

L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales

Dominique Hascher

Citer ce document / Cite this document :

Hascher Dominique. L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales. In: Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé, 15e année, 2000-2002. 2004. pp. 17-46;

doi : <https://doi.org/10.3406/tcfdi.2004.1116>

https://www.persee.fr/doc/tcfdi_1140-5082_2004_num_15_2000_1116

Fichier pdf généré le 01/04/2019

L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE DES SENTENCES ARBITRALES

Communication de M. Dominique HASCHER
Séance du 7 février 2001
Présidence de M. Jacques LEMONTEY

INTRODUCTION

L'autorité de la chose jugée assure la sécurité d'une situation acquise : à tort ou à raison, le litige connaît telle solution que l'on ne peut remettre en cause. L'aspect conventionnel de l'arbitrage ne donne pas à l'autorité de chose jugée des sentences un caractère contractuel comme pour la transaction puisque la décision des arbitres n'est pas un contrat¹. L'autorité de la chose jugée est attachée aux sentences en raison de leur nature juridictionnelle². La Convention de New York du 10 juin 1958, à l'article III énonce que l'autorité des sentences sera reconnue dans chacun des Etats contractants, et la plupart des lois sur l'arbitrage accordent l'autorité de chose jugée aux sentences, ainsi les articles 1476 et 1500 du nouveau code de procédure civile (NCPC) pour l'arbitrage interne et international, 1703 du Code judiciaire belge, 1055 de la ZPO allemande, 35 de la loi-type sur l'arbitrage de la CNUDCI, 190 al.1 de la loi de droit international privé suisse (LDIP), 823 alinéa 3 du Code de procédure italien ou encore la section 58 de l'Arbitration Act anglais. La jurisprudence française, dès avant la réforme du droit de l'arbitrage, avait admis l'autorité de chose jugée des sentences en interprétant la Convention de New York comme n'exigeant l'accomplissement d'aucun processus judiciaire précis pour conférer à une sentence son caractère obligatoire au sens de l'article V(1)(e)³.

L'autorité de la chose jugée des sentences ne paraît guère avoir attiré l'attention, hormis en droit international public, et encore dans des études anciennes⁴. Cette communication est limitée à ce seul aspect des sentences, et n'aborde pas l'autorité et l'efficacité des jugements rendus en matière d'arbitrage ou bien les conflits de procédures judiciaires et arbitrales, questions sur lesquelles vous avez eu le bénéfice de la communication de M. Bruno Leurent⁵ et qui ont fait l'objet d'études récentes, à la fois, récapitulatives et innovantes, notamment de la part de plusieurs membres du Comité⁶.

La question de l'autorité de la chose jugée des sentences surgit pour l'essentiel, tout d'abord lorsque plusieurs sentences sont rendues au cours de la même instance arbitrale, le problème principal étant celui de la mesure du dessaisissement de

l'arbitre, la multiplication des décisions intermédiaires créant des difficultés puisque le tribunal arbitral ne peut plus, en principe, revenir sur ce qu'il a précédemment décidé, quand bien même il s'apercevrait en approfondissant son instruction que les solutions auxquelles il est parvenu devraient être modifiées, précisées, voire inversées⁷. Lorsque l'autorité de chose jugée se pose ensuite pour les sentences rendues dans des instances différentes, il faut que le contrat litigieux contenant la convention d'arbitrage ait donné lieu à plusieurs instances successives, soit que la demande soumise à un nouvel arbitrage ne se rattachait pas suffisamment aux demandes initiales (art.16 du Règlement CCI de 1988) ou bien avait été introduite trop tardivement (art.19 du Règlement CCI de 1998, art.20 du Règlement de la CNUDCI), soit que la sentence rendue connaisse des difficultés d'exécution qui sont à l'origine d'un nouveau litige ou bien qu'elle ait fait l'objet d'une annulation partielle⁸, soit encore qu'un nouveau contentieux ait surgi entre les parties après le prononcé de la première sentence⁹. L'autorité de chose jugée des sentences devant l'arbitre soulève par ailleurs des questions de pratique arbitrale, notamment de confidentialité¹⁰, ou de cohérence entre différentes instances arbitrales¹¹ qui ne nous occuperont pas.

L'autorité de la chose jugée des sentences dans la jurisprudence arbitrale est l'objet de la première partie de cette communication dont la seconde est consacrée à l'autorité de la chose jugée des sentences devant le juge de l'annulation où les éventuelles contradictions entre différentes sentences fournissent des possibilités de contestations renouvelées.

I- L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE DES SENTENCES DANS LA JURISPRUDENCE ARBITRALE

Il est intéressant de voir comment les arbitres ont déterminé le droit applicable à l'autorité de chose jugée par quelques extraits significatifs de sentences ainsi que la manière dont ils appliquent et interprètent la règle de droit désignée.

1. Les rattachements retenus

a) exemples de rattachement à la loi de procédure du siège

L'examen de la jurisprudence arbitrale met en valeur un rattachement dominant à la loi de procédure du siège pour conférer l'autorité de la chose jugée à une sentence prononcée au cours d'un précédent arbitrage ou à une sentence partielle antérieurement rendue dans la même instance ainsi que pour en arrêter les conditions.

- Dans la sentence CCI 3540 de 1988, le tribunal arbitral, qui siège à Genève, après avoir érigé en postulat que l'autorité de la chose jugée est une notion qui relève de la procédure, déclare qu'« à défaut d'être régie par le règlement de conciliation et d'arbitrage de la CCI ou par le Concordat intercantonal suisse sur l'arbitrage, elle l'est par la loi de procédure civile genevoise ».

D'emblée, on voit la première limite d'un tel rattachement, puisque l'autorité de chose jugée, n'étant pas le plus souvent définie dans la loi de l'arbitrage du siège, même si plusieurs droits la consacrent expressément¹², l'arbitre est conduit à faire

application des conceptions du for sur la chose jugée. Une autre limite est apportée par les solutions complexes auxquelles on parvient, si l'on veut bien se souvenir que la loi de procédure peut être différente de la loi du siège, situation généralement donnée comme hypothétique, mais qui s'est trouvée réalisée dans l'affaire CCI 5835 jugée en 1992. Saisis d'une demande de clarification et de révision de leur sentence partielle, les arbitres, en considération d'une part de la procédure arbitrale initialement soumise au Concordat intercantonal suisse, puis à la loi de droit international privé suisse (LDIP) après l'entrée en vigueur de cette dernière le 1^{er} janvier 1989, et d'autre part, du siège du tribunal arbitral à Rome, procèdent, en l'absence d'une disposition spécifique dans le Règlement CCI de 1988, à un examen des droits suisse et italien, avant de conclure à l'impossibilité de faire droit à la requête, faute d'une réunion des conditions prescrites par ces droits et d'un accord des parties, sans porter atteinte à l'autorité de la chose jugée.

Le plus souvent, il n'est pas possible, à de rares exceptions, d'isoler dans le raisonnement tenu par les arbitres la considération éventuellement attachée à la loi du pays où la sentence est rendue, soit que les sentences ont été prononcées dans la même instance, soit en raison de la coïncidence quasi générale entre le siège du premier tribunal arbitral et de celui amené à statuer sur les effets de la sentence rendue, et ceci par suite de l'identité de clause compromissoire sur la base de laquelle les tribunaux successifs ont été institués.

- Dans la sentence CCI 7438 de 1994 où l'arbitre unique, qui siégeait à Zürich, avait à déterminer les effets d'une sentence précédemment rendue dans un premier arbitrage, déclare approprié d'appliquer exclusivement les règles de procédure du canton de Zürich pour déterminer les conditions de l'exception de chose jugée ainsi que les énonciations de la sentence auxquelles l'autorité s'attache au vu de trois considérations : la clause compromissoire du contrat litigieux avait prévu que le siège de l'arbitrage serait à Zürich ; cette stipulation contractuelle avait été ensuite confirmée dans l'acte de mission de l'arbitre ; le siège du premier arbitrage entre les parties était aussi à Zürich où la sentence en cause avait été prononcée. Les trois motifs énoncés, nonobstant l'identité des deux sièges arbitraux concernés, laissent poindre l'opinion d'une application cumulative de la loi du pays dont la décision émane et de celle du for.

- Dans l'affaire qui a donné lieu à la sentence CCI 5901 de 1989, le siège de l'arbitrage avait été déplacé de Suisse, où les premiers arbitres avaient statué, en France. Le second tribunal arbitral admet que, devant un juge étatique, la règle de conflit applicable désignerait normalement la loi du for. Mais, poursuit le tribunal, s'il est généralement admis que l'arbitre n'a pas de for, s'agissant de déterminer les effets d'une sentence rendue en Suisse devant des arbitres qui siègent en France et dont la décision pourrait être attaquée devant les tribunaux français, le droit français doit régir l'exception de chose jugée et celle de « *collateral estoppel* ». En l'absence de toute démonstration que les règles françaises sur l'autorité de la chose jugée auraient une impérativité telle que leur non-application pourrait remettre en cause la validité de la sentence devant le juge de l'annulation, la solution retenue n'est guère cohérente avec les énonciations de la sentence sur l'absence de for de l'arbitre

international. Or, s'il s'était autorisé de cette déclaration par ailleurs conforme à la conception française de l'autonomie de la procédure arbitrale exprimée à l'article 1494 du NCPC, le tribunal arbitral aurait pu éviter d'appliquer à l'autorité de la chose jugée les articles 1350 et suivants du code civil, bien qu'il ajoute que les règles du droit français s'accordent avec les principes du droit suisse et la jurisprudence arbitrale en matière de chose jugée rendue d'après les règles de droit civil ou de *common law*, ce qui éclaire sans doute la référence à la notion de « *collateral estoppel* » du droit américain, sans autre rapport avec le litige puisque les contrats étaient soumis au droit suisse ou égyptien.

b) autres exemples

On vient d'exposer les réserves tenant à la détermination de la chose jugée selon les conceptions juridiques de l'Etat du siège de l'arbitrage. Dans sa communication à votre Comité sur les conflits de procédure, Mme le professeur Niboyet vous avait dit, qu'en raison des liens étroits entretenus par l'exception de chose jugée avec la notion de prétention, une qualification de droit substantiel devait être préférée à une qualification procédurale¹³. Dans les sentences où l'autorité de chose jugée a été soumise au droit qui est également celui applicable au fond, ce serait trop solliciter ces décisions, en raison de l'identité entre l'Etat du siège et celui dont le droit a été choisi pour le fond, que d'en tirer, parce que les parties ont plaidé l'autorité de chose jugée dans ce droit, une soumission de l'exception de la chose jugée à la loi applicable au rapport de droit litigieux, ce que la liberté des parties ou des arbitres en matière de choix de droit n'interdirait bien sûr pas. D'ailleurs, dans une sentence CCI 10027 de 2000, les parties avaient d'un commun accord soumis que l'autorité de chose jugée devait être régie par le droit du contrat litigieux, dont le tribunal arbitral a dû ainsi faire application, tout en indiquant sa préférence pour une qualification d'ordre procédural, ce qui en l'espèce ne changeait rien par suite de l'accord des parties sur le droit new-yorkais dans les deux cas pour l'explication de l'autorité de la chose jugée..

La jurisprudence arbitrale donne quelques exemples de la recherche d'une solution plus internationale pour conférer l'autorité de la chose jugée. Ceci est esquissé dans une sentence CCI 6293 de 1990 où il est décidé que le principe de l'autorité de la chose jugée est inscrit dans le règlement d'arbitrage de la CCI par suite de la référence faite par celui-ci au caractère définitif et obligatoire de la sentence. Cette déclaration vient toutefois seulement conforter un raisonnement sur l'autorité de chose jugée essentiellement tenu selon le droit de l'Etat de New York, qui, applicable à titre principal, avait été, il est vrai, seul plaidé par les parties. L'arbitre unique précise que quelles que soient les conditions du droit new-yorkais, l'exception de chose jugée a pour but d'interdire le renouvellement entre les mêmes parties d'un différend (« *controversy* ») qui a déjà fait l'objet d'une décision, judiciaire ou arbitrale, définitive et obligatoire (« *final and binding* »). L'exception de chose jugée, ajoute-t-il, invite le juge ou l'arbitre à examiner toute demande formée par une partie impliquée dans un précédent litige définitivement tranché par un jugement ou une sentence afin de voir, si même bien fondée, la nouvelle demande est, dans ses éléments essentiels, identique à la demande antérieurement jugée.

