

AVIS

L'auteur a autorisé l'Université de Montréal à reproduire et diffuser, en totalité ou en partie, par quelque moyen que ce soit et sur quelque support que ce soit, et exclusivement à des fins non lucratives d'enseignement et de recherche, des copies de ce mémoire ou de cette thèse.

L'auteur et les coauteurs le cas échéant, conservent néanmoins la liberté reconnue au titulaire du droit d'auteur de diffuser, éditer et utiliser commercialement ou non ce travail. Les extraits substantiels de celui-ci ne peuvent être imprimés ou autrement reproduits sans autorisation de l'auteur.

L'Université ne sera aucunement responsable d'une utilisation commerciale, industrielle ou autre du mémoire ou de la thèse par un tiers, y compris les professeurs.

NOTICE

The author has given the Université de Montréal permission to partially or completely reproduce and diffuse copies of this report or thesis in any form or by any means whatsoever for strictly non profit educational and purposes.

The author and the co-authors, if applicable, nevertheless keep the acknowledged rights of a copyright holder to commercially diffuse, edit and use this work if they choose. Long excerpts from this work may not be printed or reproduced in another form without permission from the author.

The University is not responsible for commercial, industrial or other use of this report or thesis by a third party, including by professors.

Université de Montréal

L'autonomie de la clause compromissoire en matière d'arbitrage international

Présenté par
Hamdi Ouerghi

Faculté de droit

Mémoire présenté à la faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade
de maîtrise en droit (LL.M)
(Option : droit des affaires)

Mai 2006

© Hamdi Ouerghi 2006



UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL

Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé :

L'autonomie de la clause compromissoire en matière d'arbitrage international

présenté par

Hamdi Ouerghi

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Claude Fabien

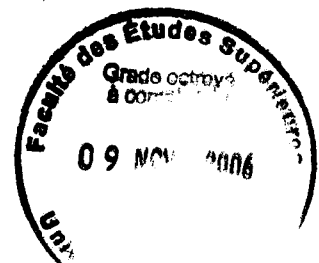
Président-rapporteur

Nabil Antaki

Directeur de recherche

Sibidi Darankoum

Membre du jury



SOMMAIRE

Le principe de l'autonomie de la clause compromissoire est un principe ambigu qui renferme plusieurs volets. Dans son premier sens, ce principe signifie que la clause arbitrale doit être appréciée d'une manière indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Cette conception de l'autonomie a pour conséquences de mettre la convention d'arbitrage à l'abri des causes d'invalidités qui peuvent affecter le contrat principal ainsi que la possibilité d'être régie par un droit différent. Cependant, l'évolution du principe d'autonomie a dépassé les limites de cette conception en faisant surgir un autre volet, à savoir, la validité de la convention d'arbitrage indépendamment de toute loi étatique. Cet autre aspect de l'autonomie signifie que l'existence et la validité de la clause compromissoire doivent être examinées au regard de règles matérielles spéciales, abstraction faite de tout conflit de lois, mais avec pour limites le respect des règles d'ordre public international. Par ailleurs, le rattachement de ce principe à certains effets de la convention d'arbitrage s'avère délicat. En effet, le principe d'autonomie se trouve souvent assorti d'un autre grand principe de l'arbitrage international qui est celui de la «compétence-compétence». Les liens étroits qu'entretiennent les deux principes génèrent un risque d'amalgame entre deux règles qui sont en réalité différentes. Sur un autre plan, serait mis en cause, au nom de l'incohérence juridique, le pouvoir du principe d'autonomie de «coexister» avec une autre caractéristique de la clause compromissoire, à savoir, sa transmissibilité. Nous essayerons alors de clarifier cette articulation «douteuse».

Mots-clés : Clause compromissoire, autonomie, compétence-compétence, transmission.

ABSTRACT

The autonomy of the arbitration clause is an ambiguous principle which contains several shutters. It's sometimes used – traditionally – to refer that the arbitration clause must (agreement) be treated and appreciated separately from the main contract. This conception of autonomy gives rise to two consequences: first, the arbitration agreement is unaffected by the invalidity of the main contract and second, it may be governed by a Law different from that governing the main contract. However, the evolution of this traditional sense has given another shutter to the principal of the autonomy which refers to the arbitration agreement from “all national laws”. This new concept of autonomy is entirely different and which means that the existence and the validity of the arbitration clause must be examined under special material rules, isolating the arbitration agreement from the conflict of laws but with full respect to the international law.

In addition, the link this principle has with certain effects of the arbitration agreement proves to be delicate. Indeed, the principle of autonomy is often associated with another principle of the international arbitration which is kompetenz-kompetenz. The close links that the two principles maintain generate a risk of amalgam between two rules which are actually different. On another level, would be blamed, in the name of the legal inconsistency, the capacity of the principle of autonomy "of coexisting" with another characteristic of the arbitration clause, namely, its transmissibility. We will try to clarify this "doubtful" articulation.

Keywords : Arbitration clause, autonomy, kompetenz-kompetenz, transmission.

LISTE DES ABRÉVIATIONS ET DES SIGLES

<i>al.</i>	Alinéa
<i>art.</i>	Article
C.A.	Recueil de jurisprudence du Québec. Cour d'appel.
<i>Cass.</i>	Cour de cassation
C.c.Q	Code civil du Québec
<i>Civ.</i>	Arrêt d'une chambre civile de la cour de cassation
<i>C. P. du N.</i>	Cours de perfectionnement du notariat
C.p.c	Code de procédure civile
C.S	Recueil de jurisprudence du Québec. Cour supérieure.
<i>J.D.I</i>	Journal du droit international (ou Clunet)
N.C.P.C	Nouveau code de procédure civile (France)
R.C.S	Recueil des arrêts de la cour suprême du Canada.
<i>R.D.A.I</i>	Revue de droit des affaires internationales
<i>R. de d. McGill</i>	Revue de droit de McGill
<i>R.D.U.S</i>	Revue de droit de l'Université de Sherbrooke
<i>Rec. Cours, La Haye</i>	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye

<i>Rev. arb.</i>	Revue de l'arbitrage
<i>Rev. Crit. DIP</i>	Revue critique de droit international privé
<i>R.I.D.C</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>R. J. T.,</i>	Revue juridique Thémis
<i>R.T.D.Com</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>Trav. Comité fr. D. I. P</i>	Travaux du comité français de droit international privé

Remerciements

Je souhaite, avant tout, remercier mes parents qui m'ont apporté un indéfectible soutien tout au long de mes études. Rien n'a autant encouragé mes efforts que le souci de ne pas les décevoir.

Je tiens aussi à remercier mon encadreur de recherche, le professeur Nabil Antaki pour ses précieux conseils.

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE.....	iii
ABSTRACT.....	iv
LISTE DES ABRÉVIATIONS ET DES SIGLES.....	v
REMERCEMENTS.....	vii
 INTRODUCTION.....	 1
 PREMIÈRE PARTIE – L'AUTONOMIE MATÉRIELLE : LA SÉPARABILITÉ DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE.....	 7
 Chapitre1 : Les fondements du principe.....	 7
<u>Section 1 : L'objet de la convention d'arbitrage.....</u>	13
<u>Section 2 : La volonté des parties.....</u>	15
 Chapitre2 : La portée du principe.....	 21
<u>Section 1 : L'indifférence de la clause compromissoire par rapport au sort du contrat principal.....</u>	21
1- «L'immunisation» de la clause compromissoire contre les causes d'invalidité pouvant affecter le contrat principal.....	21
2- Portée de la règle en cas de contestation de l'existence du contrat principal.....	24
<u>Section 2 : la possibilité de soumettre la clause compromissoire et le contrat principal à des lois différentes.....</u>	27
 Chapitre 3 : La consécration du principe.....	 30
<u>Section 1 : Les conventions internationales.....</u>	30
<u>Section 2 : Les ordres juridiques étatiques.....</u>	32
1- Les lois nationales.....	32
2- La jurisprudence étatique.....	35

<u>Section 3 : La pratique arbitrale</u>	36
DEUXIÈME PARTIE – L'AUTONOMIE DE RATTACHEMENT : LA VALIDITÉ DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE INDÉPENDAMMENT DE TOUTE LOI ÉTATIQUE	38
Chapitre1 : Présentation du principe	40
<u>Section 1 : L'origine du principe</u>	40
<u>Section 2 : La nature du principe</u>	43
Chapitre 2 : Le contenu du principe	45
<u>Section 1 : L'abandon de la méthode conflictuelle</u>	46
1- La méthode conflictuelle.....	46
2- Les difficultés inhérentes à la méthode conflictuelle.....	49
<u>Section 2 : L'adoption des règles matérielles</u>	52
1- Le principe de validité de la convention d'arbitrage international.....	52
2- L'ordre public international : seule limite au principe d'autonomie.....	55
Chapitre 3 : La consécration du principe	59
<u>Section 1 : Les critiques doctrinales</u>	59
<u>Section 2 : La reconnaissance limitée du principe</u>	62
TROISIÈME PARTIE – LE RATTACHEMENT DÉLICAT DU PRINCIPE D'AUTONOMIE À CERTAINS EFFETS DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE	65
Chapitre 1 : L'articulation entre le principe d'autonomie et la compétence-compétence	66
<u>Section 1 : Présentation du principe de la compétence-compétence</u>	66

1- L'effet positif du principe.....	67
a- Les fondements de l'effet positif du principe de la compétence-compétence.....	67
b- L'admission de l'effet positif du principe de la compétence-compétence.....	67
2- L'effet négatif du principe.....	72
a- Les fondements de l'effet négatif du principe de la compétence-compétence.....	73
b- Divergences dans l'application et la consécration de l'effet négatif du principe de la compétence-compétence.....	75
<u>Section 2 : Le rattachement délicat entre le principe d'autonomie et la compétence-compétence.....</u>	78
1- Les facteurs qui génèrent l'amalgame entre les deux principes.....	78
a- Des points en communs entre les deux principes.....	79
b- Un lien influent entre les deux principes.....	81
2- Les raisons pour lesquels le principe d'autonomie et celui de la compétence-compétence doivent être distingués.....	83
Chapitre 2 : L'articulation entre le principe d'autonomie et la transmission de la clause compromissoire.....	87
<u>Section 1 : La dimension accessoire de la clause compromissoire.....</u>	90
1- La notion d'accessoire.....	90
2- La vérification du caractère accessoire de la clause compromissoire.....	92
<u>Section 2 : Autonomie et transmission : une apparente contradiction.....</u>	94
CONCLUSION.....	100
BIBLIOGRAPHIE.....	I

INTRODUCTION

Au cours des deux dernières décennies, l'arbitrage a connu un développement extraordinaire et s'est affirmé comme «*le mode habituel*»¹ des résolutions des litiges du commerce international. Un tel succès s'explique essentiellement par l'opportunité de recourir à ce mode de règlement des différends. En effet, en raison des différents avantages² qu'il offre, l'arbitrage est perçu comme étant particulièrement adapté aux besoins des opérateurs du commerce international.

