

Il s'ensuit que la disposition précitée doit être interprétée en ce sens que l'exclusion qu'elle prévoit s'étend à un litige pendant devant une juridiction étatique qui a pour

objet la désignation d'un arbitre, même si ce litige soulève au préalable la question de l'existence ou de la validité d'une convention d'arbitrage.

RAPPORT D'AUDIENCE présenté dans l'affaire C-190/89 *

I — Faits et procédure

Par télex du 23 janvier 1987, Marc Rich & Co. AG, partie demanderesse au principal (ci-après « demanderesse »), a fait une offre d'achat de pétrole brut iranien franco de bord à la Società Italiana Impianti PA, partie défenderesse au principal (ci-après « défenderesse »). Le 25 janvier, la défenderesse a accepté cette offre sous réserve de certaines conditions supplémentaires. Le 26 janvier, la demanderesse a confirmé l'acceptation de ces conditions supplémentaires avant d'envoyer, le 28 janvier, un nouveau télex qui précisait les termes du contrat et qui comportait la clause suivante:

personnes en désigneraient une troisième; leur décision ou celle de deux d'entre elles serait définitive et lierait les deux parties. »

Ce télex n'a reçu aucune réponse. Le chargement du navire désigné alors par la demanderesse a été terminé le 6 février. Le même jour, la demanderesse a fait valoir que la cargaison était gravement détériorée. Elle a invoqué une créance en dommages-intérêts de plus de 7 millions de USD. La défenderesse décline toute responsabilité.

« Droit applicable et arbitrage

L'interprétation, la validité et l'exécution du présent contrat seront soumises au droit anglais. Si une contestation survenait entre l'acheteur et le vendeur, la question contestée serait portée devant trois personnes à Londres. Chacune des parties désignerait une personne, et ces deux

Le 18 février 1988, la *défenderesse* a assigné la demanderesse en *Italie* en vue d'obtenir une déclaration dégageant sa responsabilité à l'égard de la demanderesse. L'assignation a été notifiée le 29 février 1988. Le 4 octobre 1988, la demanderesse a présenté sa défense et une demande reconventionnelle dans laquelle elle excipait de la clause compromissaire et faisait valoir que la juridiction italienne n'était pas compétente.

* Langue de procédure: l'anglais.

C'est également le 29 février 1988 que la *demanderesse* a entamé à *Londres* la procédure d'arbitrage, à laquelle la *défenderesse* a refusé de participer. Le 20 mai 1988, la *demanderesse* a engagé devant la High Court à Londres une action visant à ce que la cour désigne un arbitre au nom de la *défenderesse*, en application de l'article 10, paragraphe 3, de l'Arbitration Act de 1950. Par décision du 19 mai 1988, la High Court avait autorisé la notification de l'acte introductif d'instance à la *défenderesse* en Italie.

Le 8 juillet 1988, la *défenderesse* a conclu à l'annulation de cette dernière décision.

Elle a estimé que le litige devait être résolu en Italie, au motif qu'il entre dans le cadre de la convention du 27 septembre 1968, concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (ci-après « convention »).

La High Court a jugé, le 5 novembre 1988, que la convention ne s'appliquait pas, que le contrat entre les parties était réputé soumis au droit anglais et qu'il y avait lieu d'autoriser la notification à l'étranger.

Saisie du litige en appel, la Court of Appeal a décidé de surseoir à statuer et de saisir la Cour des questions préjudicielles suivantes:

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

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

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

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

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

b) de l'article 17 de la convention?

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

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

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

L'ordonnance de la Court of Appeal a été enregistrée au greffe de la Cour le 31 mai 1989.

