

**L'ACCORD D'ARBITRAGE DANS  
L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL**

**BERNARD AUDIT\***

---

\* Professeur émérite de l'Université de Paris 2 (Panthéon-Assas); membre de l'Institut de droit international.



*Résumé:* I. Introduction; II. La contestation de l'accord d'arbitrage; III. Le droit applicable la formation de l'accord d'arbitrage; IV. Conclusions.

## **I. Introduction**

*Délimitation du sujet ; importance particulière de l'accord d'arbitrage.*

L'arbitrage est un mode conventionnel de règlement des litiges par des particuliers choisis par les parties et investis par elle du pouvoir de juger ; les arbitres sont, par conséquent, appelés à rendre une décision s'imposant à aux parties au même titre que si la décision émanait d'un tribunal étatique. On va parler ici de l'arbitrage *commercial*, c'est-à-dire portant sur les litiges nés d'opérations de commerce international au sens le plus large. Il s'oppose à l'arbitrage entre Etats, qui tranche des questions de droit public. Entre les deux se situe l'arbitrage entre Etats et personnes privées, auquel donnent principalement lieu aujourd'hui les investissements internationaux, mais qui est sans doute plus proche de l'arbitrage commercial. Le droit de l'arbitrage régit principalement le déroulement de la procédure, allant du choix des arbitres jusqu'au prononcé d'une sentence ; également la reconnaissance des sentences par les Etats en vue de leur exécution, puisque, en l'absence d'exécution spontanée par une partie reconnue débitrice, seuls les Etats disposent de la force publique permettant de l'obtenir. Mais en amont de ces deux séries de questions se situent toutes celles que peut soulever l'accord par lequel les parties conviennent de voir leur différend réglé en arbitrage. Ces questions sont primordiales, dans les différents sens du terme : non seulement se présentent-elles avant celles que l'on vient d'évoquer, mais elles sont fondamentales parce que sur l'accord d'arbitrage repose toute l'institution (on a parlé de la « pierre angulaire » de l'arbitrage). Par définition les arbitres ne sont que des personnes privées, qui tiennent le pouvoir de juger des parties et non d'un Etat ; si leur fonction n'est pas reconnue, la sentence qu'ils rendront ne sera qu'un chiffon de papier (même s'il s'agit souvent, en fait, d'un épais document).

L'accord d'arbitrage est parfois conclu après la survenance d'un litige, mais le plus souvent il l'est *avant tout litige*, à l'occasion d'un contrat. C'est le second cas qui doit retenir particulièrement l'attention. En effet, dans le premier, les parties ont nécessairement conscience de ce qu'elles font en souscrivant l'accord qui soumet le règlement de leur litige à des arbitres ; il y aura donc peu de place pour une contestation qui suivrait nécessairement de peu cet accord. En revanche, lorsqu'un litige qui était simplement envisagé comme une éventualité peu probable au moment où un contrat a été conclu se matérialise, et que l'un des parties entend mettre en œuvre la procédure d'arbitrage, il n'est pas rare que l'autre conteste devoir se soumettre à cette procédure pour une raison liée à l'accord telle que son existence même ou sa régularité. On va donc étudier dans ce qui suit les principales difficultés que peut soulever la *validité* de l'accord

## B. AUDIT

d'arbitrage en matière internationale, le mot étant pris dans un sens le plus large. Du fait que l'on se place dans un contexte international, les règles du droit international privé de l'autorité saisie sont notamment appelées à intervenir pour sélectionner les règles matérielles applicables aux questions soulevées. Mais au sein des règles de droit international privé, il peut exister des textes spécifiquement conçus pour l'arbitrage, et c'est fréquemment le cas aujourd'hui. Il convient de les évoquer dans cette introduction, puisque l'on va être fréquemment amené à s'y référer.

*Sources du droit de l'arbitrage.* Trois catégories de textes sont susceptibles de régir l'arbitrage commercial international: les lois nationales, les conventions internationales et les règlements proposés par les centres institutionnels d'arbitrage.

### a) *Lois nationales*

Il existe un grand nombre de *lois nationales* consacrées à l'arbitrage (que ce soit sous forme de lois spécifiques ou de dispositions d'un code). A vrai dire, les Etats peuvent avoir une attitude plus ou moins ouverte à l'égard de l'arbitrage, au point même d'ignorer celui-ci. Pendant longtemps, il a été mal vu que les particuliers puissent soumettre leurs litiges à d'autres instances que les tribunaux institués par l'Etat. Mais cette attitude est aujourd'hui pratiquement en voie de disparition, et elle l'est d'autant plus en ce qui concerne les litiges du commerce international. En effet, à défaut de l'arbitrage, ces litiges se dérouleraient exclusivement devant les juridictions étatiques, ce qui présente différents inconvénients et difficultés. Chaque Etat régleme comme bon lui semble la compétence de ses tribunaux et, en cas de litige, chaque partie s'empresse de saisir une juridiction dont elle estime qu'elle sera plus favorable à ses intérêts ou à tout le moins la plus commode pour elle (en général une juridiction de son pays). Cela se traduira par des procédures parallèles, débouchant à peu près inéluctablement sur des décisions contradictoires. En revanche, la faculté de recourir à l'arbitrage désamorce la méfiance que les parties sont susceptibles d'éprouver envers ceux qui vont trancher le différend, puisqu'elles sont appelées à les désigner ; et elle leur permet très largement d'organiser la procédure à leur guise, ainsi que de déterminer le lieu où il se déroulera.

Aussi a-t-on vu à l'époque moderne se multiplier les lois nationales réglemant l'arbitrage dans un sens favorable à ce mode de règlement des litiges, et même poursuivant ouvertement le but d'attirer les arbitrages sur leur territoire par la désignation que font les parties du siège<sup>1</sup>. C'est notamment le cas en Amérique latine, après une longue période de méfiance (un commentateur mexicain parle récemment d'« engouement » pour l'arbitrage)<sup>2</sup>. Parmi les lois les plus récentes, citons (par ordre alphabétique et sans prétendre être exhaustif)

---

<sup>1</sup> On cite, de ce point de vue, la loi espagnole de 2003 et la loi péruvienne de 2008.

<sup>2</sup> J. A. Graham, *Revue de l'arbitrage* 2010, p. 147.

celles du Brésil (loi N° 9.307 du 23 septembre 1996), de la Bolivie (loi n° 1770 du 10 mars 1997), du Paraguay (loi 1879/02, du 24 avril 2002), du Pérou (loi n° 26572, du 28 juin 2008), de la République dominicaine (loi 19 décembre 2008). La plupart des lois nationales modernes sur l'arbitrage visent indistinctement l'arbitrage interne et international ; quelques unes sont spécifiques à l'arbitrage international, tandis que d'autres encore complètent les dispositions internes par des dispositions spécifiques à l'arbitrage international.

Il convient de préciser le champ d'application des lois nationales sur l'arbitrage international. Elles visent en général les arbitrages *dont le siège est fixé sur leur territoire de l'Etat qui les édicte*<sup>3</sup>, tout en réglementant à la suite, en général, la reconnaissance dans l'Etat qui les édicte des sentences rendues à l'étranger. L'on reconnaît en effet traditionnellement un lien de rattachement privilégié entre l'arbitrage et l'Etat où il se déroule (l'Etat du siège). On exprime volontiers ce lien en disant que l'arbitrage est «enraciné» dans l'Etat du siège, ce qui se manifeste de différentes manières. En premier lieu, les tribunaux locaux peuvent intervenir pour faciliter le déroulement de l'arbitrage : cela notamment dès le début de la procédure, en cas de difficulté pour la nomination des arbitres ; ou en cours de procédure afin de prononcer des mesures provisoires ou conservatoires à la demande de l'une des parties. En second lieu, l'on considère traditionnellement, même si cette conception est en recul, que la loi du siège détermine la procédure à suivre devant les arbitres. Enfin, une sentence est réputée rendue au lieu du siège de l'arbitrage (quel que soit le lieu où elle a été effectivement signée par les arbitres). Il s'ensuit, d'une part, que c'est dans cet Etat qu'un recours peut en général être exercé contre elle ; et, d'autre part, que l'Etat du siège définit la « nationalité » de la sentence au regard des autres Etats en vue de sa reconnaissance. Ce point est capital pour l'application d'un traité sur la reconnaissance mutuelle des sentences arbitrales, ainsi qu'on va le voir plus loin avec la Convention de New York sur la reconnaissance des sentences arbitrales étrangères : celle-ci vise-t-elle au premier chef les sentences « *rendues sur le territoire d'un Etat autre que celui où la reconnaissance et l'exécution sont demandées* » (art. 1<sup>er</sup>)<sup>4</sup>. Plus généralement, la loi du siège est considérée comme la « loi de l'arbitrage ». Selon une résolution de l'Institut de droit international (« IDI ») sur l'arbitrage en droit international privé, le choix par les parties du siège du tribunal « *implique qu'elles entendent soumettre l'arbitrage privé à la loi du pays de ce siège* »<sup>5</sup>. Cette formule ne signifie pas nécessairement, loin s'en faut, que la loi locale elle-même s'appliquera

---

<sup>3</sup> Loi modèle CNUDCI, art. 1.2: « Les dispositions de la présente loi (...) ne s'appliquent que si le lieu de l'arbitrage est situé sur le territoire du présent Etat ».

<sup>4</sup> Le texte vise également les sentences qui ne sont pas considérées comme sentences nationales dans l'Etat où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées ». Ceci vise les sentences rendues dans cet Etat et considérées comme internationales.

<sup>5</sup> Institut de droit international, résolution sur l'arbitrage en droit international privé (session d'Amsterdam, 1957), Annuaire IDI, article 1<sup>er</sup> ; il en est de même selon l'art. 3 de la résolution, lorsque le siège a été déterminé selon une autre procédure.

## B. AUDIT

intégralement à l'arbitrage; mais que si est appliquée une autre loi, ce sera par la désignation qu'en feront les principes en vigueur dans l'Etat du siège. En particulier, il se peut que la loi du siège, par le biais de ses règles de droit international privé, désigne une autre loi qu'elle pour juger de certaines questions soulevées par la clause d'arbitrage<sup>6</sup>.