Ce développement a été accompagné et renforcé par une intense activité législative de la part de plusieurs pays, qui ont eu la volonté de moderniser leurs droits nationaux de l'arbitrage³. Ceci a permis à l'institution d'acquérir une reconnaissance internationale. Cette reconnaissance, estiment certains⁴, a eu pour conséquences le renforcement de l'autonomie de l'institution arbitrale. On peut ainsi évoquer l'autonomie du droit applicable, l'autonomie de la sentence arbitrale, mais avant tout, l'autonomie de la convention d'arbitrage. En ce sens Philippe Fouchard disait : «*la convention arbitrale, dans le commerce international, sera*

¹ LALIVE. P., «L'importance de l'arbitrage commercial international», dans *Actes du 1er Colloque sur l'arbitrage commercial international* / textes réunis sous la direction de Nabil Antaki et Alain Prujiner, Montréal : Wilson & Lafleur, c1986, p. 16

² On peut évoquer la rapidité, la confidentialité, la compétence technique des arbitres ainsi que la souplesse de la procédure. Ce sont des éléments qui font que le recours à l'arbitrage soit perçu comme étant plus avantageux par rapport à la justice étatique.

³ Surtout après l'apparition de la *loi-type sur l'arbitrage commercial international*, adoptée le 21 juin 1985 par la *Commission des Nations Unies pour le droit commercial international* (CNUDCI).

⁴ RACINE. J-B., «Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international», *Rev. Arb.*, 2005, N 3, p. 305; DERAIS. Y., «Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale », *J.D.I.*, 1993, p. 831.

donc l'instrument premier de l'autonomie que ce milieu cherche à obtenir vis-à-vis des cadres étatiques»⁵.

Ces propos ne font que souligner tout d'abord l'importance de la convention d'arbitrage dans ce système. En effet, le recours à l'arbitrage *«trouve sa source dans la volonté des parties telle qu'exprimée dans une convention qui prévoit et organise ce recours»*. La convention d'arbitrage devient donc *«l'élément premier de toute procédure arbitrale»*⁶. À ce niveau, il est important de souligner que dans certains systèmes juridiques, le terme convention d'arbitrage peut couvrir deux notions distinctes⁷. En effet, la convention d'arbitrage peut prendre soit la forme d'une clause compromissoire, soit d'un compromis. La clause compromissoire est une entente qui organise le recours à l'arbitrage avant la naissance du litige. Pour sa part, le compromis se définit comme *«une entente entre les personnes qui ont un différend, afin de le soumettre à un arbitre désigné plutôt qu'aux tribunaux normalement compétents pour le trancher»*⁸. Ainsi, contrairement à la clause compromissoire, le compromis est une convention conclue après la naissance du litige.

Cette forme de la convention d'arbitrage échappe au cadre de notre étude. Aussi, pour les fins de ce travail, le terme «convention d'arbitrage» désignera exclusivement la convention intervenant avant la survenance d'un différend, dite «clause compromissoire».

⁵ FOUCHARD. Ph, L'arbitrage commercial international, Dalloz, 1965, p. 54.

⁶ GAVALDA. C, DE LEYSSAC. C.L., *L'arbitrage*, Paris : Dalloz, 1993.

⁷ En droit québécois, l'expression convention d'arbitrage réunit sous un même vocable la clause compromissoire et le compromis. Le droit québécois a opté pour une conception unitaire de la convention d'arbitrage en ce sens que cette dernière désigne autant le contrat par lequel les parties s'engagent à soumettre à l'arbitrage un différend né que celui dont l'objet est un différend éventuel. L'article 2638 du Code civil du Québec est très clair sur ce point : *«La convention d'arbitrage est le contrat par lequel les parties s'engagent à soumettre un différend né ou éventuel à la décision d'un ou plusieurs arbitres, à l'exclusion des tribunaux»*. V. en ce sens, GLENN, H. Patrick, *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Québec : Éditions Y. Blais, c1993, p. 476; V. aussi BRIERLEY. J. E. C, «La convention d'arbitrage en droit québécois interne », *C. P. du N. 507*, N 91, 1987, N. 83-84-85.

⁸ PRUJINER. A, «Validité et efficacité des conventions d'arbitrage», *C.P. du N.*, 1995, 1, p. 251.

L'observation du paysage juridique applicable à la convention d'arbitrage nous permet de constater qu'il est marqué particulièrement par le principe d'autonomie de cette convention. Cependant il faut aussitôt souligner l'ambiguïté de cette notion «*apparemment simple*», «*claire dans son énoncé et difficile à analyser*»⁹.

La dénomination même du principe représente un terrain de controverse. En ce sens, le terme «autonomie» est-il vraiment le plus approprié pour décrire les rapports entre la clause compromissoire et le contrat principal ? Ne devrait-on pas plutôt parler du détachement ou de l'indépendance de la convention d'arbitrage ? Certains auteurs¹⁰, à l'image de la doctrine anglaise préfèrent parler de la séparabilité¹¹ de la convention d'arbitrage estimant que le terme autonomie est susceptible de générer excès et confusion de fait de son manque de nuances. En ce qui concerne cette étude, on utilisera essentiellement le terme autonomie, respectant ainsi l'appellation consacrée par la pratique et la majorité de la doctrine. Le terme séparabilité sera aussi utilisé exceptionnellement pour désigner le détachement matériel de la clause compromissoire.

La cette question de vocabulaire étant clarifiée, on notera que le principe de l'autonomie de la clause compromissoire est à la fois intéressant en théorie et utile en pratique.

D'un point de vue théorique, la question mérite d'être abordée car l'évolution du principe dans le domaine de l'arbitrage international suscite encore perplexité et polémique. Cela est dû notamment à la complexité de la notion dans la mesure où les sens de l'autonomie sont nombreux et qu'il y a une fausse simplicité derrière ce terme.

⁹ ANCEL. J-P, «L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire», *Trav. Comité fr. D. I. P.*, 1991-1992, p. 75.

¹⁰ V. par exp, MAYER. P, « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », *Rev. Arb.*, 1998, p. 360 et suiv.

¹¹ La doctrine anglaise utilise le terme « severability » ou « separability » pour décrire les rapports entre la clause compromissoire et le reste du contrat. La doctrine française et québécoise parle plus souvent du principe d'autonomie de la clause compromissoire.

Le principe de la séparabilité de la clause compromissoire par rapport au contrat principal est souvent considéré comme étant le premier volet du principe d'autonomie. On parle aussi de « conception première » ou de « sens classique »¹² dudit principe. Il signifie que l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage doit être appréciée séparément de celle du contrat auquel elle se rapporte. Cette conception de l'autonomie a principalement pour conséquences de mettre la convention d'arbitrage à l'abri des causes d'invalidités qui peuvent affecter le contrat principal.

Cependant, l'évolution du principe d'autonomie a dépassé les limites de cette conception en faisant surgir un autre volet, à savoir, la validité de la convention d'arbitrage indépendamment de toute loi étatique. Cet autre aspect de l'autonomie signifie que l'existence et la validité de la clause compromissoire doivent être examinées au regard de règles matérielles spéciales, indépendamment de toute loi étatique, mais avec pour limites le respect des règles d'ordre public international.

Par ailleurs, la complexité de la règle de l'autonomie de clause compromissoire dépasse le cadre de sa définition et s'étend à son articulation avec certains effets de la convention d'arbitrage. En effet, le principe d'autonomie est souvent assorti d'un autre grand principe de l'arbitrage international qui est celui de la «compétence-compétence». Ce dernier signifie le droit de l'arbitre de statuer sur sa propre compétence. Ces deux règles entretiennent des liens très étroits et sont souvent confondus. La question serait alors de savoir dans quelle mesure peut-on les rattacher.

Sur un autre plan, on a soutenu que l'autonomie de la convention d'arbitrage cadre mal avec sa transmissibilité. La transmission de la clause compromissoire étant souvent expliquée par sa dimension accessoire, se trouve à priori en

¹² DIMOLITSA. A, op. cit., note 12p. 308.

contradiction avec le principe d'autonomie. On se demandera alors comment peut-on concilier ces deux particularités de la convention d'arbitrage.

L'autonomie de la convention d'arbitrage revêt aussi une importance pratique. La plupart des arbitrages du commerce international voient le jour dans le cadre des clauses compromissoires et *«l'on ruinerait l'objet des clauses d'arbitrage si une partie pouvait prétendre qu'une convention d'arbitrage a cessé d'exister du jour ou le contrat principal est devenu caduc du fait de son exécution ou de la survenance d'un événement déterminé»*¹³.

Il convient de mentionner à présent que notre étude sera enrichie par la référence constante au droit comparé. Cette approche semble nécessaire étant donné que l'arbitrage international *«ne flotte pas dans le firmament transnational, sans aucun lien avec quelque système juridique que ce soit»*¹⁴. Ceci permettra également de voir la position adoptée par plusieurs pays vis-à-vis du principe d'autonomie. Cependant, une mention spéciale doit être faite au droit français de l'arbitrage international qui inspirera considérablement nos prochains développements. Cela ne tient pas seulement au fait que le droit français est celui qui a *«la vision la plus autonomiste de l'arbitrage international»*¹⁵ mais aussi à sa très riche et longue expérience jurisprudentielle en la matière, ce qui constitue un terrain d'étude fécond.

La notion d'autonomie étant une notion qui renferme deux significations, il sera nécessaire de les étudier séparément. La première partie sera donc consacrée à l'autonomie matérielle de la clause compromissoire. On s'interrogera essentiellement sur les fondements et la portée de la règle avant de vérifier sa reconnaissance au sein des différents ordres juridiques étatiques ainsi que les conventions internationales et la pratique arbitrale.

¹³ REDFERN. A et M. HUNTER, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, Maxell, 1992, p. 144.

¹⁴ BIENVENU. P, «Guide de rédaction des clauses d'arbitrage et de droit applicable dans les contrats commerciaux internationaux», R. du B. 39, 1996, p. 48.

¹⁵ RACINE. J-B, *op. cit.*, note 4, p. 309.

La deuxième partie concernera l'autonomie de rattachement, dite aussi, la validité de la convention d'arbitrage indépendamment de toute loi étatique. Après avoir présenté cette règle, on traitera essentiellement de sa nature originale, ainsi que son admission par la doctrine et les différents autres systèmes juridiques.

Dans la troisième partie, on va étudier l'articulation du principe d'autonomie avec le principe de la compétence-compétence ainsi que la règle de la transmission de la convention d'arbitrage. Concernant la première articulation, on va essayer d'identifier les facteurs qui génèrent l'amalgame entre les deux principes avant de présenter les raisons pour lesquels les deux règles doivent être distinguées. Pour ce qui est de la deuxième articulation, on va se pencher sur la dimension accessoire de la convention d'arbitrage étant donné que plusieurs solutions jurisprudentielles rattachent la règle de la transmission de la clause compromissoire à cette notion. En fonction de cette analyse, on va vérifier si ces deux caractéristiques de la clause arbitrale, à savoir, son autonomie et sa transmissibilité seraient contradictoires.

PREMIÈRE PARTIE

L'AUTONOMIE MATÉRIELLE : LA SÉPARABILITÉ DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE

La règle de l'indépendance de la convention d'arbitrage par rapport à la convention principale est aujourd'hui un principe solidement établi et acquis en matière d'arbitrage international. Mais avant de vérifier ces propos (**chapitre 3**), il est légitime de s'interroger d'abord sur les fondements (**Chapitre 1**) et la portée (**Chapitre 2**) de ce principe.

