

COMPETENCE DU JUGE ETATIQUE POUR TRANCHER, AVANT LE PRONONCE DE LA SENTENCE, LA QUESTION DE L'EXISTENCE OU DE LA VALIDITE DU CONTRAT D'ARBITRE

JURISDICTION OF THE FRENCH COURTS TO DETERMINE THE ISSUE OF THE EXISTENCE OR VALIDITY OF THE ARBITRATOR AGREEMENT BEFORE THE AWARD IS RENDERED

Jérôme BARBET*

 Arbitration agreements; Arbitration clauses; France; International commercial arbitration; Jurisdiction; National courts

On November 5, 2010 and January 6, 2011, the Court of Appeal of Paris rendered two judgements on an unprecedented subject: which jurisdiction can decide, before the arbitration award is rendered, on the issue of the existence or validity of an arbitrator agreement and to order the arbitrators to stop their mission.

In this matter, Elf Neftegaz, a subsidiary of the French petroleum company Elf Aquitaine, had signed a cooperation agreement with a Russian company called Interneft in 1992 for the exploration and operation of petroleum deposits in Russia, including an arbitration clause providing that disputes would be decided by way of ad hoc arbitration in accordance with UNCTRAL rules, the seat of arbitration being Stockholm and the appointing authority provided by these arbitration rules being the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce. This agreement, countersigned by the Minister for Fuel and Energy of the Russian Federation, as well as by the representatives of the regions of Saratov and Volgograd, had not been executed.

Interneft, as well as the regions of Saratov and Volgograd wished, in 2009, to initiate arbitration

La Cour d'appel de Paris a rendu, les 5 novembre 2010 et 6 janvier 2011, deux arrêts portant sur un sujet inédit : celui de la compétence pour trancher, avant le prononcé de la sentence arbitrale, la question de l'existence ou de la validité du contrat d'arbitre et pour ordonner aux arbitres d'interrompre leur mission.

En l'espèce, la société Elf Neftegaz, filiale du pétrolier français Elf Aquitaine, avait signé en 1992, avec une société russe dénommée Interneft, un contrat de coopération pour l'exploration et l'exploitation de gisements d'hydrocarbures en Russie, contenant une clause compromissoire qui prévoyait que les litiges seraient tranchés par voie d'arbitrage ad hoc conformément au règlement de la CNUDCI, le lieu de l'arbitrage étant à Stockholm et l'autorité de nomination prévue par ledit règlement étant l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm. Ce contrat, contresigné par le ministre des combustibles et de l'énergie de la Fédération de Russie, ainsi que par les représentants des régions de Saratov et Volgograd, n'avait pas reçu exécution.

La société Interneft, ainsi que les régions de Saratov et de Volgograd ont souhaité, en 2009, commencer une

* Avocat à la Cour et Solicitor (England & Wales), Jérôme BARBET est responsable du groupe Contentieux commercial & Arbitrage au sein du cabinet Pichard & Associés.

procédure d'arbitrage à l'encontre de la société Elf Neftegaz. Cependant, Elf Neftegaz avait été précédemment dissoute (en 2004) et radiée du registre du commerce à l'issue de la clôture de sa liquidation amiable.

Aussi, les parties russes ont sollicité et obtenu, le 28 juillet 2009, sur requête (non contradictoirement), auprès du Président du Tribunal de commerce de Nanterre, une ordonnance désignant Me Carboni comme mandataire ad hoc avec mission de représenter la société Elf Neftegaz dans la procédure d'arbitrage. Le 6 août 2009, Me Carboni a désigné en qualité d'arbitre, M. Mattei. Le 4 septembre 2009, M. Mattei, ainsi que l'arbitre désigné par les parties russes, ont nommé le président du tribunal arbitral.

Toutefois, le Président du Tribunal de commerce de Nanterre a, le 18 septembre 2009, soit après la constitution du tribunal arbitral, rétracté l'ordonnance par laquelle Me Carboni avait été désigné comme mandataire ad hoc de la société Elf Neftegaz, au motif, notamment, que la requête en désignation qui lui avait été présentée par les parties russes en juillet 2009 comportait des inexactitudes. Par une nouvelle ordonnance du 22 avril 2010, rendue à la requête de la société Elf Aquitaine, il a désigné M. Rouger en qualité de mandataire ad hoc, chargé de représenter Elf Neftegaz dans le litige l'opposant à Interneft et aux régions de Saratov et Volgograd.

L'arbitre désigné par le premier mandataire ad hoc de la société Elf Neftegaz (M. Mattei) refusant de se déporter, cette dernière l'a assigné devant le Tribunal de grande instance de Paris, statuant au fond, afin de voir dire et juger que sa désignation était inexistante du fait, à titre principal, de la nullité de l'ordonnance rendue le 28 juillet 2009 par le Président du Tribunal de commerce de Nanterre et, subsidiairement, du caractère rétroactif de la rétractation de cette même ordonnance.

Par ailleurs, les sociétés Elf Aquitaine et Total ont assigné les trois arbitres devant le juge des référés, afin, principalement, d'obtenir qu'il leur soit fait interdiction de poursuivre leur mission, dans l'attente de la décision au fond du Tribunal de grande instance de Paris.

Le 6 janvier 2010, le juge des référés, faisant droit à l'exception d'incompétence soulevée par les trois arbitres, a dit n'y avoir lieu à référé. Les sociétés Elf Aquitaine et Total ont fait appel de cette décision.

Par jugement en date du 22 septembre 2010, le Tribunal de grande instance de Paris, saisi de l'action au fond (en constatation de l'inexistence du contrat d'arbitre), a rejeté l'exception d'incompétence soulevée par M. Mattei et fixé une date de plaidoirie pour l'examen de la demande au fond. M. Mattei a formé contredit à l'encontre de ce jugement.

proceedings against Elf Neftegaz. However, Elf Neftegaz had previously been dissolved (in 2004) and struck off the French Companies Registry.

Hence on July 28, 2009, the Russian parties requested, by an ex parte application, and obtained from the President of the Commercial Court of Nanterre, an order appointing Maître Carboni as ad hoc representative with the terms of reference of representing Elf Neftegaz in the arbitration proceedings. On August 6, 2009, Maître Carboni appointed Mr Mattei as arbitrator. On September 4, 2009, Mr Mattei, together with the arbitrator appointed by the Russian parties, appointed the presiding arbitrator for the arbitral tribunal.

However, on September 18, 2009, after constitution of the arbitral tribunal, the President of the Commercial Court of Nanterre retracted the order by which Maître Carboni had been appointed as ad hoc representative of Elf Neftegaz, for the reason, inter alia, that the application for appointment presented (ex parte) to him by the Russian parties in July 2009 was inaccurate. Pursuant to a further order of April 22, 2010, rendered at the request of Elf Aquitaine, he appointed Mr Rouger as ad hoc representative, commissioned with the terms of reference of representing Elf Neftegaz in its dispute with Interneft and the regions of Saratov and Volgograd.