### b) Sources internationales: droit conventionnel et loi modèle

Laisant de côté des traités plus anciens qui ne sont plus de droit positif, il convient de placer au premier plan la *Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* (1958). En dépit de son titre, la Convention ne se borne pas à prévoir un régime de reconnaissance des sentences rendues ; elle contient des dispositions relatives à la reconnaissance par les Etats des conventions d'arbitrage. Elle édicte en effet l'obligation pour les tribunaux des Etats contractants de décliner leur compétence en présence d'une clause d'arbitrage (article II)<sup>7</sup>. Le texte formule également certaines règles sur la forme de la clause, que l'on étudiera donc. La Convention est en vigueur dans environ 150 Etats, ce qui est exceptionnel.

Dans le prolongement de la Convention de New York a été adoptée la *Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international* (Panama 1975). Adoptée dans le cadre de l'OEA, elle est étroitement inspirée de la Convention de New York. Elle est entrée en vigueur en 1976.

La *Convention européenne de Genève sur l'arbitrage commercial international* (1961), comme l'indique son titre, a un domaine régional ; mais elle est plus générale quant aux questions réglementées que la Convention de New York. Tout en prévoyant comme elle la reconnaissance des accords d'arbitrage et celle des sentences, elle traite également de la procédure arbitrale et du droit applicable au fond du litige. En ce qui concerne la reconnaissance des accords, qui nous intéresse plus particulièrement, elle contient des règles plus complètes que la Convention de New York : elle traite ainsi de la capacité des personnes morales de droit public pour se soumettre à l'arbitrage et de la compétence de l'arbitre pour statuer sur sa propre compétence.

Un dernier instrument, de grande importance, est la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international* (1985). Il s'agit d'une loi modèle, proposée aux législateurs nationaux désireux de se pourvoir d'une législation sur l'arbitrage, et elle a parfaitement joué son rôle en inspirant de nombreuses lois nationales. Elle contient des dispositions sur tous les aspects de la procédure arbitrale, depuis la convention d'arbitrage jusqu'à l'exécution de la sentence.

---

<sup>6</sup> IDI, résolution précitée, article 2.

<sup>7</sup> Auparavant, un Protocole de Genève du 24 septembre 1923 relatif aux clauses d'arbitrage prévoyait cette obligation: mais il cesse de produire effet entre les Etats parties à la Convention de New York de 1958 (art. VII.2 de celle-ci).

c) *Règlements d'arbitrage*

Bien qu'ils nous intéressent moins directement, parce que concernant plus particulièrement la procédure d'arbitrage, il faut dire un mot des règlements d'arbitrage. Un arbitrage peut être *ad hoc*, c'est-à-dire organisé sur mesure pour un litige donné, ou institutionnel, c'est-à-dire se dérouler sous les auspices d'un centre permanent d'arbitrage. L'utilité principale de ceux-ci est de fournir un *règlement de procédure* qui évite aux parties d'avoir à formuler en détail les règles qui seront suivies. D'une part, cela serait fastidieux au stade de la rédaction de la clause dans un contrat, alors que le litige ne constitue qu'une éventualité dont on pense bien quelle ne se réalisera pas ; d'autre part, si un litige survient effectivement, les parties ne seront pas nécessairement dans des dispositions d'esprit qui permettront un accord entre elles, même sur les seules règles de procédure. De là la grande utilité des règlements d'arbitrage, lesquels fournissent une réglementation détaillée et inspirée de l'expérience de la pratique. L'institution la plus connue est la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, instituée en 1923, dont le règlement actuellement en vigueur date de 1998 ; mais il existe de très nombreux centres d'arbitrage à travers le monde et il s'en crée régulièrement, à mesure du développement de la pratique de l'arbitrage.

Le choix d'un règlement d'arbitrage doit être combiné avec le fait que la loi du siège s'applique en principe à la procédure. L'articulation s'opère en ce que les dispositions éventuellement impératives de la loi du siège, s'il en est, s'imposent aux arbitres, sous peine de voir leur sentence annulée ; mais dans toutes les mesures où les règles locales de procédure sont simplement supplétives de volonté, ce sont celles du règlement d'arbitrage choisi par les parties qui seront suivies.

Cependant, les parties qui ne recourent pas à un arbitrage institutionnel ne sont pas laissées sans ressources, puisque la CNUDCI a également adopté, en 1976, un règlement d'arbitrage à la disposition des parties convenant d'un arbitrage *ad hoc*. Une version révisée du règlement a été achevée le 12 juillet 2010.

Les règlements d'arbitrage incluent également des dispositions sur la reconnaissance des accords d'arbitrage qui se réfèrent à eux, dans la mesure où lorsque l'arbitrage est mis en oeuvre, il convient avant tout de s'assurer de l'existence d'un accord qui les désigne. Mais ce ne sont pas, de ce point de vue, les sources les plus importantes puisque, encore une fois, la reconnaissance des accords d'arbitrage concerne au premier chef les Etats ; c'est en effet en prescrivant à leurs tribunaux de décliner leur compétence lorsque les parties sont liées par un accord d'arbitrage que les Etats manifesteront en premier lieu leur reconnaissance de l'arbitrage.

*Objet du cours.* Comme annoncé plus haut, on va dans ce qui suit s'intéresser plus particulièrement à la validité de la clause par laquelle les parties sont

## B. AUDIT

convenues de soumettre les éventuels litiges à arbitrage. Les questions soulevées par la clause sont celles que suscite n'importe quel acte juridique, à savoir le consentement, la forme, l'objet de l'accord. Mais la clause d'arbitrage n'est pas une clause comme les autres, qui serait sur le même pied que les clauses matérielle ou substantielles du contrat où elle figure ; son objet, l'organisation du règlement des différends auxquels la relation entre les parties est susceptible de donner lieu, lui confère un statut «à part», ne serait-ce que par son objet juridictionnel et la mise à l'écart des tribunaux étatiques. Cela se manifeste d'entrée lorsque la validité de la clause elle-même ou celle du contrat qui la contient est contestée par une partie, puisque va se poser la question de savoir s'il appartient aux arbitres eux-mêmes de se prononcer sur cette question ou s'il ne convient pas de faire d'abord juger la question par les juridictions étatiques. On s'intéressera donc dans un premier chapitre à la contestation, directe ou indirecte, de l'accord d'arbitrage ; puis dans un second à la manière dont sont résolues les questions soulevées par sa validité.

### II. La contestation de l'accord d'arbitrage

La consécration par les Etats de l'arbitrage ne consiste pas seulement, on l'a dit, à reconnaître les sentences arbitrales : il est indispensable au préalable que soient reconnus les accords d'arbitrage, pour permettre à la procédure arbitrale de se dérouler utilement. Cette reconnaissance se traduit par le fait que si une partie à un accord d'arbitrage prétend saisir les tribunaux étatiques, ceux-ci se déclareront incompétents et renverront les parties à l'arbitrage. C'est ce que prescrivent les principaux textes, nationaux ou internationaux, relatifs à l'arbitrage. Ainsi, selon la Convention de New York (Article II, ch. 3):

« Le tribunal d'un Etat contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention [d'arbitrage], renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée ».

On note que l'incidente finale formule un tempérament à la reconnaissance (convention d'arbitrage caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée). Elle est destinée à écarter l'allégation abusive par une partie de l'existence d'un accord d'arbitrage, qui retarderait inutilement le jugement de l'affaire par les juridictions étatiques saisies par l'autre partie. Commençons par préciser ce que peuvent signifier les termes employés dans la réserve. Une convention est *caduque*, par exemple, lorsqu'elle était susceptible d'être appliquée pendant un certain temps et que le délai pour s'en prévaloir est expiré. Elle est *inopérante* lorsqu'elle a été souscrite par d'autres que les parties au litige ou qu'elle porte sur une autre opération que celle donnant lieu au litige. Elle est *non susceptible d'être appliquée* lorsqu'elle désigne un organisme d'arbitrage qui n'existe pas et qu'il ne s'agit pas d'un simple lapsus susceptible d'être raisonnablement corrigé (on parle couramment à ce sujet de 'clause pathologique').



Mais il se peut que la partie conteste la clause d'arbitrage pour une autre raison : par exemple que le litige n'est pas susceptible d'être résolu en arbitrage pour des raisons d'ordre public selon la loi applicable; ou bien elle invoque la nullité du contrat contenant la clause. Ce type d'argument soulève une difficulté sérieuse dans la mesure où, si l'objection est fondée, elle s'oppose à la compétence même des arbitres. Cela est évident dans le premier cas cité ; tandis que dans le second, la nullité du contrat semble devoir entraîner l'inefficacité de la clause qui y est insérée : si le contrat n'est pas ou n'est plus valable, la clause tombera du même coup et seuls les tribunaux étatiques sont compétents. On va voir cependant que ce raisonnement est dans l'ensemble écarté en droit positif, au nom du principe dit de l'*autonomie*, ou *séparabilité*, de l'accord compromissoire. Ce principe en entraîne lui-même, par voie de conséquence, un autre : la compétence des arbitres pour se prononcer sur leur propre compétence (*kompetenz-kompetenz*). La loi modèle CNUDCI, par exemple, les énonce successivement, encore que dans l'ordre inverse. Selon l'article 16.1:

« 1. Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage. A cette fin, une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. (...) ».

Reprenons les deux principes dans l'ordre où on les a annoncés.

**(a) Le principe d'autonomie, ou séparabilité, de l'accord d'arbitrage**

L'hypothèse est qu'une partie conteste la validité de la clause, soit directement et pour elle-même, soit au motif que le contrat qui la contient serait nul ; or, selon ce que soutient cette partie, L'invalidité invoquée peut tenir à toute circonstance de nature à rendre le contrat ou la clause elle-même inefficace, c'est-à-dire non seulement une irrégularité dans sa formation mais aussi bien son extinction ou sa caducité. Le principe d'autonomie, ou séparabilité, de la clause d'arbitrage signifie que l'allégation n'empêche pas la clause d'arbitrage de produire son effet et que ce sera aux arbitres de se prononcer sur elle. Voyons les justifications du principe (1), puis sa consécration (2).

