gérant (*Geschäftsführer*) de la société défenderesse exerçait encore une influence sur la marche de la société.

Concernant le troisième motif de récusation, le Tribunal a considéré que le fait que l'arbitre et l'administrateur gérant (*Geschäftsführer*) de la société défenderesse aient tous deux conjointement participé à des procédures arbitrales, en tant qu'arbitres et experts, ne pouvait servir de motif de récusation de l'arbitre. La raison pour laquelle ces deux personnes se retrouvaient ensemble dans des procédures arbitrales n'était autre que leur expertise juridique. Ils avaient tous deux des compétences reconnues en droit de la construction et, de ce fait, étaient souvent nommés arbitres.

Enfin, le quatrième motif de récusation a été rejeté car l'arbitre n'était pas soumis à l'obligation de divulguer les faits sur lesquels s'appuyait le demandeur, puisqu'aucun de ceux-ci n'était raisonnablement susceptible de soulever des doutes légitimes sur son impartialité.

Indépendamment de l'application des trois principes susmentionnés aux faits du présent arrêt, les principes eux-mêmes appellent quelques commentaires.

Tout d'abord, il n'est pas certain qu'une équation entre le critère de récusation d'un arbitre et le critère de récusation d'un juge soit nécessairement appropriée. Il eût été préférable que le Tribunal fasse spécifiquement référence à l'arbitrage, et il aurait pu le faire aisément. Point n'était besoin d'affirmer que l'adoption des termes de la loi-type CNUDCI n'implique pas celle de nouvelles règles. Cet argument est un thème récurrent dans les décisions et les commentaires récents et nous n'approuvons pas cette approche puisqu'elle suggère que l'adoption de la loi-type CNUDCI n'était qu'une façade. Cependant, il n'est évidemment pas déraisonnable de s'appuyer sur la jurisprudence antérieure quand cela est opportun. Dans une telle hypothèse, il faudrait toutefois bien s'assurer que l'ancienne jurisprudence est conforme à l'esprit de la loi-type CNUDCI. Comme un commentateur de l'arrêt le faisait déjà bien remarquer (56), à l'inverse des juges, les arbitres ont d'autres activités professionnelles et sont souvent choisis pour leur savoir-faire dans

(56) Voir Stefan Kröll, art. préc.

un certain domaine et en particulier, dans des domaines juridiques hautement spécialisés, dans lesquels des contacts avec les parties ou leurs avocats sont inévitables. De tels contacts devraient être considérés comme inhérents à la procédure arbitrale et ne devraient pas être caractérisés comme des circonstances soulevant des doutes légitimes sur l'impartialité d'un arbitre. Si le Tribunal avait adopté ce raisonnement, nous pensons qu'il aurait pu traiter le premier et le troisième motifs de façon plus convaincante. Plus précisément, il n'aurait pas eu besoin d'invoquer la forclusion en recourant à l'imputation des connaissances.

Nous sommes d'accord avec le raisonnement du Tribunal concernant la violation de l'obligation de divulgation. Celui-ci a estimé qu'une telle violation pouvait en elle-même justifier une récusation, même si les faits non divulgués s'avéraient insuffisants. Le raisonnement sous-tendant ce point de vue est, qu'en général, toute absence de divulgation empêche la partie intéressée d'invoquer la récusation, éventuellement avec succès. Que la récusation soit ordonnée ou non, un tel comportement constitue déjà une bonne raison d'avoir des doutes quant à l'impartialité de l'arbitre. Cette règle stricte va dans le sens d'une plus grande transparence. Cependant, lorsqu'il s'agit de déterminer quelles circonstances sont « de nature à soulever des doutes légitimes » conformément à l'article 1036 (1) CPC, un critère objectif doit être appliqué. Plus particulièrement, ce n'est pas le point de vue subjectif de la partie demandant la récusation qui sera pris en compte. Comme le Tribunal l'a souligné, s'appuyer sur un critère subjectif, qui engendrerait une obligation de divulgation d'une portée considérable, menacerait sérieusement la procédure arbitrale. Des circonstances qui, par elles-mêmes, ne justifieraient pas une récusation, pourraient dès lors, par le biais d'une violation de l'obligation de divulgation, déboucher avec succès sur une récusation.