Le développement d'une norme internationale est encore plus net dans la sentence CCI 6233 de 1992¹⁴ qui admet la recevabilité d'une demande d'interprétation des sentences rendues dans deux instances arbitrales antérieures sans que puisse être remise en cause par cette voie leur autorité de chose jugée, et qui précise « *que l'interprétation des sentences arbitrales ressortit à la compétence arbitrale et non à celles des juridictions étatiques ; qu'elle trouve son fondement dans la clause compromissoire elle-même, qui a pour objet de soustraire la connaissance du litige aux juridictions étatiques ; que rien n'autorise à restreindre l'effet de la clause compromissoire lorsque le désaccord porte sur l'interprétation de la sentence rendue en vertu de ladite clause* ». En raison de l'autonomie de la convention d'arbitrage, il ne convient pas, selon la sentence, en dépit du siège de l'arbitrage à Abidjan, d'appliquer les dispositions du code de procédure civile ivoirien, lesquelles ne visent d'ailleurs que l'interprétation des jugements et non celle des sentences arbitrales. Le rattachement de l'interprétation à une règle propre de l'arbitre peut donner à entendre qu'il en serait de même pour l'autorité de la chose jugée.

2. Interprétation et application donnée à la règle de droit national désignée

Si l'on en vient à examiner l'interprétation et l'application donnée à la notion de chose jugée par les arbitres, les sentences révèlent que l'autorité de chose jugée est entendue comme une institution fort souple, quel que soit le rattachement retenu, d'autant que, comme l'on sait, il n'y a pas de contrôle de l'application du droit par l'arbitre.

a) S'agissant en premier lieu des conditions de la chose jugée on peut relever par exemple

- A propos de l'identité de parties, l'affaire CCI 8023 de 1995, où le contrat litigieux de licence d'exploitation de technologie, soumis au droit français, avait donné lieu à une première sentence rendue à Paris à l'encontre du licencié, constitué sous forme d'un groupement d'intérêt économique (GIE) de droit français. La nouvelle instance avait été ouverte par le concédant devant un tribunal arbitral siégeant à Paris à l'encontre du GIE et des deux membres du groupement, auxquels il était reproché une utilisation continue du savoir faire et sa divulgation fautive au public, en contravention avec les interdictions formulées à l'encontre du GIE dans la première sentence. Les membres du GIE avaient accepté d'intervenir volontairement dans la nouvelle instance arbitrale aux côtés de celui-ci. Chaque défendeur avait d'ailleurs formulé des demandes reconventionnelles, mais avant toute défense au fond, ils avaient soulevé l'exception de chose jugée de la sentence arbitrale antérieurement rendue. Le tribunal arbitral, qui applique le droit français au regard duquel les parties s'étaient expliquées, constate certes que la première sentence avait été rendue entre des parties qui n'étaient pas rigoureusement les mêmes puisque les membres du GIE n'étaient pas présents dans la première procédure d'arbitrage, mais juge que « *par le biais de la transparence qui s'attache aux statuts du GIE, et en raison des relations que ses membres entretiennent avec lui, ils sont censés avoir été représentés par le GIE, et par voie de conséquence, susceptibles de se voir opposer la sentence* ». Les arbitres ajoutent que la clause d'arbitrage du contrat litigieux est « *opposable aux membres du GIE ainsi qu'il a été reconnu par toutes les parties* »,

cette opposabilité ayant « *inéluclablement pour effet d'entraîner l'existence de la chose jugée dans les rapports des parties* ».

La solution est ainsi fondée sur un raisonnement propre au droit de l'arbitrage sur l'extension des effets obligatoires de la clause compromissoire. Une telle extension, si elle reposait uniquement, en l'absence de toute fraude ou faute alléguée, sur la seule idée de représentation des membres par le GIE, serait critiquable puisque contraire au statut légal de cette forme d'organisation sociale qui attribue au GIE une personnalité distincte de celle de ses membres. En l'espèce, elle peut trouver une justification dans une interprétation de la volonté, claire et non ambiguë, des membres du GIE d'accepter la convention d'arbitrage conclue par le groupement, manifestée par leur participation à la procédure à ses côtés avec l'accord de ce dernier et bien sûr du demandeur¹⁵.

Quoiqu'il en soit, le tribunal arbitral ne conclut à l'autorité de la chose jugée de la première sentence qu' « *avec une certaine réticence en ce qui concerne les membres du GIE* », d'autant qu'il relève « *que les parties ont évoqué plusieurs faits et arguments dans la procédure actuelle n'étaient pas soumis au premier Tribunal, ce qui n'aurait peut être pas été le cas si les membres du GIE y avaient participé d'une façon plus active* ». C'est reconnaître que l'incidence de la première sentence sur le litige en cours peut porter atteinte aux droits de la défense des membres du GIE qui, n'ayant pu développer une argumentation propre devant les premiers arbitres, se retrouvent liés par la précédente décision sans pouvoir en discuter les résultats. Or, si l'autorité de la chose jugée s'oppose à ce que l'on instruisse à nouveau le même procès entre les mêmes parties, c'est bien parce qu'elles ont été entendues dans la première procédure. Aussi eut-il été sans doute préférable de parler de force probante à l'égard des membres du GIE plutôt que d'affirmer que « *l'effet légal d'une décision à l'encontre d'un GIE sur ses membres est clairement établi.* »

- Si l'on se tourne maintenant vers l'identité de cause et d'objet, on peut relever l'affaire CCI 7438 déjà évoquée qui impliquait un contrat tripartite de coopération soumis au droit anglais en vue de la création d'une entreprise industrielle en Iran. Les prêts bancaires à cette entreprise étaient garantis par deux des parties au contrat, tandis que la troisième, un citoyen iranien, garantissait à son tour ces dernières. Un premier arbitrage, introduit par la partie iranienne, avait abouti à la condamnation des deux autres cocontractants à lui verser des intérêts sur le montant de la garantie (« *premium* »). Le citoyen iranien avait ensuite engagé un deuxième arbitrage, mais à l'encontre de l'une seule des deux autres parties, sous licence de laquelle l'entreprise commune était censée opérer, et à laquelle il réclamait le remboursement du montant principal de la garantie. L'arbitre unique, qui siégeait à Zürich, faisant application de la règle des trois identités de parties, d'objet et de cause pour l'exception de chose jugée en droit zurichois, juge qu'il s'agit d'une demande différente par son objet de la demande en paiement des intérêts, sur laquelle le premier tribunal n'avait donc pu statuer. Plus que l'autorité de chose jugée, le rapport d'accessoire et de principal soulevait dans cette affaire une question de lien rationnel entre les deux demandes successives.

b) Si, en second lieu, on en vient aux énonciations de la sentence couvertes par l'autorité de la chose jugée, on peut dire que celle-ci, qui protège le dispositif, ne s'attache qu'à cette partie de la sentence qui contient la décision, selon une règle communément acceptée dans les systèmes juridiques continentaux¹⁶. La rédaction du dispositif, de par sa brièveté ou le caractère général des formules employées, telles des déclarations de rejet ou d'irrecevabilité des demandes, conduit les arbitres à se reporter aux motifs pour en découvrir le sens et la portée, toutes les parties de la sentence s'éclairant et se complétant mutuellement par conséquence.

Dans l'arbitrage 7438, le premier tribunal avait rejeté toutes les autres demandes des parties défenderesses. S'appuyant sur les motifs de la première sentence, d'après lesquels les arbitres avaient laissé ouverte, faute de preuve, la question de l'anéantissement («*frustration*») du contrat par suite des événements liés à la révolution iranienne qui avait été évoquée seulement par la partie, qui n'était plus en cause dans le second arbitrage, l'arbitre unique conclut que ce point n'était pas couvert par l'autorité de chose jugée, aucune décision même implicite n'ayant été prise à ce sujet.

Une solution identique est atteinte dans l'affaire CIRDI, *Amco Asia et autres c/ République d'Indonésie*¹⁷ par le second tribunal arbitral, composé de MM. Lalonde et Magid et de Mme Higgins, présidente, qui, dans sa décision du 10 mai 1988, pour rechercher l'étendue de la chose jugée de ce qui subsiste de la sentence du premier collègue arbitral après son annulation¹⁸ et par voie d'entraînement, la portée de la chose jugée de la décision d'annulation elle-même, juge que «*si la décision du Comité ad hoc sur ce qui était ou n'était pas annulé (et en conséquence sur ce qui était ou n'était pas revêtu de l'autorité de chose jugée dans la sentence) n'avait pas été claire, il aurait sans doute été utile de se reporter à tous les motifs de la décision pour interpréter et clarifier le dispositif*». La distinction entre le dispositif et les motifs, lorsque la décision figure dans les motifs, peut s'avérer d'autant plus difficile à établir qu'en arbitrage international, la rédaction des mentions substantielles de la sentence n'est soumise à aucune condition particulière. Dans l'affaire *Amco*, le tribunal arbitral, après avoir examiné la doctrine et la jurisprudence, principalement en droit international public, admet que la distinction entre motifs et dispositif pour l'approbation de l'autorité de la chose jugée n'est probablement pas un principe général du droit.

Si l'autorité de la chose jugée peut s'attacher aux motifs, encore faut-il se demander dans quelle mesure. Dans la sentence CCI 8023 de 1995 précitée, le tribunal arbitral considère «*que cette autorité s'attache au dispositif de la sentence, mais également aux motifs qui en sont le soutien obligatoire, sous condition que ces motifs et les conclusions soient clairement prononcés, d'une manière non équivoque, ou qu'ils soient nécessairement implicites ...*»

Les motifs, que le droit français appelle décisifs et qui sont le soutien nécessaire du dispositif comme le sont souvent les motifs implicites, participent selon la sentence 8023 de l'autorité de la chose jugée. Quoique la première sentence n'ait jamais jugé que la nouvelle technique mise au point par le licencié ait eu pour conséquence la non-utilisation de la technologie objet du contrat de licence litigieux pour imputer au

licencié la résiliation fautive du contrat, les arbitres estiment que « *le premier tribunal arbitral n'aurait pas pu arriver à sa décision, sauf sur la base de ce motif nécessairement implicite et que le fait que la nouvelle technologie aboutissait à la non-utilisation du savoir-faire porte, en conséquence, l'autorité de la chose jugée* ».

En revanche, le tribunal juge que la première sentence n'avait pas tranché, même de manière implicite, si cette non-utilisation du savoir-faire visait la totalité ou simplement une partie importante ni la question de savoir si le GIE et ses membres continuaient à en utiliser l'un des éléments. Selon les arbitres : « *cette conclusion est renforcée par la première sentence elle-même, qui dans son dispositif interdit aux parties défenderesses d'utiliser le savoir faire [...] en tout état de cause, le principe de l'autorité de la chose jugée doit être appliqué d'une manière restrictive [...] par conséquent, la question de l'utilisation partielle du savoir-faire ne rentre pas dans la portée de l'autorité de la chose jugée, et se trouve bien dans la compétence des Arbitres ci-présents* ».

La sentence CCI 3267 du 28 mars 1984¹⁹, prononcée sous la présidence de M. le Professeur Claude Reymond, refuse de limiter l'effet obligatoire de la première sentence rendue par le tribunal arbitral au contenu du seul dispositif ayant fait droit ou repoussé certaines demandes. L'effet obligatoire doit en revanche être étendu aux motifs qui sont le soutien de la décision, soit à la *ratio decidendi* de la sentence. Par contraste, précise le tribunal arbitral, les énonciations de la sentence partielle dont le caractère avant dire droit ("*preliminary*") avait été clairement annoncé, ne doivent pas préjuger de ce qui sera finalement décidé, le tribunal demeurant libre d'adopter un autre point de vue au regard de l'instruction ultérieure ou des preuves produites par la suite.

L'examen des sentences qui vient d'être mené permet de vérifier que la règle de droit fait l'objet devant l'arbitre international d'une application plus pratique et intuitive que théorique. Les notions d'objet et de cause, autour desquelles règne une grande confusion dans la jurisprudence française²⁰, ne sont guère débattues dans les sentences ayant fait application de l'article 1351 du code civil. Même l'identité de parties que l'on pensait aisée à définir, peut faire l'objet d'une application originale comme dans l'affaire 8023 de 1995. Les problèmes sont sensiblement les mêmes si l'on prend les sentences ayant fait application de l'« *estoppel per rem judicatam* » des droits de *common law*, d'autant que, comme on l'a vu avec la sentence 5901, l'utilisation de ces notions ne recouvre pas toujours celle qui leur est donnée dans le droit national. Cette approche est d'autant plus permissive que, l'interprétation et l'application correcte de la règle de droit n'est pas un cas d'ouverture pour le contrôle des sentences. Dans les limites de l'attente légitime des parties, et sans doute de l'efficacité de la sentence, l'arbitre peut déterminer librement le droit applicable, pourvu qu'il le justifie²¹. Les arbitres peuvent donc procéder, pour l'autorité de la chose jugée, comme ils l'entendent. Il est toutefois souhaitable qu'ils motivent leur décision à l'égard de l'autorité de la chose jugée de la manière la plus compatible possible avec celle appliquée aux autres éléments du procès arbitral.