Conformément à l'article 20 du protocole sur le statut de la Cour de justice des

Communautés européennes, des observations écrites ont été déposées par la société Marc Rich, demanderesse au principal, représentée par M^e Iain Milligan, avocat à Londres, la société Italiana Impianti, défenderesse au principal, représentée par M^e Peter Gross, avocat à Londres, le gouvernement du Royaume-Uni, représenté par M. John E. Collins, en qualité d'agent, le gouvernement allemand, représenté par M. Christof Böhmer, en qualité d'agent, le gouvernement français, représenté par M^{me} Edwige Belliard, en qualité d'agent, et M. Claude Chavance, en qualité d'agent suppléant, et la Commission des Communautés européennes, représentée par MM. John Forman, conseiller juridique, et Adam Blomefield, membre de son service juridique, en qualité d'agents.

La Cour, sur rapport du juge rapporteur, l'avocat général entendu, a décidé d'ouvrir la procédure orale sans instruction préalable.

II — Cadre juridique

Aux termes de l'article 1^{er}, deuxième alinéa, point 4, de la convention, l'arbitrage est exclu du champ d'application de la convention. Le rapport établi par le comité des experts ayant élaboré le texte de la convention, dit rapport Jenard (JO 1979, C 59, p. 1), auquel les parties se réfèrent aux fins de l'interprétation de cette disposition, relève à cet égard (chapitre III, section IV, lettre D):

« De nombreux accords internationaux règlent déjà la matière de l'arbitrage qui est également mentionnée à l'article 220 du

traité de Rome. En outre, le Conseil de l'Europe a élaboré une convention européenne, portant loi uniforme en matière d'arbitrage, qui sera vraisemblablement assortie d'un protocole destiné à faciliter, davantage que ne le fait la convention de New York, la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. C'est pourquoi il a paru préférable d'exclure la matière de l'arbitrage. La convention ne s'applique ni en ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales (voir aussi la définition de l'article 25), ni pour déterminer la compétence des tribunaux pour les contestations relatives à un arbitrage, par exemple les actions tendant à l'annulation d'une sentence arbitrale, ni davantage en ce qui concerne la reconnaissance de décisions rendues sur de telles actions. »

Le champ d'application de l'exclusion de l'article 1^{er}, deuxième alinéa, point 4, de la convention a été examiné de nouveau lors des négociations relatives à l'adhésion du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni à la Communauté économique européenne. Le rapport d'experts établi à cette occasion, dit rapport Schlosser, relève à l'égard de l'arbitrage (JO 1979, C 59, p. 71, point 61) ce qui suit:

« La délégation du Royaume-Uni a demandé des précisions qu'elle n'avait pas trouvées dans le rapport Jenard sur la portée de l'exclusion de l'arbitrage du champ d'application de la convention. Au cours des débats relatifs à l'interprétation des dispositions de l'article 1^{er}, deuxième alinéa, point 4, l'examen de cette question a donné lieu à deux prises de position différentes et inconciliables. Selon le premier point de vue, essentiellement soutenu par la délégation du

Royaume-Uni, cette disposition couvre tous les litiges pour le règlement desquels la compétence d'un tribunal d'arbitrage a été convenue de manière encore valable, y compris tous les litiges secondaires afférents à la procédure d'arbitrage prévue. Selon l'autre point de vue, soutenu par les États membres originaires, l'arbitrage ne couvre les procédures se déroulant devant les tribunaux étatiques que si celles-ci se rapportent à des procédures d'arbitrage, qu'elles soient déjà closes, en cours ou à venir. Un accord s'est néanmoins établi sur le fait qu'il ne convenait pas de procéder à une modification du texte. En tout état de cause, ces différences fondamentales d'interprétation ne mènent en pratique à des résultats différents que dans un seul cas » (décision au fond d'un tribunal étatique malgré l'existence d'un compromis d'arbitrage).

III — Résumé des observations écrites déposées devant la Cour

Quant à la première question

1. Le *gouvernement allemand* remarque à titre liminaire que la question préjudicielle 1, sous a), est rédigée en termes trop extensifs. En l'occurrence, il s'agirait d'une action introduite en vue de la désignation d'un arbitre, et en particulier du point de savoir si la notification de la demande en référé à la défenderesse en Italie doit être admise. Dans de telles circonstances, la question préjudicielle devrait être ramenée au point de savoir si la convention s'applique à une procédure judiciaire de désignation d'un arbitre. Cette question appellerait manifestement une réponse négative (voir le point 64 du rapport Schlosser).