Enfin, nous approuvons le principe selon lequel la récusation d'un arbitre ne devrait plus être possible une fois la sentence rendue. Cela devrait être également le cas lorsqu'une procédure de récusation est en cours. Après que la sentence a été rendue, le contrôle juridictionnel de l'arbitrage se reporte alors sur l'annulation ou l'exécution de la sentence. Si un arbitre s'avérait avoir été partial et si cela portait atteinte à la régularité de la procédure, il y aurait violation de l'ordre public. Une sentence arbitrale ne devrait être reconnue que si elle a été rendue par des arbitres impartiaux et indépendants ; dans le cas contraire, l'Etat ne devrait pas prêter son concours à l'exécution de la sentence. Telle est la position du droit allemand (57). Une partie à un arbitrage n'est ainsi pas dénuée de protection.

En somme, l'arrêt du Tribunal régional supérieur de Naumburg illustre bien l'intérêt de centraliser les questions d'arbitrage sur les

(57) Voir Stefan Kröll, art. préc., pour des références complémentaires.

tribunaux régionaux supérieurs qui en temps normal ne statuent pas en première instance (58). On ne pourra qu'approuver les tribunaux régionaux supérieurs qui utiliseront cette nouvelle compétence dans le domaine de l'arbitrage pour établir des chambres spécialisées, de manière à s'assurer que les juges statuant sur ces affaires sont des spécialistes dans leur domaine particulier. Des arrêts bien argumentés contribueraient au bon développement du droit allemand de l'arbitrage.

V. – L'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire prise par un tribunal arbitral

Cette partie sera consacrée à la discussion de deux arrêts, l'un du Tribunal régional supérieur de Francfort (59) et l'autre du Tribunal régional supérieur de Thuringe (60). Ces deux arrêts concernent le nouveau régime juridique d'exécution judiciaire des mesures provisoires ou conservatoires prises par un tribunal arbitral conformément à l'article 1041 CPC (61).

Avant d'analyser les deux affaires, nous présenterons brièvement l'approche allemande, progressiste à plus d'un titre (62), en matière de mesures provisoires ou conservatoires prises par un tribunal arbitral et de leur exécution conformément à l'article 1041 CPC. Celle-ci donne expressément pouvoir aux arbitres de prendre des mesures provisoires ou conservatoires à moins que les parties n'en décident autrement — sous l'empire de la précédente législation, les arbitres ne disposaient pas d'un tel pouvoir (63). Il a même été soutenu que la nouvelle législation permettait également de prendre des mesures provisoires ou conservatoires au profit d'une des deux parties, sans que la demande de mesures ne soit notifiée à l'autre partie et sans que cette dernière ne soit appelée à ce stade de l'instance (*ex parte*) (64). Une fois obtenue du tribunal arbitral, une partie peut demander à la juridiction étatique

(58) Voir Peter Schlosser, « La nouvelle législation allemande sur l'arbitrage » *Rev. arb.*, 1998.291.

(59) Tribunal régional supérieur (*Oberlandesgericht*) Francfort, arrêt du 5 avril 2001, 24 Sch 01/01, reproduit in *NJW-RR*, 2001.1078.

(60) Tribunal régional supérieur (*Oberlandesgericht*) Thuringe, ordonnance du 24 novembre 1999, 4 Sch 3/99, reproduit in *BB-Supplement RPS*, N° 12, 2000.22.

(61) Cf. le texte de cet article reproduit *supra*, note 6.

(62) Voir Stefan Bandel, *Einstweiliger Rechtsschutz im Schiedsverfahren*, 2000, Munich (Beck) pour une étude complète ; voir aussi Sébastien Besson, *Arbitrage international et mesures provisoires*, 1998, Zurich (Schulthess), p. 300 et s., n° 502 et s.

(63) Voir Jan Schaefer, « *New Solutions for Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration: English, German and Hong Kong Law Compared* » in *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 2.2 (août 1998), <<http://www.ejcl.org/22/art22-2.html>>, pour des références plus exhaustives.