3. Le rattachement proposé

L'autorité de chose jugée est une manifestation du pouvoir juridictionnel de l'arbitre, pouvoir qui est issu de la commune volonté des parties exprimée dans la convention d'arbitrage, et à propos de laquelle il peut juger dans la mesure où cela fait partie de sa mission. La jurisprudence arbitrale ou à tout le moins un fort courant de celle-ci, isole la convention d'arbitrage de l'atteinte et de l'application des droits étatiques²². La jurisprudence de la Cour de cassation, celle de notre Cour d'appel ont érigé en principe la validité de la convention d'arbitrage²³. L'autonomie juridique de la convention d'arbitrage international a eu pour conséquence de soumettre, en dehors de toute référence à une quelconque loi étatique déclarée compétente en vertu d'une règle de conflit, sa formation et son interprétation²⁴, ses effets à l'égard des non-signataires²⁵, sa transmission²⁶, l'existence et la validité du consentement des parties²⁷, l'arbitrabilité subjective²⁸ et objective²⁹, à des règles matérielles. Si la convention d'arbitrage est régie par ses propres lois, il ne devrait guère y avoir d'obstacle à ce que l'autorité de chose jugée soit définie par une règle propre de l'arbitre, comme cela est suggéré dans plusieurs des sentences ci-dessus rapportées. L'autorité de chose jugée est un principe de sécurité et d'apaisement, une présomption de vérité, dont l'universalité a été consacrée dans la jurisprudence de droit international public qui lui a conféré la valeur de principe général de droit reconnu par les nations civilisées au sens de l'article 38 des statuts de la Cour internationale de Justice³⁰. Il est d'ailleurs admis que l'exception de litispendance, qui vise à éviter les choses jugées contraires et suppose que l'arbitre et le juge aient été saisis d'une même demande, est régie par la loi applicable à la clause compromissoire dont elle met en cause la portée et l'efficacité³¹. L'opportunité d'énoncer une règle matérielle doit être appréciée bien sûr au regard d'une efficacité accrue et d'une meilleure sécurité juridique par rapport à ce qui résulterait du jeu des règles de conflit. Précisément, une norme internationale devrait permettre de saisir tous les aspects de l'autorité de la chose jugée, dans ses effets négatifs, soit le fait de ne plus pouvoir revenir sur ce qui a été jugé, et dans ses effets positifs, c'est-à-dire la possibilité de se prévaloir de la décision rendue³², ces derniers étant la conséquence des premiers comme nous le démontrent assez les affaires rapportées. Dans l'affaire *AMCO*, chaque partie, suite à l'annulation partielle de la sentence par le comité *ad hoc*, invoquait la chose jugée, l'Indonésie mettant en avant celle de la décision d'annulation pour faire rejurer le litige le plus largement et présenter des demandes nouvelles, *AMCO* s'attachant à l'autorité de la chose jugée des portions non annulées de la sentence pour lier le plus possible le second tribunal arbitral. Dans l'affaire 8023, le concédant s'appuyait sur la non-exécution par les défendeurs pour réclamer des dommages-intérêts tandis que le GIE et ses membres opposaient l'exception de chose jugée de la première sentence.

La création d'une norme internationale pour régir l'autorité de la chose jugée pourrait prendre en compte les trois lignes de réflexion suivantes :

- L'autorité de la justice internationale est fonction de la confiance que les parties lui portent comme a pu l'énoncer dans son opinion dissidente le Juge Ranjeva dans l'affaire relative à la sentence arbitrale du 31 juillet 1989 entre la Guinée Bissau et le

Sénégal. L'autorité de la chose jugée ne dépend pas uniquement des qualités intrinsèques de la démonstration des arbitres, elle est également une conséquence d'un faisceau de phénomènes qui constituent l'environnement de la sentence tels que la qualité de la démarche des arbitres, la transparence de la méthode juridictionnelle observée, la célérité de la délibération, le règlement définitif de l'ensemble du différend soumis d'après les termes, l'objet et le but de l'accord arbitral, qui doivent être pris en considération comme contribuant au renforcement de la *convictio juris*.³³ Rappelons, à titre d'illustration de ce qui précède, que d'après la sentence CCI 3267 de 1984, il serait injuste envers les parties d'adopter dans la sentence finale un point de vue différent de ce qui a été énoncé dans la sentence précédente, dans la mesure où les motifs de la première sentence sont le soutien nécessaire à la solution de certains points litigieux. Il est permis de déduire de cette décision, que l'injustice constituée par le fait de prendre parti dans une sentence sur un point et de dire ensuite le contraire dans une autre sentence, s'explique par l'existence d'une question déjà tranchée ou décidée, notion qui se substituerait ainsi à la cause et l'objet dans la règle des trois identités.

- L'arbitre devrait tenir compte du respect des droits de la défense puisque l'autorité de la chose jugée interdit à une partie de faire juger à nouveau sa prétention. La notion d'accès à la justice est en cause, il faudrait, afin de ne pas priver une partie de la possibilité d'évoquer une question, que celle-ci ait été tout à la fois tranchée, de manière explicite ou implicite, mais aussi précédemment débattue. Peut-on refaire un procès sur d'autres moyens puisque, tout au moins en droit français, le moyen ne revient pas sur ce qui a été jugé ? L'autorité de la chose jugée, quelle que soit la distinction que l'on établisse entre la cause et les moyens, est sans incidence sur la possibilité pour une partie de soutenir une argumentation différente de celle qu'elle avait soutenue antérieurement. Sans doute, convient-il d'avoir égard à la manière dont le débat s'est déroulé car l'exception de bonne foi pourrait s'opposer à ce qu'une partie puisse être admise à plaider l'inverse de ce qu'elle avait dit devant les premiers arbitres si son adversaire a été induit par son attitude à adopter tel ou tel comportement³⁴. La présentation incorrecte ou incomplète d'une demande ne justifie pas de sacrifier le principe de l'autorité de la chose jugée.

- L'obligation pour les parties d'introduire leurs demandes dans la même instance à laquelle conduit l'autorité de la chose jugée dont le jeu empêche de distiller les demandes au gré des besoins, alors que ces prétentions auraient pu être précédemment formulées, reviendrait pour l'arbitre à s'interroger sur l'existence d'un principe de concentration des demandes dans l'instance, ou de « la matière litigieuse », dont Motulsky avait fait un correctif au critère de la chose tranchée et débattue pour l'autorité de la chose jugée³⁵. Toute exception à ce principe supposerait la démonstration préalable de l'absence d'abus du droit d'agir. Il est d'ailleurs dans la logique de l'arbitrage international d'obliger les parties à faire connaître toutes leurs demandes le plus tôt possible, nécessité à quoi correspond l'acte de mission : la bonne foi suppose de régler le litige et tout le litige par une sentence revêtue de l'autorité de la chose jugée, sous réserves des éventuelles causes de révision.

La notion de sentence arbitrale revêtue de l'autorité de chose jugée pourrait résulter d'une règle propre de l'arbitre, sans référence à l'autorité attachée à la décision par la loi de l'arbitrage du pays où elle a été rendue et à la nécessité de distinguer entre la norme applicable à l'exception de chose jugée et celle qui accorde l'autorité de chose jugée et en fixe les conditions³⁶, ce qui peut supposer un examen des voies de recours ouvertes à son encontre.³⁷

Dans la sentence 6079 de 1992, le tribunal arbitral se fonde sur la rédaction large de la clause compromissoire et sur les articles 8 paragraphe 3 sur la compétence-compétence et 11 sur l'autonomie de la procédure arbitrale du règlement d'arbitrage de la CCI (dans sa version de 1988), pour conclure à la possibilité de se prononcer sur l'étendue de son dessaisissement éventuel après une sentence partielle. Les arbitres qui, dans cette sentence avaient traité de la représentation à la procédure arbitrale de la société défenderesse par son principal actionnaire (un trust familial), jugent que leur décision, rendue sur une question de procédure, avait une nature interlocutoire. A défaut d'indication contraire dans l'acte de mission, précisent-ils, le tribunal arbitral, qui peut se prononcer par voie de sentence partielle, peut aussi décider de modifier sa décision précédente dès lors que le bon sens, l'équité ou la loyauté procédurale (« *common sense and arbitral due process or fairness* ») l'imposent si les circonstances ont évolué. Encore convient-il de garder ce raisonnement dans des limites rigoureuses afin d'éviter une qualification abusive sur la base de laquelle l'arbitre pourrait porter atteinte à ce qu'il a effectivement décidé. Seule une sentence existante et valable peut avoir autorité de la chose jugée. Si l'on transposait à la matière arbitrale le raisonnement conflictualiste habituellement suivi en matière de jugements, il conviendrait après avoir vérifié si, d'après la loi de l'arbitrage du pays où la sentence a été rendue, cette décision a, et dans quelle mesure, autorité de chose jugée, de mener une deuxième opération pour s'assurer de la reconnaissance de cette autorité de chose jugée dans l'ordre juridique du siège de l'arbitre saisi. Encore faudrait-il que la question soit soulevée, la sentence bénéficiant d'une présomption de régularité. Dans l'affaire CCI 3383 de 1979, les parties de nationalité belge et iranienne avaient dans un premier temps, retiré leur procédure devant la CCI pour un arbitrage *ad hoc* à Téhéran qui s'était terminé par une décision constatant l'expiration du délai d'arbitrage et mettant fin à la mission des arbitres. La partie belge avait alors voulu réintroduire un arbitrage devant la CCI, tentant de faire revivre la clause compromissoire d'arbitrage CCI d'origine en soutenant la nullité de l'accord d'arbitrage *ad hoc*. La partie iranienne, qui contestait de son côté la compétence du nouveau tribunal par suite de la novation intervenue avec la conclusion de la convention d'arbitrage *ad hoc*, obtint gain de cause devant l'arbitre siégeant à Paris : « *Attendu que si, aux termes de la Convention de New York du 10-06-1958, article V, alinéa a), la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale peuvent être refusées au cas où la sentence a été rendue sur la base d'une convention qui n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée, il n'incombe évidemment pas à l'arbitre soussigné de s'ériger en instance d'appel d'un autre collège arbitral dont les décisions - y compris celles qui précèdent la sentence proprement dite - sont, par définition, rendues en dernier*

ressort ; Attendu, par conséquent, que si la, ou les, parties intéressées ont, d'ordre public, la faculté de solliciter auprès des juridictions compétentes l'annulation de décisions arbitrales qui leur paraissent entachées de nullité, il n'entre pas dans les attributions d'un autre arbitre de les mettre en question de quelque manière que ce soit ; Qu'il y a donc lieu pour l'arbitre soussigné de simplement prendre acte des décisions rendues par le tribunal créé par la convention ad hoc...»³⁸

Les conditions qui président à la reconnaissance des sentences sont fixées par la Convention de New York de 1958. Certes, les arbitres ne sont pas les destinataires directs de celle-ci, mais la Convention de New York constitue le droit propre à la reconnaissance des sentences, de sorte que les arbitres sont sans doute tenus de la respecter³⁹. L'arbitre, plutôt que de considérer qu'il s'agit d'une question préjudicielle, devrait de préférence statuer au regard des conceptions du for en la matière, telles qu'elles résultent de la Convention de New York ou du droit interne de celui-ci. Si l'on pose le principe d'autonomie de l'arbitrage international, l'arbitre violerait sa mission en ne poursuivant pas la procédure arbitrale, dès lors qu'il y a le moindre intérêt, d'autant que certaines lois sur l'arbitrage permettent de renoncer aux recours contre la sentence⁴⁰. Si l'arbitre peut statuer, ce n'est toutefois pas dans le but de refuser l'accueil à la sentence car la reconnaissance suppose, même quand elle est de plein droit, un passage de la décision de l'ordre juridique d'origine à l'ordre juridique du for dans lequel son insertion est recherchée. A s'en tenir tout au moins à la conception française de l'arbitrage international, la question de la reconnaissance d'une sentence devant l'arbitre ne devrait pas se poser, puisque la sentence est rendue dans un ordre juridique tiers, distinct des ordres juridiques nationaux dans lesquels elle n'est pas intégrée⁴¹. Cette constatation explique que les règles de conflit pour l'autorité de la chose jugée qui ont été élaborées pour les jugements étrangers soient peu utiles pour les sentences internationales.

En réalité, ce qui est en cause est la validité de sa future sentence si l'arbitre vient à statuer au vu de la chose jugée d'une sentence considérée comme invalide dans le système juridique de son for, de même que, si, à l'inverse, l'arbitre statue en violation d'une sentence dont l'autorité de chose jugée a été reconnue dans l'ordre juridique de l'Etat de son siège et dont il peut exiger la preuve de l'efficacité, sa propre sentence encourt le risque d'une annulation, par suite du caractère inconciliable entre sa décision et celle du juge du siège.