1. Justification du principe de séparabilité

a) Une première justification de la séparabilité est d'ordre pratique, et vaut que la contestation porte sur la clause elle-même ou sur le contrat qui la contient : le souci d'*éviter les exceptions dilatoires*. Il ne doit pas suffire à une partie d'alléguer une quelconque circonstance mettant en cause la validité de la clause ou du contrat pour paralyser – au moins dans un premier temps - la clause d'arbitrage. Au demeurant, il ne s'agit au départ que d'une *allégation* de nullité ; jusqu'à preuve du contraire, la clause ou le contrat dont l'existence sont établis sont présumés valables. Sans doute, répliquera-t-on, si on laisse la juridiction étatique compétente statuer sur la contestation de la clause et qu'elle conclut à sa validité, le litige au fond pourra ensuite être porté devant les arbitres; mais le

## B. AUDIT

temps perdu et les frais engagés pourront avoir découragé le demandeur en arbitrage de poursuivre ses droits. S'il s'agit d'une entreprise moyenne et d'un contrat important eu égard à sa taille, le temps et les frais occasionnés par un renvoi devant le juge étatique pour faire constater la validité de l'accord d'arbitrage pourront être fatals.

b) Une seconde justification vaut pour le cas où la contestation porte sur le contrat qui contient la clause. Elle réside dans la *nature particulière de la clause d'arbitrage* au sein du contrat. Comme on l'a évoqué plus haut, ce n'est pas une clause ordinaire, au même titre que celles fixant l'étendue des prestations, leur rémunération, le lieu et le moment de leur exécution ; à la différence des clauses substantielles, qui toutes ont vocation à s'appliquer, celle qui a pour objet le règlement des différends n'est appelée à jouer que si vient à s'élever un litige entre les parties ; et elle est, pour emprunter une expression aux mathématiques, « en facteur » par rapport aux autres clauses du contrat (au même titre qu'une clause sur le droit applicable). Or précisément, la contestation même de la validité du contrat constitue un litige entre les parties, de sorte que l'on peut interpréter leur volonté comme étant de confier aux arbitres le pouvoir de se prononcer *aussi* sur ce point s'il vient à s'élever ; c'est une difficulté comme une autre au sein du rapport qu'elles ont noué. Au demeurant, si le contrat est effectivement invalide, il restera fréquemment à statuer sur les *conséquences de la nullité* (restitutions, responsabilité d'une partie). Or il est tout à fait plausible d'interpréter l'intention des parties comme étant de donner aux arbitres compétence pour statuer aussi sur ces questions, si pour une raison quelconque, le contrat n'est pas efficace. Il y a, en réalité, dualité d'actes juridiques au sein de la convention : l'un portant sur le fond, l'autre sur le règlement des différends (encore une fois, on distinguerait de même une clause portant sur le droit applicable). Par le principe de séparabilité, l'on présume chez les parties la volonté de *désolidariser* les deux types d'engagements. Il existe au demeurant des manifestations concrètes du bien-fondé de cette interprétation de la volonté des parties. Il n'est pas rare que, contrairement à l'hypothèse envisagée, une partie qui conteste la validité du contrat conclu mette elle-même spontanément en œuvre la clause d'arbitrage qui y figure pour faire constater la nullité du contrat. Par exemple, une partie qui s'est engagée à dans une entreprise commune avec une autre, à l'instigation de celle-ci, en vue d'un investissement dans un pays tiers soutient que son engagement est nul parce qu'on lui a caché la nécessité de certaines approbations publiques, lesquelles n'étaient pas données et ont peu de chances de l'être ; mais tout en invoquant la nullité du contrat, cette partie agit néanmoins spontanément devant le tribunal arbitral prévu et ne remet donc pas en question la clause. De manière sans doute plus fréquente, cependant, une partie saisit une juridiction étatique, prétendant que la clause n'est pas applicable, et c'est le défendeur devant le juge étatique qui invoque l'exception d'arbitrage et demande en conséquence au tribunal de déclarer la demande irrecevable ; d'où le principe de séparabilité.

c) Aux justifications précédentes, l'on ajoute que si les arbitres se reconnaissent compétents à tort, parce que le contrat ou la clause sont effectivement nuls, et qu'ils rendent une sentence, il appartiendra à la partie qui

contestait le contrat ou la clause d'intenter un recours en nullité contre la sentence ; les juridictions étatiques auront donc le dernier mot.

Les justifications qui précèdent expliquent la très large consécration, en droit positif contemporain, du principe examiné.

## 2. La consécration du principe d'autonomie ou séparabilité

Le principe de séparabilité est affirmé par de très nombreux textes législatifs, par les jurisprudences nationales et par les règlements d'arbitrage. Les textes visent en général indifféremment une contestation portant sur le contrat ou sur la clause elle-même, ou mettent les deux hypothèses sur le même plan. Ils reconnaissent donc simultanément la possibilité pour les arbitres de se prononcer sur la nullité (alléguée) *du contrat* contenant la clause et sur la nullité *de la clause* elle-même lorsque c'est celle-ci seule qui est attaquée. Les enjeux du débat sont en effet les mêmes : d'un côté, si la clause ou le contrat sont nuls, comment permettre aux arbitres eux-mêmes de se prononcer ? mais, de l'autre, il faut éviter les exceptions dilatoires.

### a) Conventions internationales

Selon la Convention de Genève sur l'arbitrage commercial international de 1961 (art. 5.3) :

*« Sous réserve des contrôles judiciaires ultérieurs prévus par la loi du for, l'arbitre dont la compétence est contestée ne doit pas se dessaisir de l'affaire ; il a le pouvoir de statuer sur sa propre compétence et sur l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage ou du contrat dont cette convention fait partie ».*

La loi modèle CNUDCI prévoit (art. 16.1, 2<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup> phrases) :

*« (...) une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire ».*

### b) Droits nationaux

D'abord apparu en jurisprudence, le principe de séparabilité est aujourd'hui consacré par les législations, de plus en plus nombreuses, ou par la jurisprudence<sup>8</sup>.

En France, dans une affaire où le contrat contenant la clause compromissoire était taxé d'une nullité d'ordre public, un arrêt a proclamé en 1963 « *qu'en matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire (...) présente (...)*

---

<sup>8</sup> Résolution IDI art. 10 : dépend de la loi du siège.

## B. AUDIT

*sauf circonstances exceptionnelles (...) une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte* »<sup>9</sup>.

Aux Etats-Unis, en 1967, la Cour suprême juge qu'au regard du droit fédéral, les conventions d'arbitrage sont séparables du contrat dans lequel elles sont incorporées<sup>10</sup>.

La loi de droit international privé suisse, adoptée en 1986, dispose que « La validité d'une convention d'arbitrage ne peut pas être contestée pour le motif que le contrat principal ne serait pas valable... » (article 178 al. 3).

Au Royaume-Uni, l'*Arbitration Act*, 1996, sec. 7, intitulé *Separability of arbitration agreement*, dispose en partie:

*“Unless otherwise agreed by the parties, an arbitration agreement which forms (...) part of another agreement (...) shall not be regarded as invalid, non-existent or ineffective because that other agreement is invalid, or did not come into existence or has become ineffective, and it shall for that purpose be treated as a distinct agreement”.*

Parmi les lois latino-américaines récentes, on citera d'abord la loi brésilienne de 1996, art. 8 A: “*A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória*”;

également la loi péruvienne du 27 juin 2008:

Artículo 14o.- Separabilidad del convenio arbitral.- La inexistencia, rescisión, resolución, nulidad o anulabilidad total o parcial de un contrato u otro acto jurídico que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, ineficacia o invalidez de éste. En consecuencia, los árbitros podrán decidir libremente sobre la controversia sometida a su pronunciamiento, la que podrá versar, inclusive, sobre la inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato o acto jurídico que contenga el convenio arbitral<sup>11</sup>;

ou encore la loi paraguayenne de 2002:

### CAPITULO IV: COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Artículo 19.- Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia. El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una

---

<sup>9</sup> Gosset (1963)

<sup>10</sup> *Prima Paint*, 1967

<sup>11</sup> On note que ce texte, comme le précédent, ne vise que la nullité du contrat contenant la clause, non la nullité alléguée de la clause seule.

cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria.

Un effet propre de l'autonomie est que même la constatation effective par l'arbitre de la nullité la convention principale ne lui retire pas sa compétence (cette branche de l'arbre subsiste); le tribunal arbitral statuera alors sur les conséquences de la nullité de la convention entre les parties.

**(b) Le principe compétence-compétence**

1. Signification et portée du principe

La séparabilité de l'accord d'arbitrage, dont on vient de parler, est une règle de fond. Sa conséquence procédurale est la possibilité pour l'arbitre de se prononcer sur sa propre compétence. On peut y voir aussi l'application aux arbitres du principe général qui veut que tout juge soit juge de sa propre compétence, bien que précisément l'arbitre ne soit pas un juge comme les autres. Au demeurant, les arbitres ne se prononcent pas seulement sur leur compétence lorsque le principe même en est contesté; ils le font sans discussion lorsque c'est l'étendue de leur compétence qui est discutée (par exemple, s'agissant de savoir si la compétence qui leur a été conférée dans un contrat s'étend aux demandes de nature délictuelle).

Le principe examiné, souvent désigné sous sa formulation allemande comme *kompetenz-kompetenz*, est également affirmé par de nombreuses dispositions, conventionnelles et nationales. Ainsi, l'article 5.3 de la Convention de Genève de 1961, déjà cite au titre de la séparabilité, énonce:

*« Sous réserve des contrôles judiciaires ultérieurs prévus par la loi du for, l'arbitre dont la compétence est contestée ne doit pas se dessaisir de l'affaire; il a le pouvoir de statuer sur sa propre compétence et sur l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage ou du contrat dont cette convention fait partie ».*

De même la loi modèle CNUDCI (1985), article 16.1 (sous la même remarque):

*« Compétence du tribunal pour statuer sur sa propre compétence. 1. Le tribunal peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la clause d'arbitrage ... ».*

La Convention de Washington de 1965, en matière d'arbitrage relatif aux investissements, stipule: « *Le Tribunal est juge de sa compétence* » (article 41.1).

Du côté des droits nationaux, on citera en France l'article 1466 du Code de procédure civile (disposition interne étendue à l'arbitrage international):

## B. AUDIT

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

Mais se pose la question de savoir si le principe va également s'appliquer lorsqu'une partie a déjà saisi un juge étatique : en dépit du principe de séparabilité, ne contient-il pas de laisser le juge étatique se prononcer immédiatement sur la compétence des arbitres puisqu'il a été saisi?