(64) Voir, pour plus de précisions, Jan Schaefer, art. préc.

l'autorisation de faire exécuter la mesure. Comme nous le verrons plus loin, l'arrêt du Tribunal de Francfort examine l'étendue du contrôle juridictionnel exercé à ce stade sur la mesure provisoire ou conservatoire prise par un tribunal arbitral. On a également mis en avant que la juridiction étatique octroyait l'autorisation d'exécution non seulement des mesures provisoires ou conservatoires prises par un tribunal arbitral siégeant en Allemagne mais aussi de celles prises par un tribunal arbitral étranger (65). Une fois l'autorisation d'exécution accordée par la juridiction étatique, la partie intéressée devra demander au tribunal arbitral de modifier la mesure, selon la procédure indiquée par le Tribunal régional supérieur de Thuringe (voir *infra*).

(1) L'arrêt du Tribunal régional supérieur de Francfort

L'affaire traitée par le Tribunal de Francfort concerne les litiges en matière sportive. Les faits peuvent être résumés de la façon suivante : Dieter Baumann, un athlète allemand renommé, avait été interdit de toute participation à une quelconque compétition sportive du 16 septembre 2000 au 21 février 2002 par l'IAAF (*International Association of Athletics Federations/Association Internationale des Fédérations d'Athlétisme*) pour prise de produits dopants illicites. Il a demandé à l'association allemande d'athlétisme l'autorisation de participer au 3 000 mètres homme des championnats d'Allemagne en salle le 24 et 25 février 2001. Celle-ci a rejeté sa demande au vu de l'interdiction dont il était frappé. Par la suite, Dieter Baumann a déposé une demande auprès du Président de la commission juridique de l'association allemande d'athlétisme, sollicitant l'obtention d'une mesure provisoire l'autorisant à participer à la course. Le Président de la commission juridique y a répondu favorablement par une sentence préliminaire. Dieter Baumann a alors demandé au Tribunal régional supérieur de Francfort, le 20 février 2001, d'autoriser l'exécution de la mesure provisoire prise par le Président de la commission juridique. Le président du sénat du tribunal, chargé de statuer sur l'affaire, a estimé, après un échange d'arguments entre les parties le 22 février 2001, que la mesure provisoire pouvait être exécutée et a enjoint le défendeur d'émettre l'autorisation sous peine d'amende. Dieter Baumann a donc participé au championnat.

Le Tribunal a établi que l'article 1041 CPC exigeait l'existence d'une mesure provisoire ou conservatoire prise par un tribunal arbitral. Le type de mesure accordé devant pouvoir être juridiquement qualifié de mesure provisoire ou conservatoire et devant émaner d'un tribunal arbitral, le Tribunal régional supérieur s'est penché sur ces deux questions. Dans le cas présent, il était compréhensible que le Tribunal s'attarde sur ces deux points qui, en temps normal, ne requièrent pas de longues analyses.

(65) Voir Jan Schaefer, art. préc.

Le Tribunal a estimé qu'en principe, il n'examinerait pas la mesure provisoire au fond mais s'assurerait simplement que son obtention n'est pas le résultat d'un abus grossier. En l'espèce, le Tribunal a jugé qu'il n'y avait pas eu d'abus grossier, même si l'arbitre avait rendu une décision définitive et non provisoire. Plus précisément, la sentence accordée par le Président de la commission juridique ne permettait pas seulement de protéger les droits de Dieter Baumann à titre provisoire, mais plutôt à titre définitif. Ayant pu effectivement participer au championnat, le demandeur a pleinement exercé son droit. En procédure civile allemande, une mesure provisoire ou conservatoire ne doit pas équivaloir à une décision définitive (*Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache*). Cependant, dans certaines circonstances, il existe une exception à cette règle fondamentale dans le cas de déni de justice. En application de cette exception, le Tribunal a considéré qu'en l'espèce, l'arbitre pouvait légitimement prendre une mesure provisoire, équivalant à une mesure définitive.

Comme le défendeur prétendait que la décision prise par le Président de la commission juridique ne constituait pas une sentence arbitrale, le Tribunal s'est longuement penché sur la question. Pour saisir l'importance du débat engagé par la juridiction, il faut rappeler que le droit allemand ne considère pas les décisions internes aux fédérations sportives comme des décisions arbitrales. Pour qu'une décision soit juridiquement qualifiée de décision arbitrale, il doit être prouvé que l'arbitre est externe à ces fédérations, indépendant et investi d'un pouvoir juridictionnel. Le Tribunal a examiné le règlement d'arbitrage que les parties avaient adopté, et comme celui-ci exigeait une décision définitive et obligatoire rendue par un arbitre indépendant, il a dès lors considéré la décision comme une décision arbitrale. Les juges ont ensuite passé sous silence la question de savoir si s'agissait de la décision d'un arbitre externe ou interne aux fédérations sportives. Au vu du comportement du défendeur, ils ont refusé à celui-ci le droit d'invoquer cet argument en vertu du principe de traitement équitable des parties.