II- L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE DES SENTENCES ET LE CONTRÔLE DU JUGE

La sentence arbitrale, d'après l'article 1476 du NCPC, n'acquiert autorité de chose jugée que par rapport à la contestation qu'elle tranche, ce qui exclut les sentences provisoires ou préparatoires⁴². Le moyen tiré de la violation de l'autorité de la chose jugée par l'arbitre peut être invoqué à l'appui de plusieurs cas d'ouverture de l'article 1502 du NCPC.

1) Les parties peuvent d'abord reprocher à l'arbitre sur le fondement de l'article 1502-1° du NCPC d'avoir statué sans convention d'arbitrage. L'arbitre qui n'a plus le

pouvoir de juger, le prend quand même, alors qu'il était dessaisi par sa précédente sentence⁴³.

2) La règle du dessaisissement peut également être envisagée sous l'angle de la mission de l'arbitre dont le non-respect est sanctionné par l'article 1502-3° du NCPC, dès lors qu'en transgressant cette règle et en revenant sur ce qui a été jugé, le tribunal arbitral méconnaît ses pouvoirs. Si en effet, la mission de l'arbitre lui commande de juger tous les points qui n'ont pas été tranchés dans la sentence partielle puisqu'il n'est pas dessaisi de ces questions litigieuses, l'arbitre ne doit pas statuer au-delà des limites qui lui ont été assignées, en violation de la cause de la demande⁴⁴. Le grief de non-respect de sa mission par l'arbitre peut aussi être soulevé en raison de la méconnaissance de l'autorité de la chose jugée d'une sentence rendue dans une autre instance arbitrale⁴⁵ ou de la violation de la chose jugée d'un jugement, qui a, par exemple, porté sur l'annulation de la sentence antérieurement rendue entre les parties⁴⁶ ou a réservé à la connaissance des tribunaux étatiques des questions jugées non arbitrables⁴⁷.

La violation de la chose jugée par l'arbitre d'une sentence antérieure est fréquemment invoquée au titre de la contradiction de motifs, laquelle doit être distinguée du grief de violation du contradictoire⁴⁸. Le reproche de contradiction entre décisions a été assimilé à une contradiction de motifs, équivalente à une absence de motifs⁴⁹. On sait que cette critique n'est plus acceptable car depuis les revirements de la Cour d'appel⁵⁰ et de la Cour de cassation⁵¹, d'ailleurs annoncées par la doctrine⁵², la contradiction des motifs n'est plus un fondement d'annulation des sentences. Ce grief, de nature formelle, qui dissimule une critique du fond de la sentence, échappe très logiquement à la connaissance du juge de l'annulation, qui n'est ni un juge d'appel de la sentence, ni un juge de cassation, et le contrôle de l'article 1502 du NCPC n'envisageant pas parmi ses cas d'ouverture, la correcte application du droit par l'arbitre⁵³. L'irrecevabilité du moyen tiré de la contradiction de motifs de la sentence s'étend à l'évidence à la contradiction de motifs entre décisions arbitrales⁵⁴.

3) La violation de la chose jugée peut être invoquée au titre de l'article 1502-4° sanctionnant le non-respect du principe de la contradiction, par exemple, s'il est reproché à l'arbitre, au motif qu'une question a déjà été jugée alors qu'elle n'aurait pas été en réalité débattue, de s'être opposé à ce qu'une partie puisse faire juger sa prétention ou produire de nouveaux éléments de preuve à l'appui de celle-ci⁵⁵.

4) L'atteinte à l'autorité de la chose jugée peut enfin être évoquée au soutien du vice de contrariété à l'ordre public, prévu par l'article 1502-5° du NCPC. La jurisprudence distingue entre deux situations :

- Dans la première, la sentence dont l'autorité de chose jugée aurait été méconnue a été prononcée dans une instance différente de celle dans laquelle a été rendue la sentence attaquée. Dans la mesure où la règle de l'autorité de chose jugée est considérée comme d'intérêt privé et non d'ordre public, son éventuelle violation ne permet pas d'établir une violation de l'ordre public international⁵⁶ ;

- Dans la seconde situation, où la sentence dont l'autorité de chose jugée aurait été méconnue est une sentence partielle rendue dans la même instance que la sentence

qui est critiquée, une jurisprudence constante de la Cour de cassation⁵⁷ étendue au domaine du contrôle des sentences⁵⁸, établit que : « *si le moyen tiré de la chose jugée n'est pas d'ordre public et ne peut en principe être soulevé d'office, il en va différemment au cours d'une même instance quand il est statué sur les suites d'une précédente décision et d'une partie du litige dont le juge se trouve dessaisi* ».

On a cherché à justifier cette solution par un souci d'accélération du déroulement de la procédure, afin d'éviter qu'une partie n'en prolonge l'issue en ne soulevant pas l'autorité de chose précédemment jugée, ainsi que par un accroissement des pouvoirs conférés au juge au titre de la marche de l'instance⁵⁹. Transposées à l'arbitrage, ces justifications, à la fois théorique et pratique, se révèlent sans pertinence.

a) D'abord, la qualification du moyen tiré de l'autorité de chose jugée et la possibilité d'un examen de la décision critiquée au regard de l'ordre public, dépendra le plus souvent de l'organisation de la procédure par l'arbitre. Si celui-ci statue par une seule et même sentence sur l'ensemble des prétentions des parties, on a vu que le grief tiré de la contradiction de motifs à l'intérieur d'une même décision échappe désormais au contrôle du juge comme invitant en réalité celui-ci à se prononcer sur le bien fondé du raisonnement de l'arbitre. Si, en revanche, l'arbitre a divisé l'instance en plusieurs phases, clôturées par des sentences partielles, les parties pourront se prévaloir d'un motif supplémentaire au regard de l'ordre public pour contester la validité des décisions rendues. D'après une sentence CCI 2858 de 1996, la justification pour laquelle une sentence partielle sur le fond lie l'arbitre pour la suite de la procédure, ne tient pas tant à l'autorité de chose jugée, laquelle ne vise que les décisions rendues dans des instances différentes, mais à la raison d'être de la sentence partielle. Suivant le tribunal arbitral, une sentence même préjudicielle, « *ne résoudrait rien et n'aurait guère de sens si le tribunal pouvait librement s'en distancer. Il s'agit d'ailleurs là d'un principe qui n'est pas propre à l'arbitrage mais généralement reconnu en matière de procédure judiciaire. Il est exprimé avec une particulière clarté par le paragraphe 318 de la ZPO allemande, qui parle de Bindung des Gerichts an seine Entscheidung et non de Rechtskraft. Consacré par la jurisprudence (cf. en dernier lieu ATF 115 II 123), il est généralement suivi par la doctrine qui excepte toutefois les ordonnances de procédure. Habscheid (droit judiciaire privé p. 302 i.f.) fait une exception supplémentaire pour les décisions non susceptibles de recours séparé, comme c'est le cas en l'espèce, au motif que du moment que la juridiction supérieure pourra toujours revoir le bien fondé de cette décision, il serait vain d'empêcher le premier juge de modifier sa décision et le forcer à mener toute la procédure à partir d'une base dont il pense qu'elle est erronée et qui justifiera la réformation de sa décision par une instance supérieure. Cette réserve paraît dictée par le bon sens et par le souci d'économie de la procédure* ».

L'exception de chose jugée condamne une nouvelle instance en interdisant aux mêmes parties d'engager une nouvelle procédure sur le même objet et pour la même cause. Le caractère obligatoire des décisions pour le juge qui les a rendues opère au sein de la même instance et interdit à ce dernier de prendre successivement des

décisions qui se contredisent. Ainsi, la sentence partielle lie le tribunal arbitral pour la suite de la procédure même s'il y a eu mal jugé. L'autorité de la chose jugée couvre en effet les vices dont la sentence est affectée, même si l'arbitre a statué *ultra petita*. L'arbitre est dessaisi parce qu'il y a autorité de chose jugée à son égard.

b) Ensuite, la mise en perspective des sentences rendues dans des instances arbitrales différentes fait apparaître que la question de l'autorité de la chose jugée se présente d'une manière qui ne peut être assimilée à ce qui se passe devant le juge étatique. La pluralité d'instances arbitrales s'explique le plus souvent par l'impossibilité pour les parties d'introduire toutes leurs demandes dans une instance unique. Tel était le cas pour les arbitrages CCI sous l'empire du règlement de cette institution avant 1998 où les demandes nouvelles qui ne se rattachaient pas suffisamment à celles de l'acte de mission ne pouvaient être, à défaut d'un accord général de toutes les parties et des arbitres exprimé sous forme d'un addendum à l'acte de mission, recevables. Il fallait alors introduire une nouvelle demande d'arbitrage devant la CCI et, comme bien souvent, le tribunal arbitral constitué pour juger de cette nouvelle demande était composé de manière identique, on voit à quel formalisme conduit la solution retenue en jurisprudence d'après laquelle, en raison de ces instances successives, il ne peut y avoir violation de l'ordre public, la règle de l'autorité de chose jugée étant d'ordre privé dans ce cas. Dans l'affaire *Omnium Marocain de Pêche c/ SA Delattre le Vivier* ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour d'appel du 22 mai 1997, il était reproché à la sentence attaquée dans laquelle le tribunal arbitral avait statué sur des demandes relatives à des manquements contractuels pour la réalisation d'un complexe industriel, de revenir sur l'autorité de la chose jugée d'un premier arbitrage au cours duquel les mêmes arbitres avaient refusé d'examiner pour les raisons procédurales du règlement CCI dont il vient d'être parlé, les demandes tranchées au cours du second arbitrage dans la sentence contestée. La Cour de Paris répond que les contradictions de motifs alléguées avec les sentences antérieures « *ne pourraient jamais constituer en tout état de cause qu'une violation de la chose jugée, laquelle n'est pas une règle d'ordre public international* ». C'est oublier un peu vite que le litige, qui portait sur le même contrat de conception et de réalisation d'un complexe industriel, n'avait été en fin de compte interrompu que par le jeu des dispositions du règlement applicable. Or, dans le premier arbitrage, si les parties et les arbitres avaient pu convenir d'un addendum à l'acte de mission ou si les arbitres avaient jugé recevables les demandes sur l'exécution défectueuse du contrat, les contradictions entre les sentences résultant de l'atteinte à la chose jugée auraient été examinées dans le cadre de la contrariété à l'ordre public et, éventuellement, sanctionnées à ce titre.

La notion d'instance au sens procédural où l'entend la Cour de Paris est en réalité impropre. Certes, l'instance se termine lorsque le juge a vidé la question litigieuse, ce que l'article 1475 du NCPC traduit par la règle selon laquelle la sentence dessaisit l'arbitre de la contestation qu'elle tranche. Un procès peut toutefois comporter plusieurs instances, par exemple, en référé, sur le fond, en première instance, en appel. Le juge est dessaisi une fois qu'il a tranché les questions litigieuses qui lui étaient soumises, mais le procès n'est pas pour autant terminé, bien qu'il se

poursuivra devant un autre juge⁶⁰. L'investiture d'un arbitre sur la base de la clause compromissoire du contrat litigieux demeure toujours possible tant que tout le litige n'a pas été réglé, la convention d'arbitrage n'ayant pas été encore entièrement exécutée⁶¹. Même si la personnalisation des tribunaux arbitraux est liée d'une certaine manière à leur caractère de juridiction éphémère, la désignation des arbitres n'est pas l'événement pertinent. Dès lors, peu importe la différence de composition entre les tribunaux arbitraux successifs, l'identité de clause compromissoire et de parties sont les seuls éléments qui devraient être privilégiés. Si l'on retient cette idée d'un continuum ou d'une unité du même litige au long d'instances arbitrales différentes, il est plus conforme à la réalité du procès arbitral d'abandonner la distinction entre moyen soulevé d'office et d'intérêt privé, qui trouve une explication en procédure civile par l'ignorance du juge saisi de l'existence de la décision dont il est nécessaire que l'autorité de chose jugée soit invoquée devant lui, puisqu'il n'y a pas participé. Or ceci, on l'a vu, n'est pas le cas de la succession des instances arbitrales.

Je préconise dès lors un abandon du contrôle qui repose sur la distinction ci-dessus exposée. A la place, il conviendrait d'apporter une précision à notre jurisprudence sur l'abandon du contrôle pour la contradiction de motifs, et qui est d'ailleurs contenue en filigrane dans le rapport de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 juin 2000⁶², qui nous mènerait à sanctionner, sous l'angle de l'ordre public, la contradiction, dans une ou plusieurs sentences, de décisions de l'arbitre. Une telle contradiction concerne le pouvoir de l'arbitre qui a statué, par opposition au vice de rationalité de motivation seul en cause dans le cadre de la contradiction de motifs, car on ne peut admettre qu'un arbitre, comme tout juge, se contredise dans une même sentence ou dans plusieurs.