Au point 64, ce rapport relève en outre:

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

2. La *demanderesse* soutient que la convention ne s'applique pas aux litiges ou jugements dont l'objet est, à titre principal ou accessoire, l'arbitrage, que l'existence d'une convention d'arbitrage soit ou non en cause, ou du moins lorsque l'existence d'une convention d'arbitrage ne peut pas être écartée d'emblée. Elle se réfère, à cet égard, notamment à la convention européenne portant loi uniforme en matière d'arbitrage, signée à Strasbourg le 20 janvier 1966 (série des traités européens n° 56, non entrée en vigueur), en vertu de laquelle l'autorité judiciaire ne connaîtrait de la validité de la convention d'arbitrage qu'à un seul stade, à savoir lors d'une demande en annulation d'une sentence arbitrale. Avant cela, l'autorité judiciaire pouvait et devait exercer ses fonctions, par exemple procéder à la nomination des arbitres, sans prendre en considération la validité de la convention d'arbitrage, en laissant cette question aux arbitres eux-mêmes.

Le *gouvernement français* souscrit à cette thèse. Selon lui, la notion d'arbitrage couvre le cas où une juridiction étatique serait saisie contrairement à un accord compromissoire. L'évolution du droit de l'arbitrage aurait conduit, en effet, à conférer aux arbitres le pouvoir de se prononcer sur la validité de la clause compromissoire aussi bien que sur la régularité de leur investiture. La compétence du juge étatique sur ce point ne serait que résiduelle, réduite à l'hypothèse où le compromis d'arbitrage est manifestement inexistant, nul ou caduc.

De l'avis du *gouvernement du Royaume-Uni*, un litige portant sur l'existence initiale d'une convention d'arbitrage est inclus dans l'exception prévue à l'article 1^{er}, deuxième alinéa, point 4, de la convention et, en conséquence, celle-ci ne s'applique pas. Les juridictions des États signataires devraient retenir à toutes fins leurs compétences pour appliquer les clauses compromissoires, et l'existence de poursuites judiciaires dans un autre État signataire ne devrait pas avoir pour effet d'empêcher, en application de l'article 21 de la convention, les juridictions du lieu de l'arbitrage d'appliquer une clause compromissoire.

Le *gouvernement allemand* estime que la question de savoir si un litige relatif à la validité d'une convention d'arbitrage relève du champ d'application de la convention ne peut être tranchée par l'interprétation de l'article 1^{er}, deuxième alinéa, point 4, de ladite convention que si cette question fait l'objet principal du litige. Dans cette hypothèse, il faudrait y répondre par la négative. En l'occurrence, où il s'agit de la désignation d'un arbitre par un juge, elle aurait été soulevée à titre préalable. Or, il serait de principe que les questions préalables doivent être tranchées par le juge compétent au principal. Le point de savoir si un tribunal

qui ne tire pas sa compétence de la convention peut statuer à titre préalable sur la validité d'une convention d'arbitrage ne relèverait donc pas de l'article 1^{er}, deuxième alinéa, point 4, de la convention, mais du droit procédural interne de la juridiction saisie de la question principale.

3. La *défenderesse* soutient que les finalités de l'article 220, quatrième tiret, du traité CEE et de la convention sont le mieux remplies en traitant l'exception visée à l'article 1^{er}, deuxième alinéa, point 4, comme étant limitée à l'« arbitrage », c'est-à-dire ne s'étendant ni aux litiges ni aux jugements. Elle se réfère à cet égard à une expertise « réactualisée » effectuée à la demande de la défenderesse en janvier 1989 par le professeur Schlosser, dans laquelle celui-ci contredit certaines conclusions du « rapport Schlosser », tel qu'il a été publié au JO, notamment en ce qui concerne le point 64 de ce rapport. Dans cette nouvelle interprétation, l'article 1^{er}, deuxième alinéa, point 4, aurait un caractère purement déclaratoire.