Deux aspects de l'arrêt appellent des commentaires.

Tout d'abord, il faut remarquer que la procédure visant à obtenir du tribunal arbitral une mesure provisoire et de la juridiction étatique l'autorisation d'exécution, a fonctionné très efficacement dans le cas présent. Le Président du sénat du Tribunal, chargé de statuer sur l'affaire, a rendu sa décision en deux jours. L'arrêt montre que les critiques concernant l'efficacité des mesures provisoires ou conservatoires prises par un tribunal arbitral ne sont pas nécessairement fondées en pratique. L'article 1063 (3) CPC (66) met en place un cadre juridique conçu

(66) L'article 1063 (3) CPC (« Dispositions générales ») dispose : « (3) Le président de la chambre civile compétente peut ordonner, sans avoir entendu la partie défenderesse à la demande, que le demandeur peut poursuivre, avant qu'il soit décidé sur sa demande, l'exécution forcée de la sentence ou l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires prises conformément au § 1041. L'exécution forcée doit être limitée aux mesures conservatoires. La partie défenderesse à la demande peut éviter l'exécution forcée moyennant constitution d'une garantie équivalente au montant que le demandeur est autorisé à obtenir par l'exécution forcée. »

pour faciliter le travail des juridictions, notamment en déléguant au président du sénat compétent le pouvoir de statuer sur une demande.

Deuxièmement, l'arrêt a précisé l'étendue de l'examen qu'un tribunal étatique entreprendrait s'il lui était demandé d'autoriser l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire prise par un tribunal arbitral, l'article 1041 (2) ne déterminant pas l'étendue de cet examen. Le Tribunal a clairement affirmé qu'en principe, il n'examinerait pas la mesure provisoire au fond mais s'assurerait simplement que l'obtention de la mesure n'est pas le résultat d'un abus grossier. Nous approuvons le fait que le Tribunal n'examine pas au fond la mesure provisoire ou conservatoire prise par un tribunal arbitral car cela est conforme au principe de droit allemand de l'arbitrage selon lequel il ne peut y avoir de révision au fond. L'exception posée par le Tribunal devra donc recevoir une application véritablement restreinte. En l'espèce, on pourrait très bien débattre sur le point de savoir si la mesure prise par l'arbitre peut effectivement être qualifiée de provisoire alors qu'elle débouche sur une solution définitive. Nous sommes d'accord avec l'arrêt du Tribunal selon lequel une mesure définitive peut dans certaines circonstances être qualifiée de mesure provisoire si, en son absence, une partie subissait un déni de justice. C'est là une exception acceptable au principe en vertu duquel une mesure provisoire ne peut préjuger du fond du litige. En toute hypothèse, les arbitres devraient exercer ce pouvoir avec prudence.

Le Tribunal ne s'est pas penché expressément sur la question de l'existence de la convention d'arbitrage. Lorsqu'il s'est interrogé sur le fait de savoir si la mesure provisoire émanait bien d'un tribunal arbitral, il avait à l'esprit une situation particulière que l'on ne rencontre que dans le domaine de l'arbitrage des litiges liés au sport, à savoir si l'arbitre est interne ou externe à la fédération sportive. Seule la résolution externe des litiges peut être qualifiée d'arbitrage en droit allemand. En pratique, on ne voit guère comment le Tribunal pourrait examiner la validité de la convention d'arbitrage au moment où il lui est demandé d'autoriser l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire prise par un tribunal arbitral. Et ce pour deux raisons : premièrement, dans le cas où les tribunaux ont déjà affirmé la compétence des arbitres (67), le tribunal étatique, autorisant l'exécution de la décision de l'arbitre, sera alors lié par celle-ci ; deuxièmement, dans l'hypothèse où une partie allègue l'absence de convention d'arbitrage, le tribunal étatique devra alors établir si la partie en question n'est pas dans l'impossibilité d'invoquer, pour cause de forclusion, l'éventuelle incompétence du Tribunal (cf. article 1040 (2) CPC). En conséquence, la ques-