Notes

- ¹ G. Ballardore-Pallieri, L'arbitrage privé dans les rapports internationaux, RCADI, t.51 1935-I, p.287; Ch. Jarrosson, «Le contrat de transaction dans les relations commerciales internationales» RCDIP, 1997, p.657.
- ² CA Paris, 24 octobre 1991, *Sicopag c/ Ets. Laprade*, Rev. arb. 1992, p.494 (1^{ère} espèce), note M.C. Rondeau-Rivier ; CC 9 janvier 1979, Rev. arb. 1979, p. 480 note Ph. Fouchard.
- ³ TGI Paris, 15 mai 1970, *Saint-Gobain c/ The Fertilizer Corp.of India*, Rev. arb. 1971, p.108, B. Oppetit, le refus d'exécution d'une sentence arbitrale étrangère dans le cadre de la Convention de New York, p. 97; voir aussi CA Paris, 23 octobre 1997, *I.A.I.G.C. c/ B.A.I.I.* à propos de l'homologation préalable de la sentence par les tribunaux jordaniens du siège, Rev.arb. 1998, p.143, note Ph. Fouchard.
- ⁴ A. Méryghac, De l'autorité de la chose jugée en matière de sentence arbitrale, RGDI, 1898, p.606 ; J.Limburg, L'autorité de chose jugée des décisions des juridictions internationales, RCADI, t.30, 1929-V, p. 519.
- ⁵ Réflexions sur l'efficacité internationale des sentences arbitrales, Comité fr. DIP, 24 mars 1995, 1993-1995, p.181.
- ⁶ H. Muir-Watt, "La rencontre dans l'espace de figures hybrides (variations autour du conflit international de décisions)", Rev. G. Des Procédures, 1999, p.291; J-P. Béraudo, "The Arbitration Exception and the Brussels and Lugano Conventions : Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments;" C. Kessedjian, "Court Decisions on Enforcement of Arbitration Agreements and Awards", Journal of Int.'l Arb., 2000, vol. 18, n° 1, p. 1 et 13; également, F. Perret, "Parallel Actions Pending before an Arbitral Tribunal and a State Court", Arb. Int.l, vol. 16, no 3, 2000, p. 333 ; S. Besson, "Le sort et les effets au sein de l'Espace judiciaire européen d'un jugement écartant une exception d'arbitrage et statuant sur le fond", Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret, Lausanne, 1999, p.329.
- ⁷ B. Moreau, "Le prononcé de la sentence entraîne-t-il le dessaisissement des arbitres ?" Etudes Poudret, op.cit. p. 453.
- ⁸ B. Moreau, op.cit.
- ⁹ Voir sentences rendues dans les affaires CCI 2745 et 2762, Y. Derains, S. Jarvin, Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1974-1985, Kluwer – ICC Publishing, 1990, p.326.
- ¹⁰ V. Lowe, 'Res Judicata and the Rule of Law in International Arbitration', Revue Africaine de Droit International et Comparé, 1996, p.38.
- ¹¹ CA Paris, 6 février 1997, *Sté. Carter c/ Sté. Alstom et AGF*, Rev. arb. 1997, p.556, note P. Mayer; E. Loquin, Arbitrage et cautionnement, Rev. arb. 1994, p.235.
- ¹² Dont les articles 1476 du NCPC, 190 de la LDIP, en droit suisse, l'autorité de chose jugée est un principe jurisprudentiel qui, en tant que condition du droit d'action, relève du droit fédéral et dont la mise en œuvre est laissée au droit cantonal.
- ¹³ Comité fr. DIP, 1995-1998, p.71 ; L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé, Economica, 1986, p. 222 § 436 et s.
- ¹⁴ J.-J. Arnaldez, Y. Derains, D. Hascher, Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1991-1995, Kluwer-ICC Publishing, 1997, p.332.
- ¹⁵ I. Fadlallah, « Clauses d'arbitrage et groupes de sociétés », Trav. Comité fr. DIP, 1984-1985, p.105 ; Ch. Jarrosson, « Conventions d'arbitrage et groupes de sociétés », in Groupes de sociétés : contrats et responsabilités, LGDJ, 1994, p.53 ; D. Cohen, Arbitrage et société, LGDJ, 1993, §90 et suivants.
- ¹⁶ W. Habscheid, «Quelques questions fondamentales concernant l'autorité de la chose jugée en droit comparé », Liber Amicorum Adolf F. Schnitzer, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, vol.61, Genève, Georg, 1979, p.179 ; Robert W. Millar, "The Premises of the Judgment as Res Judicata in Continental and Anglo-American law", Michigan Law Review, 1940, vol. 39, p. 1 et 238.

¹⁷JDI 1989, p.143 et s., note E. Gaillard ; P. Rambaud, AFDI, 1988, p.209.

¹⁸"L'annulation ne s'étend pas aux motifs [findings] par lesquels le tribunal a estimé que les agissements de l'armée et de la police en date des 31 mars et 1^{er} avril 1980 étaient illégaux. L'annulation s'étend cependant aux motifs [findings] relatifs à la durée de cette illégalité et au montant de l'indemnité due à cet égard".

¹⁹J.-J. Amaldez, Y. Derains, S. Jarvin, Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1986-1990, Kluwer ICC Publishing, 1994, p. 43-45.

²⁰Jurisclasseur, procédure civile, fasc. 554 par R. Perrot et N. Fricéro ; X. Lagarde, Les règles du droit de la preuve, LGDJ, 1994 ; CJCE, Gubisch, aff. 144/86, 8 décembre 1987, pour une définition autonome de l'identité d'objet qui ne se ramène pas à l'identité formelle de deux demandes ; H. Gaudemet-Tallon, Les Conventions de Bruxelles et de Lugano, LGDJ, 1993, pp. 198-199 § 285.

²¹Y. Derains, « Attente légitime des parties et droit applicable au fond en matière d'arbitrage commercial international », Comité fr. DIP, 1984-1985, p.81.

²²P. Mayer, "L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence", RCADI, tome 217 (1989-V), p.321.

²³CC 5 janvier 1999, *Zanzi*, Rev. arb. 1999, p.260, note Ph. Fouchard ; J.P. Ancel, L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire, Comité fr. DIP, 1991-1992, p.75 ; « La Cour de cassation et les principes fondateurs de l'arbitrage international », Mélanges Draï, Dalloz, 2000, p.161.

²⁴CC 20 décembre 1993, *Dalico*, Rev. arb. 1994, p.116 note H. Gaudemet-Tallon, JDI 1994, p.432, note E. Gaillard, RCDIP, 1994, p.663, note P. Mayer.

²⁵CA Paris, 11 janvier 1990, *Orri*, Rev. arb. 1992, p.95, note D. Cohen, JDI 1991, p.141, note B. Audit, RTD com. 1992, p. 586 note Dubarry et Loquin.

²⁶CC 5 janvier 1999 et 19 octobre 1999, *Banque Worms c/ R. Bellot et SNTM-Hyproc, Banque générale du commerce c/ SNTM-Hyproc*, Rev. arb. 2000, p.85 note D. Cohen.

²⁷CC 9 novembre 1993, *Bomar Oil*, Rev. arb. 1994, p.108, note C. Kessedjian, JDI, 1994, p.690, note E. Loquin.

²⁸CA Paris, 24 octobre 1994, *Bec Frères*, Rev. arb. 1995, p.275, note Y. Gaudemet.

²⁹CA Paris, 29 mars 1991, *Sté Ganz*, Rev. arb. 1991, p.478, note L. Idot.

³⁰Bin Cheng, *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, Grotius, 1987, p.336.

³¹Sentence CCI 6840 de 1991, Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1991-1995, op. cit., p.468, obs. YD. L'autonomie juridique de la convention d'arbitrage entraîne la création d'une règle matérielle spéciale aux termes de laquelle aucune concurrence ne peut intervenir entre deux ordres de juridictions qui ne sont pas également compétents ; J. Pellerin, «L'exception de litispendance internationale», Bulletin de la Chambre des Avoués près la Cour d'appel de Paris, 1992, 4^{me} trimestre, n° 120, , p.125, §38 et s.

³²Motulsky, *Droit processuel*, Montchrestien, 1973, p.261.

³³CIJ Recueil 1991, arrêt du 12 novembre 1991 (p.122-123).

³⁴E. Gaillard, L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, Rev. arb. 1985, p.241; CIJ, Mémoires, Plaidoiries et Documents, 1960 Vol.1, Affaire de la sentence arbitrale rendue par le Roi d'Espagne le 23 décembre 1906 : «*Le principe de la bonne foi réclame qu'un Etat ne puisse être admis à prouver un fait ou un grief contrairement à ses propres allégations. Le principe est reconnu, par la jurisprudence et la doctrine, comme un principe général du droit*» (réplique du Honduras, p. 513).

³⁵"Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile", Dalloz, 1968, chronique, p.1.

³⁶M.L. Niboyet, *L'action en justice*, pp.286-288.

³⁷Le tribunal arbitral dans la sentence CCI 5448 de 1988 se réfère au droit néerlandais pour déclarer que la sentence d'un premier tribunal arbitral sur la validité de la convention d'arbitrage n'était pas une décision finale au sens de l'article 1059 al.1 du Code de procédure des Pays-Bas, mais une sentence intérimaire et donc, à ce titre, dépourvue d'autorité de chose jugée. Voir aussi la sentence ad hoc du 31 mai 1988, *Wintershall, International Ocean Resources et autres c/ Etat du Qatar*, Yearbook Co. Arb.XV (1990) p.55-56, pour l'autorité d'une «sentence partielle définitive».

³⁸ Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1974-1985, op. cit., p. 396.

³⁹ Ph. Fouchard, « L'application des conventions internationales par l'arbitre », RCADI, à paraître ; P. Mayer, "L'application par l'arbitre des conventions internationales de droit privé", Mélanges Loussouarn, Dalloz, 1994, p. 275.

⁴⁰ Article 192 LDIP, article 1717.4 du code judiciaire belge.

⁴¹ CC 23 mars 1994, *Hilmarton*, Rev. arb. 1994, p.327, note Ch. Jarrosson ; JDI 1994, p.701, note E. Gaillard ; RCDIP 1995, p.356, note B. Oppetit ; RTDcom. p.702, obs. Dubarry et Loquin ; J.P. Ancel, « La Cour de cassation et les principes fondateurs de l'arbitrage international », op. cit.

⁴² CA Paris, 25 juin 1982, Rev. arb.1983, p.344, note T. Bernard, pour une sentence réservant les droits des parties de se pourvoir à nouveau.

⁴³ CA Paris, 18 avril 1991, *Letierce et fils c/ Stolz*, Rev.arb. 1992, p.631, chron. J.Pellerin.

⁴⁴ CA Paris, 18 avril 1991, supra. ; CA Paris, 2 avril 1998, *Technip c/ Asmidal*, Rev. arb. 1999, p.821, note B. Leurent, à propos du pouvoir d'interprétation par le tribunal arbitral d'une sentence partielle : « *considérant que les arbitres, qui n'étaient pas dessaisis du litige, n'ont fait que préciser et éclairer les termes de leur première sentence en délimitant les questions définitivement tranchées, et celles qui ne l'étaient pas, que ce faisant ils n'ont pas outrepassé leur mission* ».

⁴⁵ CA Paris, 16 février 1995, *Salama El Radi Khalil Ali Darwish c/ Sté Huure Oy*, Rev. arb. 1996, p.128, chr. J. Pellerin, « *que selon le second acte de mission, le tribunal arbitral devait décider si des conclusions du Tribunal Wenger, en particulier sa conclusion selon laquelle Huure Oy est responsable des dommages que sa violation de contrat a causé au défendeur sont des res judicata et lient les parties de manière irrévocable ou si les parties ont la possibilité de contester de nouveau le même point de litige, et/ou si ces points du litige ont été réglés par la sentence partielle rendue par le présent tribunal le 7 juillet 1989 ; qu'en faisant le partage entre ce qui avait été irrévocablement jugé par le Tribunal Wenger et ce qui ne l'avait pas été, le Tribunal Sauvage a donc respecté la mission qui lui avait été dévolue par les parties et n'a pas outrepassé son pouvoir juridictionnel* ».

⁴⁶ CA Paris, 29 avril 1986, *Polyfrance Immo c/ Sporprom Service BV*, RG n° M 941 et M 1159.

⁴⁷ CA Paris, 16 avril 1996, *Gallay c/ Fabricated Metal*, RG n° 94.10280.