As the arbitrator appointed by the first ad hoc representative of Elf Neftegaz (Mr Mattei) refused to step down, Elf Neftegaz summoned him before the Civil Court of Paris, ruling on the merits, in order to have it declared that his appointment was non-existent for the reason, principally, of the invalidity of the order rendered on July 28, 2009 by the President of the Commercial Court of Nanterre and, alternatively, of the retrospective nature of the retraction of this same order.

Moreover, Elf Aquitaine and Total summoned the three arbitrators before the *juge des référés*, in order to obtain a ruling in principal that they be prohibited from fulfilling their terms of reference, while awaiting the decision on the merits from the Civil Court of Paris.

On January 6, 2010, the *juge des référés*, granting the exception of lack of jurisdiction raised by the three arbitrators, held that there was no reason for summary hearings. Elf Aquitaine and Total appealed this decision.

Pursuant to a judgement of September 22, 2010, the Civil Court of Paris, to which proceedings "on the merits" had been referred (by which Elf Neftegaz sought a declaration that an arbitrator agreement did not exist), dismissed the exception of lack of jurisdiction raised by Mr Mattei and set a pleading date for examination of the claim on the merits (i.e. the claim that Mr Mattei's appointment was non-existent). Mr Mattei appealed this judgment.

On appeal of the decision of the *juge des référés*, the Court of Appeal of Paris ruled, on November 5, 2010, that:

"it does not fall within the powers of the French Courts to intervene in arbitration proceedings to hinder their progress, when the arbitral tribunal, before which these proceedings are held, is seated in Stockholm according to the procedural rules defined by the UNCITRAL".

and held that the action initiated by Elf Aquitaine and Total was inadmissible.

Granting the appeal lodged by Mr Mattei against the judgment of the Civil Court (referred to on the merits), the Court of Appeal of Paris ruled, on January 6, 2011:

"that it does not fall within the powers of the French Courts to decide, before the award is rendered, on the regularity of the composition of the arbitral tribunal, when this tribunal, definitely constituted, does not have its seat in France and does not apply French procedural rules; that the objection, by a French party to the arbitration agreement, to the validity of the arbitrator agreement, entered into in its name with one of the members of the tribunal, could not have the effect of departing from this principle".

This note will deal with two of the principal aspects of this matter: the lack of jurisdiction of the arbitrator to rule on the existence or validity of an arbitrator agreement; and the conditions of the jurisdiction of the French Courts to hear this question prior to pronouncement of the award (regarding the issue of "anti-arbitration" injunctions, which is not discussed in this article, see, *inter alia*, S. Clarel, *Rev. Arb.* 2001, 669, and E. Gaillard, *Rev. Arb.* 2004, p.47).

THE LACK OF JURISDICTION OF THE ARBITRATOR TO RULE ON THE EXISTENCE OR VALIDITY OF THE ARBITRATOR AGREEMENT

The first question put to the French Courts in this matter was to know whether the arbitrator had jurisdiction to rule on the existence and validity of the "*arbitrator agreement*" (as distinct from the *arbitration agreement*). It should be noted on this point, that:

- the *arbitration agreement* is the agreement pursuant to which the parties to one or more agreements undertake to submit to arbitration, the dispute that may arise related to this or these agreements (arbitration clause) or the agreement by which the parties to an already arisen dispute submit this to arbitration; whereas

Sur appel de la décision du juge des référés, la Cour d'appel de Paris a jugé, le 5 novembre 2010 :

« [qu'] il n'entre pas dans les pouvoirs du juge étatique français d'intervenir à propos d'une instance arbitrale pour faire obstacle à son déroulement, dès lors que le tribunal arbitral, devant lequel se déroule cette instance, siège à Stockholm selon les règles de procédure définies par la CNUDCI »,

et déclaré irrecevable l'action des sociétés Elf Aquitaine et Total.

Faisant droit au contredit formé par M. Mattei à l'encontre du jugement du Tribunal de grande instance (saisi au fond), la Cour d'appel de Paris a jugé, le 6 janvier 2011 :

« il n'entre pas dans les pouvoirs du juge étatique français de statuer, avant le prononcé de la sentence, sur la régularité de la composition du tribunal arbitral, dès lors que ce tribunal, définitivement constitué, n'a pas son siège en France et ne fait pas application des règles de procédure françaises ; que la contestation, par une partie française à la convention d'arbitrage, de la validité du contrat d'arbitre, conclu en son nom avec l'un des membres du tribunal, ne saurait avoir pour effet de déroger à ce principe ».

La présente note portera sur deux des principaux aspects de cette affaire : l'incompétence de l'arbitre pour juger de l'existence ou de la validité du contrat d'arbitre ; et les conditions de la compétence du juge étatique français pour connaître de cette question avant le prononcé de la sentence sur le prononcé d'injunctions "anti-arbitrage", non traité dans le cadre de la présente note, v. notamment S. Clarel, *Rev. Arb.* 2001, 669, et E. Gaillard, *Rev. Arb.* 2004, p.47).

L'INCOMPETENCE DE L'ARBITRE POUR JUGER DE L'EXISTENCE OU DE LA VALIDITE DU CONTRAT D'ARBITRE

La première question posée au juge français dans la présente affaire était de savoir si l'arbitre était compétent pour statuer sur l'existence et la validité du « contrat d'arbitre » (à distinguer de la *convention d'arbitrage*). On peut rappeler, sur ce point, que :

- la *convention d'arbitrage* est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage, les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats (clause compromissoire) ou la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage (compromis) ;¹ tandis que

- le *contrat d'arbitre* ou *contrat d'arbitrage* est celui par lequel l'arbitre promet aux parties d'exécuter sa mission.²

Selon le Professeur Charles Jarrosson, le contrat d'arbitrage est :

« un contrat dérivé (en ce sens qu'il dérive nécessairement d'une situation litigieuse préalable) ; il constitue la suite, et non l'accessoire d'une autre convention, la convention d'arbitrage, matérialisée selon le cas par un compromis ou une clause compromissoire et conclue par les seules parties en litige. »³

La jurisprudence a déjà reconnu l'existence d'un contrat entre l'arbitre et les parties à l'arbitrage, notamment pour en déduire l'existence, à la charge de l'arbitre, d'une responsabilité civile contractuelle.⁴ La Cour de cassation s'est, par exemple, récemment prononcée⁵ sur la nature des obligations découlant (selon une expression empruntée au Professeur Thomas Clay)⁶ du « contrat d'arbitre », dans le cadre d'une action en responsabilité. De même, la Cour d'appel de Paris a reconnu le caractère contractuel du lien unissant l'arbitre aux parties à l'arbitrage.⁷ Elle a ainsi jugé que la fixation du montant des honoraires des arbitres, dans la sentence ou une autre décision préliminaire, ne peut faire l'objet d'un recours en annulation car elle « relève du contrat d'arbitrage, différent de celui qui lie les parties et qui fixe l'objet du litige ». Allant plus loin, la Cour d'appel de Paris a même jugé que la contestation du montant de ces honoraires relevait de la compétence de la « juridiction de droit commun, dans le cadre d'une action opposant la partie à la charge de laquelle les frais d'arbitrage ont été mis aux arbitres. »⁸

Dès lors que, selon cette jurisprudence, les litiges découlant du contrat d'arbitre relèvent des juridictions de droit commun, la société Elf Neftegaz soutenait, dans la présente affaire, que le Tribunal de grande instance de Paris, du lieu du domicile de l'arbitre, était compétent pour constater l'inexistence du contrat d'arbitre.⁹

Les défendeurs prétendaient, quant à eux, que « dès lors qu'il est définitivement constitué », le tribunal arbitral « apprécie prioritairement la réalité et l'étendue de son investiture en vertu du principe compétence-compétence » et que, dans la mesure où les arbitres avaient tous accepté leur mission avant la saisine du juge étatique par la société Elf Neftegaz, celui-ci devait se déclarer incompétent.