(67) Avant la constitution du tribunal arbitral, une partie peut demander à la juridiction compétente de statuer sur l'admissibilité de l'arbitrage, conformément à l'article 1032 (2) CPC. Par la suite, la question devra être posée au tribunal arbitral sur le fondement de l'article 1040 (1) CPC. Concernant ces dispositions, comparer notre commentaire de l'arrêt de la Cour fédérale de justice sur la « *Kompetenz-Kompetenz* » du 6 juin 2002, *supra*, III.

tion de l'examen de la validité de la convention d'arbitrage par le Tribunal, au moment où il lui est demandé d'autoriser l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire, ne peut se poser que dans les cas où aucune décision relative à la compétence des arbitres n'a été rendue et où l'invocation des questions de compétence est impossible pour cause de forclusion. Dans une telle hypothèse, le Tribunal devrait seulement se demander s'il existe, de prime abord, une convention d'arbitrage sans s'interroger sur sa validité. Ce dernier point relève de l'examen du tribunal arbitral, et s'il en existe une, le tribunal étatique devrait autoriser l'exécution de la mesure provisoire ou conservatoire prise par l'arbitre.

(2) *L'arrêt du Tribunal régional supérieur de Thuringe*

Le Tribunal régional supérieur de Thuringe à Iéna a donné son interprétation de l'article 1041 (3) CPC, qui dispose que : « [le] Tribunal peut, sur demande, retirer ou modifier sa décision prise conformément à l'alinéa 2 ». A la lecture de termes aussi clairs, on pourrait conclure qu'une juridiction étatique est libre de modifier la mesure provisoire prise par l'arbitre une fois qu'elle a autorisé l'exécution de celle-ci. Le Tribunal régional supérieur a rejeté cette approche.

Les faits de l'affaire peuvent être brièvement résumés de la façon suivante : deux parties ont conclu une convention d'arbitrage concernant les litiges relatifs à un contrat distinct de prestation de service. Un litige est survenu et le demandeur a entamé une procédure arbitrale ; après avoir obtenu une sentence partielle en sa faveur, il a demandé au tribunal arbitral la saisie conservatoire des biens du défendeur dans la limite d'une certaine somme. Les arbitres ont ordonné cette saisie le 2 juillet 1999 et, le 26 juillet 1999, le demandeur a réclamé à la juridiction étatique l'exécution de la saisie ordonnée par l'arbitre. Le Tribunal a accordé au défendeur un délai d'un mois pour répondre à cette demande. Ce dernier n'ayant pas produit de réponse, le Tribunal a autorisé, le 2 septembre 1999, l'exécution de la saisie conservatoire ordonnée par les arbitres. Le 10 septembre 1999, le défendeur a demandé au Tribunal régional supérieur de Thuringe l'annulation de la mesure provisoire pour divers motifs. Celui-ci a refusé de retirer son autorisation d'exécution de la saisie conservatoire ordonnée par l'arbitre.

Etant donné la formulation de l'article 1041 (3) CPC précité, le Tribunal aurait très bien pu se considérer compétent pour statuer sur les motifs justifiant un retrait ou une modification de la saisie ordonnée par les arbitres. Cependant, le Tribunal s'est abstenu de donner une lecture littérale de l'article 1041 (3) CPC, et a plutôt restreint la portée de cette disposition en invoquant la logique sous-tendant l'article 1041 CPC. Il a estimé que l'article 1041 (3) CPC était conçu pour asseoir le pouvoir conféré aux arbitres de prendre des mesures provisoires ou conservatoires. Or interpréter littéralement les termes de l'article 1041 (3)

CPC pourrait donner lieu à des empiètements juridictionnels sur la compétence des arbitres en matière de mesures provisoires. Un tel empiètement ne sera donc toléré que si certaines conditions, posées par le Tribunal, sont remplies. Les juges ont en effet estimé qu'ils ne pouvaient retirer ou modifier leur décision d'accorder l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire que : a) si le défendeur démontrait que le tribunal arbitral avait retiré ou modifié la mesure en question ou b) si le défendeur avait demandé, en vain, au tribunal arbitral de retirer ou modifier cette mesure. Le Tribunal a conclu qu'en l'espèce, aucune de ces conditions n'était satisfaite, et réaffirmé qu'en principe, il ne pouvait empiéter sur la compétence des arbitres en matière de mesures provisoires ou conservatoires.