2. La concurrence entre la compétence de l'arbitre et celle du juge : l'« effet négatif » de l'accord d'arbitrage

Le fait que les arbitres ont le pouvoir de se prononcer sur leur compétence va-t-il jusqu'à retirer cette faculté aux tribunaux étatiques ? Les juges nationaux saisis d'un litige doivent-ils, si le défendeur soulève une *exception d'arbitrage*, renvoyer la question aux arbitres sans se prononcer eux-mêmes (consacrant un « effet négatif » de la clause d'arbitrage sur la compétence des juges) ? Cette attitude est préconisée par certains commentateurs, afin d'assurer complètement l'application du principe compétence-compétence des arbitres ; pour eux, le juge devrait toujours s'abstenir de se prononcer lui-même s'il est saisi en premier<sup>12</sup>. A l'appui de cette conception extensive du principe compétence-compétence, on avance les arguments mêmes qui justifient le principe de séparabilité. D'une part, il faut décourager les contestations dilatoires de l'accord d'arbitrage, étant donné le délai nécessaire pour le juge étatique se prononce, tandis que la procédure arbitrale serait suspendue. D'autre part, le juge de l'Etat du siège pourra effectivement se prononcer ultérieurement, sur recours exercé par la partie qui conteste la compétence du tribunal arbitral si les arbitres se reconnaissent effectivement compétents et rendent une sentence; le juge étatique aura ainsi le dernier mot.

Ces arguments ne sont cependant pas absolument décisifs. Le principe compétence-compétence s'applique également au juge étatique lui-même, de sorte de sorte qu'il y a concurrence de compétences. La question est donc celle de la *priorité* entre le juge et l'arbitre. Or elle n'est pas nettement résolue. Un bon exemple de ce conflit est donné par un épisode qui s'est déroulé au cours de la dernière décennie au Panama et qui a opposé sur la question le législateur à la Cour constitutionnelle<sup>13</sup>.

Un décret-loi sur l'arbitrage du 8 juillet 1999 a consacré le principe de l'effet négatif de l'accord d'arbitrage. Le texte obligeait les juges saisis d'une prétention faisant l'objet d'une convention d'arbitrage à renvoyer « immédiatement les

---

<sup>12</sup> On parle dans ce cas d'effet négatif à l'égard des tribunaux nationaux (l'effet positif étant la faculté pour les arbitres de se prononcer eux-mêmes).

<sup>13</sup> Ce développement est emprunté à une thèse de doctorat très récemment soutenue à l'Université de Paris II : Carlos Alberto Arrue Montenegro, *Autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions en droit français et panaméen*, n° 100 et s.

parties à l'arbitrage », jusqu'à ce que le tribunal arbitral se prononce sur sa propre compétence. Ce texte fut attaqué pour inconstitutionnalité et sa nullité effectivement déclarée par la Cour constitutionnelle : non pour le motif qui fondait le recours (à savoir que les arbitres étant rémunérés, ils avaient un intérêt à soutenir la validité de la clause d'arbitrage), mais pour celui qu'en contraignant la partie récalcitrante à se rendre devant les arbitres, on privait cette partie du droit à la protection *juridictionnelle* garanti par la Constitution, puisque les arbitres ne sont pas des juges<sup>14</sup>. Cette décision n'a pas découragé le législateur qui a voté trois ans plus tard une modification de la Constitution assimilant les arbitres à des juges (article 202 de la Constitution). A la suite, une loi du 22 mai 2006 a réintroduit le principe de l'effet négatif, en d'autres termes que décret-loi de 1999. On voit par cet exemple combien la question peut diviser les esprits.

L'effet négatif de l'accord d'arbitrage n'est guère reconnu en droit positif. Pour le montrer, distinguons les deux cas de figure possibles, selon que le juge étatique a été saisi en premier ou en second lieu.

a) Si le juge étatique a été saisi le premier, et que le défendeur soulève une exception d'arbitrage, on a vu que la Convention de New York prévoit le renvoi à l'arbitrage, mais en l'assortissant d'une exception qui implique un certain contrôle de l'accord d'arbitrage par le juge : avant de renvoyer les parties devant les arbitres, le juge doit s'assurer que la convention d'arbitrage invoquée par le défendeur n'est pas « *caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée* » ; il en est de même selon la loi modèle CNUDCI (art. 8). Ces textes ne reconnaissent pas, en tout cas formellement, une priorité à l'arbitre pour se prononcer sur la validité de la clause d'arbitrage<sup>15</sup>. On discute toutefois le point de savoir si cet examen doit se borner à être *prima facie* ou s'il doit être complet ; force est cependant de constater que le texte ne formule aucune restriction à l'étendue de l'examen du juge sur les points envisagés<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Cette attitude est à rapprocher de celle de la Cour de justice des Communautés européennes dans un arrêt, *West Tankers* du 10 février 2009 (affaire C-185/07) par lequel a été refusé à un juge anglais de prononcer une *anti-suit injunction* à l'encontre d'un plaideur saisissant les tribunaux italiens nonobstant une clause prévoyant arbitrage en Angleterre. Pour la Cour, si la juridiction étatique saisie alors que le défendeur invoque une clause d'arbitrage « *était empêchée d'examiner elle-même la question préalable de la validité ou de l'applicabilité de la convention d'arbitrage, une partie pourrait se soustraire à la procédure [devant le juge étatique] en se bornant à exciper de ladite convention et le requérant, qui considère que cette dernière est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée, se verrait ainsi fermé l'accès à la juridiction étatique qu'il a saisie [compétente selon le règlement] et serait dès lors privé d'une protection juridictionnelle à laquelle il a droit* » (point 31). Dans ses conclusions, l'avocat général invoquait le « principe de protection juridictionnelle effective qui, en vertu d'une jurisprudence constante, fait partie des principes généraux du droit communautaire et des droits fondamentaux protégés dans la Communauté » (conclusions, n° 58).

<sup>15</sup> Poudret & Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, 2002, n° 491.

<sup>16</sup> Poudret & Besson, *ibid.*

## B. AUDIT

L'*Arbitration Act* anglais de 1996 (Section 9) s'inspire de la Convention à cela près que le juge saisi et devant lequel le défendeur invoque une convention d'arbitrage sursoit à statuer (*shall grant a stay*), même si l'arbitrage n'est pas engagé ; mais cela à moins qu'il ne soit convaincu que la convention d'arbitrage est nulle ou caduque, inopérante ou ne peut être exécutée. Le juge pourra donc procéder au contrôle de la validité de la convention d'arbitrage. La jurisprudence refuse de voir là un contrôle limité<sup>17</sup>. Sans doute le juge a-t-il le pouvoir (discrétaire) de renvoyer les parties devant les arbitres. Le juge peut même émettre une *anti-suit injunction* interdisant à une partie de saisir une juridiction étatique étrangère du litige visé par la convention d'arbitrage<sup>18</sup>. Mais en définitive, « le droit anglais n'accorde aucune priorité à l'arbitre »<sup>19</sup>.

D'autres législations de *common law*, à l'instar de la loi anglaise, ne prévoient pas un renvoi complet mais un sursis à statuer de la part des juges en attendant que les arbitres se soient prononcés sur le point<sup>20</sup>. Mais c'est sous les mêmes conditions que le juge constate que la question est susceptible de renvoi à l'arbitrage.

D'autres législations se montrent en revanche plus favorables au renvoi devant les arbitres par le juge pourtant saisi en premier.

En France, la règle posée en droit interne est que si le juge étatique est saisi, alors même que le tribunal ne l'est pas, « la juridiction étatique doit se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle » (art. 1458 al. 2 du Code de procédure civile). Le même principe est appliqué en matière internationale<sup>21</sup>.

Selon la loi péruvienne de 2008:

« Artículo 16o.- Excepción de convenio arbitral.- Si se promoviera una acción judicial relativa a una materia que estuviera reservada a decisión de los árbitros de acuerdo con el convenio arbitral o cuyo conocimiento ya estuviera sometido por las partes a esa decisión, tal circunstancia podrá invocarse como excepción de convenio arbitral dentro del plazo previsto en cada proceso. (...) Si la materia ya estuviera sometida al conocimiento de los árbitros, el juez deberá amparar la excepción de convenio arbitral. Si la materia todavía no está sometida al conocimiento de los árbitros, el juez también deberá amparar la excepción de convenio arbitral, salvo que la materia sea

---

<sup>17</sup> *Ahmad Al-Nahimi Agency v. Islamic Press*, [200] 1 Lloyd's L.R. p. 522.

<sup>18</sup> V. supra note 14.

<sup>19</sup> Poudret & Besson, op. cit., n° 497, p. 451.

<sup>20</sup> Aux Etats-Unis, *Federal Arbitration Act*, Section 3.

<sup>21</sup> Cass. civ. I, 5 janvier 1999, *Zanzi c. de Cominck*, Revue de l'arbitrage 1999.260: « il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence (...) d'où il résulte que la juridiction étatique est incompétente pour statuer, à titre principal, sur la validité de la clause d'arbitrage ».



manifiestamente no arbitrable de conformidad con el Artículo 1o. Encontrándose en trámite la excepción de convenio arbitral, las actuaciones arbitrales podrán iniciarse o proseguirse inclusive dictarse el laudo. »

b) Selon la seconde hypothèse, une partie a mis en œuvre la clause d'arbitrage mais l'autre saisit un juge étatique soit du fond de l'affaire, soit pour faire dire que la clause est nulle ou inapplicable<sup>22</sup>. La question est de savoir si les arbitres étant saisis, le juge doit refuser de se prononcer sur la validité de la clause. Ici encore, la Convention de New York n'accorde aucune priorité à l'arbitre<sup>23</sup>. Le juge étatique apparaît donc libre de statuer quand même les arbitres sont saisis.

La principale disposition reconnaissant une priorité aux arbitres est édictée par la Convention européenne de Genève, art. VI.3:

«Lorsque, avant tout recours à un tribunal judiciaire une procédure d'arbitrage aura été introduite, les tribunaux judiciaires des Etats contractants, saisis ultérieurement d'une demande portant sur le même différend entre les mêmes parties ou d'une demande en constatation de l'inexistence, de la nullité ou de la caducité de la convention d'arbitrage, surseoiront, sauf motifs graves, à statuer sur la compétence de l'arbitre jusqu'au prononcé de la sentence arbitrale».

C'est la consécration d'une exception de litispendance au bénéfice des arbitres<sup>24</sup>.

Parmi les *droits nationaux*, le droit français – cependant assez isolé - va même au-delà. Selon le droit interne, si les arbitres sont saisis, le juge *doit* déclarer incompétent sans même procéder à un examen *prima facie* de la validité de la clause (art. 1458 al. 1<sup>er</sup>) ; le dessaisissement est donc automatique de la part du juge qui a été saisi en second. La même règle résulte en matière internationale d'une jurisprudence spécifique. On trouve une solution analogue dans la loi péruvienne déjà citée:

« Artículo 16°. (...) Si la materia ya estuviera sometida al conocimiento de los árbitros, el juez deberá amparar la excepción de convenio arbitral. (...) »

---

<sup>22</sup> Notons, dans ce contexte, que plusieurs législations prévoient que la partie qui entend contester la compétence du tribunal arbitral devant ce tribunal doit le faire avant toute défense au fond. Par exemple, selon l'art. 73 de l'*Arbitration Act* anglais, la partie qui comparait ou continue de comparaître devant le tribunal arbitral sans contester sa compétence perd le droit d'invoquer ce grief ultérieurement devant le juge ou les arbitres. Autre exemple, loi paraguayenne de 2002, at. 19 al. 2) : «*La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación de la demanda (...)*».