A titre subsidiaire, la défenderesse au principal estime que l'exclusion établie à l'article 1^{er}, deuxième alinéa, point 4, de la convention ne s'étend pas aux procès ou décisions judiciaires relatifs à l'existence initiale d'une convention d'arbitrage. Elle se réfère à cet égard à une expertise de M. Jenard d'octobre 1989, selon laquelle il résulte de l'arrêt de la Cour du 4 mars 1982, Effer/Kantner (38/81, Rec. p. 825), qu'un juge saisi d'un litige qui relève de la convention sous la seule réserve de l'existence éventuelle d'une clause compromissoire est compétent pour trancher la question relative à l'existence de cette clause.

A titre plus subsidiaire, la défenderesse fait valoir que l'exception visée à l'article 1^{er}, deuxième alinéa, point 4, de la convention ne s'applique pas lorsque l'arbitrage constitue non pas l'objet essentiel de la procédure, mais seulement un point accessoire ou incident. La véritable question serait en l'occurrence de savoir quelle est la teneur de l'accord entre les parties; la question de l'arbitrage obligatoire n'aurait qu'un caractère incident.

Enfin, et à titre encore plus subsidiaire, la défenderesse soutient que l'exception établie à l'article 1^{er}, deuxième alinéa point 4, de la convention, ne s'applique pas dans une hypothèse où, tout en étant l'objet principal de la procédure devant une juridiction relevant de la convention l'arbitrage n'est qu'un point accessoire ou incident dans une autre procédure, impliquant la même cause d'action et les mêmes parties, ou dans le cadre de demandes connexes portées devant une autre juridiction relevant de la convention.

Les thèses soulevées à titre subsidiaire s'appuient sur une « opinion réactualisée » exprimée par M. Jenard à la demande de la défenderesse en octobre 1989 et tendant à interpréter certains passages relatifs à l'arbitrage figurant dans le « rapport Jenard », tel qu'il a été publié au JO.

La Commission estime que l'exception prévue à l'article 1^{er}, deuxième alinéa, point 4, de la convention ne peut empêcher l'application de la convention à un litige dans lequel la validité d'une clause compromissoire est en cause.

Quant à la deuxième question

La demanderesse soutient qu'au sens de l'article 5, point 1, de la convention elle était fondée à rechercher la compétence des juridictions anglaises dans son action contre la défenderesse. L'« obligation qui sert de base à la demande » serait l'arbitrage, puisque c'est l'obligation sur laquelle elle aurait fondé son action en Angleterre, à savoir une action en application de l'article 10, paragraphe 3, de l'Arbitration Act de 1950, sur la nomination d'un arbitre. A cet égard, elle se réfère à l'arrêt de la Cour du 15 janvier 1987, Shenavai/Kreischer (266/85, Rec. p. 239). D'après la loi anglaise, en tant que loi réputée applicable (arrêt de la Cour du 26 mai 1982, Ivenel/Schwab, 133/81, Rec. p. 1891) ou d'ailleurs d'après n'importe quel autre ordre juridique, cette obligation devrait être exécutée en Angleterre. Un tel choix du lieu d'exécution serait valide à cette fin (arrêt de la Cour du 17 janvier 1980, Zelger/Salinitri, 56/79, Rec. p. 89). Peu importe qu'il y ait litige sur l'existence d'une convention d'arbitrage (arrêt du 4 mars 1982, Effer/Kantner, précité).