L'arrêt du Tribunal régional supérieur de Thuringe mérite d'être commenté à deux titres.

Tout d'abord, il montre que les parties formulent des demandes de saisie auprès du tribunal arbitral même s'il est souvent avancé qu'une telle mesure sera plus facilement obtenue directement auprès des juridictions étatiques. Cette demande, déposée auprès du tribunal arbitral, souligne qu'il ne devrait pas y avoir de restrictions sur le type de mesures provisoires ou conservatoires que peut ordonner un tribunal arbitral. La partie intéressée devrait avoir le choix de l'institution auprès de laquelle elle dépose sa demande à savoir la juridiction étatique ou le tribunal arbitral. Cependant, s'agissant des mesures provisoires et conservatoires, et en particulier d'une saisie conservatoire, il faut rappeler qu'il existe en droit allemand une différence fondamentale entre une demande déposée auprès de la juridiction étatique et une demande déposée auprès du tribunal arbitral : un tribunal étatique est dans l'obligation d'ordonner une saisie que lorsqu'un certain nombre de conditions sont satisfaites ; en vertu de l'article 1041 (1) CPC, le tribunal arbitral a un pouvoir discrétionnaire en la matière. En d'autres termes, si une saisie s'avère nécessaire et si les conditions sont remplies, il peut être plus raisonnable de demander la saisie conservatoire à la juridiction étatique.

Deuxièmement, nous approuvons l'interprétation restrictive de l'article 1041 (3) CPC défendue par le Tribunal. Il est logique de demander le retrait ou la modification d'une mesure provisoire ou conservatoire à l'arbitre qui l'a ordonnée. En droit allemand, on peut emprunter deux voies distinctes pour obtenir une mesure provisoire ou conservatoire dans le contexte arbitral, à savoir une demande auprès de la juridiction étatique ou une demande auprès du tribunal arbitral. Si l'on emprunte la deuxième voie, la juridiction étatique joue le rôle d'intermédiaire qui confère un caractère exécutoire à la mesure prise par l'arbitre, en autorisant l'exécution. La juridiction étatique n'intervient pas dans l'octroi de la mesure elle-même. Cela n'est le cas que lorsque l'on emprunte la première voie, à savoir celle où une partie demande directement à la juridiction étatique une mesure provisoire ou conservatoire. S'agissant de la deuxième voie, trois étapes diffé-

rentes doivent être clairement distinguées : le tribunal arbitral ordonne la mesure provisoire ou conservatoire ; la juridiction étatique en autorise l'exécution ; et enfin, l'Etat assure l'exécution de la mesure ordonnée. On ne peut qu'approuver les juridictions qui ne s'estiment pas compétentes pour examiner la mesure provisoire au fond, dans le souci de clairement distinguer les deux voies possibles.

VI. – L'exécution de sentences arbitrales étrangères annulées dans leur pays d'origine

En 1999, le Tribunal régional supérieur de Rostock (68) a examiné la demande d'une partie réclamant l'exécution d'une sentence arbitrale russe qui avait été annulée dans son pays d'origine. Le Tribunal a suivi l'approche traditionnelle en refusant de reconnaître la sentence russe rendue par la Commission d'arbitrage maritime de Moscou (69), cette sentence ayant été annulée par une juridiction russe. L'annulation faisait l'objet d'un recours sur lequel la juridiction russe supérieure n'avait pas encore statué. Pour motiver son refus, le tribunal allemand a expliqué que la sentence n'était pas définitive et obligatoire au regard de la définition donnée par l'article V (1) (e) de la convention de New York.