⁴⁸ CA Paris, 14 septembre 2000 *Autage c/ Genoyer et Flow Control Technologies*, RG n° 1999/05796 : « *Que M. Roger Autage ... confond en réalité principe de la contradiction et contradiction de motifs entre décisions du tribunal arbitral ;...* ».

⁴⁹ CA Paris, 25 mai 1990, *Fougerolle c/ Procofrance*, Rev. arb. 1990, p. 892, note de Boisséson ; 11 mars 1993, *Al Kawthar Investment Co. Ltd c/ BNP, Crédit Lyonnais et Arab Mineral Water Company*, Rev. arb. 1994, p. 735, note D.Cohen ; 28 mai 1993, *Sté Gén. pour l'Industrie c/ Ewbank & Partners*, et CC 28 février 1995, Rev. arb. 1993, p. 664 et 1995, p. 597, note D.Bureau ; 22 septembre 1994, *C.C.A. c/ Semabla*, RG n° 93.9670 et 93.20115 [arbitrage interne] ; 15 mai 1997, *Sté Sermi et Me Hennion ès q. c/ Ortec*, Rev. arb.1998, p.558, note Ph. Fouchard ; 11 septembre 1997, *Verhoef c/ Moreau*, RG n° 96/80224 ; 8 décembre 1998, *Peter van Vugt Agrow Products BV c/ Norsk Hydro Azote et Hydro Azote Spécialités*, RG n° 1997/04763. La contradiction reprochée ne doit toutefois pas affecter la sentence rendue au premier degré et la sentence du second degré puisque la première sentence est, d'après l'article 1455 du NCPC, un simple projet susceptible de contestation (CA Paris, 16 janvier 1986, *Europamarkets c/ Argolicos Gulf Shipping Company*, RG n° L12357).

⁵⁰ CA Paris, 26 octobre 1999, *Patou c/ Edipar*, Rev. Arb. 1999, p. 811, note E. Gaillard.

⁵¹ CC, 11 mai 1999, *Revers c/ Fabre*, Rev.arb. 1999, p.811, note E. Gaillard.

⁵² E. Gaillard, note sous CA Paris, 5 mars 1998, *Forasol c/ Sté Mixte Franco-Kazakh CISTM* Rev. arb. 1999, p.86.

⁵³ CC 14 juin 2000, *Sté Inter Arab Investment Guarantee Corporation c/ Banque Arabe et Internationale d'Investissements BAIL*, Rev. Arb. 2001, p. 729, note H. Lécuyer.

⁵⁴ CA Paris, 18 janvier 2001, *Auchan c/ Puerto Loisirs*, RG n° 1999/20545.

⁵⁵ CA Paris, 12 janvier 1996, *Gvt. de l'Etat du Qatar c/ Creighton Ltd.*, Rev. arb. 1996, p.428, note Ph. Fouchard.

⁵⁶ CA Paris, 22 mai 1997, *Omnium Marocain de Pêche c/ SA Delattre le Vivier*, RG n° 95/80231 ; 16 février

1995, *Khalil Ali Darwish c/ Sté Huure Oy*, supra.; 9 juin 1983, *Sté Iro Holding c/ Sté Setilex*, « *Considérant en effet qu'en droit interne français, la règle de l'autorité de la chose jugée est d'intérêt privé et non d'ordre public, qu'il ne saurait en être autrement en ce qui concerne l'ordre public au sens du droit international privé français* »; à propos de la violation alléguée par la sentence d'un jugement ayant déclaré nulle la production de créances dont le montant avait fait l'objet de la réclamation dans l'instance arbitrale, Rev. arb. 1983, p. 497, note M. Vasseur ; voir aussi, CA Paris, 27 novembre 1987, *Sulzer c/ Somagec, Saers et autres*, Rev. arb. 1989, p. 62, note Couchez. On rappellera que la méconnaissance de l'autorité de chose jugée d'une transaction ne peut donner lieu à une critique au regard de l'ordre public en raison de son caractère contractuel, la règle de l'article 2052 du code civil n'étant pas d'ordre public : CA Paris, 13 janvier 1995, *Me Farnier-Zervudacki, ès qualités c/ Me Adam, ès qualités, et M. Jouffre* (arbitrage interne), RG n° 93.17043, qui précise que la méconnaissance de l'autorité de chose jugée peut certes constituer un mal jugé, mais qui échappe au contrôle du juge de l'annulation ; Ch. Jarrosson, op. cit.

⁵⁷ J. Boré, La cassation en matière civile, Dalloz, 1997, § 2416 et 2445.

⁵⁸ CA Paris, 21 octobre 1988, *Clé c/ Les Chantiers Modernes*, RG n° 87.18 693 ; Cass. Soc. 11 janvier 2000, *Sté La Montagne c/ Roland Lavault, Xavier Grandchamp de Cueille, Eric Guillaumin* ; CA Paris, 21 mars 1991, *SA Editions Vaillant Miroir Sprint Publications c/ Nortier*, Rev. Arb. 1993, p. 94, note C. Vergne ; 20 novembre 1981, *Sté Delaroche c/ Sté Le Dauphiné Libéré*, RG n° I 4227 ; R. Perrot, Fonctionnement de la commission arbitrale des journalistes au regard du droit judiciaire privé, GP, 1996, 2^{me} sem., 1382. L'article 829 (8) du code de procédure civile italien érige au cas de nullité la contrariété avec une sentence arbitrale qui n'est plus susceptible de recours ou avec une décision ayant force de chose définitivement jugée entre les parties, si l'exception a été soulevée dans la procédure arbitrale, Rev. Arb. 1994, p. 581.

⁵⁹ D. Tomasin, Essai sur l'autorité de la chose jugée, LGDJ, 1975, p. 228, § 315 « *Dans ce cas, l'autorité reconnue à une décision va servir à accélérer la marche de la procédure et on peut se demander s'il ne serait pas alors opportun de rendre la règle d'ordre public. Lorsque au cours d'un même procès, un juge a rendu une première décision sur un point litigieux, pourrait-on accepter qu'une des parties, renonçant à l'autorité de chose jugée qui est reconnue à ce jugement, puisse à son gré prolonger le procès en renonçant à soulever l'exception de chose jugée ?* » ; R. Perrot, N. Fricéro, Jurisclasseur Procédure Civile, Fasc. 554, n°187 et s. ; M.L. Niboyet, L'action en justice, op.cit, § 518-519.

⁶⁰ Cass. Ass.Pl., 3 avril 1962, Encel, JCP 1962, 12744, note Raynaud, D. 1962, p.465, note Hébraud ; G. Bolard, "Droit transitoire et procédure civile", Mélanges Foyer, PUF, 1997, p. 439 ; Cass. Ass. Pl. 3 juin 1994, Bull. N°4, Concl. Jeol.

⁶¹ B. Moreau, "Le prononcé de la sentence entraîne-t-il le dessaisissement des arbitres ?" Etudes Poudret, op. cit., p.453.

⁶² supra.

Débats du 7 février 2001 (M. Dominique HASCHER)

M. LEMONTEY – Merci, Dominique Hascher pour cette communication qui est particulièrement empreinte de ton expérience et de la connaissance intime des sentences, surtout celles qui ne sont pas publiées et qui ne sont pas nécessairement connues.

Dans la salle, il y a suffisamment de théoriciens et de praticiens prestigieux de l'arbitrage pour penser que les questions vont fuser immédiatement.

M. PLANTEY – J'ai un petit problème d'opposabilité qui se pose à l'égard des tiers, auquel se rajoute la confidentialité de la sentence.

M. HASCHER – Effectivement, l'autorité de chose jugée peut poser des questions de pratique arbitrale dans lesquelles je n'ai pas voulu entrer, qui tiennent à la confidentialité et surtout aux tiers. Je pense que ceci concerne surtout les cas où il y a des sentences arbitrales qui sont rendues dans des instances parallèles avec une partie commune. Sauf si la partie qui n'a pas été incluse dans le premier arbitrage est d'une manière ou d'une autre représentée ou a un lien tel que l'autorité de chose jugée puisse éventuellement lui être opposée, la sentence arbitrale rendue dans le premier arbitrage devrait être considérée comme un élément de fait, ou de renseignement, pour le second tribunal arbitral. En réalité cette difficulté se résout en amont comme nous le faisons à la Cour d'arbitrage de la CCI avec la désignation d'un, voire de deux arbitres communs et en essayant d'avoir une progression parallèle de ces instances afin qu'il n'y ait pas une contrariété de décision à la fin.

M. LALIVE – Cet exposé était tellement passionnant qu'il y aurait mille questions à poser, je me contenterai d'en poser deux.

La première : est-ce que vous ne pensez pas qu'il y a une certaine tendance à la surestimation du siège et de son influence ?

La deuxième question est un peu différente : vous avez, si je vous ai bien compris, parlé d'une sorte de devoir de bonne foi des parties de concentrer toutes leurs prétentions ; mais, est-ce qu'en pratique on peut reprocher aux parties, au contraire, de diviser le risque arbitral ?

M. HASCHER – En étudiant les sentences que j'avais pu recueillir, j'ai été effectivement frappé par cette surestimation du rattachement à la loi du siège d'autant plus surprenante que, comme je le suggère, la définition d'une règle matérielle pour l'autorité de chose jugée ne paraît pas impossible. J'ai cité un certain nombre d'exemples où on arrive à des solutions absurdes ou en tout cas sans aucun rapport avec les systèmes juridiques éventuellement concernés par l'arbitrage. Je dois dire que je suis extrêmement déçu de la jurisprudence arbitrale. J'aurais voulu dire : voilà la bonne pratique arbitrale, voilà comment les arbitres jugent, voilà les règles matérielles dégagées dans les sentences, et bien, non, c'est tout le contraire, je suis obligé de le constater.

Sur le devoir de bonne foi et sur la division du risque arbitral, oui, en réalité, c'est bien ce qui s'est passé dans un certain nombre d'affaires où les parties, par exemple, demandaient le remboursement des intérêts puis, dans une deuxième instance, le remboursement du capital. On peut également remarquer, comme le fait l'un des arbitres d'ailleurs, que tout en admettant qu'il n'y avait pas autorité de la chose jugée, la partie a pris un risque considérable en se comportant de la sorte puisqu'il est possible que la question ou certaines questions soient considérées comme implicitement jugées.

M. Claude REYMOND - J'ai salué au passage, comme dans certaine symphonie où on entend des rappels de symphonies antérieures, un certain nombre de sentences que vous avez commentées et je vous remercie de votre très précieuse contribution à cette question. Personnellement, je partage tout à fait votre préoccupation de trouver, dans le cadre de l'arbitrage, et après tout, du moment que l'on a admis que les questions de droit matériel pouvaient être tranchées en dehors de tout droit étatique, je ne vois pas pourquoi les arbitres ne prendraient pas dans ce domaine – et cela pose un problème pour les tribunaux étatiques après – un certain nombre de décisions qui sont fondées sur une réflexion plus générale. Il faut bien voir l'abnégation du droit du siège pour lequel il peut y avoir des arguments, c'est certain, mais que l'application du droit du siège se fait au second degré car il n'y a pas et je ne connais pas de loi sur l'arbitrage qui parle de l'autorité de la chose jugée en matière d'arbitrage et, par conséquent, il faut aller chercher plus loin, dans la procédure devant les tribunaux étatiques, les règles que l'on va ensuite transférer dans le domaine de l'arbitrage. Le risque de contradiction est-il le même ? C'est la question que je me permets de vous poser en vous redisant l'intérêt avec lequel je vous ai écouté, est-il le même à l'intérieur d'une même instance ou entre deux instances parallèles ? Pour parler du cas des instances parallèles, personnellement, je deviens de plus en plus hésitant quant à l'idée de deux tribunaux presque interchangeables ; vous mettez l'arbitre qui est dans deux instances dans une situation impossible parce que : que peut-il dire dans le secret du délibéré à ses collègues sur ce qu'ont décidé les autres ? J'ai vécu cela deux fois ; heureusement ce n'était pas moi qui étais dans cette situation inconfortable. Je trouve cela périlleux pour les parties parce qu'une réflexion consécutive à un moyen qui est présenté dans l'arbitrage numéro un et qui, pour des raisons diverses n'a pas été soulevée dans l'arbitrage numéro deux, peut susciter des hésitations et des conséquences dans le délibéré de cet arbitrage. En revanche, le problème est tout à fait différent lorsqu'il s'agit pour l'arbitre de l'autorité de la chose jugée quant à sa première décision et, là, je crois aussi que l'on change d'avis au cours des années, et j'interpelle mes collègues dans ce domaine : il n'y a pas d'autre grande tentation que de couper les questions à trancher en petits paquets ; cela peut aller lorsque vous avez, par exemple, des demandes hétéroclites en matière de grands travaux ; lorsqu'il s'agit de la même question juridique, personnellement, je suis arrivé à une grande hésitation parce que même si on a tranché le principe de la responsabilité, on s'aperçoit, au moment de trancher le quantum du dommage, qu'on n'a pas tenu compte de la concurrence, ou d'autre chose, ou qu'on n'a pas réservé ces questions. Je pense donc que l'arbitre dans ce domaine est souvent extrêmement

embarrassé et c'est pour cela qu'il s'efforce de limiter lorsqu'il est appelé à interpréter l'étendue de la chose jugée de sa décision antérieure il est tenté de la restreindre autant que possible ainsi que vous l'avez rappelé.