En d'autres termes, pour les défendeurs, le juge étatique ne pouvait trancher la question de l'existence ou de la validité du contrat d'arbitre, ni leur ordonner d'interrompre leur mission, conformément au principe compétence-compétence. Selon ce principe, consacré par le Code de

- the *arbitrator agreement* or *arbitration contract* is that by which the arbitrator undertakes to the parties to perform their terms of reference.

According to Professor Charles Jarrosson, the arbitration contract is:

"a derivative contract (in that it necessarily derives from a prior litigious situation): it constitutes the result, and not the ancillary to another agreement, the arbitration agreement, materialised as the case may be by an arbitration clause and entered into only by the parties in dispute".

Case law has already acknowledged the existence of a contract between the arbitrator and the parties to the arbitration, in particular to infer from it the existence, at the arbitrator's charge, of a contractual civil liability. The Cour de cassation (French Supreme Civil Court), for example, recently made a pronouncement on the nature of the obligations arising (according to an expression borrowed from Professor Thomas Clay) of the "arbitrator agreement", within the framework of liability proceedings. Similarly, the Court of Appeal of Paris acknowledged the contractual nature of the link uniting the arbitrator to the parties to the arbitration. It has therefore ruled that the decision setting the amount of arbitrators' fees, in the award, may not be the subject of an application to set aside since it "arises from the arbitration contract, different from the one linking the parties and which sets the subject of the dispute". Going further, the Court of Appeal of Paris has even ruled that challenges to the amount of these fees falls within the jurisdiction of the "ordinary courts of law, in the framework of proceedings opposing the party at whose charge the arbitration costs have been put to the arbitrators".

Since, according to such case law, ordinary courts of law have jurisdiction to hear disputes arising from the arbitrator agreement, Elf Neftegaz alleged, in this matter, that the Civil Court of Paris, the place of the arbitrator's domicile, had jurisdiction to establish the non-existence of the arbitrator agreement.

The defendants alleged, for their part, that "once it is definitively constituted", the arbitral tribunal "determines in priority the reality and the extent of its investiture pursuant to the doctrine of kompetenz-kompetenz" and that, inasmuch as the arbitrators had all accepted their terms of reference prior to the referral to the French courts by Elf Neftegaz, the French courts were obliged to declare their lack of jurisdiction.

In other words, for the defendants, the French courts could not rule on the question of the non-existence or invalidity of the arbitrator agreement, nor order them to interrupt their terms of reference, in accordance with the doctrine of kompetenz-kompetenz. According to this doctrine, consecrated by the Civil Procedure Code

(CPC) and case law, the arbitral tribunal has jurisdiction by priority to rule on its own jurisdiction, subject to subsequent control by the French Courts, at the time of an application to set aside or appeal against the exequatur order of the award (effect known as "positive" of the doctrine of kompetenz-kompetenz). Hence, when a dispute arising from an arbitration agreement is referred to a French court, the latter is bound to declare its lack of jurisdiction, unless the arbitral tribunal has not yet been referred to and if the arbitration agreement is obviously invalid or inapplicable (effect known as "negative" of the doctrine of kompetenz-kompetenz).

The defendants alleged that they had a textual argument in favour of the application of the doctrine of kompetenz-kompetenz: Article 1466 of the CPC, in the wording laid down in Decree n°81-500 of May 12, 1981, pursuant to which:

"if, before the arbitrator, one of the parties disputes in principle the jurisdictional authority of the arbitrator, it is for that party to rule on the validity or limits of his investiture".

To follow the defendants' reasoning, the term "investiture" should be understood as embodying the concepts, at one and the same time, of the *arbitration agreement* and the *arbitrator agreement*. In favour of this very wide interpretation of the doctrine of kompetenz-kompetenz, one may note, indeed, that in arbitration matters, the French courts lack jurisdiction in principle; it is therefore only exceptionally that the French courts may be called on to intervene in the progress of the arbitration, in particular in the event of problems in the constitution of the arbitral tribunal, in order to put the arbitration "on track". However once the tribunal has been constituted, it may be feared that the French courts intervene inopportunistically and upset the good running of the arbitration.

On this question, the *juge des référés* and the *juge du fond* rendered two diametrically opposed decisions:

- The *juge des référés* had, after noting that the arbitral tribunal was definitely constituted, considered that "the question of the existence of the arbitral tribunal or the correctness of its constitution fall within the jurisdiction of the arbitral tribunal, which excludes referral to the *juge des référés*". In other words, for the *juge des référés*, once constituted the arbitral tribunal has, pursuant to the doctrine of kompetenz-kompetenz, preeminent jurisdiction to rule on the regularity of its constitution.
- In its judgment of September 22, 2010, the Civil Court of Paris, before which proceedings on the merits were brought (to establish the non-existence of the arbitrator agreement), did, on the contrary, acknowledge jurisdiction,

procédure civile et la jurisprudence, le tribunal arbitral est compétent, par priorité, pour statuer sur sa propre compétence, sous réserve de contrôle ultérieur par le juge étatique, au stade du recours en annulation ou de l'appel à l'encontre de l'ordonnance d'exequatur de la sentence (effet dit « positif » du principe compétence-compétence). Aussi, lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci est tenue de se déclarer incompétente, sauf si le tribunal n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable (effet dit « négatif » du principe compétence-compétence).¹⁰

Les défendeurs prétendaient disposer d'un argument de texte en faveur de l'application du principe compétence-compétence : l'article 1466 CPC, dans sa rédaction issue du Décret n°81-500 du 12 mai 1981, aux termes duquel :

« si, devant l'arbitre, l'une des parties conteste dans son principe ou son étendue le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, il appartient à celui-ci de statuer sur la validité ou les limites de son investiture. »

A suivre le raisonnement des défendeurs, le terme « investiture » devait être compris comme englobant les notions, à la fois, de *convention d'arbitrage* et de *contrat d'arbitre*. En faveur de cette interprétation très large du principe compétence-compétence, on peut remarquer, en effet, qu'en matière d'arbitrage, le juge étatique est par principe incompétent ; ce n'est donc qu'à titre exceptionnel que le juge étatique peut avoir vocation à intervenir dans le déroulement de l'arbitrage, notamment en cas de difficultés dans la constitution du tribunal arbitral, afin de mettre l'arbitrage « sur les rails ». En revanche, une fois le tribunal constitué, on peut craindre que le juge étatique intervienne de manière intempestive et perturbe le bon déroulement de l'arbitrage.