<sup>23</sup> Poudret & Besson, op. cit., n° 491.

<sup>24</sup> Poudret & Besson, op. cit., n° 509.

## B. AUDIT

La loi modèle CNUDCI adopte une position neutre, permettant aux deux instances, étatique et arbitrale, de se poursuivre. Selon l'article 8.2:

« Conventions d'arbitrage et action intentée au fond » : « Lorsque le tribunal [étatique] est saisi d'une action [faisant l'objet d'une convention d'arbitrage], la procédure arbitrale peut néanmoins être engagée ou poursuivie et une sentence peut être rendue en attendant qu'un tribunal ait statué ».

On voit qu'il n'y a pas de priorité à l'arbitre, puisque le tribunal peut statuer ; mais pas non plus de priorité au juge, puisque l'instance arbitrale peut être poursuivie si elle a été engagée ; et elle peut même être engagée si elle ne l'avait pas été encore. Ceci est cependant provisoire en ce sens que leur décision pourra être remise en cause devant les juges étatiques.

Dans la même veine, l'art. 32 de l'*Arbitration Act* anglais permet de saisir le juge aux fins de statuer à *titre principal* sur la validité de la clause d'arbitrage alors que le tribunal arbitral a été constitué ; mais celui-ci poursuit cependant sa mission à moins d'un accord contraire des parties. L'article 72 de la loi prévoit la saisine du juge par une partie qui ne participe pas à l'arbitrage, ainsi que l'appel d'une sentence par une partie afin de faire constater le défaut de compétence du tribunal à son égard.

### III. Le droit applicable la formation de l'accord d'arbitrage

La validité d'un accord d'arbitrage, comme celle de tout acte juridique, peut être contestée pour des raisons tenant au *consentement*, à la *forme* de l'accord, à la *capacité* pour le conclure, ou à la validité de son *objet*. Ces questions vont être résolues suivant les règles en vigueur au siège de l'arbitrage, en vertu du principe évoqué plus haut selon lequel l'arbitrage est lié au premier chef à l'Etat du siège et donc à son ordre juridique ; tout passe par le siège de l'arbitrage, que les parties sont libres de fixer. Mais comme l'on l'a déjà indiqué, les règles qui seront appliquées selon le droit de l'Etat du siège ne sont pas nécessairement les règles locales; dès lors que l'on se trouve en matière internationale, l'autorité saisie va procéder à la détermination du droit applicable selon les principes de droit international privé en vigueur dans l'Etat du siège. Il s'agit normalement des règles de conflit de l'Etat en question : règles de conflit de droit commun ou bien formulées par une loi sur l'arbitrage international<sup>25</sup>. Mais il peut aussi parfois s'agir de règles *matérielles* spécifiques posées pour l'arbitrage international dans l'Etat du siège. Les Etats sont en effet susceptibles d'adopter certaines règles particulières à l'arbitrage, fixant par exemple la forme que doit revêtir un accord d'arbitrage. Et lorsque c'est le cas, ils seront enclins à appliquer *directement* ou « immédiatement » ces règles, sans passer par la médiation d'une règle de conflit.

---

<sup>25</sup> A ce sujet, la Résolution IDI précitée prévoit la séparabilité du point de vue des lois applicables entre ce qui concerne *le fond du rapport litigieux* et les conditions de validité de l'accord d'arbitrage, art. 6

Par là, ces règles se veulent « véritablement internationales », ce qui manifeste une certaine délocalisation de l'arbitrage<sup>26</sup>. On va voir l'illustration de ces diverses hypothèses en étudiant successivement les différentes questions évoquées plus haut.

### A. Forme et preuve de l'accord d'arbitrage

a) La question de la forme et de la preuve de l'accord d'arbitrage illustre immédiatement ce qu'est une règle matérielle spécifique à l'arbitrage. Lorsque l'on cherche la loi applicable à la forme d'un acte juridique international, on applique en principe une règle de conflit, laquelle désigne à peu près universellement la loi du lieu de passation de l'acte (*locus regit actum*)<sup>27</sup>. Mais la règle la plus répandue dans les textes consacrés à l'arbitrage est une règle matérielle, prescrivant directement l'établissement d'un *écrit*, sans passer donc par la détermination d'une loi nationale. Cela s'explique par la spécificité de l'engagement à l'arbitrage et sa gravité. En effet, par cette clause les parties renoncent à voir leur différend réglé devant les juridictions étatiques. Qui plus est, elles le font à un moment, celui de la conclusion du contrat, où l'on ne songe guère à l'éventualité ; il est donc nécessaire que leur attention soit attirée autant que possible sur la clause. Or il n'est pas certain que la loi du lieu de passation, désignée selon la règle de conflit ci-dessus, prévoit une règle de forme particulière, alors que le principe dominant en droit des contrats est au contraire celui du consensualisme. C'est pourquoi les textes relatifs à l'arbitrage, interne ou international, prescrivent fréquemment que la convention d'arbitrage soit matérialisée par un écrit, soit pour sa preuve, soit pour sa validité même.

Ainsi la Convention de New York prescrit la reconnaissance de « *la convention écrite par laquelle les parties s'obligent mutuellement à [se] soumettre à l'arbitrage* » (art. 2, ch. 1). La loi modèle de la CNUDCI dispose

---

<sup>26</sup> Ces règles matérielle seront naturellement aussi applicables lorsque le siège de l'arbitrage est fixé dans un autre pays, mais que les règles de conflit appliquées par les arbitres désignent le droit de l'Etat qui les édicte.

<sup>27</sup> La question est en réalité plus compliquée, car on peut hésiter sur la règle de conflit elle-même en raison d'une difficulté de *qualification*. On peut en effet rattacher la forme de la clause à la *procédure* ou bien à la loi du *contrat* qui la contient. Dans le premier cas, on appliquera la loi du siège de l'arbitrage. Dans le second, on pourra encore hésiter entre la *forme* et le *fond*, puisque l'une et l'autre sont en principe déterminés séparément. Et si l'on se prononce pour le *fond*, en l'absence de choix de la loi applicable par les parties, on trouve l'alternative entre localiser la convention d'arbitrage elle-même ou le contrat principal : la loi du contrat s'étend-elle à la clause malgré la séparabilité ? La Convention de New York semble impliquer la négative, c'est-à-dire un rattachement spécifique de la clause : selon l'art. V a, la sentence peut être rejetée *si la convention d'arbitrage n'était pas valable selon la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée*).

## B. AUDIT

que: « *La convention d'arbitrage doit se présenter sous forme écrite* »<sup>28</sup>. De nombreuses lois nationales prévoient la même règle<sup>29</sup>.

b) En quoi consiste plus précisément l'écrit? Selon la Convention de New York, art. 2, alinéa 2:

« On entend par 'convention écrite' une clause compromissoire insérée dans un contrat [NB : instrumentum] ou dans un compromis, signée par les parties ou contenue dans un échange de lettres ou de télégrammes » (italiques ajoutées).

Selon la loi modèle CNUDCI, art. 7, révisé sur ce point en 2006, en vue de « moderniser l'exigence de forme pour les conventions d'arbitrage afin de mieux tenir compte des pratiques en matière de contrats internationaux:

« [...] 3) Une convention d'arbitrage se présente sous forme écrite si son contenu est consigné sous une forme quelconque, que la convention elle-même ou le contrat aient ou non été conclus verbalement, du fait d'un comportement ou par d'autres moyens.

4) Une communication électronique satisfait à l'exigence de forme écrite imposée pour la convention d'arbitrage si l'information qu'elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement; le terme "communication électronique" désigne toute communication que les parties effectuent au moyen de messages de données; le terme "message de données" désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques, magnétiques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex ou la télécopie.

5) En outre, une convention d'arbitrage se présente sous forme écrite si elle est consignée dans un échange de conclusions en demande et en réponse dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre ».

Lorsque l'écrit est signé par les parties, cela coupera court à toute allégation par l'une d'elles d'ignorance de la clause. Mais on note que les textes cités n'exigent pas la signature. Ainsi la convention d'arbitrage peut-elle être établie par le simple échange de documents comportant la clause. Encore faut-il cependant qu'il y ait véritablement échange et non simple transmission ou envoi unilatéral de document par une partie à l'autre; il faudra dans ce cas que le document ait été

---

<sup>28</sup> La Convention de Genève (1961) prévoit aussi, dans les rapports entre pays dont la loi n'impose pas la forme écrite à la convention d'arbitrage, toute forme prévue par ces lois (article 1<sup>er</sup>, 2 a).

<sup>29</sup> Par exemple, loi brésilienne précitée, art. 4, 1<sup>o</sup>.

retourné par celle-ci revêtu de sa signature<sup>30</sup>. Certaines lois récentes sont assez précises quant à ce qui est acceptable. Ainsi selon la loi péruvienne de 2008:

“Artículo 10o.- Forma del convenio arbitral.- El convenio arbitral se celebra por escrito, bajo sanción de nulidad. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. Se entiende que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito no solamente cuando está contenido en documento único suscrito por las partes, sino también cuando resulta del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación o correspondencia que inequívocamente deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. Se entiende además que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito cuando a pesar de no existir acuerdo previo, por iniciativa de una de las partes involucradas se somete una controversia a la decisión de uno o más árbitros que aceptan resolver el conflicto, mediando asentimiento posterior de la otra u otras partes a dicho sometimiento. Se entenderá que hay asentimiento cuando, notificada la parte contraria de la iniciativa de quien promovió la intervención de él o los árbitros, se apersona al procedimiento arbitral sin objetar dicha intervención”.