Chapitre 1

Les fondements du principe

Dans un célèbre article¹⁶, le Juge Schwebel affirme: « *When the parties to an agreement containing an arbitration clause enter into that agreement, they conclude not one but two agreements* ».

Une première question s'impose: doit-on déduire des ces propos que la clause compromissoire est une convention distincte dans le sens où elle représente un acte juridique autonome?

Une telle interrogation est légitime du fait qu'en vertu du principe de séparabilité qui lui est largement reconnu, elle doit être appréciée de manière propre, de manière séparée du contrat auquel elle se rapporte.

¹⁶ SCHWEBEL. S, « The severability of the arbitration agreement », in *International Arbitration: Three Salient Problems*, Grotius 1987, p. 1 à 60, spec. p. 5.

La doctrine reste divisée sur cette question. Pierre Mayer¹⁷ considère qu'il n'est pas possible de voir dans la clause compromissoire un contrat autonome car elle n'est, précisément, qu'une clause parmi d'autres, dont l'ensemble constitue ce que les parties ont appelé un contrat. La clause arbitrale est l'élément d'un tout. *«Elle serait inconcevable en l'absence du reste du contrat. On ne peut pas prévoir de recourir à l'arbitrage in vacuo»*¹⁸.

Toujours selon le même auteur¹⁹, une clause intégrée dans un acte ne pourrait être considérée comme un contrat distinct que dans des circonstances exceptionnelles établissant que les parties ont bien voulu en faire un élément indépendant du reste de leur accord. Il faudrait notamment que la durée des deux conventions puisse différer, que l'inexécution de l'une n'influe pas sur le caractère exécutoire de l'autre, que la nullité de l'une ne porte pas nécessairement atteinte à la validité de l'autre, *«et surtout que chacun constitue un tout se suffisant à lui-même»*. Tel ne serait pas le cas de la clause compromissoire puisque *«l'objet même de la clause est constitué par le reste du contrat»*.

Signalons que cette argumentation n'est pas entièrement convaincante pour certains auteurs qui rappellent que dans de nombreux cas, un accord de volontés n'a de sens que par rapport à un autre contrat, sans que pour autant on hésite à y voir une véritable convention distincte, alors même que les parties à l'un et à l'autre contrat sont identiques. Ainsi, *«il n'a jamais été discuté que le compromis d'arbitrage se rapportant à un litige contractuel ne soit un contrat à part entière, alors même qu'il ne pourrait se concevoir sans le support du contrat principal»*²⁰.

¹⁷ MAYER. P, *op. cit.*, note 10, p. 360.

¹⁸ *Id.*

¹⁹ *Id.*

²⁰ ANCEL. P, GOUT. O, « L'autonomie de la clause compromissoire en matière d'arbitrage interne », note sous Paris, 1^{ère} Ch. C, 16 juin 1998, *Rev. Arb.*, 1999, N 2, p. 358. À cet égard, l'auteur précise qu'un compromis d'arbitrage peut porter sur un litige non contractuel mais, lorsqu'il se rapporte à un contrat précédemment passé entre les parties, il est indissociablement lié à ce contrat, tout comme la clause compromissoire.

C'est la thèse selon laquelle les parties concluent en un trait de temps deux contrats distincts : le contrat principal énonçant les obligations substantielles des parties et un contrat parallèle contenant la clause compromissoire²¹.

En réalité, la question débattue, à savoir si la clause compromissoire est un contrat distinct et autonome ou une simple clause dans un contrat unique devrait être recherchée sur un autre terrain plus complexe qui est celui de l'unité ou la pluralité d'actes juridiques.

Dans cette perspective on se poserait les questions suivantes : est ce que la clause compromissoire est un contrat distinct, et par conséquence, on est en présence de deux actes juridiques, à savoir le contrat dit principal et la convention d'arbitrage? Ou bien serait-elle est une clause parmi d'autres, et par conséquence, il s'agit d'un acte juridique unique?

Tout d'abord, signalons que la doctrine qui s'est penchée sur la question a relevé la difficulté de déterminer l'unité ou la pluralité d'actes juridiques²². Les auteurs qui ont espéré «*en percer le mystère*»²³ aboutissent généralement à un constat d'échec et rendent compte de l'impossibilité de présenter un système synthétique et cohérent.

En effet, la détermination de l'unité ou de la pluralité d'actes juridiques ne peut être établie par la mise en œuvre de critères objectifs fiables. Les critères objectifs en question sont le nombre des parties ou le nombre d'instruments. Or, le nombre de parties ne peut fournir d'indication très ferme car, comme le rappelle B. Teyssie²⁴, deux personnes peuvent être unies par plusieurs contrats, tandis que la pluralité des participants se conjugue, parfois, par l'unité du contrat.

²¹ Cette thèse a été avancée par une jurisprudence anglaise : V. *Bermer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v. South India Shipping Corporation Ltd* (1981) A.C. 909, p. 982.

²² TEYSSIE. B, *Les groupes de contrats*, Paris : L.G.D.J., t. 139, n° 21.

²³ SEUBE. J-B, *l'indivisibilité et les actes juridiques.*, Paris, Litec, 1999, p. 59.

²⁴ TEYSSIE. B, *op. cit.*, note 22, n° 49.

D'autre part, le critère du nombre d'instruments n'a jamais été reconnu comme un critère déterminant et satisfaisant pour éclairer l'unicité ou la pluralité d'actes juridiques. *«L'instumentum est un critère trompeur, un même instumentum pouvant réunir des negotii différents et, à l'inverse, un seul et même acte pouvant se matérialiser dans plusieurs instruments»²⁵.*

Ainsi, d'une manière générale, il n'est pas certain qu'il faille s'en tenir à la vision formelle des choses²⁶. Une analyse au cas par cas est ainsi toujours nécessaire. Le seul critère déterminant sur lequel on peut se fonder pour répondre à cette question serait la volonté des parties. Or la recherche de la volonté des parties n'est pas non plus toujours satisfaisante ; ce n'est pas un critère facile à mettre en œuvre car les contractants négligent fréquemment de prendre position sur ce point.

Il semble bien que, pour ce qui est de la clause compromissoire, il serait plus indiqué de s'attacher à l'unité contractuelle. En effet, comme le souligne M. Mayer, si les parties ont choisi de ne faire qu'un seul écrit, c'est précisément parce qu'elles voulaient unifier deux ensembles de clauses qui, s'ils avaient été séparés auraient constitué deux contrats indépendants. *«Il faudrait donc que l'unité formelle soit démentie par une volonté manifeste de séparation intellectuelle»²⁷.* De plus, comme le remarque J-P Ancel, on est tenté de penser qu'il s'agit d'un même *negotii*. En ce sens, les parties, de même qu'elles ont réglé leur relation sur l'objet du contrat, sur la matière, ont entendu régler par avance le contentieux, en se mettant d'accord pour le confier à l'arbitrage, c'est-à-dire de le soustraire de toute juridiction étatique²⁸. Ainsi, selon les mots de M. Mayer : *«du point de vue des parties, la façon de faire face à une inexécution ou à une difficulté d'interprétation constitue l'un des aspects de la relation qu'elles établissent entre elles, et entre*

²⁵ SEUBE. J-B, *op. cit.*, note 23, p. 60.

²⁶ Dans un arrêt de la cour suprême du Canada (*Cameron c. Canadian factors corp.*, [1971] RCS, 148) et dans un tout autre domaine, le juge Pigeon disait dans ce même ordre d'idées : *« Je ne connais aucun principe d'après lequel la divisibilité d'une obligation ou d'un contrat dépendrait de la disposition de sa rédaction en paragraphe ».*

²⁷ MAYER. P, *op. cit.*, note 10, p. 360.

²⁸ ANCEL. J-P., *op. cit.*, note 9, p. 76.

dans la négociation contractuelle au même titre que le lieu de livraison de la marchandise ou le choix de la monnaie de paiement»²⁹.

En ce sens, la clause compromissoire demeure une clause parmi d'autres dans un contrat unique. La clause compromissoire devrait, sauf exception, suivre le même sort que l'obligation principale, c'est-à-dire le contrat de fond qui lui sert de support et dont elle constitue une modalité indissociable.

L'exception en question est bien évidemment le principe de l'autonomie de la clause compromissoire. Ce principe lui confère un régime d'efficacité propre et indépendant de celui des obligations de fond. Autrement dit, la formule du Juge Schwebel, citée précédemment, devrait être interprétée en tenant compte de la spécificité du régime applicable à la clause compromissoire. En ce sens, la convention d'arbitrage est une clause dont le sort n'est pas nécessairement lié au contrat qui la contient.

Cette position nous incite à s'interroger : pourquoi la validité et l'efficacité de la clause compromissoire devraient-elles différer, dans leur nature et dans leur effets, de celles des autres clauses?

Trouver les fondements techniques susceptibles de concilier cette solution avec la théorie générale des obligations semble être délicat.

Dans un arrêt de la cour d'appel de Paris du 10 septembre 2003³⁰, le tribunal considérait que « *sa dimension juridictionnelle explique la séparabilité de clause compromissoire du contrat qui la contient pour tout ce qui concerne son existence, sa validité et sa force obligatoire, c'est-à-dire son efficacité, que le principe de la séparabilité conforme aux prévisions raisonnables des parties en obligeant celles-*

²⁹ MAYER. P, *op. cit.*, note 10, p. 361.

³⁰ Paris, 1^{er} Ch. G, 10 septembre 2003, *Société Quille c/ SA CEE Euro Isolation*, *Rev. Arb.*, 2004, p. 625.

ci à différer à l'arbitre tout litige susceptible de naître... n'est pas contradictoire avec la dimension contractuelle de la clause compromissoire...».

Cet arrêt nous offre deux pistes de réflexion. La séparabilité de la clause compromissoire est une nécessité qui tient à la fois à son objet (**Section 1**) et à la volonté des parties (**Section 2**).

Section 1

L'objet de la convention d'arbitrage

La clause compromissoire est une clause qui remplit, au sein du contrat, une fonction particulière qui intéresse toutes les autres clauses et notamment les clauses substantielles : elle soumet à l'arbitrage les contestations qui pourraient s'élever à leur sujet³¹.

Pour certains auteurs³², la spécificité de l'objet de la convention d'arbitrage justifie sa séparabilité : insérée dans un contrat ayant pour objet quelconque sur le fond, la clause a un objet strictement procédural, qui est de soumettre à l'arbitrage tout ou une partie des litiges pouvant naître de la convention principale. Ainsi, l'objet de la clause compromissoire la distingue des autres clauses substantielles. Son objet est le litige et non le droit contractuel lui-même. Selon L. Aynés, elle *«appartient à la catégorie des clauses d'accompagnement, au même titre que la clause pénale, ou la clause résolutoire expresse, ou la sûreté, qui agissent sur certains aspects du rapport d'obligation, sans toucher à l'économie même de celui-ci ; elles échappent donc à la théorie de la cause. Les obligations réciproques pourraient facilement se passer d'elles. Et cependant, elles n'ont de raison d'être qu'en relation avec ces obligations»*³³.