Sur cette question, le juge des référés et le juge du fond ont rendu deux décisions diamétralement opposées :

- Le juge des référés a, après avoir constaté que le tribunal arbitral était définitivement constitué, estimé que « la question de l'existence du tribunal arbitral ou de la régularité de sa constitution relève de la compétence de la juridiction arbitrale, ce qui exclut la saisine du juge des référés. » En d'autres termes, pour le juge des référés, le tribunal arbitral est, en vertu du principe compétence-compétence, prioritairement compétent, une fois constitué, pour statuer sur la régularité de sa constitution.
- Dans son jugement du 22 septembre 2010, le Tribunal de grande instance de Paris, saisi de l'action au fond (en constatation de l'inexistence du contrat d'arbitre) s'est, au contraire, reconnu compétent, au motif,

notamment, que le litige ne portait pas sur « la validité de la clause compromissoire ... sur le fond du litige objet de la clause compromissoire, sur la compétence du tribunal arbitral pour statuer sur le litige opposant les parties ... ou ses pouvoirs juridictionnels » mais sur « l'appréciation de la régularité de la représentation de la société Elf Neftegaz et l'examen des conditions dans lesquelles le contrat d'arbitrage s'est — ou non — formé entre cette société et M. Mattei », questions qui ne sauraient ressortir à la compétence du tribunal arbitral.

En appel, c'est la solution retenue par le Tribunal de grande instance de Paris, saisi de l'action au fond (en constatation de l'inexistence du contrat d'arbitre) qui a prévalu sur cette question. Dans le deuxième arrêt rapporté (6 janvier 2010), rendu sur appel du jugement du 22 septembre 2010 du Tribunal de grande instance de Paris, la Cour n'a pas exclu, en effet, que le juge étatique français puisse avoir compétence pour statuer sur la question de l'existence et de la validité du contrat d'arbitre, sous réserve toutefois que le tribunal arbitral ne soit pas encore constitué et qu'il ait son siège en France ou qu'il fasse application des règles de procédure françaises (conditions non réunies en l'espèce).

De même, dans son arrêt du 5 novembre 2010, la Cour d'appel de Paris n'a pas suivi le raisonnement du juge des référés, selon lequel le tribunal arbitral aurait prioritairement compétence pour statuer sur la question de l'existence ou de la validité de son investiture. Réformant la décision entreprise, qui avait déclaré n'y avoir lieu à référé, la Cour a cependant déclaré irrecevable l'action des sociétés Elf Aquitaine et Total, au motif qu'il n'entraîne pas dans les pouvoirs du juge étatique français d'intervenir à propos d'une instance arbitrale pour faire obstacle à son déroulement « dès lors que le tribunal arbitral, devant lequel se déroule cette instance, siège à Stockholm selon les règles de procédure définies par la CNUDCI ».

Le refus, par le Tribunal de grande instance de Paris (saisi de l'action au fond), puis par la Cour d'appel de Paris, de considérer que l'arbitre puisse avoir compétence pour juger de l'existence ou de la validité du contrat d'arbitre paraît justifié.

En effet, il paraît difficile d'englober dans le principe compétence-compétence, des questions relatives à la régularité de la constitution du tribunal arbitral. Comme le relève le Professeur Pierre Mayer, le terme « compétence » peut être utilisé pour exprimer le fait qu'un litige « entre dans la catégorie de ceux dont les parties sont valablement convenues qu'ils seraient soumis à l'arbitrage ». Par voie de conséquence, ajoute cet auteur, « il faut distinguer ... la compétence et la régularité de constitution du tribunal arbitral. Seule une conception très large de la première

for the reason, in particular, that the dispute did not relate to "the validity of the arbitration clause... on the merits of the dispute being the subject of the arbitration clause, on the jurisdiction of the arbitral tribunal to rule on the dispute opposing the parties... or its jurisdictional authority" but on "the determination of the regularity of the representation of Elf Neftegaz and the examination of the circumstances under which the arbitrator agreement was—or was not—formed between this company and Mr Mattei", questions that could not fall within the jurisdiction of the arbitral tribunal.

On appeal, it was the solution given by the Civil Court of Paris, before which proceedings on the merits were brought (to establish the non-existence of the arbitrator agreement) that prevailed on this question. In the second reported judgment (January 6, 2010), rendered on appeal of the judgment of September 22, 2010 from the Civil Court of Paris, the Court of Appeal did not exclude that French courts may have jurisdiction to rule on the question of the existence and validity of the arbitrator agreement, provided however that the arbitral tribunal has not yet been constituted and that it has its seat in France or that it applies French procedural rules (conditions that were not met in this matter).

Similarly, in its judgment of November 5, 2010, the Court of Appeal of Paris did not follow the reasoning of the *juge des référés*, according to which the arbitral tribunal would have prior jurisdiction to rule on the question of the existence or validity of its investiture. Setting aside the challenged decision, the Court of Appeal nevertheless declared inadmissible the proceedings initiated by Elf Aquitaine and Total, for the reason that they did not fall within the scope of authority of the French courts to intervene with regard to arbitration proceedings to hinder their progress "when the arbitral tribunal, before which the proceedings were taken, was seated in Stockholm according to the procedural rules defined by the UNCITRAL".

The refusal, by the Civil Court of Paris (ruling on the merits), and then by the Court of Appeal of Paris, to consider that the arbitrator may have jurisdiction to rule on the existence or validity of the arbitrator agreement appears justified.

It appears difficult to include in the doctrine of *kompetenz-kompetenz*, the question related to the regularity of the constitution of an arbitral tribunal. As Professor Pierre Mayer points out, the term "jurisdiction" may be used to express the fact that a dispute "falls within the category of those for which the parties are validly in agreement that they will be subject to arbitration". Consequently, adds this author, "a distinction should be made between ... the jurisdiction and the regularity of the constitution of the arbitral tribunal. Only a very wide conception of the first would allow for inclusion of the second". Moreover, the solution adopted by the Civil Court and then the Court

of Appeal of Paris, appears to be more in compliance with the demands of a fair trial: unless acting as both judge and party, the arbitrator could not decide on the existence or validity of the agreement to which he is allegedly party. However, the conditions of the jurisdiction of the French courts were debatable.

THE CONDITIONS FOR THE JURISDICTION OF THE FRENCH COURTS

Since the arbitrator lacks jurisdiction to rule on the question of the existence or validity of the arbitrator agreement, under what conditions may the French courts be referred to?