La forme écrite n'est cependant pas exigée de tous les systèmes. La question se déplace alors sur la preuve de l'acceptation de la clause par la partie qui conteste être engagée ; mais il sera difficile de faire cette preuve sans un écrit.

c) Clause par référence. Il est très fréquent que la clause d'arbitrage soit contenue dans un document tel qu'un contrat-type ou des « conditions générales » de vente ou d'achat, auquel renvoie l'accord conclu entre les parties, lequel ne porte que sur quelques clauses essentielles. Ceci amène à se prononcer sur la validité d'une clause « par référence » à un écrit non signé. La question n'est pas prévue par la convention de New York. Elle mêle la forme et le consentement, dans la mesure où l'existence d'un écrit établit qu'une partie donnée avait connaissance de la clause et y a consenti. Si le droit applicable pose une condition de forme pour cette hypothèse, la condition doit être respectée en toute hypothèse. S'il n'en pose pas, cela devient une simple question de preuve de la connaissance de la clause par l'autre partie et de son acceptation. Dans le premier cas même, la clause figure souvent sur un document non signé ; d'où le danger d'unilatéralisme et la nécessité de rechercher, en fait, la connaissance effective de la clause par le promettant. Ceci a donné lieu à un embryon de règle matérielle dans la loi-type de la CNUDCI. L'art. 7, déjà cité, se poursuit (rédaction de 2006):

*« 6) La référence dans un contrat à tout document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage écrite, à condition que ledit contrat soit sous forme écrite et que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat ».*

---

<sup>30</sup> Poudret & Besson, n. 189.

## B. AUDIT

On note cependant que le texte ne dit rien sur l'acceptation ni sur la référence. Il laisse entières la question de savoir si l'on va procéder par règles matérielle ou de conflit et si l'on va se contenter du seul consentement ou imposer une exigence de forme.

### **B. Capacité et pouvoir de compromettre**

La *capacité* vise l'aptitude d'une personne, physique ou morale, à s'engager, en l'occurrence à se soumettre à l'arbitrage ; le *pouvoir* désigne la possibilité pour la personne qui a souscrit la convention d'engager une autre personne, en particulier une personne morale. L'une et l'autre question s'élèvent fréquemment à propos de l'accord d'arbitrage, mais dans des contextes différents comme on va le voir.

#### **1. Capacité à se soumettre à l'arbitrage**

La question de la capacité se présente distinctement selon qu'il s'agit d'une *personne privée* ou d'une *personne publique* ; car de nombreux Etats édictent des restrictions à la possibilité pour les personnes publiques relevant de leur autorité de soumettre leurs différends en arbitrage.

##### **a) Personnes privées**

S'agissant des personnes privées, la question se pose pratiquement pour des *personnes morales* ; car il est rare qu'une clause d'arbitrage soit souscrite par un mineur ou un majeur déclaré incapable. S'agissant donc d'une personne morale, on appréciera sa capacité selon la loi qui lui est applicable. On sait que cette loi n'est pas déterminée selon le même critère de rattachement par tous les systèmes : pour beaucoup, il s'agit de la loi du lieu d'incorporation, mais pour d'autres ce sera la loi du siège social. On appliquera donc la règle de conflit prévue par la loi de l'arbitrage (qui est en principe, on le rappelle, la loi du siège). La solution a été expressément formulée par la Résolution de l'Institut de droit international précitée : « *La capacité de compromettre est régie par la loi indiquée d'après les règles de rattachement en vigueur au lieu du siège du tribunal arbitral* » (art. 4)<sup>31</sup>. Il reste cependant à savoir, lorsqu'il se révèle que la personnes morale est soumise à une incapacité, si celle-ci sera nécessairement respectée, comme le montre la question des personnes publiques à l'égard desquelles la question s'élève le plus souvent et même fréquemment.

---

<sup>31</sup> Cela est également pertinent dans le cas où il s'agirait, exceptionnellement, d'une personne physique puisque la capacité des personnes est régie, selon les systèmes de droit international privé, par la loi nationale (généralement dans les systèmes de droit civil) ou par la loi du domicile (généralement selon les systèmes de *common law*), voire par la loi du contrat.

**b) Personnes publiques**

De nombreuses législations nationales ne permettent pas que l'Etat ou les personnes publiques soumettent à arbitrage les litiges dans lesquels ils peuvent être impliqués, dans quelque contexte que ce soit. Le recours à l'arbitrage est perçu dans le cas de l'Etat comme une atteinte à sa souveraineté ; et, pour les autres personnes publiques, comme un signe de méfiance déplacé envers les propres tribunaux de l'Etat. Mais lorsque le cocontractant est une entreprise étrangère, celle-ci - à tort ou à raison - ne souhaite en général pas pour sa part voir les litiges éventuels soumis aux tribunaux de l'Etat, qu'ils considèrent comme juge et partie. De là la fréquence des clauses d'arbitrage lorsque le contrat est international (et même l'institution, sous les auspices de la Banque mondiale, d'un centre d'arbitrage spécialisé en matière d'investissements, le CIRDI, par la Convention de Washington de 1965). Or il arrive que nonobstant la clause, la partie publique refuse de participer à l'arbitrage. L'argument est cependant de moins en moins reçu.

Dès 1955, la jurisprudence française a jugé, à propos de l'Etat français lui-même, que « *la prohibition [faite à l'Etat] de compromettre est limitée aux contrats d'ordre interne et sans application pour les conventions ayant un caractère international* », ajoutant qu'« *il serait contraire aux intérêts de l'Etat de défendre à ses représentants d'accepter un mode de règlement de ses différends conforme aux usages du commerce international, alors que son refus entraînerait souvent la rupture des pourparlers engagés* »<sup>32</sup>. Etait ainsi posée une règle matérielle s'opposant à ce qu'un Etat se prévale d'une règle d'incapacité, dans les rapports internationaux, après avoir souscrit une clause d'arbitrage.

La *Convention européenne de Genève du 21 avril 1961*, destinée particulièrement à faciliter les relations entre l'Europe de l'Ouest et l'Europe de l'Est, alors sous régimes d'économie collective, formule une disposition expresse relative à la « *Capacité des personnes morales de droit public de se soumettre à l'arbitrage* » selon laquelle, dans le domaine d'application de la Convention (c'est-à-dire dans les relations entre les Etats contractants), « *les personnes morales de droit public ont la faculté de conclure valablement des conventions d'arbitrage* » (Article II, paragraphe 1<sup>er</sup>).

La Convention de Washington, précitée, vise par son intitulé même les différends impliquant un Etat, et sa raison d'être est d'inciter les Etats à se prêter à leur règlement par cette voie; et elle formule également une disposition particulière permettant de s'assurer de la compétence du Centre lorsqu'est en

---

<sup>32</sup> Paris, 10 avril 1957, *Myrtoon Steamship*, Journal du droit international 1958, p. 1002. Ceci a été consacré par la Cour de cassation, également à propos de l'Etat français : Cass. civ. 12 mai 1966, *Galakis*, Journal du droit international 1966, p. 648 : « La prohibition n'est pas applicable à un contrat international passé pour les besoins et dans des conditions conformes aux usages du commerce maritime ».

## B. AUDIT

cause une collectivité publique ou un organisme dépendant d'un Etat contractant (article 25.3).

Un certain nombre de législations nationales énoncent aujourd'hui une règle s'opposant à ce qu'un Etat excipe de sa qualité pour renier une clause qu'il a souscrite<sup>33</sup>. Par exemple, la loi suisse de droit international privé, du 18 décembre 1987, dispose en son article 177(2):

« Si une partie à la convention d'arbitrage est un Etat, une entreprise dominée ou une organisation contrôlée par lui, cette partie ne peut invoquer son propre droit pour contester (...) sa capacité d'être partie à un arbitrage »<sup>34</sup>.

De nombreux *tribunaux arbitraux* ont également donné effet au principe examiné, considéré comme *d'ordre public international*. Citons:

« si certaines législations d'inspiration française (...) interdisent à l'Etat ou à une autre collectivité publique de compromettre, il est admis que cette interdiction est sans portée pour les contrats internationaux. En effet, en tant qu'il s'agit là d'une règle d'ordre public, cette interdiction ne peut se situer que dans l'ordre public interne [...]. [L]ordre public international s'opposerait avec force à ce qu'un organe étatique, traitant avec des personnes étrangères au pays puisse passer ouvertement, le sachant et le voulant, une clause d'arbitrage qui met en confiance le cocontractant et puisse ensuite, que ce soit dans la procédure arbitrale ou dans la procédure d'exécution, se prévaloir de la nullité de sa propre parole »<sup>35</sup>.

et :

« c'est un principe reconnu du droit international qu'un Etat est lié par une clause compromissaire contenue dans un accord conclu par l'Etat lui-même ou par une société détenue par l'Etat et ne peut ultérieurement supprimer unilatéralement l'accès de l'autre partie au système envisagé par les parties dans leur accord en ce qui concerne le règlement des litiges »<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> V. Fouchard, Gaillard, Goldman, *Traité de l'arbitrage international*, Paris, 1996, n. 549, se référant aux droits grec, anglais, tunisien, algérien et suisse.

<sup>34</sup> [Ce texte] paralyse [...] les effets des dispositions nationales qui attribuent aux tribunaux de l'Etat une compétence exclusive dans certains domaines notamment les contrats d'Etat, les contrats administratifs ou les investissements » : Poudret et Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bâle, 2002, n. 234, p. 198; Tribunal fédéral, 23 juin 1992, *Revue de l'arbitrage*, 1993, p. 691.

<sup>35</sup> Sentence CCI n° 1971-1939, citée *Journal du droit international* 1982, p. 171.

<sup>36</sup> Sentence du 18 novembre 1983, affaire *Benteler c. Belgique*, *Revue de l'arbitrage* 1989, p. 339. V. les autres décisions arbitrales citées par Fouchard, Gaillard, Goldman, *op. cit.*, n. 552 et s.



Le principe examiné a enfin trouvé son expression la plus générale dans une résolution de l'Institut de droit international sur l'arbitrage entre Etats et entreprises étrangères : « *un Etat, une entreprise d'Etat ou une entité étatique ne peut pas invoquer son incapacité de conclure une convention d'arbitrage pour refuser de participer à l'arbitrage auquel il a consenti* »<sup>37</sup>.

On observera en concluant que la règle présente une double face : elle visera aussi bien l'Etat et les personnes publiques du for que les Etats et les personnes publiques étrangers.