Après que le Tribunal régional supérieur de Rostock a rendu son arrêt, la Cour suprême de la Fédération russe a cassé l'arrêt de la juridiction inférieure et a renvoyé l'affaire devant la juridiction de première instance à Moscou qui, à son tour, a rejeté la demande d'annulation de la sentence arbitrale. Le motif justifiant le refus de reconnaissance de la sentence ayant disparu, il fallait maintenant établir si ces éléments nouveaux pouvaient être recevables et reconnus par la Cour fédérale de justice allemande, la partie intéressée ayant fait appel de la décision du Tribunal régional supérieur. Dans son arrêt du 22 février 2001, la Cour a répondu par l'affirmative et a rendu exécutoire en Allemagne la sentence russe (70).

Les faits de l'affaire sont, en résumé, les suivants. Les parties avaient convenu que tout litige relatif à un contrat portant sur la rénovation d'un navire serait réglé par l'« *Arbitration Commission* » (Commission d'arbitrage) de la ville de Moscou. Un litige étant survenu, le demandeur a déposé une demande auprès de l'« *Arbitration Commission for*

(68) Tribunal régional supérieur (*Oberlandesgericht*) Rostock, ordonnance du 28 octobre 1999, 1 Sch 3/99, reproduit in *BB-Supplement RPS*, No. 8, 2000.20 ; extraits en anglais in *Yearbook*, XXV (2000) p. 717 et s.

(69) Sur cette institution, cf. T. Kouteeva-Vathelot, « L'évolution récente de l'arbitrage commercial international en fédération de Russie », *Rev. arb.*, 2002.33.

(70) Cour fédérale de Justice (*Bundesgerichtshof*), arrêt du 22 février 2001, III ZB 71/99, reproduit in *NJW*, 2001.1730 ; *WM*, 2001.971.

Maritime Disputes » (la Commission d'arbitrage pour les litiges en matière maritime) de Moscou et a obtenu une sentence rendue par défaut contre le défendeur. Ce dernier a alors demandé à la juridiction compétente d'annuler la sentence arbitrale, invoquant les motifs suivants à l'appui de sa demande, à savoir que les parties n'avaient pas convenu d'un arbitrage sous l'égide de l'« *Arbitration Commission for Maritime Disputes* » et que la clause compromissoire ne définissait pas précisément la commission et n'était donc pas valable. Le tribunal moscovite a suivi l'argumentation du défendeur et a annulé la sentence. Le demandeur a alors intenté un recours contre cette décision mais la décision de la juridiction inférieure a été maintenue. Un nouveau recours a alors été intenté contre cette décision. Avant que la juridiction russe n'ait rendu son arrêt, le demandeur a cherché à obtenir l'exécution de la sentence rendue sous l'égide de l'« *Arbitration Commission for Maritime Disputes* » en Allemagne.

Comme nous l'avons vu, le Tribunal régional supérieur de Rostock a refusé de reconnaître la sentence en Allemagne. La raison de ce refus résidait entre autres dans le fait que la sentence avait été annulée par la juridiction de première instance à Moscou, annulation confirmée par la Cour d'appel. Après avoir examiné la jurisprudence appliquant l'ancienne législation sur l'arbitrage, le Tribunal a estimé que l'exécution ne pouvait être autorisée que si la sentence arbitrale étrangère était obligatoire en vertu de la loi applicable, à savoir lorsque tous les recours juridictionnels disponibles étaient épuisés. C'est alors à la juridiction intéressée de déterminer d'office, selon le droit procédural étranger, si les recours disponibles devant les tribunaux arbitraux statuant en appel (*höhere schiedsrichterliche Instanz*) et les juridictions étatiques ont bien été épuisés. Le Tribunal a conclu qu'une sentence n'est, par exemple, plus obligatoire lorsqu'elle a été annulée par une juridiction compétente ou par un tribunal arbitral statuant en appel, même si la décision n'est que provisoirement exécutoire. Peu importe dès lors que la décision de la juridiction compétente ou du tribunal arbitral d'appel puisse être reconnue en vertu des critères généralement applicables à la reconnaissance des décisions de juridictions étrangères, la décision devant, quoi qu'il en soit, être respectée. La sentence ayant été annulée par la juridiction de première instance et par la Cour d'appel de Moscou, elle n'était plus obligatoire et ne pouvait plus faire l'objet d'une reconnaissance en Allemagne.