Jurisdiction of the juge de droit commun

It seems to follow from the judgment rendered on January 6, 2011, that before the award is rendered, French courts only have jurisdiction to rule on the question of the existence or validity of the arbitrator agreement if:

- the arbitral tribunal has not yet been definitively constituted; and
- the arbitral tribunal has its seat in France or if French procedural rules are applicable.

However, the Court of Appeal did not specify if, when the conditions for jurisdiction of the French Courts are met, *ratione materiae*, it is for the *supporting judge* (that is to say the President of the Tribunal de Grande Instance (Civil Court) of Paris, with jurisdiction in international arbitration matters to hear difficulties related to the constitution of the Arbitral Tribunal, ruling in the form of summary hearings) or for the ordinary courts of law (that is to say, for example, the civil court of the place of the arbitrator's domicile, ruling on the merits), to rule on the question of the existence or validity of the arbitrator agreement. The jurisdiction of the *supporting Judge* to rule on questions relating to the validity of the arbitrator agreement is questionable, given that the decisions of this Judge cannot, in principle, be appealed (art.1460 CPC).

Even though in the two reported judgments, the Court of Appeal did not apply art.1493 para.2 of the CPC (in the wording laid down in Decree n° 81-500 of May 12, 1981), it appears obvious that they were inspired by the provisions of this article, pursuant to which, in international arbitration matters, the supporting judge (i.e. the President of the Civil Court of Paris, referred to in the form of summary hearings) only has jurisdiction to resolve possible problems for the constitution of the arbitral tribunal if the arbitration takes place in France or if the parties have provided for the application of French procedural law.

permettrait d'y englober la seconde. »¹¹ Par ailleurs, la solution adoptée par le Tribunal de grande instance, puis la Cour d'appel de Paris, paraît plus conforme aux exigences du procès équitable : sauf à s'ériger à la fois comme juge et partie, l'arbitre ne saurait décider de l'existence ou de la validité du contrat auquel il se prétend partie. En revanche, les conditions de la compétence du juge étatique français faisaient débat.

LES CONDITIONS DE LA COMPETENCE DU JUGE ETATIQUE FRANÇAIS

L'arbitre étant incompétent pour trancher la question de l'existence ou de la validité du contrat d'arbitre, à quelles conditions le juge étatique français peut-il être saisi ?

Compétence du juge de droit commun

Il semble résulter l'arrêts rapporté rendu le 6 janvier 2011, qu'avant le prononcé de la sentence, le juge étatique français n'est compétent pour trancher la question de l'existence ou de la validité du contrat d'arbitre que si :

- le tribunal arbitral n'est pas encore définitivement constitué ; et
- le tribunal arbitral a son siège en France ou si les règles de procédure françaises sont applicables.

En revanche, la Cour d'appel ne précise pas si, lorsque les conditions de la compétence du juge français sont réunies, c'est, *ratione materiae*, au juge d'appui (c'est-à-dire au Président du Tribunal de grande instance, statuant comme en matière de référé) ou au juge de droit commun (c'est-à-dire, par exemple, au Tribunal de grande instance du lieu du domicile de l'arbitre, statuant au fond), qu'il appartient de trancher la question de l'existence ou de la validité du contrat d'arbitre. On peut douter de la compétence du juge d'appui pour trancher de questions de fond relatives à la validité du contrat d'arbitre puisque, comme l'a fait remarquer le Professeur Mathias Audit, les décisions de ce juge sont, par principe, insusceptibles de recours (l'article 1460 nouveau CPC).¹²

Bien que dans les deux arrêts commentés, la Cour d'appel ne fasse pas application de l'article 1493 alinéa 2 CPC (dans sa rédaction issue du décret 81-500 du 12 mai 1981), il paraît évident qu'elle s'est inspirée des dispositions de cet article, aux termes duquel, en matière d'arbitrage international, le juge d'appui (c'est-à-dire le Président du Tribunal de grande instance de Paris, saisi comme en matière de référé) n'est compétent pour résoudre d'éventuelles difficultés de constitution du tribunal arbitral que si l'arbitrage se déroule en France ou si les parties ont prévu l'application de la loi de procédure française.

Cependant, dans la seconde affaire, ayant donné lieu à l'arrêt du 6 janvier 2011 de la Cour d'appel de Paris, la société Elf Neftegaz ne demandait pas au Président du Tribunal de grande instance de Paris, saisi comme en matière de référé, c'est-à-dire au juge d'appui, de résoudre une difficulté de constitution du tribunal arbitral, ni, par exemple, de remplacer l'arbitre désigné par le premier mandataire ad hoc nommé par le Président du Tribunal de commerce de Nanterre. Elle se contentait de demander au juge de droit commun (le Tribunal de grande instance de Paris, du lieu du domicile de l'arbitre), compétent pour trancher les litiges découlant du contrat d'arbitre, de déclarer que la désignation, par le premier mandataire ad hoc (Me Carboni) de M. Mattei en qualité d'arbitre était inexistante (du fait, à titre principal, de la nullité de l'ordonnance ayant désigné Me Carboni comme mandataire ad hoc et, à titre subsidiaire, du caractère rétroactif des effets de la rétractation de ladite ordonnance).

Le refus, par la Cour d'appel de Paris, de reconnaître la compétence du Tribunal de grande instance de Paris pour statuer sur l'action en déclaration d'inexistence du contrat d'arbitre était-il donc vraiment justifié ? On peut se demander, notamment, si les raisons habituellement invoquées en faveur d'une restriction de la compétence du juge d'appui, sont également valables pour justifier que la compétence du juge de droit commun (appelé à trancher les litiges découlant du contrat d'arbitre) soit interprétée de manière restrictive.

En faveur d'une interprétation restrictive de la compétence du juge d'appui, on a fait valoir qu'une appréciation trop large de sa compétence risquerait d'entraîner l'annulation de la sentence au cas où celle-ci serait rendue par un tribunal irrégulièrement composé, car constitué d'un ou plusieurs arbitres désignés par une juridiction que le juge de l'annulation estimerait incompétente.¹³

Cependant, le juge de droit commun qui, avant le prononcé de la sentence, constate l'inexistence ou la nullité du contrat d'arbitre, n'intervient pas directement dans le déroulement de la procédure d'arbitrage et n'en perturbe pas le fonctionnement, sous réserve, naturellement, de considérer que ce juge n'a pas compétence pour remplacer l'arbitre (seul le tiers préconstitué ou, le cas échéant, le juge d'appui étant compétent pour statuer sur une demande de récusation ou de remplacement d'un arbitre¹⁴). Le décret n°81-500 du 12 mai 1981 ne contient, d'ailleurs, aucune disposition interdisant aux parties de saisir le juge de droit commun, de la question de l'existence ou de la validité du contrat d'arbitre. Dans cette optique, la décision rendue le 22 septembre 2010 par le Tribunal de grande instance de Paris, pouvait paraître justifiée, puisqu'il n'était saisi d'aucune demande de récusation et s'était

However, in the second matter, which gave rise to the judgment of January 6, 2011 from the Court of Appeal of Paris, Elf Neftegaz did not request the President of the Civil Court of Paris, referred to in the form of a summary hearing, that is to say to the supporting judge, to resolve a problem of constitution of the arbitral tribunal, nor, for example, to replace the arbitrator appointed by the first ad hoc representative appointed by the President of the Commercial Court of Nanterre. It had only requested the ordinary courts of law (the Civil Court of Paris, of the place of the arbitrator's domicile), having jurisdiction to rule on disputes arising from the *arbitrator agreement*, to declare that the *appointment*, by the first ad hoc representative (Maître Carboni) of Mr Mattei as arbitrator was *non-existent* (principally because of the invalidity of the order having appointed Maître Carboni as ad hoc representative and, alternatively, of the retrospective nature of the effects of retraction of the said order).