La clause compromissoire est séparable, en ce que son efficacité peut être appréciée indépendamment du contrat principal ou des obligations du fond, *«dans*

³¹ MAYER. P, « Précisions sur les notions de « complète autonomie juridique » et de « validité et d'efficacité propres » de la clause compromissoire », note sous Paris, 1^{re} Ch. suppl., 28 novembre 1989 et 8 mars 1990, *Rev. Arb.*, 1990, p. 685.

³² ANCEL. P, GOUT. O, *op. cit.*, note 20, p. 358; RACINE. J-B, *op. cit.*, note 4, p. 313. ANCEL. J-P., *op. cit.*, note 9, p. 82.

³³ AYNÉS. L, « Séparabilité de la clause compromissoire et transmission par accessoire », note sous Paris, 1^{er} Ch. G, 10 septembre 2003, *Rev. Arb.*, 2004, p. 628.

la mesure où son objet est le litige, et que le contentieux de la validité du rapport d'obligation relève de cet objet»³⁴.

Ce régime d'efficacité propre est une nécessité qui tient à la dimension juridictionnelle de la convention d'arbitrage : « *elle se rapporte au droit d'ester et non au droit substantiel* »³⁵. En effet, conclue pour permettre le règlement des litiges relatifs à un rapport de droit ou à un contrat déterminé, la clause compromissoire n'atteint pleinement son objectif que si elle peut jouer dans ces cas-là également. Ainsi, la reconnaissance de la séparabilité de la clause compromissoire par rapport au contrat de fond traduit donc la reconnaissance de sa spécificité juridictionnelle.

Autrement dit, la séparabilité, qui n'est d'ailleurs pas absolue, accomplit l'objet même de l'accord compromissoire : le règlement des litiges entre les parties. Cet objet est différent et séparable du rapport d'obligation. En effet, la clause arbitrale serait une « *clause virtuelle, sans utilité, ni véritable force obligatoire si son efficacité dépendait de celle de l'obligation qui forme son objet* »³⁶.

Ainsi, la clause compromissoire est séparable, et doit être séparée dans la mesure précisément ou « *elle contribue au processus à l'issue duquel le sort du contrat sera réglé* »³⁷. « *La solidarité qui lie normalement les clauses du contrat, dont les unes ne sauraient subsister sans les autres, cesse à l'égard de la clause compromissoire parce que la fonction de celle-ci le commande* »³⁸.

Cette fonction tire certainement son efficacité de la volonté des parties.

³⁴ *Id.*

³⁵ Paris, 1^{er} Ch. C., 25 nov. 1999, *SA Burkinabe des ciments et matériaux (CIMAT) c/ société des ciments d'Abidjan (SCA)*, *Rev. arb.*, 2001, p. 165, note D. Cohen.

³⁶ TRAIN. F. X, *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international : étude de jurisprudence arbitrale*, Paris : L.G.D.J., c. 2003, p. 20.

³⁷ MAYER. P, *op. cit.*, note 10, p. 368.

³⁸ AYNÉS. L, *op. cit.*, note 33, p. 625.

³⁸ MAYER. P, *op. cit.*, note 31, p. 686.

Section 2

La volonté des parties

«La clause compromissoire [...] doit pouvoir être mise en œuvre indépendamment de l'existence ou de la validité du contrat principal conformément à la volonté commune des parties »³⁹.

C'est dans ces termes que la cour d'appel de Paris met l'accent sur la volonté des parties comme étant un élément qui fonde l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal.

Rappelons tout d'abord le fait que la volonté des parties joue un rôle très important dans le processus contractuel. Lieu de rencontre entre deux influences, l'influence juridictionnelle et l'influence contractuelle, l'arbitrage est une justice mais une justice privée qui trouve sa source dans un contrat. En effet, comme le souligne Louis Marquis, *«la dimension contractuelle de l'arbitrage découle des multiples facettes de son existence qui tiennent à l'expression d'une volonté commune des parties en présence»⁴⁰.*

Cette volonté des parties n'est certainement pas absolue, et certaines règles de droit s'imposent à elles. C'est ainsi par exemple que la volonté des parties sera impuissante à priver l'arbitrage des garanties propres à toute procédure juridictionnelle, et que l'éviction des principes régissant les droits de la défense sera sanctionné par la nullité de la procédure. Mais lorsque cette volonté s'exprime en « concordance » avec les règles de droit qui la cadrent, elle s'impose et doit en principe être respectée. Le juge ou l'arbitre est lié par cette volonté à laquelle il ne

³⁹ Paris, 1^{ère} Ch. C, 16 juin 1998, *Sam c/ Perrin*, *Rev. Arb.*, 1999, p. 350.

⁴⁰ MARQUIS. L, «Le droit français et le droit québécois de l'arbitrage conventionnel» dans H. Patrick GLENN, *Droit québécois et droit français: communauté, autonomie, concordance*, Cowansville: Y. Blais, 1993, p. 476.

pourra jamais contrevenir. Cependant, comment est-elle mise en œuvre pour fonder la séparabilité de la clause compromissoire?

Le principe de l'autonomie implique que le sort de la clause compromissoire ne suit pas nécessairement celui des autres dispositions du contrat. Ce qui veut dire que la nullité du contrat n'entraîne pas nécessairement celle de la clause compromissoire⁴¹.

Outre l'objet spécifique de la convention d'arbitrage – le litige en relation avec son support – qui fonde la survie de la clause compromissoire à l'annulation du reste du contrat, la volonté des parties est présumée aller dans ce sens, c'est-à-dire voir la validité de la clause arbitrale appréciée séparément de celle du contrat de fond auquel elle se rapporte.

Fait très important à signaler, cette règle n'a ici qu'une valeur de présomption. Lorsque les parties concluent une clause compromissoire, elles s'obligent en principe à soumettre à l'arbitre un éventuel différend ainsi que toutes les difficultés susceptibles de les opposer à propos du contrat, y compris la nullité alléguée à celui-ci. Ainsi, comme l'explique P. Ancel et O. Gout, la volonté des parties ne va pas dans le sens d'une indivisibilité avec le contrat principal, mais, à l'inverse, compte tenu de l'objet de la clause, *«il est raisonnable de penser que les contractants ont entendu faire de celle-ci un élément dissociable du contrat sur le fond, dès lors que cette convention vise précisément à régler tout les litiges à naître du contrat, y compris ceux liés à sa validité»*⁴².

Sauf dans le cas d'une clause rédigée de façon très étroite, une telle volonté doit être présumée⁴³. Selon Jean-François Poudret et Sébastien Besson⁴⁴, cette

⁴¹ Les conséquences inhérentes à l'idée de l'autonomie de la clause compromissoire seront traitées d'une façon plus approfondie dans le prochain chapitre.

⁴² ANCEL. P, GOUT. O, *op. cit.*, note 20, p. 360.

⁴³ MAYER. P, *op. cit.*, note 10, p. 362.

⁴⁴ POUDRET. J-F et BESSON. S, *Droit comparé de l'arbitrage commercial international*, Bruylant, L.G.D.J., 2002, p. 136.

présomption est renforcée par les clauses usuelles en matière d'arbitrage international portant sur tous les différends en relation avec le contrat, y compris son existence et sa validité.

Il en est ainsi également lorsque les parties se sont référées à un règlement qui admet expressément l'autonomie de la clause compromissoire. Comme l'expliquent Fouchard, Goldman et Gaillard, *«les règlements d'arbitrage empruntant leur autorité à la volonté des parties qui y font référence, l'affirmation du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage ne peut s'analyser que comme une indication de la volonté des parties de voir traiter de manière distincte la convention d'arbitrage et la convention de fond»*⁴⁵.

Selon le professeur Pierre Mayer⁴⁶, le domaine de la séparabilité doit donc être restreint aux hypothèses où le refus de donner effet à la clause par solidarité avec le reste du contrat, soustrairait à l'arbitrage des questions que les parties ont voulu y soumettre.

Ces propos confortent à juste titre le rôle de la volonté des parties dans la séparabilité de la clause arbitrale. En ce sens, dès lors que cette clause est appelée à jouer selon la volonté des parties, un rôle déterminant dans le prononcé de la nullité ou dans les conséquences de cette nullité, cette volonté doit être respectée et la clause doit survivre à l'annulation du contrat.

À ce niveau, il est important de souligner que cette position cadre bien avec les exigences d'ordre pratique inhérentes à l'arbitrage international. En effet, Comme l'explique le même auteur, *«il serait malencontreux de soustraire à l'arbitrage les questions de nullité : il suffirait au défendeur, dans un arbitrage*

⁴⁵ FOUCHARD. Ph, GAILLARD. E, GOLDMAN. B, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec 1996, p.216. En effet, les règlements d'arbitrage auxquels les parties se réfèrent peuvent notamment, dans une mesure très large, écarter la tendance qui peut subsister, en différents droits, à considérer que la validité du contrat principal conditionne celle de la clause compromissoire.

⁴⁶ MAYER. P, *op. cit.*, note 10, p. 363.

relatif à l'exécution ou à l'interprétation du contrat, d'invoquer sa nullité pour greffer sur l'instance arbitrale un litige dont seuls les tribunaux étatiques pourraient connaître»⁴⁷.

Aussi, selon Fouchard, Gaillard et Goldman, cette présomption est bien utile spécialement pour des arbitres qui estimeraient devoir appliquer à la convention d'arbitrage, par exemple parce qu'elle a été choisie par les parties, une loi qui ignore encore la distinction. Il leur suffirait alors de constater que cette loi ne condamne pas la distinction même si elle ne la consacre pas expressément, et de fonder leur décision sur le principe d'autonomie de la volonté pour dissocier le sort de la convention d'arbitrage et du contrat de fond⁴⁸.

Certains auteurs⁴⁹ estiment que c'est le seul et véritable fondement de l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal : *«un choix de politique juridique qui favorise l'arbitrage en levant les différents obstacles qui pourraient compromettre le bon déroulement ou l'efficacité des procédures arbitrales, dans un contexte de développement des modes alternatifs de règlement des différends»*.

Fonder le principe de séparabilité sur un choix de politique juridique paraît excessif. Ces propos permettent de cerner les raisons pratiques de l'adoption et du développement de cette règle, mais restent impuissants à soulever les fondements techniques de la séparabilité.

Il est vrai que la règle s'est imposée par son utilité essentielle. Ce fondement pragmatique de la règle d'autonomie est parfaitement connu; il est déduit des exigences du commerce international, où l'arbitrage est devenu le mode normal de règlement des litiges, le mieux adapté aux relations économiques. L'enjeu est l'efficacité maximale de la convention d'arbitrage. Il a fallu alors protéger la clause

⁴⁷ *Id.*, p. 362.

⁴⁸ FOUCHARD. Ph, GAILLARD. E, GOLDMAN. B, *op. cit.*, note 45, p.216.

⁴⁹ V. ANCEL. P, GOUT. O, *op. cit.*, note 20, p. 361.

d'arbitrage contre toutes les causes qui pouvaient la mettre en échec ou en restreindre la portée. L'autonomie de la clause a agi comme «une carapace protectrice»⁵⁰. La jurisprudence a ainsi «immunisé» la clause en la rendant séparable par rapport au contrat de fond. Cette règle a permis de doter la clause d'un régime d'efficacité propre en la préservant des vicissitudes du contrat principal.