Les juridictions russes ayant finalement refusé l'annulation de la sentence arbitrale, la Cour fédérale de justice allemande a estimé que contrairement aux dispositions applicables en droit de l'arbitrage et de la procédure allemands, il fallait faire une exception au principe selon lequel aucun élément nouveau ne pouvait être soumis à la Cour lorsque celle-ci examinait la décision d'une juridiction inférieure. L'exception s'applique dans les cas suivants : si, lors du déroulement de l'instance devant la Cour, des éléments nouveaux affectent de façon évidente la situation juridique et par conséquent l'issue de l'affaire, ou si des

éléments nouveaux doivent être relevés d'office. En l'espèce, l'exception était applicable, la décision dépendant de l'issue d'une autre procédure (*Vorfrage*). Il s'agit d'une solution pragmatique pour remédier à une situation inacceptable.

Nous considérons la décision du Tribunal de Rostock comme une occasion manquée. Les juges auraient pu explorer à nouveau la question du caractère exécutoire d'une sentence arbitrale annulée dans son pays d'origine (71). En fait, le Tribunal de Rostock n'a pas abordé l'aspect international de la question et plus précisément, il ne s'est pas intéressé aux affaires *Chromalloy* (72) et *Hilmarton* (73). Il aurait pu contribuer au débat concernant l'interprétation de l'article V de la Convention de New York et opposant les défenseurs d'une obligation de refus et ceux d'un refus discrétionnaire (74). Indépendamment de la position adoptée sur la question de l'exécution des sentences arbitrales étrangères annulées dans leur pays d'origine, une contribution du Tribunal sur le sujet eût été opportune. Malheureusement, ce ne fut pas le cas et l'arrêt montre amplement que le Tribunal ne s'est pas penché dans ses délibérations sur la jurisprudence étrangère et la doctrine internationale relatives à la Convention de New York. Toutefois, cette critique ne s'adresse pas uniquement au Tribunal de Rostock mais également à la majorité des auteurs allemands dont les commentaires ne reflètent pas de façon satisfaisante le débat international en la matière. Après tout, l'autorité dont jouit la doctrine juridique allemande auprès des tribunaux est un fait avéré et si la doctrine n'aborde pas la dimension internationale des problèmes juridiques, il n'est pas étonnant que les décisions des juges reflètent cette lacune.

CONCLUSION

Cinq ans après l'entrée en vigueur de la nouvelle législation en Allemagne, les juridictions allemandes s'efforcent d'adopter un parti pris favorable à l'arbitrage. Dans l'ensemble, elles ont apporté des solutions pragmatiques mais ont, cependant, assez souvent omis de prendre en compte la dimension internationale de celui-ci. Une solution qui pourrait être considérée comme bonne dans un contexte interne, pour-

(71) Voir aussi la critique similaire de Felix Weinacht. « *Enforcing Annulled Foreign Arbitral Awards in Germany* » in *ADR & the LAW*, 17^e éd., 2001, p. 461 et s., spéc. p. 481.

(72) *Chromalloy Aeroservices, Inc. v. Arab Republic of Egypt*, 939 F. Supp. 907 (D.D.C. 1996) ; Yearbook, XXII (1997) p. 1001 et s.

(73) *Omnium de Traitement et de Valorisation v. Hilmarton* ; cf. Cass. civ. 1^{re}, 10 juin 1997, *Rev. arb.*, 1997.376, note Philippe Fouchard ; *JDJ* 1997.1033, note Emmanuel Gaillard ; Yearbook, XXII (1997) p. 696 et s.

(74) Voir p. ex. Jan Paulsson, « *May or Must under the New York Convention : An Exercise in Syntax and Linguistics* », *Arb. Int.*, Vol. 14, 1998, pp. 227-230. La littérature sur les arrêts *Chromalloy* et *Hilmarton* est abondante.

rait en même temps avoir des conséquences indésirables dans un environnement international. Comme l'Allemagne est dotée d'un régime juridique unique en matière d'arbitrage, les juridictions doivent impérativement songer à l'impact de leurs décisions à l'échelle interne et internationale. Avec l'adoption de la loi-type CNUDCI, le législateur allemand a pris en connaissance de cause une décision favorisant l'harmonisation internationale de la législation en la matière. Il appartient désormais aux juridictions de s'appuyer sur la doctrine internationale et les décisions étrangères lorsqu'elles interprètent les dispositions reprises littéralement de la loi-type CNUDCI. De ce point de vue, une étape reste encore à franchir.