Was the refusal by the Court of Appeal of Paris to acknowledge the jurisdiction of the Civil Court of Paris to rule on the action declaring the non-existence of the arbitrator agreement therefore truly justified? One may ask, in particular, if the reasons usually raised in favour of a restriction of jurisdiction of the supporting judge, are equally valid to justify that the jurisdiction of the ordinary courts of law (called to rule on disputes arising from the arbitrator agreement) be construed in a restrictive way.

In favour of a restrictive interpretation of the jurisdiction of the supporting judge, it has been pointed out that too large an assessment of its jurisdiction risked entailing the award being set aside on the basis that it would have been rendered by an irregularly composed tribunal, since it constituted one or more arbitrators appointed by a court deemed to lack jurisdiction by the judge setting aside the award.

However, the ordinary court of law which, before pronouncement of the award, declares that the arbitrator agreement is non-existent or invalid, does not intervene directly in the course of the arbitration and does not disturb its functioning, subject, of course, to considering that this court lacks jurisdiction to replace the arbitrator (only the pre-appointed judge, or, as the case may be, the supporting judge having jurisdiction to rule on a claim for the challenge or replacement of an arbitrator). Moreover, Decree n°81-500 of May 12, 1981 does not include any provision prohibiting the parties from referring the question of the existence or validity of the arbitrator agreement to the ordinary courts of law. From this point of view, the decision rendered on September 22, 2010 by the Civil Court of Paris may appear to be justified, since it had not had any challenge claim brought before it and only accepted jurisdiction to rule on the application for a declaration that the arbitrator agreement did not exist.

Moreover, in its judgment of January 6, 2011, the Court of Appeal of Paris does not appear to exclude that the ordinary courts of law may have jurisdiction, prior to pronouncement of the award, to rule on the question of the existence or validity of the arbitrator agreement. If this had been the case, it would have sufficed for the Court of Appeal, to admit the opposition to jurisdiction, to establish that Elf Neftegaz had not referred its application for a declaration that the arbitrator agreement did not exist to the supporting judge (namely the President of the Civil Court of Paris ruling in the form of summary hearings), but to the ordinary courts of law (the Civil Court of Paris, ruling on the merits).

Conversely, the Court of Appeal appears, in the two reported judgments, to wish to align the jurisdiction rules of the ordinary courts of law on those of the supporting judge when it relates to questions concerning the "regularity of the composition of the arbitral tribunal". Did the Court of Appeal therefore wish to avoid a dispersal of litigation from the constitution of the arbitral tribunal between several courts? If this was the case, the reasoning of the two reported judgments does not appear to be sufficient since, to follow the reasoning of the Court of Appeal, if, in the same matter, the place of arbitration had been situated in Paris, the Civil Court of Paris (ordinary court of law) would have had jurisdiction to rule on the question of the existence of the arbitrator agreement (presuming that the arbitral tribunal had not yet been "definitely constituted"). Indeed, the Court of Appeal of Paris does not say that the supporting Judge (namely the President of the Civil Court of Paris, referred to in the form of summary hearings) would, unless there was a contrary clause, have *exclusive* jurisdiction to rule on any dispute related to the existence or validity of the arbitrator agreement. Hence, the possibility of dispersal of litigation between the ordinary courts of law (having jurisdiction to rule on the existence of the arbitrator agreement) and supporting judge (having jurisdiction to replace the arbitrator) remains entire after these two judgments from the Court of Appeal of Paris.

Jurisdiction of the French courts, even when the parties have provided to submit disagreements related to the constitution of the arbitral tribunal to an arbitration centre or a pre-appointed third party

Similarly, the Court of Appeal does not exclude that the French courts may have jurisdiction to rule, prior to pronouncement of the award, on the question of the existence or validity of the arbitrator agreement, when the parties have provided to submit difficulties in the constitution of the arbitral tribunal to an arbitration centre or a pre-appointed third party.

It therefore seems to result from these two judgments, that the French courts may have jurisdiction (as long

uniquement reconnu compétent pour statuer sur l'action en déclaration d'inexistence du contrat d'arbitre.

Dans son arrêt du 6 janvier 2011, la Cour d'appel de Paris ne semble pas exclure, d'ailleurs, que le juge de droit commun puisse être compétent, avant le prononcé de la sentence, pour trancher la question de l'existence ou de la validité du contrat d'arbitre. Si tel avait été le cas, il aurait suffi à la Cour, pour recevoir le contredit de compétence, de constater que la société Elf Neftegaz n'avait pas saisi le juge d'appui (c'est-à-dire le Président du Tribunal de grande instance de Paris statuant comme en matière de référé) de son action en déclaration d'inexistence du contrat d'arbitre, mais le juge de droit commun (le Tribunal de grande instance de Paris, statuant au fond).

En revanche, la Cour d'appel semble, dans les deux arrêts rapportés, vouloir aligner les règles de compétence du juge de droit commun sur celles du juge d'appui lorsqu'il s'agit de questions touchant à la « régularité de la composition du tribunal arbitral ». La Cour a-t-elle ainsi souhaité éviter un éclatement du contentieux de la constitution du tribunal arbitral entre plusieurs juges ? Si tel était le cas, la motivation des deux arrêts rapportés ne paraît pas suffisante car, à suivre le raisonnement de la Cour, si dans la même affaire, le lieu de l'arbitrage avait été situé à Paris, le Tribunal de grande instance de Paris (juge de droit commun) aurait été compétent pour statuer sur la question de l'existence du contrat d'arbitre (à supposer que le tribunal arbitral ne soit pas encore « définitivement constitué »). La Cour d'appel de Paris ne dit pas, en effet, que le juge d'appui (c'est-à-dire le Président du Tribunal de grande instance de Paris, saisi comme en matière de référé) serait, sauf clause contraire, exclusivement compétent pour trancher tout litige relatif à l'existence ou à la validité du contrat d'arbitre. Aussi, la possibilité d'un éclatement du contentieux entre juge de droit commun (compétent pour juger de l'existence du contrat d'arbitre) et juge d'appui (compétent pour remplacer l'arbitre) reste entière après ces deux arrêts de la Cour d'appel de Paris.