Les fondements théoriques de l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal sont plus difficiles à cerner mais permettent d'expliquer la règle. D'une part l'effet juridictionnel de la clause ou son objet fondamentalement distinct de celui du contrat principal justifie son autonomie et la met à l'abri de certaines causes d'efficacité qui peuvent affecter celui-ci. D'autre part, la volonté tacite des parties, sur laquelle repose cette justice privée, ne peut s'analyser que dans le sens du maintien ou la survie de la clause lorsque le contrat de fond est frappé par des causes de nullité.

Certes, l'autonomie de la clause compromissoire favorise l'efficacité de la justice arbitrale mais celle-ci trouve aussi sa raison d'être dans le respect de la volonté des parties.

À ce niveau, et dans le même ordre d'idées, peut-on pousser le raisonnement encore plus loin et affirmer que cette volonté présumée serait un élément suffisant, en tout cas l'élément essentiel et capital dans le raisonnement qui conduit à reconnaître une telle autonomie?

Cette thèse peut être soutenue. En effet, l'objet de la clause compromissoire qui fonde sa séparabilité n'est qu'une manifestation de la volonté des parties. Ce sont les parties qui conviennent de soumettre à l'arbitrage tout ou une partie des litiges pouvant naître de la convention principale. Cette volonté s'exprime par l'intégration d'une clause d'arbitrage dans le contrat. Cette clause qui n'acquiert

⁵⁰ RACINE. J-B, *op. cit.*, note 4, p. 314.

une efficacité propre lui permettant de survivre à la nullité du contrat dans lequel elle est intégrée, que lorsqu'elle est appelée à jouer, et ce, conformément aux prévisions raisonnables des parties.

Chapitre 2

La portée du principe

Le principe de l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal implique d'une part, son indifférence au sort de ce contrat (**Section 1**), d'autre part, la possibilité d'être soumise à une loi différente de celle appelée à régir le contrat de fond (**Section 2**).

Section 1

L'indifférence de la clause compromissoire par rapport au sort du contrat principal

L'indifférence au sort du contrat principal est le premier et le plus important des effets du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage. Il permet de prémunir la clause compromissoire contre un grand nombre de vices qui pourraient affecter le contrat de fond (1). Reste à savoir s'il faut étendre cette «règle» au cas où l'existence même du contrat est contestée (2).

1- «L'immunisation» de la clause compromissoire contre les causes d'invalidité pouvant affecter le contrat principal

Un contrat contenant une clause compromissoire est signé entre deux parties. On suppose par la suite que l'une d'elles invoque la nullité du contrat

principal. Celle-ci, objet de la controverse, entraîne-t-elle *ipso facto*, par *effet réflexe*⁵¹, la caducité de la clause compromissoire?

La réponse doit être négative. La clause compromissoire survit en principe, à la nullité, la résolution, la résiliation, ou la novation du contrat principal.

Cette règle est très importante parce que dorénavant, la convention d'arbitrage ne pourra plus être annulée «par solidarité» avec le contrat auquel elle se rapporte. La nullité ou les différentes causes d'invalidité alléguées à ce dernier n'affectent plus la clause arbitrale. C'est l'intérêt principal de la règle de l'autonomie de la clause compromissoire.

L'idée que l'annulation du contrat principal peut laisser survivre la clause compromissoire est indiscutablement acquise. Reste à se poser la question inverse qui consiste à savoir dans quelle mesure la nullité d'une clause d'un contrat entraîne celle du contrat dans son ensemble.

Autrement dit, la nullité de la clause compromissoire peut-elle entraîner la nullité du contrat de fond?

En droit québécois, l'article 1438 du Code Civil du Québec prévoit que «*la clause qui est nulle ne rend pas le contrat invalide quand au reste, à moins qu'il n'apparaisse que le contrat doive être considéré comme un tout indivisible. Il en est de même pour la clause sans effet ou réputée non écrite*»⁵². Cela signifie que, dès lors que la clause nulle n'est pas déterminante du consentement des parties à conclure l'ensemble du contrat, celui-ci demeure valable et survie à «*l'amputation*»⁵³ de l'une de ses clauses. Toutefois, comme le remarquent Poudret

⁵¹ PÉRILLEUX, J., « Propos relatifs à l'autonomie de la clause compromissoire », *Rev. dr. int. et dr. com.*, 1978, p. 185.

⁵² En matière d'arbitrage interne le NCPC français dispose dans son article 1446 que «*lorsqu'elle est nulle, la clause compromissoire est réputée non écrite*».

⁵³ MAYER, P., *op. cit.*, note 10, p. 361-362.

et Besson⁵⁴, les parties peuvent lier le sort du contrat à celui de la clause, en particulier en matière internationale, où la garantie d'un tel mode de règlement de litiges peut être légitimement considéré par les contractants comme une condition essentielle de leur accord.

Aussi, il faut aussitôt souligner que la survie de la clause compromissoire alors même que le contrat est annulé n'est pas sans limites. En effet, il faut réserver les cas où les parties ont exclu de la compétence de l'arbitre les litiges relatifs à la nullité, soit explicitement, soit implicitement par une énumération des types de litiges concernés par la clause⁵⁵.

De plus, il faut réserver les vices communs au contrat principal et à la clause qui entraînent la nullité de l'un et de l'autre. En effet, il y a des hypothèses où la clause compromissoire doit être annulée avec le rapport de droit auquel elle se rapporte. C'est le cas par exemple de l'absence de consentement de l'une des parties.

Comme le précise Pierre Mayer⁵⁶, les vices du consentement relèvent le plus souvent de la séparabilité. Il faudra juste réserver certaines hypothèses comme la contrainte physique ou morale qui conduirait sans doute à l'annulation de toutes les clauses contractuelles, y compris la clause compromissoire. Par contre, lorsqu'il s'agit de l'erreur commise par l'une des parties sur une qualité substantielle de la chose objet du contrat, la clause compromissoire n'est pas directement atteinte, et doit être considérée comme valable indépendamment du sort des autres clauses, afin que ce sort puisse être déterminé par voie d'arbitrage conformément à la volonté des parties⁵⁷.

⁵⁴ POUDRET. J-F et BESSON. S, *op. cit.*, note 44, p. 135.

⁵⁵ ANCEL. P, GOUT. O, *op. cit.*, note 20, p. 362.

⁵⁶ MAYER. P, *op. cit.*, note 10, p. 365.

⁵⁷ *Id.*

Le principe selon lequel la clause compromissoire survit à la nullité du contrat principal est généralement peu discuté. Ce n'est pas le cas lorsque l'allégation de l'une des parties porte sur l'inexistence même du contrat.

2- Portée de la règle en cas de contestation de l'existence du contrat

Est-ce que la clause compromissoire doit continuer à produire ses effets dans l'hypothèse où la convention principale est contestée dans son existence même?

Tout d'abord, l'inexistence du contrat principal doit être distinguée de la nullité de ce dernier. Certes, dans les deux hypothèses il s'agit bien de l'inefficacité de l'acte. Mais cette inefficacité se traduit soit, par «*l'inexistence lorsque l'acte ne s'est jamais formé, soit par la nullité lorsque l'acte s'est formé mais il est inefficace ab initio*»⁵⁸.

Le débat fondamental sur l'existence de la convention d'arbitrage est susceptible de s'instaurer, comme pour la convention d'arbitrage, soit à la fin de la procédure, devant les juridictions compétentes, soit pendant la procédure, devant les arbitres, ou même à l'orée de l'instance, à travers une exception qui est soulevée *in limine litis*⁵⁹.

Il faut savoir aussi que la question, objet d'une controverse doctrinale, concerne l'existence initiale du contrat et non les cas où le contrat n'existe plus parce qu'il a pris fin. Dans ce dernier cas, il est couramment admis que la clause compromissoire doit continuer à produire ses effets.

⁵⁸ GAUDET. S, «inexistence, nullité et annulabilité du contrat : essai de synthèse», *Revue de droit de Mc Gill.*, V 40, 1995, p. 294.

⁵⁹ BOISSÉSON. M, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Paris, GLN-Joly ed., 1990, p. 721.

Mais quand il s'agit de l'inexistence du contrat dans le sens où l'offre et l'acceptation ne se sont pas rencontrées, les opinions formulées à cet égard ne sont pas toujours similaires.

Pierre Mayer⁶⁰ considère que si le comportement du destinataire de l'offre de contracter ne peut s'analyser en une acceptation de l'offre, le contrat n'est pas conclu, et la clause compromissoire contenue dans l'offre ne l'est pas davantage que les autres clauses, faute d'échange particulier de consentements à son sujet.

On a aussi soutenu que le principe d'autonomie *«ne saurait justifier la compétence de l'arbitre dans l'hypothèse où le contrat est inexistant, et en conséquence, la clause compromissoire dépourvue d'objet»*⁶¹.

Toutefois, il faut noter que cette opinion ne fait pas l'unanimité. Certains auteurs estiment *«qu'écarter l'autonomie de la convention d'arbitrage au motif que l'une des parties allègue l'inexistence du contrat principal, alors que la distinction entre nullité et inexistence est souvent malaisée, que la notion d'inexistence est difficile à cerner et en tout cas d'application exceptionnelle, serait prendre le risque de donner prise aux manœuvres dilatoires que la consécration du principe d'autonomie a pour but d'empêcher»*⁶².

⁶⁰ MAYER. P, *op. cit.*, note 10, p. 364.

⁶¹ SANDERS. P, « L'autonomie de la clause compromissoire » in *Hommage à Frédéric Eisemann, Une initiative de la Chambre de Commerce Internationale, Liber Amicorum*, 1978, p. 31.p. 31; V. aussi ANCEL. P, GOUT. O, *op. cit.*, note 20, p. 363; les auteurs soutiennent que lorsqu'il n'y a pas rencontre entre l'offre et l'acceptation, *«il ne faut pas dire que le contrat n'est pas valable, il faut dire qu'il ne s'est pas formé, qu'il n'existe pas. Dans un tel cas, le principe de l'autonomie de la clause compromissoire ne peut pas aller jusqu'à permettre de la faire jouer»*. Ils précisent aussi que qu'on ne peut guère admettre, dans l'hypothèse où les volontés ne se sont pas rencontrées sur le contrat principal, qu'elles se soient accordées sur la seule convention de procédure.

⁶² FOUCHARD. Ph, GAILLARD. E, GOLDMAN. B, *op. cit.*, note 45, p.226; POUDRET. J-F et BESSON. S, *op. cit.*, note 44, p. 136.

Dans le même sens, Sabine Thuilleaux⁶³ considérerait que si la convention d'arbitrage devrait être affectée par l'inexistence alléguée au contrat principal, le principe de l'autonomie de la clause compromissoire *«deviendrait lettre morte puisque ce dernier a justement pour finalité d'empêcher que la nullité, inexistence ou autre, alléguée ou constatée, n'affecte le sort de la convention d'arbitrage sous peine de priver cette dernière de toute efficacité»*.