M. HASCHER – Je souscris entièrement à ce que vous venez de dire. Il est vrai que les décisions partielles sont à l'origine de difficultés pour les tribunaux arbitraux. Nombre de sentences qui m'ont paru ne pas forcément nous intéresser parce que je n'y trouvais aucun développement sur l'autorité de chose jugée, bien qu'elle ait été en arrière plan, démontrent les efforts des tribunaux arbitraux pour revenir, en réalité, sur ce qu'ils ont dit avant tout en affirmant bien entendu ne pas toucher à l'autorité de chose jugée et interpréter seulement la décision antérieure ; mais, il y a de temps en temps des acrobaties qui sont quand même difficiles à accepter.

S'agissant des procédures parallèles, une précision, mais qui relève de la pratique arbitrale, par rapport à ce que nous évoquions tout à l'heure : lorsque la Cour d'arbitrage de la CCI s'efforçait de choisir un président pour le tribunal arbitral commun aux deux instances, nous ne le faisons qu'après avoir provoqué l'accord des parties ; ce qui certes n'est pas de nature à – forcément – alléger pour l'arbitre la difficulté dont vous vous faites l'écho mais en tout cas mettait au moins à l'abri la constitution du tribunal arbitral, voire la future sentence, d'un éventuel grief de manque d'impartialité.

M. DELVOLVE – J'ai obtenu quelques réponses mais je vois néanmoins un intérêt pratique aux propositions que vous faites de considérer qu'il y aurait une règle d'ordre public international qui interdirait de revenir sur la chose jugée dans le cadre d'une subdivision, une sorte de *forum shopping* auxquelles les parties seraient incitées. Après tout, en changeant d'arbitre ensuite s'il a une réaction décevante, c'est un risque auquel on se trouve parfois confronté et je vois, dans ce cas là, l'intérêt d'y couper court en faisant comprendre aux parties par une démarche officieuse que le résultat ne serait pas favorable.

M. MAYER – Je voudrais tout d'abord dire que j'admire Dominique Hascher d'avoir osé aborder ce problème qui est abominablement difficile et sur lequel il n'y a pas grand chose qui ait été écrit pour les questions qu'il a traitées et, en plus, je l'admire d'avoir traité cela de façon extrêmement intéressante et approfondie et, j'allais ajouter, convaincante ; mais je me demande si je suis convaincu sur tous les points. Il semble que l'essentiel, c'est cette idée de l'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de l'autorité de chose jugée par une sentence déjà rendue. D'abord, je ne suis pas tout à fait sûr que le fondement de cette autonomie, qui résiderait dans l'autonomie de la clause compromissoire, convienne ; dans l'hypothèse qui est peut-être rare mais qui peut se présenter où le deuxième tribunal arbitral aurait sa compétence fondée sur une autre convention d'arbitrage que le premier tribunal arbitral ; dans ce cas-là, est-ce qu'il faut rechercher l'appréciation de l'autorité de chose jugée dans les principes qui ont pu guider le premier tribunal arbitral ou dans ceux qui guident le second tribunal arbitral ? Il me semble que ce serait plutôt le second, l'autonomie et puis la personne qui doit se prononcer sur l'autorité de chose jugée, c'est le second tribunal arbitral, mais il ne peut pas invoquer l'autonomie d'une clause

compromissoire qui ne s'adressait pas à lui, me semble-t-il ? Cela étant, il n'y a pas d'objection théorique, je crois, à ce que cette autonomie soit consacrée, mais alors, sur le plan pratique, est-ce que c'est une bonne chose ? C'est l'éternelle question de savoir s'il vaut mieux avoir des règles transnationales, unanimement adoptées et qui dispensent du conflit de lois, ou bien s'il faut choisir un critère de rattachement qui pourrait être le siège du premier tribunal arbitral .

Sous cette forme, la réponse paraît évidente, il vaut mieux une règle universelle, mais peut-on arriver à se mettre d'accord sur cette règle ? Vous avez fait une proposition qui m'a paru convaincante. Elle est très motulskienne et ce serait très bien si tout le monde pouvait adopter la même définition et donner la même étendue à l'autorité de la chose jugée, mais est-ce que ce sera le cas ?

Par exemple, votre définition, votre description de l'étendue qui devrait être reconnue à l'autorité de la chose jugée d'une sentence est contraire à la position de la Cour de cassation française sur le fait que les motifs – m'a-t-il semblé, maintenant je ne suis pas procéduraliste et je peux me tromper, mais il me semble que la position actuelle de la Cour de Cassation est que ces motifs, même s'ils sont le soutien du dispositif, ne participent pas de l'autorité de chose jugée.

En tout cas, on voit déjà que le droit français a changé. Il y a d'autres droits qui ont d'autres conceptions, alors va-t-on arriver et de quelle façon à une universalité ? Je pense à un moyen modeste : il se trouve que la commission de l'arbitrage de l'association de droit international a mis au programme de ses travaux précisément cette question, étendue aux problèmes de connexité et de litispendance. Plutôt que de proposer aux membres de l'association de droit international des règles de type conflictuel, on pourrait proposer des règles matérielles et cela donnerait un retentissement plus grand, non pas que votre parole, mais que la publication des travaux du Comité français de DIP, qui n'est pas confidentielle mais qui ne se vend pas à des milliers d'exemplaires. En tout cas, je me pose cette question.

Autre question : il m'a semblé que vous admettiez la même vision autonomiste à l'égard de l'annulation de la critique qui serait adressée à la sentence dont l'autorité de chose jugée est invoquée. Quelle serait votre réponse dans la situation suivante : on peut partir de l'affaire *Hilmarton* ; la première sentence a été rendue, elle a été annulée en Suisse, elle a reçu l'exequatur en France, et *Hilmarton* recommence l'arbitrage mais, petite modification par rapport à l'affaire réelle, le siège, après accord entre les parties, a été transféré à Paris. Donc, les nouveaux arbitres saisis de la demande siègent à Paris et naturellement OTV invoque l'autorité de la chose jugée bien que la première sentence ait été annulée en Suisse, mais elle a reçu l'exequatur en France ; que doivent faire les arbitres siégeant à Paris ? Et j'avoue que cela me laisse perplexe. Disons que si on considérait, contrairement peut-être à la tendance qui commençait à se manifester, que finalement un bon critère de rattachement, qui pourrait être le siège de l'arbitrage – je parle du premier, celui qui a donné lieu à la sentence dont l'autorité de chose jugée est invoquée – soit retenu, ce serait très simple, ce ne serait pas moderne mais simple.

M. HASCHER – Sur le premier point, je ferais peut-être la distinction entre universalité et solution uniforme. Les arbitres qui ont statué sur l'article 1351 du code civil, s'il s'agissait de juges étatiques, se feraient, je pense, casser au vu des décisions qu'ils ont rendues. En effet, ils ont une interprétation parfaitement libre de l'article 1351 du code civil. La jurisprudence de la Cour de cassation à laquelle vous faites allusion et qui, effectivement, est restrictive, est aussi très limitée dans le temps. Il s'agit d'une jurisprudence de la deuxième chambre et de la troisième chambre civiles limitée aux années 1987 à 1992. Les solutions des tribunaux arbitraux sur l'application de l'article 1351 me paraissent plus convaincantes que la jurisprudence restrictive que je viens d'évoquer, mais ce n'est pas mon propos de critiquer la jurisprudence de la Cour de cassation, bien évidemment, d'autant que j'y suis soumis.

Sur la deuxième question : il est vrai que je conçois une autonomie totale de la procédure et, dans ce sens, je ne crois pas que les jugements d'annulation des sentences aient une autorité de chose jugée pour l'arbitre. Si l'arbitre doit prendre en considération certains jugements des tribunaux étatiques, et notamment, ceux sur l'annulation, ce n'est que pour protéger sa propre sentence d'une annulation ultérieure.

M. PLANTEY – Il y a des cas où le tribunal aura le droit de changer le siège de l'arbitrage. Est-ce que vous acceptez que d'accord parties, on ne tienne pas compte de la chose jugée ou arbitrée ? Je reprends ma question qui repose sur les tiers. Vous avez un cas pendant, cette nageuse je crois, qui a été déclarée droguée par la fédération internationale et qui est déclarée innocente par les tribunaux américains, qu'est-ce que vous faites ?

M. FOUCHARD – Vous abordez là des questions effectivement très difficiles. Pour les arbitres, ils se sont piégés souvent eux-mêmes par cette habitude ou cette pratique détestable qui consiste à saucissonner et à rendre des sentences partielles qui bloquent après leurs pouvoirs d'examiner ensemble le litige. Et on a vu cela dans l'affaire *Fougerolle*, et on pourrait en citer d'autres, où on statue sur les principes de responsabilité et on se rend compte qu'on n'a pas vu tout le dossier. Dans ce cas-là, il y a des incidents de fraude, c'est une pratique détestable. Mais la pratique arbitrale est fragile en elle-même en raison de ce que vous avez bien noté et c'est assez effrayant de voir ce qu'on pouvait juger dans les instances parallèles ou dans les instances successives. Cela crée des difficultés qui sont propres à l'arbitrage. Vous suggérez une conception relativement souple de l'autorité de la chose jugée, teintée de bonne foi, empiriste, mais que vous essayez de systématiser. Passons. Mais, je suis plus gêné encore pour la jurisprudence française, en tout cas avec cette distinction que vous dénoncez à juste titre selon que l'autorité de chose jugée, l'intérêt privé ou d'ordre public en fonction du nombre d'instances avec les questions ont été successivement tranchées. Vous voudriez rétablir l'unité de la jurisprudence et ce que vous suggérez m'inquiète. Vous dites qu'il faudrait non pas parler d'ordre public international au nom de l'autorité de chose jugée, mais si j'ai bien compris il faudrait que l'ordre public sanctionne la contradiction de motifs dans le cas où elle apparaît entre des sentences successives. Il me semble que c'est cela que vous avez proposé ou alors je n'ai pas bien compris. Et c'est pourquoi, je me

demandais pourquoi traiter plus sévèrement la contradiction de motifs lorsqu'elle est dans deux sentences différentes que lorsqu'elle est dans une seule sentence, là où la Cour d'appel de Paris puis la Cour de cassation ont renoncé à tout contrôle. Il me semblait que vous aviez l'air de rétablir un certain contrôle de la contradiction de motifs lorsqu'elle existait entre deux sentences successives.

M. HASCHER – Non, je ne veux pas réintroduire le contrôle de la contradiction de motifs alors qu'on l'a évacué à la Cour d'appel en 1999 et que la première chambre de la Cour de cassation s'est prononcée par plusieurs arrêts également en ce sens. Ce n'est pas la contradiction de motifs que je mets en cause, mais la contradiction de décisions d'un arbitre. Je pense qu'il y a une différence – j'en fais une en tout cas – entre des motifs éventuellement contradictoires qui touchent au fond et la contradiction de décisions qui, elle, touche au pouvoir de juger de l'arbitre et aboutit, en réalité, à des décisions qui sont inconciliables.

M. FOUCHARD – Et qui seraient sanctionnées à ce moment là au titre de l'ordre public.

M. FADLALLAH – J'approuve et j'admire la communication de M. Hascher. Je ne sais pas si je serais d'accord sur tous les détails mais cela n'a pas d'importance parce que ce qui me frappe, c'est tout de même le fait, comme l'a souligné Pierre Mayer, qu'il n'y ait pas eu beaucoup de débats sur la question. Je me demande pourquoi et je trouve une première réponse : je pense que c'est une question de bon sens qu'il ne faut pas recommencer en permanence les procès déjà tranchés. Je suis convaincu qu'il faut absolument dégager un principe général, ne serait-ce que pour que l'arbitrage demeure une chose sérieuse et une œuvre de justice.

J'ouvre une parenthèse sur le saucissonnage. Je ne suis pas d'accord sur les critiques qui ont été formulées. Cela pose des problèmes, mais parfois cela permet une très grande souplesse. Je ne comprends pas que l'on réserve cette critique aux arbitres alors que tous les jours, les tribunaux rendent des décisions qui ne résolvent qu'une partie du litige et remettent à plus tard l'autre partie. Je vais vous donner une situation où il est de l'intérêt de tous, en arbitrage, de diviser le débat, mais je ne dis pas que ça n'entraîne pas des problèmes. Vous avez parfois des dossiers considérables sur l'existence et l'évaluation du préjudice qui demandent des mois de travail, qui mettent en jeu des sommes considérables pour les parties, vous allez les y engager avant même que l'on ne sache si vous reprenez un principe de responsabilité ou non ; souvent les parties elles-mêmes souhaitent dans un cas comme celui-ci que l'on divise la procédure.