Compétence du juge étatique, même lorsque les parties ont prévu de soumettre les différends liés à la constitution du tribunal arbitral à un centre d'arbitrage ou un tiers préconstitué

De même, la Cour d'appel n'exclut pas que le juge étatique français puisse être compétent pour trancher, avant le prononcé de la sentence, la question de l'existence ou de la validité du contrat d'arbitre, lorsque les parties ont prévu de soumettre les difficultés de constitution du tribunal arbitral à un centre d'arbitrage ou à un tiers préconstitué.

Il semble ainsi résulter des deux arrêts commentés, que le juge étatique français pourrait être compétent (tant que le

tribunal arbitral n'est pas constitué et sous réserve que l'arbitrage se déroule en France) pour juger de l'existence du contrat d'arbitre, même en cas d'arbitrage institutionnel (tel un arbitrage CCI), prévoyant des modalités particulières de résolution des difficultés de constitution du tribunal arbitral.

Cette interprétation des deux arrêts rapportés est confirmée par le fait qu'en l'espèce, l'arbitrage devait avoir lieu conformément au règlement de la CNUDCI et que, conformément à la faculté offerte par ledit règlement, les parties avaient désigné l'Institut d'Arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm comme autorité de nomination. Or, aux termes du règlement de la CNUDCI, l'autorité de nomination a compétence pour statuer sur une demande de récusation ou pour remplacer un arbitre (articles 9 à 13 du règlement). Ainsi, pour la Cour d'appel, le fait que l'autorité de nomination, choisie par les parties en vertu du règlement CNUDCI, soit compétente pour trancher certaines questions relatives à la constitution du tribunal arbitral, ne faisait pas, ipso facto, obstacle à la compétence du juge étatique pour statuer sur l'existence ou la validité du contrat d'arbitre.

Incompétence du juge étatique une fois que le tribunal arbitral est définitivement constitué

Il résulte également de l'arrêt rendu le 6 janvier 2011, que le juge étatique français ne saurait intervenir pour constater l'inexistence du contrat d'arbitre, une fois que le tribunal arbitral est définitivement constitué.

Or, nonobstant les termes restrictifs de l'article 1493 CPC, dans sa rédaction issue du Décret n°81-500 du 12 mai 1981 (article 1505 CPC sous l'empire du nouveau Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011), dont les deux arrêts rapportés se sont inspirés, la jurisprudence admet que le juge étatique intervienne de manière beaucoup plus large dans le processus arbitral.

Dépassant le cadre apparemment limité de l'article 1493 CPC, le juge d'appui accepte ainsi d'intervenir, même après la constitution du tribunal arbitral, afin, par exemple, de proroger le délai de l'arbitrage, remplacer un arbitre en cas de décès ou démission ou statuer sur une demande de récusation.¹⁵

La crainte d'une ingérence excessive du juge d'appui dans le processus arbitral devrait, à notre sens, s'effacer devant l'objectif d'assurer l'efficacité de l'arbitrage et d'éviter, par exemple, qu'un tribunal irrégulièrement constitué poursuive inutilement sa mission.¹⁶ Dans ces conditions, le refus, par la Cour d'appel de Paris, de reconnaître la compétence du Tribunal de grande instance de Paris, au motif que le tribunal arbitral était « définitivement constitué » avant le début de la procédure devant le juge étatique, peut paraître discutable.

as the arbitral tribunal has not been constituted and provided that the arbitration takes place in France) to rule on the existence of the arbitrator agreement, even in the case of an institutional arbitration (such as an ICC arbitration), providing specific methods to resolve the difficulties in constituting the arbitral tribunal.

This interpretation of the two reported judgments is confirmed by the fact that in this matter, arbitration was to have taken place in accordance with the UNCITRAL rules and that, in compliance with the option offered under these rules, the parties had designated the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce as appointing authority. Under the terms of the UNCITRAL rules, the appointing authority has jurisdiction to rule on a claim for setting aside or replacing an arbitrator (arts 9 to 13 of the rules). Hence, for the Court of Appeal, the fact that the appointing authority, chosen by the parties pursuant to the UNCITRAL rules, had jurisdiction to rule on certain questions related to the constitution of the arbitral tribunal, did not, ipso facto, create an obstacle to the jurisdiction of the French courts to rule on the existence or validity of the arbitrator agreement.

Lack of jurisdiction of French courts once the arbitral tribunal is definitely constituted

It also follows from the judgment rendered on January 6, 2011, that French courts may not intervene to establish the non-existence of the arbitrator agreement, once the arbitral tribunal is definitely constituted.

Notwithstanding the restrictive terms of art.1493 of the CPC, in its wording resulting from Decree n°81-500 of May 12, 1981 (art.1505 of the CPC under the new Decree n°2011-48 of January 13, 2011), from which the two reported judgments have been inspired, case law admits that French courts may intervene far more widely in the arbitration process.

Exceeding the apparently limited scope of art.1493 of the CPC, the supporting judge thus accepts to intervene, even after the constitution of the arbitral tribunal, in order, for example, to extend the arbitration period, replace an arbitrator in the event of death or resignation or to rule on a claim for withdrawal.

Fear of excessive interference by the supporting judge in the arbitration process should, in our view, fade before the aim of ensuring an efficient arbitration process and to avoid, for example, that an irregularly constituted arbitral tribunal continues its terms of reference in vain. In these circumstances, the refusal, by the Court of Appeal of Paris, to acknowledge the jurisdiction of the Civil Court of Paris, for the reason that the Arbitral Tribunal had been "definitely constituted" prior to the start of proceedings before the French courts, may appear debatable.

CONCLUSION

The two aforementioned judgments should doubtless be approved in that, like the decision rendered by the Civil Court of Paris on September 22, 2010, they do not acknowledge jurisdiction to the arbitrator to rule on the question of the existence or validity of the arbitrator agreement. This solution complies with the requirements of a fair trial (the arbitrator may not be judge and party).

However, the will of the Court of Appeal, to submit the jurisdiction of the ordinary courts of law (referred to for the question of the existence or validity of the arbitrator agreement) to rules similar to those of the supporting judge may appear debatable: apart from the fact that such a solution would be insufficient to avoid a dispersal of litigation related to the constitution of the arbitral tribunal between several judges prior to pronouncement of the award (ordinary courts of law hearing the question of the existence and validity of the arbitrator agreement/supporting judge, arbitration centre or pre-appointed third party hearing the question of withdrawal or replacement of the arbitrator), Decree n°81-500 of May 12, 1981 and Decree n°2011-48 of January 13, 2011 does not expressly restrict the jurisdiction of the ordinary courts of law, in a similar way to that of the supporting judge.