Se référant aux principaux règlements d'arbitrage, on constate que le principe d'autonomie de la clause compromissoire est clairement consacré même en cas d'inexistence du contrat principal⁶⁴. Ceci est de nature à nous inciter à penser que telle est la portée du principe d'autonomie matérielle de la clause compromissoire en matière internationale.

Soulignons aussi que la nullité *ab initio* du contrat est souvent invoquée pour contester la validité de la clause compromissoire. Ainsi, on invoque la nullité originaire du contrat ou encore sa non-entrée en vigueur pour annuler la clause compromissoire. La majorité de la doctrine⁶⁵ considère la nullité originaire du contrat ou sa non entrée en vigueur⁶⁶ n'entraînent pas nécessairement la nullité de la clause compromissoire, l'arbitrage pouvant alors avoir pour objet soit l'existence même du contrat, soit les conséquences de son inexistence ou de son invalidité, en particulier la responsabilité encourue à ce sujet.

⁶³ THUILLEAUX. S, *L'arbitrage commercial au Québec, droit interne et droit international privé*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais Inc, 1991, p. 30.

⁶⁴ L'article 8-4 du règlement de la chambre du commerce internationale dispose : *«Sauf stipulation contraire, la prétendue nullité ou l'inexistence alléguée du contrat n'entraîne pas l'incompétence de l'arbitre s'il retient la validité de la convention d'arbitrage. Il reste compétent même en cas d'inexistence ou de nullité du contrat, pour déterminer les droits respectifs des parties et statuer sur leurs demandes ou conclusions»*. Aussi, l'article 21. 1 R. CNUDCI; 15.2 R. AAA.

⁶⁵ POUDRET. J-F et BESSON. S, *op. cit.*, note 44, p. 136-137.

⁶⁶ Dans une sentence arbitrale CCI (Affaire N. 6519, 1991), le tribunal s'est fondé sur l'autonomie de la clause compromissoire pour justifier sa compétence malgré l'absence d'entrée en vigueur du contrat : *«...en raison de l'autonomie de la convention d'arbitrage, les parties qui peuvent en réclamer le bénéfice sont en droit de s'en prévaloir, même si le contrat dans lequel elle figure n'est pas entré en vigueur, dès lors que le différend qui les oppose est lié au fait que ledit contrat a été conclu»*

Section 2

La possibilité de soumettre la clause compromissoire et le contrat principal à des lois différentes

En matière d'arbitrage international, le principe de l'autonomie de la clause compromissoire permet à celle-ci d'être soumise à une loi différente de la loi qui régit le contrat principal. C'est une conséquence logique dudit principe qui est généralement admise⁶⁷.

Il est vrai qu'un tel «dépeçage» est légitime selon les tendances modernes du droit international privé⁶⁸. À cet égard, l'article 3. 1 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles précise que : *«Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat»*⁶⁹.

Cependant, il faut noter que cette conséquence du principe d'autonomie a souvent peu d'intérêt pratique. En effet, il est rare que les parties envisagent lors de la conclusion de la clause d'arbitrage qu'elle pourrait être régie par une autre loi que celle qui s'applique au contrat⁷⁰. Les parties ne font presque jamais usage de cette faculté et se bornent le plus souvent à choisir la loi applicable au contrat de fond.

Dans ce cas, une question s'impose : quelle loi doit-t-on appliquer à la convention d'arbitrage en l'absence de choix exprès par les parties?

⁶⁷ V. PRUJINER. A, *op. cit.*, note 8, p. 278.

⁶⁸ MAYER. P, *op. cit.*, note 10, p. 364.

⁶⁹ Il faut cependant préciser que la convention d'arbitrage a été exclue du champ d'application de la convention (art. 1, 2, d).

⁷⁰ V. DERAIS. Y, *op. cit.*, note 4, p. 833.

Plusieurs auteurs⁷¹ soutiennent que dans le silence des parties à ce sujet, on présume que celles-ci ont entendu soumettre la clause au même droit que le contrat principal. En effet, l'identité des indices de localisation seront dans la majorité des cas les mêmes que ceux du contrat de fond.

En droit Québécois, l'article 3121 C.c.Q apporte une réponse claire à cette question : *«En l'absence de désignation par les parties, la convention d'arbitrage est régie par la loi applicable au contrat principal ou, si cette loi a pour effet d'invalider la convention, par la loi où l'arbitrage se déroule»*. Cet article prévoit que les parties peuvent choisir le droit applicable à l'arbitrage et favorise l'application de la loi du contrat principal en l'absence de choix exprès des parties. Aussi, cet article confère le maximum d'efficacité à la convention d'arbitrage. En effet, au cas où les parties auraient choisi une loi annulant leur convention d'arbitrage, cette dernière restera valide si elle répond aux conditions de la loi régissant le contrat principal au fond ou de la loi du Québec dans le cas où l'arbitrage a lieu au Québec⁷².

La pratique arbitrale va dans le même sens. Ainsi, on a affirmé qu'il *«est communément admis que le choix du droit applicable au contrat principal règle aussi tacitement la situation de la clause d'arbitrage, en l'absence de dispositions particulières»*⁷³.

À ce niveau il est important de préciser qu'il ne s'agit que d'une présomption et non d'une règle absolue, dans la mesure où n'y a pas forcément identité entre le droit applicable au fond et celui régissant la convention d'arbitrage. En effet, comme le rappellent Poudret et Besson⁷⁴, en l'absence de toute élection de

⁷¹ GOLDSTEIN. G, GROFFIER. E, *Droit international privé*, Cowansville, Québec : Éditions Y. Blais, c1998-2003, t 2, p. 683; J-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, L.G.D.J, tome 309., 1999, p. 155; MAYER. P, *op. cit.*, note 10, p. 367; THUILLEAUX.S, *op. cit.*, note 63, p. 144; DIMOLITSA. A, *op. cit.*, note 12, p. 309; DERAIS. Y, *op. cit.*, note 4, p. 833

⁷² PRUJINER. A., *op. cit.*, note 8, p. 270 et suiv; THUILLEAUX. S, *op. cit.*, note 63, p. 144-145.

⁷³ Affaire CCI N 2626, *J.D.I.* 1978, p. 981.

⁷⁴ POUDRET. J-F et BESSON. S, *op. cit.*, note 44, p. 144-145.

droit, les règles de droit applicables au fond du litige sont le plus souvent étrangères à celles qui régissent la convention d'arbitrage.

Ainsi, selon les cas, la loi propre à la clause compromissoire pourrait être soit la loi du contrat principal, soit du lieu de l'arbitrage. C'est ce qui ressort de l'article V al. 1 let. A de la convention de New York de 1958 qui consacre le lieu de l'arbitrage comme rattachement supplétif en cas d'absence de choix par les parties⁷⁵.

Quoi qu'il en soit, il est certain que la clause compromissoire et le contrat principal peuvent, du moins théoriquement, être régis par des règles de nature et d'origine différentes.

Toutefois, il faut évoquer qu'on a déjà qualifié d'inopportune la soumission à deux lois différentes la question de la validité de la clause et celle du contrat parce qu'elle conduirait à une séparation automatique chaque fois que les deux lois conduisent à des résultats différents : *«Ne serait-il pas curieux, par exemple, de déclarer prescrite l'action en nullité du contrat principal pour dol, absence de pouvoir ou absence de consentement, cependant que la clause compromissoire serait annulée pour la même cause, la prescription prévue par la loi y applicable étant plus longue?»*⁷⁶.

⁷⁵ La même solution est consacrée à l'art VI. 2 de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international à (Convention de Genève de 1961).

⁷⁶ MAYER. P, *op. cit.*, note 10, p. 368.

Chapitre 3

La consécration du principe

Le principe selon lequel la clause compromissoire est indifférente à l'invalidité du contrat qui la contient est aujourd'hui un principe particulièrement établi dans le droit de l'arbitrage international. Antonias Dimolista a dit à cet égard *«qu'il ne fait aucun doute que la règle de l'autonomie de la convention d'arbitrage dans son sens classique de séparabilité constitue aujourd'hui un principe général de droit de l'arbitrage international»*⁷⁷. Certains auteurs le qualifient aussi de *« véritable règle transnationale de l'arbitrage commercial international »*⁷⁸.

Le survol des solutions retenues par les conventions internationales (**Section 1**), les ordres juridiques étatiques (**Section 2**) et la pratique arbitrale (**Section 3**) confirme que l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal est un principe acquis en matière d'arbitrage international.

Section 1

Les conventions internationales

La convention de New York de 1958 ne contient aucune disposition qui consacre expressément le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage. Elle se contente dans son article V. § 1, lit. a)⁷⁹ d'instituer une règle de conflit

⁷⁷ DIMOLITSA. A, *op. cit.*, note 12, p. 311.

⁷⁸ FOUCARD. Ph, GAILLARD. E, GOLDMAN. B, *op. cit.*, note 45, N. 398.

⁷⁹ L'article V. § 1. de la convention de New York prévoit : « La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur la requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve que :

alternative consacrant une différence de rattachement entre la clause compromissoire et le contrat principal.

Comme le soulignent Fouchard, Gaillard et Goldman⁸⁰, même si cette disposition peut avoir pour effet de soumettre la convention d'arbitrage à une loi différente de celle qui régit le contrat principal, il serait audacieux d'en déduire que la convention de New York est implicitement favorable à un statut autonome de la convention d'arbitrage.

La convention de Genève ne fait pas de référence directe au principe d'autonomie. Elle se borne à indiquer dans son article V § 3 la compétence de l'arbitre de statuer sur sa propre compétence.

Il en va de même pour la Convention de Washington du 18 Mars 1965 instituant le CIRDI qui affirme dans son article 41 § 1^{er}, que «*le tribunal est juge de sa compétence*». Signalons à ce propos que, même si le principe d'autonomie et celui de la compétence-compétence entretiennent des liens très étroits, les solutions retenues par la convention de Genève et la convention de Washington sont insuffisantes pour caractériser l'autonomie de la clause compromissoire.

Le principe d'autonomie est en revanche expressément consacré par la loi type de la CNUDCI de 1985 qui dispose dans son article 16 § 1 que «*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. La constatation de nullité du*

a) les parties à la convention visée à l'article 2 étaient, en vertu de la loi à elle applicable, frappée d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue (...)

⁸⁰ FOUCHARD. Ph, GAILLARD. E, GOLDMAN. B, *op. cit.*, note 45, p. 219. L'auteur estime que la convention de New York a laissé à chacun des droits susceptibles de trouver application le soin de régler ces questions.

contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire».

Section 2

Les ordres juridiques étatiques

Le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal a aujourd'hui «une valeur quasi universelle»⁸¹. En effet, il est consacré par plusieurs lois nationales (1) mais aussi, dans le silence du législateur, par la jurisprudence étatique (2).

1- Les lois nationales

Le principe d'autonomie se trouve aujourd'hui reconnu par la majorité des législations modernes sur l'arbitrage. C'est le cas du Canada, qui dans l'article 16. (1). de la loi sur l'arbitrage commercial de 1986, consacre d'une manière claire la séparabilité de la clause compromissoire du contrat qui la contient. Cet article prévoit qu'« 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»⁸².