## 2. Le pouvoir de souscrire la convention d'arbitrage

Qu'il s'agisse de personne de droit privé ou de droit public, il n'est par rare non plus que soit invoqué le défaut de pouvoir de la personne qui a souscrit la convention d'arbitrage pour ce faire. Si l'on raisonne en termes de *droit applicable*, il ne fait aucun doute que la loi applicable au pouvoir de la personne qui a agi est celle de l'entité en cause (société, Etat). Il s'ensuit que le défaut de pouvoir prévu par cette loi sera invoqué pour contester la validité de l'accord d'arbitrage. Mais ici encore, on voit bien qu'une application pure et simple de la règle conduit à favoriser la partie qui remet en question l'accord d'arbitrage et pourrait conduire à des injustices, en particulier lorsque le signataire avait toutes les apparences du pouvoir. Une juridiction, étatique ou arbitrale, saisie de la validité de la clause est donc susceptible de faire jouer certains *correctifs* à l'application de la loi ainsi désignée, éventuellement par voie de *règles matérielles*. Elle est ainsi susceptible d'invoquer les *pouvoirs apparents* du signataire (un préposé, un dirigeant de société, un haut fonctionnaire), les *usages du commerce* selon lesquels une personne occupant certaines fonctions a normalement le pouvoir d'engager la personne morale, la *croyance légitime* que pouvait avoir l'autre partie en les pouvoirs du signataire (par exemple, parce qu'il a mené les négociations depuis l'origine jusqu'à la conclusion de la clause). Tout est alors question d'appréciation des circonstances dans lesquelles la clause a été souscrite ; car il appartient également à chaque partie de s'assurer que celui avec qui elle traite a bien le pouvoir de le faire.

Un certain nombre de lois prennent également cette situation en considération. Une disposition générale du droit suisse, par exemple, réserve les restrictions de la loi de la société inconnues du cocontractant et de son droit<sup>38</sup>. Le droit italien énonce que le pouvoir de passer un contrat emporte celui de

---

<sup>37</sup> Institut de droit international, session de Saint-Jacques de Compostelle, septembre 1989, article 5 (Revue de l'arbitrage 1990, p. 931, Revue critique de droit international privé 1990, p. 191); également, article 9 : « *Dans les arbitrages entre un Etat, une entreprise d'Etat ou une entité étatique et une entreprise étrangère, la compétence du tribunal ne peut être déniée pour des motifs déduits de la souveraineté de l'Etat* ».

<sup>38</sup> Loi de droit international privé, article 158.

## B. AUDIT

compromettre. La jurisprudence française est allée récemment plus loin en posant, dans une décision (que l'on peut estimer excessive), que

« l'engagement d'une société à l'arbitrage ne s'apprécie pas par référence à une quelconque loi nationale mais par la mise en œuvre d'une règle matérielle (...) fondée sur la volonté commune des parties, (...) l'exigence de bonne foi et (...) la croyance légitime dans les pouvoirs du signataire de la clause pour conclure un acte de gestion courante qui lie la société »<sup>39</sup>.

Sans aller aussi loin, on peut voir émerger dans ce contexte l'idée qu'une partie ne doit pas être admise à invoquer ses propres manquements. Il est vrai aussi que le partenaire peut difficilement ignorer l'existence de possibles restrictions. Un moyen pratique de prévenir les difficultés consiste, comme cela se fait notamment dans les rapports avec une personne publique étrangère, à insérer une clause selon laquelle la partie étatique garantit que sont respectées les dispositions de son droit.

## C. Le consentement à l'accord d'arbitrage

Les règles de forme dont on a parlé plus haut sont édictées dans le but de s'assurer d'une véritable connaissance de la clause par les parties et donc de leur consentement effectif. Cela doit en principe empêcher une partie de contester son consentement à l'accord d'arbitrage. Toutefois, lors même qu'un accord a été passé sous forme écrite et n'est donc pas contesté de ce point de vue, une partie est susceptible de plaider que son consentement a été surpris ou vicié d'une manière quelconque. Pour statuer sur ce point, la voie normale consisterait, une fois encore, à rechercher la *loi applicable* à l'accord selon les principes de conflit de lois applicables. Mais cette voie se révèle à nouveau peu adaptée : cette fois en raison du fait que la simple détermination du rattachement conduisant à la loi applicable soulève l'hésitation. Plusieurs lois ont en effet vocation à s'appliquer à l'accord d'arbitrage : la loi du contrat qui contient la clause, une loi propre à celle-ci (détachée du contrat qui la contient)<sup>40</sup>, la loi du ou des tribunaux qui ont été évincés puisqu'ils se reconnaîtraient compétents. De plus, si l'on se prononce pour la loi applicable au contrat ou à la clause, on introduit ainsi la loi d'autonomie, selon le principe majoritaire en droit comparé, de sorte que la partie stipulant la clause aurait la faculté de la placer sous l'empire d'un droit qui rende difficile sa contestation. Ces difficultés peuvent suggérer de résoudre les questions soulevées par le consentement comme une simple question de *fait*, sans

---

<sup>39</sup> Civ. I, 8 juillet 2009, *Soerni*, Revue critique de droit international privé 2009, p. 779. Mais l'arrêt relève que le document faisant référence à l'arbitrage avait été signée par le seul contact de la société pendant les négociations et que les dirigeants de la société avaient tacitement ratifié l'opération en demandant un devis pour une assurance complémentaire.

<sup>40</sup> Sur ce point, en effet, on admet que le principe de séparabilité, déjà examiné, comporte une autre conséquence : celui que la clause d'arbitrage soit soumise à une autre loi que le contrat principal. V. Résolution IDI, précitée, art. 6, supra note 23.

chercher à rattacher la solution à un droit particulier, et à se prononcer selon des dispositions matérielles. C'est en effet un principe universel qu'un acte juridique suppose le consentement de celui qui s'oblige ; et la plupart, sinon la totalité des droits nationaux, admettent que soit discutée l'intégrité du consentement.

Cette manière de procéder est illustrée en matière de clause attributive de juridiction (à une juridiction étatique) par l'arrêt bien connu de la Cour suprême des Etats-Unis consacrant la validité d'une telle clause en droit fédéral<sup>41</sup>. La Cour a assorti le principe de réserves incluant le fait que la clause priverait en fait une partie de la possibilité de faire valoir ses droits, la fraude, le dol, l'absence de libre négociation ou une trop forte disparité dans le pouvoir de négociation des parties (*fraud, undue influence or overweening bargaining power*). Elle a également relevé que le contrat litigieux avait été librement négocié entre hommes d'affaires expérimentés, qu'aucun abus de pouvoir n'avait été commis et que les inconvénients éventuels attachés au choix de la juridiction désignée (portant sur l'appréciation de la validité d'une clause restrictive de responsabilité) étaient parfaitement prévisibles au moment de la signature du contrat. Sans doute la Cour formule-t-elle là des principes qui sont de droit américain ; mais, toute question de formulation mise à part, ils ne présentent pas de spécificité qui les rattache particulièrement à ce droit.

En matière d'arbitrage, la jurisprudence française a expressément répudié la méthode des conflits de lois au profit de règles matérielles. Selon l'arrêt fondamental en la matière:

« en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient (...) ; son existence et son efficacité s'apprécient, (...) d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique »<sup>42</sup>.

On objecte cependant à cette position qu'une convention ne peut être valide qu'au regard d'une norme qui lui reconnaît effet. La position examinée peut cependant s'expliquer simplement par la réticence à se prononcer selon une loi qui sera fréquemment la loi du for - ainsi que celle d'une partie - et l'idée du caractère préférable de principes transnationaux, considérations également louables. Il est vrai que, même qualifiées d'internationales ou transnationales par la juridiction qui les énonce, ces normes ne le sont que par leur objet, non par leur source: ce sont des normes de l'Etat dont émanent les décisions, applicables aux relations internationales. Il en serait différemment si l'on pouvait se recommander, pour statuer sur le consentement, de la pratique internationale

---

<sup>41</sup> *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1 (1972).

<sup>42</sup> Cass. Civ. I, 20 décembre 1993, *Dalico*, Bulletin civil I, n° 372, p. 258, Journal du droit international 1994.432, Revue critique de droit international privé 1994.663, Revue de l'arbitrage 1994.116. On voit qu'à la séparabilité matérielle de la clause d'arbitrage, étudiée plus haut, se joint une séparabilité juridique.

## B. AUDIT

(jurisprudence comparée)<sup>43</sup> ou encore de sources telles que les Principes Unidroit (comme y invite leur Préambule).

### D. La licéité de la clause d'arbitrage: l'arbitrabilité du litige

Il est des matières dans lesquelles les parties n'ont pas normalement la latitude de désigner un juge, en raison de leur caractère impératif marqué. Ce sont celles qui comportent majoritairement des règles d'ordre public, au sens large : ordre public de protection, lorsque les règles visent à protéger une partie réputée plus faible que l'autre<sup>44</sup> ; ordre public de direction, lorsque la réglementation de l'économie est en cause. Le meilleur exemple des secondes est donné par le droit de la concurrence ; on peut également citer le droit de la propriété industrielle (brevets), du fait que celle-ci se traduit par un monopole pour le titulaire au détriment de la liberté du commerce ; ou encore le droit de la faillite. Or la réticence à permettre les clauses attributives de juridiction en faveur d'une juridiction *étatique* donnée, évinçant les autres, peut sembler d'autant plus justifiée lorsque le 'juge' désigné est un arbitre. Car si l'on peut espérer des juridictions étatiques une attitude attentive à l'égard des dispositions impératives, fussent-elles d'un autre Etat, en revanche, les arbitres, personnes privées, ne sont pas tenus de devoirs particuliers à l'égard d'un Etat ; leurs obligations sont au premier chef envers les parties, et notamment celle de faire respecter leur volonté telle qu'elle s'est exprimée dans les accords qu'elles ont passés. La question de l'*arbitrabilité* est donc devenue de plus en plus sensible à mesure que se multipliaient les règles impératives dans les droits nationaux et que les litiges ont porté sur des questions juridiques et non plus seulement sur la simple qualité de marchandises livrées ou de prestations fournies. Parmi les causes de refus de reconnaissance d'une sentence autorisés par la Convention de New York figure le fait que selon la loi de l'Etat requis « *l'objet du différend ne peut être tranché par voie d'arbitrage* » (Article 5.2, a). Parmi les lois nationales, on citera en tant qu'exemple récent de restriction la loi péruvienne de 2008, article 1er

« Artículo 1o.- Disposición general.- Pueden someterse a arbitraje las controversias [...] sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición (...); excepto: (...)

3. Las que interesan al orden público (...) »

Néanmoins, la faveur à l'arbitrage dans le commerce international se traduit par un libéralisme croissant de la part d'un certain nombre d'Etats.

---

<sup>43</sup> V. F. Poudret et S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles (Bruylant), Paris (LGDJ), 2002.