Similarly, assuming that the jurisdiction of the ordinary Courts of law (to rule on the validity of the arbitrator agreement) may be restricted in the same manner as the jurisdiction of the supporting Judge, the assessment by the Court of Appeal of the conditions of the jurisdiction of the French courts, in particular the requirement that the arbitral tribunal should not yet be definitely constituted, may appear very (if not too) strict. The conditions of access to the French courts should, in our view, be laid down less rigidly in order not to undermine the parties' confidence with regard to arbitration, and allow the courts to intervene in extreme cases (such as the non-existence of the arbitrator agreement). It will be noted, on this point, that despite extending the scope of the supporting judge's intervention beyond the restrictive framework of art.1493 of the CPC (now art.1505 of the CPC), he now only intervenes in a relatively marginal way: the Parisian supporting judge only had about a dozen cases referred to him in 2010—this judge is today far from playing the part of the "Good Samaritan" for arbitrations throughout the world. See IBLJ Issue 2011/4 for the text of the two aforementioned judgments.

CONCLUSION

Les deux arrêts rapportés doivent sans doute être approuvés en ce que, à l'instar de la décision rendue par le Tribunal de grande instance de Paris le 22 septembre 2010, ils ne reconnaissent pas compétence à l'arbitre, pour trancher la question de l'existence ou de la validité du contrat d'arbitre. Cette solution paraît conforme aux exigences du procès équitable (l'arbitre ne saurait être juge et partie).

En revanche, la volonté de la Cour d'appel, de soumettre la compétence du juge de droit commun (saisi de la question de l'existence ou de la validité du contrat d'arbitre) à des règles similaires à celles du juge d'appui peut paraître discutable : outre qu'une telle solution ne suffit pas à éviter un éclatement du contentieux de la constitution du tribunal arbitral entre plusieurs juges avant le prononcé de la sentence (juge de droit commun saisi de la question de l'existence et de la validité du contrat d'arbitre/juge d'appui, centre d'arbitrage ou tiers préconstitué saisi de la question de la récusation ou du remplacement de l'arbitre), ni le Décret n°81-500 du 12 mai 1981 ni le DŒcret no2011-48 du 13 janvier 2011 ne posent de restriction à la compétence du juge de droit commun, similaire à celle du juge d'appui.

De même, à supposer que la compétence du juge de droit commun (juge de la validité du contrat d'arbitre) doive être restreinte de la même manière que la compétence du juge d'appui, l'appréciation, par la Cour d'appel, des conditions de la compétence du juge étatique français, en particulier l'exigence que le tribunal arbitral ne soit pas encore définitivement constitué, peut paraître très (voire trop) rigoureuse. Sauf à saper la confiance des parties envers l'arbitrage, en s'abstenant d'intervenir dans certains cas extrêmes (tels que l'inexistence du contrat d'arbitre), les conditions d'accès au juge étatique devraient, à notre sens, être fixées de manière plus souples. On remarquera, à ce propos, que malgré l'élargissement des cas d'intervention du juge d'appui au-delà du cadre restrictif de l'article 1493 CPC (aujourd'hui article 1505 CPC), celui-ci n'intervient plus que de manière relativement marginale : le juge d'appui parisien n'a en effet été saisi que d'une douzaine d'affaires en 2010 ... Autant dire que ce juge est aujourd'hui bien loin de jouer le rôle de « bon Samaritain » ou de « mouche du coche » des arbitrages du monde entier !¹⁷ V. RDAI 2011, n°4, pour la reproduction intégrale du texte des deux arrêts rapportés.

Notes

1. Art.1442 CPC, dans sa rédaction issue du Décret 2011-48 du 13 janvier 2011 applicable en matière d'arbitrage interne.
2. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international* (Litec, 1996), n°1101 sur le présente affaire, v. M. Audit, Rev. arb. 2011, n°1, p. 171. JCP 2010 I 644 n°3 obs. J. Ortscheidt. Cahiers arb. 2010, 853, obs L. Degos; D 2010, 2933. obs. Th. Cloy.
3. Note Ch. Jarrosson sous Cour d'appel de Paris, 1^{ère} Chambre C, 19 décembre 1996, *Sté Qualiconsult & autres c./ Groupe Lincoln*, Rev. arb. 1998.121.
4. TGI Paris, 13 juin 1990, *Bompard*, Gaz. Pal. 1990.II, Somm. p.417.
5. Cass., Civ. 1^{ère}, 17 novembre 2010, pourvoi n°09-12.352.
6. Th. Clay, *L'arbitre* (LGDJ, 2001).
7. Cour d'appel de Paris, 1^{ère} Ch. C, 12 octobre 1995, Rev. arb. 1999.324, obs. Ph. Fouchard.
8. Cour d'appel de Paris, 1^{ère} Chambre C, 19 décembre 1996, *Sté Qualiconsult & autres c./ Groupe Lincoln*, Rev. arb. 1998.121, note Ch. Jarrosson.
9. Art.42 CPC. Le Règlement européen 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale [2001] JO L12/1 ne paraît pas applicable (en ce sens que la Convention de Bruxelles n'est pas applicable pour déterminer la juridiction compétente pour trancher un litige découlant du contrat d'arbitre, v. Th. Clay, *L'arbitre*, (LGDJ, 2001), n°1010 à 1012).
10. V. art.1448 CPC, dans sa rédaction issue du Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011, portant réforme du droit de l'arbitrage.
11. P. Mayer, *L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence* (Recueil des cours de l'académie de droit international de La Haye 1989), p.320, spéc. n°4 (p.332).
12. M. Audit, Rev. arb. 2011, n°1, p. 171.
13. V. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international* (Litec, 1996), n°838. Ainsi, par exemple, la Cour de cassation française a accepté qu'une sentence puisse être annulée dans l'hypothèse où l'un des arbitres avait été désigné par le Président du Tribunal, saisi sur requête (et non comme en matière de référé) : Cass., Civ 2^{ème}, 19 mai 1999, Rev. arb. 1999.593, note A. Hory.
14. Dans la procédure en référé, les demanderesse (Elf Aquitaine et Totse) faisaient valoir qu'elles n'étaient pas parties à la convention d'arbitrage, ni à la procédure d'arbitrage. Devant le Juge des référés, elles demandaient, non pas la récusation ou le remplacement des arbitres (demande qui ne pourrait être formée que par la société Elf Neftegaz partie à l'arbitrage devant l'autorité de nomination désignée par les parties, conformément au règlement CNUDCI) mais le prononcé d'une injonction interdisant aux arbitres de poursuivre leur mission (V. S. Clarel, "anti-suit injunctions at arbitrage" Rev. arb. 2001, 669).
15. V. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international* (Litec, 1996), n°856 et s., et la jurisprudence citée.
16. Il convient de rappeler, à cet égard, que la décision du juge d'appui a autorité de la chose jugée au principal et s'impose à la cour d'appel, saisie d'un recours en annulation fondé sur une composition irrégulière du tribunal arbitral : Cour d'appel de Paris, 6 avril 1990, Rev. arb. 1990.880, note crit. M. de Boissésou.
17. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international* (Litec, 1996), n°838.