Au niveau provincial, le droit québécois reconnaît aussi à la clause compromissoire son autonomie par rapport au contrat de fond. À cet égard, l'article 2642 du C.c.Q reprenant l'article 1926.5 du *Code Civil du Bas Canada*,

⁸¹ BLANCHIN. C, *L'autonomie de la clause compromissoire, un modèle pour la clause attributive de juridiction ?*, Travaux et Recherches Panthéon Assas-Paris II, L.G.D.J., 1995, p. 21.

⁸² Loi concernant l'arbitrage commercial [Code d'arbitrage commercial], S.C. c. 22.

dispose : «*la convention d'arbitrage contenue dans un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses de ce contrat et la constatation de la nullité du contrat par les arbitres ne rend pas nulle pour autant la convention d'arbitrage*». Il faut signaler que cette autonomie vaut en droit international aussi bien qu'en droit interne⁸³. Notons aussi que cet article n'envisage expressément que l'invalidité du contrat principal et reste muet sur le sort de la clause compromissoire en cas d'inexistence de ce dernier. De plus, à notre connaissance, aucune décision n'est venue éclairer cette question depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle législation québécoise sur l'arbitrage.

Pour ce qui est les législations des pays européens, signalons à titre d'exemple que la loi belge a admis le principe de la séparabilité de la clause compromissoire. Son article 1697, al. 2 CJB déclare que «*la constatation de la nullité de la convention d'arbitrage n'entraîne pas de plein droit la nullité de la convention d'arbitrage du contrat*»⁸⁴.

En Suisse, l'article 178 al. 3 LDIP précise que «*la validité d'une convention d'arbitrage ne peut pas être contestée pour le motif que le contrat principal ne serait pas valable*».

En Italie, le principe de séparabilité, reconnu depuis longtemps par la jurisprudence de ce pays, est consacré par l'article 808 al. 3 CPC qui dispose que «*la validité de la clause compromissoire s'apprécie indépendamment du contrat*».

Le droit anglais retient la même solution dans l'article 7 de l'*Arbitration Act 1996*. Cet article admet le principe d'autonomie dans sa portée la plus large : tout en réservant un accord contraire des parties, il affirme que la clause arbitrale faisant partie d'un autre contrat ne sera pas considérée comme invalide, inexistante ou

⁸³ Le droit québécois ne distingue pas entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international, sauf en ce qui concerne la reconnaissance des sentences arbitrales. V. BRIERLEY. J. E. C, *op. cit.*, note 7, p. 529.

⁸⁴ V. HUYS. M et KEUTGEN. G, *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruxelles : Bruylant, 1981, p. 269.

inopérante au motif que tel serait le cas de ce contrat, mais sera au contraire considérée comme un accord distinct⁸⁵.

Aux Pays-Bas, l'autonomie de la convention d'arbitrage est consacrée par l'article 1053 du code de procédure civile. On peut aussi citer à titre indicatif, l'article 8 de la loi espagnole du 5 décembre sur l'arbitrage. Aussi, l'article 21 al. 2 de la loi portugaise de 1986 ainsi que l'article 3 du *Swedish Arbitration Act* de 1999.

Pour ce qui est des pays arabes, du fait des réformes intervenues ces deux dernières décennies, le principe de l'autonomie de la clause compromissoire a été reconnu expressément par les lois arabes modernes. Ainsi, l'article 61 du code tunisien de l'arbitrage sépare clairement le sort de la clause compromissoire de celui du contrat principal⁸⁶. Tout comme la Tunisie, d'autres pays adoptant des textes dérivés de la loi type de la CNUDCI ont consacré le principe d'autonomie. Ainsi, on peut citer à titre d'exemple l'article 16 de la loi yéménite, 22 de la loi jordanienne, 23 de la loi égyptienne et l'article 458 *bis* 1 al. 4 CPC algérien⁸⁷.

La reconnaissance du principe d'autonomie consacré par les pays mentionnés ci-dessus découle directement de la loi. Pour d'autres pays cette reconnaissance est d'origine jurisprudentielle.

⁸⁵ POUDRET. J-F et BESSON. S, *op. cit.*, note 44, p. 141.

⁸⁶ V. AMMAR. M, «L'arbitrage en Tunisie depuis l'édiction du code de l'arbitrage», *Rev. arb.*, 2000, p. 247; MEZIOU. K et MEZGHANI. A, «Le code tunisien de l'arbitrage», *Rev. arb.*, 1993, p. 521.

⁸⁷ Pour d'autres références, voir : NAJJAR. N, *L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international*, Paris, L.G.D.J, tome 422, 2004, p. 148 et suiv.

2- La jurisprudence étatique

Pour certains pays, la règle de l'autonomie de la clause compromissoire est une création jurisprudentielle. C'est le cas de la France où ce principe a été posé par la cour de cassation pour la première fois dans le célèbre arrêt *Gosset*⁸⁸ du 7 mai 1963. Selon les termes de l'arrêt, ledit principe implique qu'«*en matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles (...), une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte*». Cet arrêt a ouvert la voie à une jurisprudence abondante⁸⁹ consacrant pleinement le principe d'autonomie.

Aux États-unis un arrêt de la cour suprême des États-Unis, l'arrêt *Prima Paint v. Flood and Conklin*⁹⁰, a posé le principe que, dans les matières ressortissant du droit fédéral, la clause d'arbitrage était indépendante du contrat principal qui la contenait.

Dans un certain nombre de pays arabes dont le droit de l'arbitrage ne reconnaît pas le principe d'autonomie de la clause compromissoire, quelques décisions judiciaires permettent de souligner «*un rôle normatif des juridictions face à la carence des textes, ce qui est tout à fait inhabituel dans la région*»⁹¹. C'est le cas d'une jurisprudence libanaise récente⁹² qui considère qu'«*il est acquis en doctrine et en jurisprudence que la clause compromissoire est autonome par rapport au contrat qui la contient et demeure valable indépendamment du contrat auquel elle se rapporte*». Peuvent être citées à titre d'exemple aussi, la

⁸⁸ Cass. 1^{ère} civ., 7 mai 1963, *Gosset*, J.C.P., 1963, 13405, note Goldman; *Rev. crit.*, 1963, p. 615, note Motulsky; *J.D.I.*, 1964, p. 82, note J.-D. Bredin; *Rev. arb.*, 1963, p. 60; *D.*, 1963, p. 545, note J. Robert.

⁸⁹ Voir les références citées par BLANCHIN. C, *op. cit.*, note 81, p. 24 et suiv.

⁹⁰ *Prima Paint v. Flood and Conklin*, 388 U.S. 395 (1967); *Rev. crit. DIP.*, 1968, p. 91.

⁹¹ NAJJAR. N, *op. cit.*, note 87, p. 150.

⁹² Citée par NAJJAR. N, *op. cit.*, note 87, p. 150.

jurisprudence marocaine, omanaise, ainsi que celle de l'État du Qatar. Dans ces pays, la règle de l'autonomie est une règle jurisprudentielle⁹³.

3- La pratique arbitrale

Lorsqu'on évoque la pratique arbitrale, on ne parle pas que des décisions des arbitres prises en faveur du principe d'autonomie, mais aussi des règlements d'arbitrages qui le consacrent. En effet, ces documents n'ont certes pas la valeur de traités interétatiques, *«mais ils traduisent un consensus international quant aux principes qu'ils énoncent»*⁹⁴.

L'article 8, paragraphe 4 du règlement de la CCI prévoit : *«Sauf stipulation contraire, la prétendue nullité ou inexistance alléguée du contrat n'entraîne pas l'incompétence de l'arbitre s'il retient la validité de la convention d'arbitrage. Il reste compétent même en cas d'inexistence ou de nullité du contrat, pour déterminer les droits respectifs des parties et statuer sur leurs demandes et conclusions»*. Il est notoire que le règlement CCI est le premier règlement d'arbitrage international important à avoir consacré le principe d'autonomie⁹⁵. De plus, le règlement consacre la séparabilité de la clause compromissoire alors même que l'inexistence du contrat principal serait alléguée.

On peut citer aussi parmi les règlements d'arbitrage en faveur de l'autonomie de la clause compromissoire, le règlement d'arbitrage de la CNUDCI⁹⁶

⁹³ V. les références dans : NAJJAR. N, *op. cit.*, note 87, p. 151 et suiv.

⁹⁴ BLANCHIN. C, *op. cit.*, note 81, p. 17.

⁹⁵ FOUCARD. Ph, GAILLARD. E, GOLDMAN. B, *op. cit.*, note 45, p. 216.

⁹⁶ Article 21 § 2 : *«Le tribunal arbitral a compétence pour se prononcer sur l'existence ou la validité du contrat dont la clause compromissoire fait partie. Aux fins de l'article 21, une clause compromissoire qui fait partie d'un contrat et qui prévoit l'arbitrage en vertu du présent Règlement sera considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de la nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire»*.

adopté en 1976. Aussi, le règlement de la LCIA⁹⁷ dans son article 23. 1⁹⁸ et le règlement de l'AAA⁹⁹ qui consacre le même principe dans l'article 15 paragraphe 2¹⁰⁰.

Enfin, les règlements de certains centres arabes d'arbitrage qui «*reflètent la pratique locale*» reconnaissent eux aussi en des termes voisins l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal¹⁰¹. C'est le cas par exemple de l'article 21-2 du règlement du CRCACI¹⁰², l'article 8-4 du règlement de la CCIB¹⁰³ et l'article 19 du règlement du centre du CCÉAG¹⁰⁴.

En ce qui concerne la jurisprudence arbitrale internationale, l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat dans lequel elle est incluse n'est plus sérieusement discutée en tant que principe. En effet, de très nombreuses sentences arbitrales¹⁰⁵ reconnaissent le principe d'autonomie en tant que principe général de l'arbitrage commercial international, et ce, «*sans éprouver le besoin de se référer, pour le justifier, à une source nationale déterminée*»¹⁰⁶.

⁹⁷ The London court of international arbitration.

⁹⁸ «*Le tribunal arbitral a le pouvoir de statuer sur sa propre compétence, y compris sur toutes les contestations relatives à l'existence ou à la survivance, à la validité ou à l'effectivité de la convention d'arbitrage. À cet égard, une clause compromissoire insérée ou que les parties entendaient insérer sera considérée comme une convention d'arbitrage indépendante de cette autre convention. L'inexistence, la nullité ou l'ineffectivité de la convention d'arbitrage ne pourra découler de plein droit d'une décision du tribunal arbitral déclarant que cette autre convention est inexistante, nulle ou sans effet*».

⁹⁹ The American Arbitration Association.

¹⁰⁰ Art 15, paragraphe 2 : «*Le tribunal a le pouvoir de statuer sur l'existence ou la validité d'un contrat dont fait partie la clause d'arbitrage. Cette clause d'arbitrage doit être considérée comme un accord séparé des autres termes du contrat. Une décision du tribunal déclarant le contrat nul et non avenu ne peut, pour cette seule raison, rendre la clause d'arbitrage nulle*».

¹⁰¹ NAJJAR. N, *op. cit.*, note 87, p. 149.

¹⁰² Centre régional du Caire pour l'arbitrage.