Je voudrais aussi faire une remarque sur la question de la nature du moyen d'autorité de chose jugée selon qu'il est invoqué dans la même procédure pour la même instance. J'avoue que la seule raison que je trouve à la jurisprudence française en la matière est également de pur bon sens : ce qui a été décidé a été décidé dans une autre instance, comment voulez-vous que le juge le sache si vous ne l'invoquez pas devant lui ? Alors, je sais que la formulation laisse penser que la nature du moyen serait différente mais il me semble que la formulation est un accommodement et que la vraie raison est celle-ci. Je ne sais pas si on doit transposer cela à l'arbitrage. Et j'ai une question préalable : en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers, est-ce que nous

n'opposons pas l'autorité de chose jugée comme un moyen relevant de l'ordre public sans entrer dans ces subtilités du droit interne et si on transpose cette solution, au cas où elle serait celle que je dis, alors le problème me paraît disparaître sinon on va aboutir à quoi? A deux décisions définitives inconciliables avec le petit jeu qui consiste à faire le recours particulier qui est prévu lorsque vous avez deux décisions inconciliables. Et on sait bien que ce recours là est véritablement ce que l'on fait en dernier, tant qu'on n'a pas pu éviter dans le cours normal des procédures d'aboutir à des décisions inconciliables. C'est pour vous dire combien je suis, pour ma part, pour les solutions que vous avez suggérées sur ce point.

Mme NIBOYET – Je voulais juste répondre à la question de M. Fadlallah et peut-être ensuite poser d'autres questions. Le moyen, je crois, c'est l'ordre public parce qu'il est la matière de l'état des personnes et que la jurisprudence fait aussi cette distinction là. Lorsque le moyen est invoqué à l'occasion d'une autre instance, il est en principe évoqué sauf en matière d'état matrimonial. La seule jurisprudence, en matière matrimoniale, c'est l'affaire *Patino*... et qui fait que l'on a considéré que le moyen était d'ordre public. Enfin, c'est une interprétation possible de l'arrêt, sans conférer le caractère d'ordre public en général. Et cela m'amène à une autre remarque. Finalement, alors que l'on pouvait penser qu'on peut-être plus souple en matière d'arbitrage que lorsqu'il s'agit d'un juge étatique, vous considérez tout de même que la contradiction de chose jugée serait en matière d'arbitrage une atteinte à l'ordre public international alors que l'on ne consacre pas cette solution au cas où c'est un juge étatique. Alors c'est un peu paradoxal. Pour en revenir sur cette question de la distinction selon que le juge intervient dans la même instance ou dans une autre instance : personnellement, j'ai cru déceler un critère qui fondait la distinction, c'est parce que lorsque le juge statue sur le site d'une même instance, c'est la règle du dessaisissement du juge qui est violée, qui, pour cette raison, constitue un moyen d'ordre public, alors que l'exception de chose jugée ne s'applique qu'aux parties, pas au juge, et les parties sont tout à fait libres d'y renoncer.

M. FADLALLAH – C'est bien en pensant à cela que j'ai dit que les mots utilisés sont pour moi plus qu'un accommodement ; je ne vois pas pourquoi c'est plus l'affaire des parties dans un cas, et c'est plus un excès de pouvoir dans un cas comme dans l'autre.

M. HASCHER – Parmi les extraits dont je ne vous ai pas donné la lecture en séance, il y a une sentence CCI 2858 de 1996 dont je ne crois pas qu'elle ait été publiée. Le tribunal arbitral fait bien la distinction que vous faites entre l'exception de chose jugée qui interdit aux parties de recommencer une nouvelle instance et le dessaisissement du juge qu'il considère seul en cause, s'agissant de la possibilité pour ce tribunal arbitral de savoir dans quelle mesure il avait été dessaisi par sa sentence partielle. Le tribunal arbitral, présidé par un professeur suisse, bien connu mais qui n'est pas présent ce soir, déclare que cette distinction est exprimée avec une particulière clarté et par l'article 318 ZPO allemand qui parle de *Bindung des Gerichts an seine Entscheidung* et non de *Rechtskraft* qui est l'autorité de chose jugée.

M. BERAUDO – Le rattachement à l'ordre public du rejet de la sentence parce que, méconnaissant l'autorité de chose jugée, elle contredit une autre sentence, ne me paraît pas faire problème. A ce sujet, une question a été posée au Professeur Lagarde par M. Fadlallah ; le problème et la réponse sont les mêmes en droit étatique. Avant que les conventions de Bruxelles et de Lugano ne fassent de la contrariété à une décision rendue par le for ou exécutoire dans le for d'un jugement étranger appelé à y être reconnu ou à être déclaré exécutoire, un chef particulier de non reconnaissance, c'était à l'ordre public que le problème était rattaché. La non conformité à l'ordre public fondait le refus d'exequatur. Je crois que ce point là est facilement admissible dans l'exposé qui a été fait par Dominique Hascher ; la transposition de la solution à la procédure arbitrale ne devrait pas susciter de difficulté.

M. LÉBOULANGER – Je crois que l'autorité de chose jugée en matière d'arbitrage international peut avoir des effets assez ravageurs et néfastes, notamment lorsqu'il s'agit d'instances parallèles. Imaginez deux contrats, entre deux parties, et qui sont tous les deux litigieux et qui sont soumis à deux tribunaux différents qui travaillent parallèlement, l'un pouvant avancer plus vite que l'autre. Si la partie défenderesse devant le premier tribunal arbitral veut invoquer l'exception d'inexécution tirée du deuxième contrat soumis au deuxième tribunal arbitral et que ce deuxième tribunal arbitral rende sa sentence avant le premier, la partie défenderesse ne pourra plus invoquer l'exception d'inexécution puisqu'il y aura chose jugée sur l'exception d'inexécution et indirectement sur l'exception d'exécution, mais pour le deuxième contrat. Vous vous souvenez des discussions que nous avons eu à cet égard et que l'on pourrait éventuellement résoudre de façon procédurale en autorisant plus largement la jonction des procédures, notamment comme le fait bien timidement la CCI pour ne parler que d'elle, mais il y a là un vrai problème.

M. HASCHER – Ce sont avant tout des questions de procédures et de pratiques arbitrales : jonction de procédures, éventuelle connexité entre instances, mais je n'ai pas beaucoup de choses à ajouter à ce que vous avez dit, sauf que le problème est réel.

Mme KESSEDJIAN – Deux points m'ont été inspirés par la discussion : le premier est que je vois mal comment on peut faire une équivalence entre inconciabilité de décisions d'un côté et autorité de chose jugée de l'autre ; pour moi, ce sont deux problèmes distincts. Il peut y avoir inconciliabilité de décisions alors même qu'il n'y a aucune question d'autorité de chose jugée qui aurait pu se poser et, par ailleurs, l'autorité de la chose jugée éventuellement violée – je reviendrai dans mon deuxième point sur cette question – ne me paraît pas entraîner automatiquement une inconciliabilité de décisions. Personnellement, je préférerais que l'on distingue les deux problèmes et je crois que les solutions que l'on doit donner à chacune des deux questions devraient être différentes. Par ailleurs, sur l'exemple que vient de donner M. Leboulanger, il ne me semble pas qu'il pourrait y avoir autorité de chose jugée, à condition, dans le cas qu'il nous présente, que l'on ait la conception française de l'autorité de la chose jugée. Ce qui m'a gênée dans les discussions que nous avons depuis le

début, c'est que nous partons d'une conception qui est *notre* conception ; or, en matière d'arbitrage, il me semble qu'il n'y a aucune raison, si on admet l'autonomie de l'arbitrage, de faire prévaloir notre conception de l'autorité de la chose jugée avec la triple identité de parties, de cause et d'objet, par rapport à d'autres conceptions et là j'ai en tête les conceptions américaines qui d'une manière ou d'une autre ne peuvent pas prévaloir. Je ne vois pas pourquoi nous partirions – bien sûr nous sommes dans un cénacle français, je veux bien le reconnaître, mais à part cela – dans une telle discussion, de notre conception française et là, je reviens sur l'exemple de Philippe Leboulanger : si effectivement nous avons une conception élargie de l'autorité de la chose jugée et cela serait plutôt à l'américaine, il y aurait peut-être une question d'autorité de la chose jugée mais dans la conception à la française, il ne me semble pas qu'il y en ait une ; donc, tout le point de départ est de se mettre d'accord, non pas tellement sur les effets, mais d'ores et déjà sur le contenu de la notion même d'autorité de chose jugée. Je partage complètement votre présentation à ce sujet et je crois que c'est là qu'il devrait y avoir un effort d'unification internationale. L'association de droit international devrait avoir un rôle important à cet égard .

M. HASCHER – Sur le premier point, je n'ai rien à ajouter. Sur le second, la plupart des sentences que j'ai pu consulter, sur à peu près une dizaine d'années, il est vrai, ne portaient que sur les droits suisse et français – mais c'est peut-être parce qu'il y a un tropisme de la CCI vers Paris ou la Suisse qui explique que ce soit plus ces droits qui aient été en cause dans ces sentences.

Il y a tout de même eu un certain nombre de sentences où l'on parlait de la *res judicata* dans le cadre, par exemple du droit de New-York, mais où l'on retrouve – à peu près – cette discussion sur l'identité de parties, cause et objet. Sur le *collateral estoppel*, les recherches que j'ai pu faire ne m'ont amené à découvrir à part cette sentence bizarre que j'ai citée, et que je n'explique que par l'américanophilie du président du tribunal arbitral, qu'une seule autre sentence (8726 de 1996) où l'on a, parce que l'on était dans le cadre du droit de New-York, discuté de *collateral estoppel*, toutefois, la question se posait avec un jugement étatique qui avait statué sur la convention d'arbitrage à propos d'une demande en remboursement des frais de défense occasionnés par cette procédure. Je n'ai pas pu rapporter beaucoup de choses sur ces questions parce que, peut-être, le matériau me manquait. Je remarque toutefois que dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, et même de celle de la Cour permanente de Justice internationale, qui n'est pas liée par l'article 1351 du code civil, la discussion a toujours tourné autour de l'identité de parties, de cause et d'objet.

Mme KESSEDJIAN – Le problème terminologique vient de là parce que ce n'est pas parce qu'on a dit identité de cause et objet qu'on a réglé le problème. Le contenu de cette expression n'est pas le même selon les droits en présence.

M. GAILLARD – Je crois qu'une analyse de droit plus rigoureuse nous amènera peut-être à dire que c'est le *collateral estoppel* américain qui est, en réalité, très isolé en droit comparé et qui n'a peut-être pas vocation à donner matière à des principes généraux du droit, surtout dans un contexte où on est en présence de

l'effet relatif de la convention d'arbitrage déjà, donc où l'efficacité absolue à la chose jugée en dehors et en dépassant à la fois l'effet relatif de la convention d'arbitrage et l'effet relatif de l'instance me paraît quand même très isolé. C'est un domaine qui est assez délicat. Si on va dans la deuxième partie, on est également extrêmement convaincu par les développements, surtout après la clarification de Philippe Fouchard sur la méthode de contrôle à travers le moyen de l'ordre public international.

M. Jean-Pierre ANCEL – Comme tout le monde ici, j'ai admiré Dominique Hascher pour la finesse de son analyse mais je dirais que je l'admire encore plus, en conclusion, d'avoir proposé une solution qui est celle du contrôle par le biais de l'ordre public international. Je serais assez convaincu de la nécessité et de l'opportunité d'un tel contrôle car, avec cette proposition, il rend la discussion antérieure académique. A partir du moment où le juge sera chargé de contrôler la sentence à qui on reprochera d'avoir méconnu la chose jugée sous l'angle de l'ordre public international, toute la question de savoir de quoi dépend la notion de chose jugée - est-ce que ça dépend d'une loi étatique par le biais du conflit de lois ou est-ce que ça dépend d'une règle internationale à définir qui ne l'est pas encore - devient sans intérêt puisque la seule question posée au juge sera de dire est-ce que c'est ou non en contrariété avec l'ordre public international ? Or, nous savons tous très bien que c'est le juge qui le définit et qui le dit au cas par cas, donc il n'y aura plus de débat de fond, qui est fort intéressant sur la chose jugée et sa conception internationale ou définie par rapport à une règle de conflit, mais qui n'aura plus d'intérêt. J'espère que cette réflexion ne passera pas pour cynique.