En ce qui concerne l'application de l'article 17 de la convention, la demanderesse estime qu'il résulte implicitement de toute convention d'arbitrage que le tribunal du lieu de l'arbitrage doit avoir compétence pour juger des litiges en rapport avec l'arbitrage. Lorsqu'un tel litige porte sur l'existence d'une telle convention, il conviendrait d'adopter une approche semblable à celle de l'article 5, point 1, c'est-à-dire que les tribunaux du lieu présumé de l'arbitrage devraient avoir une compétence exclusive en vertu de l'article 17, pourvu qu'il y ait au moins quelques indications de l'existence d'une convention d'arbitrage.

La *défenderesse* conteste que l'on puisse valablement tirer argument de l'article 5, point 1, de la convention. Selon elle, la jurisprudence communautaire indique que lorsqu'un certain nombre d'obligations contractuelles sont en question, l'« obligation qui sert de base à la demande » est l'obligation principale (arrêt du 15 janvier 1987, *Shenavai/Kreischer*, précité). Par analogie — et même si le contrat principal et la convention d'arbitrage devaient être considérés comme des contrats distincts —, la *défenderesse* estime que l'obligation qui sert de base à la demande se rapporte au contrat principal, autrement dit au contrat de vente. La question litigieuse serait en l'occurrence de savoir quels sont en définitive les termes exacts de ce contrat. La *défenderesse* nie qu'une obligation quelconque au titre de ce contrat doive être exécutée en Angleterre.

Elle estime en outre que l'existence et la validité de la convention d'arbitrage sont une condition de l'exercice de la compétence au titre de l'article 5, point 1, de la convention. Compte tenu de la jurisprudence *Effer/Kantner* (précitée), d'une part, et *Zelger/Salinitri* (précitée), d'autre part, le droit sur ce point ne pourrait être considéré comme définitivement figé. En tout état de cause, tant que l'existence d'une convention d'arbitrage valide ne sera pas établie, aucune mesure d'exécution n'aura lieu d'être prise à ce titre en Angleterre.

De plus, elle affirme qu'aucun accord ou aucune convention au sens de l'article 17 ou encore aucune convention sur les faits de l'espèce n'ont été conclus entre les deux parties au principal pour donner compétence à la juridiction anglaise.

Pour la *Commission*, il semble difficile de soutenir simultanément que la clause compromissoire exclut l'application de la convention, mais qu'en vertu de cette même convention elle peut être invoquée pour attribuer compétence à un tribunal anglais, sachant notamment que ladite clause ne comporte aucune mention d'un quelconque « tribunal ».

Les *gouvernements allemand, français et du Royaume-Uni* estiment qu'eu égard à leur position adoptée sur la première question il n'y a pas lieu de formuler des observations sur les deuxième et troisième questions.

Quant à la troisième question

La *demanderesse* estime qu'au sens de l'article 21 de la convention les causes et objets des demandes diffèrent devant les juridictions anglaise et italienne, bien que les parties soient les mêmes. Devant le tribunal anglais, la cause et l'objet de la demande reposeraient sur l'existence d'une convention d'arbitrage distincte et détachable du contrat en cause concernant la vente du pétrole brut. Dans cette première instance, la *demanderesse* chercherait à obtenir la désignation d'un arbitre afin de permettre à un tribunal arbitral de se prononcer sur le bien-fondé des demandes qu'elle formule en application du contrat en cause. Dans l'instance italienne, la cause et l'objet de la demande seraient fondés sur le contrat en cause. Dans cette seconde instance, la *défenderesse* chercherait à obtenir, en application du contrat en cause, une déclaration de non-responsabilité et la production de certains documents. La cause et l'objet de la demande ne dépendraient aucunement de l'existence ou de l'inexistence d'une convention d'arbitrage: seule en dépendrait la compétence du tribunal italien.