<sup>44</sup> V. les dispositions du règlement européen n° 44-2001 du 22 décembre 2000, dit Bruxelles I, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, limitant la possibilité de conclure une clause attributive de juridiction en matière d'assurance, de consommation et de travail (articles 8 à 21).

L'évolution a notamment été illustrée il y a une vingtaine d'années par l'arrêt *Mitsubishi v. Soler* de la Cour suprême des Etats-Unis, dont la motivation très fournie constitue un bon résumé des éléments favorables à l'arbitrabilité (mais aussi l'opinion dissidente celui des arguments contraires)<sup>45</sup>. La Cour a refusé de distinguer entre les *contractual claims*, c'est-à-dire les demandes « purement » contractuelles, qui seraient seules arbitrables, et celles relevant d'une loi (*statutory claims*), qui ne le seraient pas en raison d'un intérêt public en cause. Elle a évoqué pour cela la courtoisie internationale, le respect de la compétence (au sens ordinaire du terme) des juridictions étrangères et transnationales (les arbitres), les besoins de prévisibilité du système international dans le règlement des litiges<sup>46</sup>. Elle a précisé que la validité d'une clause donnée serait écartée si la clause apparaissait avoir été imposée par une partie à l'autre ou obtenue par fraude. Elle a estimé que la politique américaine (fédérale) interne favorable à l'arbitrage devait s'appliquer de plus fort en matière internationale. Elle a réfuté l'objection de la complexité des litiges en matière anti-trust alors que la possibilité de s'adresser à des personnes particulièrement qualifiées est précisément une caractéristique de l'arbitrage. Elle a rejeté la présomption qu'un panel d'hommes d'affaires sera nécessairement hostile aux restrictions qu'impose le droit anti-trust.

Une autre raison est invoquée en faveur d'une attitude libérale au regard de l'arbitrabilité. Il ne s'agit, au stade envisagé, que de donner effet à un accord d'arbitrage et non à une sentence. Lorsque celle-ci sera rendue, un contrôle étatique pourra être exercé sur elle par la voie du recours en nullité dans l'Etat du siège ou à l'occasion d'une demande d'exécution dans les autres (argument du *second look*)<sup>47</sup>. Mais sur ce point, il est vrai aussi que tout dépend de l'étendue du contrôle qui sera effectivement exercé, et deux conceptions s'opposent schématiquement : l'une, qualifiée de « maximaliste », pour laquelle le contrôle doit porter sur tous les éléments de droit et de fait ayant conduit à la décision des arbitres ; l'autre « minimaliste », pour laquelle il y a seulement lieu de vérifier que la sentence ne contient rien de contraire à l'intérêt général (par exemple, en permettant que se poursuive l'exécution d'un accord anticoncurrentiel).

Sur la base de la jurisprudence connue des tribunaux étatiques, c'est plutôt la seconde attitude qui prévaut dans la pratique. Dans l'affaire *Mitsubishi*, la Cour suprême avait décrit le contrôle judiciaire sur la sentence comme consistant à

---

<sup>45</sup> *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* 473 U.S. 614 (1985).

<sup>46</sup> Ces arguments étaient repris d'une précédente décision dans un litige impliquant le *Federal Securities Act*, dont les liens avec les Etats-Unis étaient cependant moins significatifs que ceux de l'affaire *Mitsubishi* : *Scherck v. Alberto-Culver*, 417 U.S. 506 (1974).

<sup>47</sup> Cet argument n'a été curieusement mentionné dans l'arrêt *Mitsubishi* que dans une note ; mais la Cour a indiqué que la partie qui plaidait pour le respect de la clause d'arbitrage ne contestait pas l'application du droit américain aux questions de concurrence soulevées par l'accord de distribution litigieux.

## B. AUDIT

s'assurer que le tribunal arbitral « *took cognizance of the antitrust claims and actually decided them* »". Par la suite, une cour d'appel fédérale a refusé de réexaminer les questions de concurrence jugées par une sentence ; elle a déclaré que l'intention traduite dans l'arrêt *Mitsubishi* n'était pas qu'une fois rendue une sentence, elle soit mise au panier et les questions de concurrence entièrement rejuguées, car c'eut été une autre façon de juger que ces questions ne sont pas arbitrables<sup>48</sup>. En Europe, la tendance est la même. En France, la Cour d'appel de Paris, approuvée par la Cour de cassation, a déclaré que

« s'agissant de la violation de l'ordre public international, la cour, qui n'est pas juge du procès mais de la sentence, n'exerce [...] sur celle-ci qu'un contrôle extrinsèque puisque seule sa reconnaissance ou son exécution est examinée au regard de la compatibilité avec l'ordre public international au moment de sa présentation au juge. En l'absence de toute démonstration par l'appelante d'une violation flagrante, effective et concrète de l'ordre public international, il n'existe aucune raison de tenir pour insignifiant ce qui a été jugé par le tribunal arbitral (...) et y substituer la propre appréciation de la cour »<sup>49</sup>.

En Italie, de même, deux décisions de cours d'appel, se fondant sur le refus de la révision des sentences au fond, on seulement vérifié que les arbitres aient pris en considération les dispositions impératives invoquées et motivé leur décision<sup>50</sup>. Le Tribunal fédéral suisse est allé le plus loin en énonçant (à l'occasion de la dernière affaire citée) que « *les dispositions du droit de la concurrence, quel qu'il soit, ne font pas partie des valeurs essentielles et largement reconnues qui selon les conceptions prévalant en Suisse devraient constituer le fondement de tout ordre juridique* »<sup>51</sup>.

En Belgique, toutefois, une décision de première instance statuant sur recours en annulation de la sentence auparavant déclarée exécutoire en France dans l'affaire *SNF*, a pris l'« exact contre-pied » de la position de la juridiction française tout en s'y référant implicitement : bien que reconnaissant qu'il ne leur appartenait pas de rejurer l'affaire au fond, les juges étatiques se sont livrés à un examen approfondi de la motivation des arbitres, et ils y ont trouvé une « contradiction nuisant à l'effectivité du droit communautaire » les amenant à

---

<sup>48</sup> *Baxter Int. Inc. V. Abbott Laboratories*, 315 F. 3d 82 (9th Circ. 2003).

<sup>49</sup> Paris 23 mars 2006, *Sté SNF SAS c. Sté Cytec*, Revue de l'arbitrage 2006.483. Le pourvoi contre cette décision a été rejeté par Cass. civ. I, 4 juin 2008, Revue de l'arbitrage 2008.346, *Global Arbitration Review*, 23 juin 2008.

<sup>50</sup> V. les décisions *Nuovo Pignone c. Schlumberger*, Corte d'Appello di Firenze, 21 mars 2006, *Rivista dell'arbitrato*, n° 4-2006, p. 654, et *Tensacciai c. Terra Annata* Corte di Appello di Milano, 15 juillet 2006, *ibid.* p. 744, analysées par L. Radicati di Brozzolo, "Controllo del lodo internazionale e ordine pubblico", *Rivista dell'arbitrato*, n° 4-2006, p. 629, la seconde décision se livrant cependant à un examen plus étendu que la première.

<sup>51</sup> Tribunal fédéral, 8 mars 2006, *Tensacciai c/ Terra Armata*, Revue de l'arbitrage 2006.763.

conclure à l'annulation de la sentence examinée<sup>52</sup>. Mais leur analyse a été condamnée par la cour d'appel de Bruxelles, ce qui montre bien les limites à l'encontre d'un contrôle approfondi<sup>53</sup>.

Certains commentateurs dénoncent une incohérence à permettre l'arbitrabilité au motif qu'un contrôle ultérieur par les juges étatiques pourra être exercé, puis à pratiquer un contrôle à ce point minimal qu'il peut apparaître formel. Mais le fait que la jurisprudence porte sur le droit de la concurrence peut expliquer cette situation. Savoir si un accord ou une décision contreviennent au droit de la concurrence implique des analyses complexes (ne serait-ce que la délimitation du marché en cause) ; du fait de cette complexité même, rien ne permet d'assurer que la décision des juges statuant sur recours sera mieux fondée que celle des arbitres. D'autres matières, il est vrai, ne présentent pas une telle complexité, de sorte que l'on peut y attendre un contrôle plus étroit de la part des juges sur les sentences ; on pense notamment au droit de la consommation, domaine dans lequel la Cour de justice de l'Union européenne a prescrit aux juges nationaux des directives de contrôle plus strictes sur les sentences. L'intensité du contrôle exercé serait donc inversement proportionnelle à la complexité de la matière. Mais ce qui paraît certain, en l'état actuel des questions, est l'extension du domaine de l'arbitrabilité.

#### **IV. Conclusions**

Les deux séries de questions que l'on abordées dans ce cours appellent des conclusions séparées.

Les premières étaient celles soulevées par la contestation éventuelle de l'accord d'arbitrage. On a pu constater une certaine unanimité sur le principe de séparabilité de l'accord d'arbitrage et celui de la compétence des arbitres pour juger de leur propre compétence. Cela est particulièrement net dans les législations récentes d'Amérique latine, lesquelles étaient encore récemment peu favorables à l'arbitrage. Un point reste cependant en suspens, à savoir l'aménagement de la litispendance entre les juges et les arbitres lorsqu'une partie saisit un juge étatique tandis que l'autre met en œuvre une clause d'arbitrage.

Sur les secondes, le droit applicable à l'accord d'arbitrage, on constate tout d'abord la diversité des lois susceptibles de s'appliquer à l'accord d'arbitrage selon la question précise soulevée. En effet, en tant qu'acte juridique, l'accord d'arbitrage soulève des questions de forme et preuve, de capacité et de pouvoir, de consentement et de licéité de l'objet. En principe, on doit appliquer à chacune de ces questions la règle de conflit correspondante pour désigner le droit national applicable. Mais on constate aussi, pour différentes questions, une tendance à énoncer directement une règle de fond applicable en matière d'arbitrage international ; cela non seulement dans les conventions internationales, mais dans

---

<sup>52</sup> Trib. inst. Bruxelles, 8 mars 2007, Revue de l'arbitrage 2007.303.

<sup>53</sup> CA Bruxelles, 22 juin 2009, Revue de l'arbitrage 2009.574.

## B. AUDIT

les lois ou les jurisprudences nationales. De plus, ces règles sont souvent semblables, ainsi sur la forme de la convention d'arbitrage ou la capacité d'une personne publique à s'engager à l'arbitrage. L'on voit ainsi émerger sur certaines questions un début de droit véritablement international de l'arbitrage, ce dont on ne peut que se réjouir.