Subsidiairement, la demanderesse soutient que, même si dans cette affaire les causes et objets des demandes étaient les mêmes, le tribunal anglais a été saisi le premier de cette cause et de cet objet. Pour que causes et objets des demandes soient les mêmes, ils devraient inclure la contestation portant sur l'existence d'une convention d'arbitrage. Dans l'instance anglaise, la contestation portant sur la compétence aurait été soulevée par la défenderesse dans ses conclusions en date du 8 juillet 1988. Dans l'instance italienne, la contestation portant sur la compétence aurait été soulevée par la demanderesse dans ses conclusions en défense présentées le 4 octobre 1988. Dans l'instance italienne, tant que la compétence n'a pas été contestée, il n'existait aucune cause ni aucun objet de demande fondés sur l'existence ou l'inexistence d'un compromis d'arbitrage. Dans ces conditions, l'article 21, second paragraphe, ne saurait s'appliquer, tant que la compétence du premier tribunal n'est pas contestée: c'est à ce moment-là seulement que le premier tribunal se trouverait saisi d'un tel litige.

La demanderesse estime pour les mêmes raisons que les demandes n'étaient pas connexes au sens de l'article 22 de la convention jusqu'au moment du dépôt, le 4 octobre 1988, des conclusions en défense dans l'instance italienne. Avant cette date, il n'aurait existé aucun risque que des jugements inconciliables soient issus des instances anglaise et italienne. Le tribunal anglais aurait été le premier saisi de la question pouvant faire naître le risque de voir rendre un jugement inconciliable, c'est-à-dire celle de savoir s'il existait ou non une convention d'arbitrage. En conséquence, ce serait au tribunal italien qu'appartient la possibilité de surseoir à statuer, en vertu de l'article 22, sur la demande qui lui est soumise et il devrait à présent le faire pour éviter le risque d'un jugement inconciliable.

La *défenderesse* soutient que la présente affaire relève du champ d'application de l'article 21 de la convention. Selon elle, la demanderesse invoque une convention d'arbitrage à Londres dont la défenderesse nie l'existence. Le même point très exactement aurait donc été soulevé à la fois dans la procédure italienne et dans la procédure anglaise. D'ailleurs, d'après la jurisprudence récente de la Cour (arrêt du 8 décembre 1987, Gubisch/Palumbo, 144/86, Rec. p. 4861), le concept visé à l'article 21 ne se limitait pas à l'identité formelle des deux demandes.

Selon la défenderesse, la question de savoir quel tribunal a été « premier saisi » dépend des législations nationales des États impliqués. En l'occurrence, la juridiction anglaise n'aurait été saisie qu'au moment de l'ouverture de la procédure par la demanderesse par l'acte introductif d'instance du 20 mai 1988. A cette date cependant, la juridiction italienne avait déjà été saisie de l'affaire (le 29 février 1988).

La défenderesse estime, enfin, que si l'affaire ne relève pas du champ d'application de l'article 21 de la convention, elle entre, à défaut, dans le champ d'application de son article 22, les procédures italienne et anglaise étant manifestement connexes. La juridiction anglaise devrait donc surseoir à statuer.

La *Commission* estime que l'article 21 de la convention ne trouve pas d'application en l'espèce, les deux affaires étant de nature fondamentalement différente. En effet, la juridiction anglaise serait appelée à se prononcer sur un aspect procédural qui serait de savoir si la procédure d'arbitrage devrait être mise en mouvement, tandis que

la juridiction italienne aurait à connaître d'une demande portant directement sur l'obligation principale prévue par le contrat, à savoir la responsabilité au titre d'une garantie expresse ou tacite couvrant le pétrole brut fourni par Italiana Impianti à Marc Rich.

En ce qui concerne l'article 22 de la convention, la Commission soutient que les demandes formées en Angleterre et en Italie sont effectivement connexes. En effet, les deux demandes seraient « liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les

instruire et à juger en même temps » afin d'éviter précisément le danger que la convention a pour but d'écarter, c'est-à-dire que des jugements divergents et non exécutoires ne soient rendus dans des actions engagées par les mêmes parties et fondées sur le même litige fondamental, à savoir un différend au sujet de la qualité et de la valeur de certaines marchandises.

M. Zuleeg
Juge rapporteur