¹⁰³ Chambre de commerce et d'industrie de Beyrouth.

¹⁰⁴ Conseil de coopération des États arabes du Golfe.

¹⁰⁵ Voir comme exemple les sentences arbitrales arbitrale CCI (Affaire N. 8910, 1998, Affaire N. 8385, 1995) avec le commentaire de J-J. Arnaldez, DERAIS. Y, et D. Hascher dans *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Paris ; New York : ICC Publishing ; The Hague : Kluwer Law International, c2003.

¹⁰⁶ FOUCHARD. Ph, GAILLARD. E, GOLDMAN. B, *op. cit.*, note 45, p. 222.

DEUXIÈME PARTIE

L'AUTONOMIE DE RATTACHEMENT : LA VALIDITÉ DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE INDÉPENDAMMENT DE TOUTE LOI ÉTATIQUE

En matière d'arbitrage commercial international, le principe de l'autonomie de la clause compromissoire revêt plusieurs significations. L'indépendance de la convention d'arbitrage par rapport au contrat de fond représente l'aspect classique et le plus reconnu du dit principe. On a déjà vu que ce dernier justifiait l'immunisation de la clause compromissoire contre les causes d'invalidités qui peuvent frapper le contrat principal et lui permettait aussi d'être soumise à une loi différente de celle du contrat de fond.

L'évolution du principe a permis de dégager aussi une autre signification particulière qui se traduit par la validité de la convention d'arbitrage indépendamment de la référence à toute loi étatique. On parle ainsi de «*l'autonomie de rattachement*»¹⁰⁷ ou encore de la «*complète autonomie*»¹⁰⁸ de la clause compromissoire. Il est notoire, à ce niveau, que cette conception correspond parfaitement à la signification étymologique du mot «autonomie» qui est «*le droit de se gouverner par ses propres lois*»¹⁰⁹.

Ce nouveau sens de l'autonomie induit par la jurisprudence française permet de poser un principe de validité de la convention d'arbitrage international et de faire échapper cette convention à la méthode conflictuelle classique. Autrement dit, l'existence et la validité de la convention d'arbitrage doivent être appréciées au regard de règles matérielles spéciales, en dehors de tout conflit de lois, mais avec pour limites le respect des règles d'ordre public international.

¹⁰⁷ DIMOLITSA. A, *op. cit.*, note 12, p. 315.

¹⁰⁸ ANCEL. J-P., *op. cit.*, note 9, p. 75. Cette expression a été utilisée par la cour de cassation française dans l'affaire *Hecht* (Cass., *Hecht c/ Sté Buisman's*, *Rev. Arb.* 1974, p. 89).

¹⁰⁹ *Id.*, p. 82; FOUCHARD. Ph, GAILLARD. E, GOLDMAN. B, *op. cit.*, note 45, p. 234.

L'étude de l'autonomie de rattachement de la clause compromissoire sera menée à travers trois chapitres. Nous commencerons par présenter le principe (**Chapitre 1**). Ensuite on étudiera successivement le contenu (**Chapitre2**) et la consécration de cette règle (**Chapitre 3**).

Chapitre 1

La présentation du principe

La première chose à dire à cet égard est que la jurisprudence française est à l'origine de cette extension du principe d'autonomie (**section 1**). Ce dernier a suscité beaucoup de perplexité quant à sa nature (**section 2**).

Section 1

L'origine du principe

En France, la jurisprudence *Gosset*¹¹⁰ a permis de d'établir fermement le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat de fond. Comme le remarque T. Robert¹¹¹, l'intérêt de cet arrêt réside non seulement dans le fait, dès le premier arrêt, le principe de l'indépendance a été énoncé dans des termes qui ne laissent à peu près aucune hésitation sur la portée du principe, mais aussi qu'il n'a, depuis, jamais été démenti.

Le mouvement produit par l'arrêt *Gosset* devait encore se poursuivre pour s'attaquer cette fois à la notion de détachement de la convention d'arbitrage par rapport non seulement à la loi qui la régit, mais à toute loi.

Ce deuxième aspect de l'autonomie a été mis en lumière pour la première fois dans l'affaire *Hecht*¹¹². La cour d'appel a affirmé d'abord que la clause compromissoire peut être soumise à une loi différente de celle qui régit le contrat principal. L'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat de base justifie cette solution.

¹¹⁰ Cass. 1^{ère} civ., 7 mai 1963, *Gosset*, *op. cit.*, note 88.

¹¹¹ ROBERT. J, *L'arbitrage : droit interne, droit international privé*, Paris, Dalloz, 5^{ème} éd., 1983, p. 245.

¹¹² Civ. I^{ère}, *Hecht c/ Sté Buisman's*, *op. cit.*, note 108.

Ensuite, dans la même affaire, la cour de cassation a introduit l'idée de l'indépendance de la convention d'arbitrage par rapport à toute loi étatique.

L'affaire *Hecht* opposait un agent commercial français à une société néerlandaise. Les parties ont inséré dans leur contrat une clause compromissoire qui prévoyait un arbitrage CCI. Aussi, le contrat stipulait expressément l'application du décret français du 23 décembre 1958 sur les agents commerciaux. La partie défenderesse avait mis en cause la validité de la clause compromissoire en se basant sur le fait que le droit français prohibait une telle clause en droit interne entre commerçants et non commerçants. La cour d'appel a admis l'exception d'incompétence en précisant que, dans un contrat international, les parties ont la liberté «*de convenir des stipulations de leur choix et de se référer pour ce qu'elles ne décident pas expressément, à une loi qu'elles désignent librement*»¹¹³. La cour a ainsi déduit que les parties ont une liberté totale de convention, fût ce à l'encontre de la loi nationale, qui ne trouvait sa limite que dans l'ordre public international français.

Le pourvoi formé à l'encontre de cet arrêt précisait que le caractère international du contrat ne suffisait pas à soustraire la clause compromissoire à la loi française et que le principe d'autonomie ne pouvait pas emporter la validité de la clause compromissoire alors que le contrat de fond renvoyait expressément à la loi française. La cour de cassation a rejeté ce pourvoi en rattachant sa décision au principe de l'autonomie de la clause compromissoire, et ce, sous le couvert de la jurisprudence *Gosset*. Elle a ainsi validé une clause compromissoire insérée dans un acte mixte, alors qu'elle était nulle à l'égard de la loi française à laquelle les juges du fond l'avaient estimée soumise sous le motif qu'«*en matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire présente une complète autonomie*».

¹¹³ Paris, 19 juin 1970, *Hecht c/ Sté Buisman's*, *Rev. Arb.* 1972, p. 67, note Fouchard.

Cette jurisprudence qui tend à détacher la clause compromissoire de toute référence à un droit étatique a été confirmée d'une manière formelle et radicale par l'arrêt *Menicucci* de la cour d'appel de 1975¹¹⁴.

Après avoir constaté le caractère international du contrat et validé une clause compromissoire dans un acte mixte entre un commerçant et un non commerçant la cour affirme que «*Sans qu'il y ait lieu en l'état de rechercher la loi applicable soit au fond du contrat [...] soit à l'instance arbitrale et la sentence, il suffit, pour accueillir l'exception d'incompétence [du tribunal de commerce], de constater que, compte tenu de l'autonomie de la clause compromissoire, instituant un arbitrage dans un contrat international, celle-ci est valable indépendamment de la référence à toute loi étatique*».

Certains auteurs voient dans cet arrêt «*l'aboutissement ultime de l'autonomie*»¹¹⁵. D'autres considèrent que c'était «*un glissement porté par la terminologie*»¹¹⁶.

En tout état de cause, il faut souligner que la jurisprudence *Menicucci* a été suivie par d'autres juridictions et s'est vue consacrée par la cour de cassation française dans l'arrêt *Dalico*¹¹⁷ du 20 décembre 1993. La cour affirmait alors «*qu'en vertu d'une règle matérielle de droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique*».

¹¹⁴ Paris, 13 décembre 1975, *Menicucci*, *J. D. I.*, 1977, p. 107, note E. Loquin.

¹¹⁵ ANCEL. J-P., *op. cit.*, note 9, p. 77 : «*Ainsi était affirmé le principe selon lequel la validité de la clause compromissoire dans les contrats internationaux découlait de la seule volonté des parties, indépendamment de la référence à la loi du contrat principal, ainsi qu'à toute loi étatique. C'est l'aboutissement ultime de l'autonomie*».

¹¹⁶ FOUCHARD. Ph, GAILLARD. E, GOLDMAN. B, *op. cit.*, note 45, p. 233.

¹¹⁷ Civ. I, 20 décembre 1993, *Dalico*, *Rev. arb.*, 1994, p. 116, note H. Gaudemet-Tallon; *J.D.I.*, 1994, p. 432, note E. Gaillard.

Section 2

La nature du principe

Dans le cadre de cette section, on va se pencher sur la nature des règles édictées par la jurisprudence étudiée ci-dessus. En effet, la généralité des termes employés par la cour de cassation dans l'arrêt *Dalico*¹¹⁸ a suscité beaucoup d'interrogations et de perplexité au sein de la doctrine. En ce sens, la plus haute juridiction française affirme le principe de l'autonomie de la clause compromissoire comme «une règle matérielle du droit international» et n'évoque pas «le droit français de l'arbitrage international».

Veut-elle, pour autant affirmer qu'elle fait jouer ici une règle matérielle d'un droit «*réellement international*»¹¹⁹ auquel seraient soumises toutes les clauses compromissoires conclues en matière d'arbitrage international? Cette règle ne serait-elle pas transnationale?

Dans le même sens, M. Nathalie Coipel Cordonnier s'interroge :

«Comme ces règles sont différentes de celles du droit français interne et qu'il est toujours souligné dans ces décisions qu'il y a «arbitrage international», ce qui en France signifie la mise en cause des intérêts du commerce international, on peut se demander si elles ne sont pas directement issues d'un droit coutumier du commerce international, dont la lex mercatoria constitue une partie. La convention d'arbitrage conclue en matière internationale dépendrait alors de normes transnationales, c'est-à-dire de normes qui ne proviennent pas d'un ordre juridique

¹¹⁸ Civ. I, 20 décembre 1993, *Dalico*, *op. cit.*, note 117.

¹¹⁹ GAUDEMET-TALLON. H, «Autonomie, validité, et existence en la forme de la clause compromissoire internationale», note sous *Dalico*, Civ. I, 20 décembre 1993, *Rev. arb.*, 1994, p. 119.

étatique mais qui sont élaborées par les acteurs du commerce international et concrétisées par la pratique arbitrale internationale»¹²⁰.

Cette question ne fait pas l'unanimité de la doctrine. Pour M. Jean-Pierre Ancel¹²¹, la règle affirmée par la jurisprudence, est, certes, formulée par une juridiction non internationale, mais cette règle est une règle matérielle du droit international, non liée à l'ordre juridique interne. Le motif qui fonde cette position selon cet auteur découle du fait que la règle de droit interne lui est radicalement contraire puisqu'elle édicte une prohibition générale de la clause compromissoire.

Éric Loquin partage le même avis et soutient que le principe de l'autonomie de la clause compromissoire tel qu'édicté par la jurisprudence française est une règle appartenant «au droit international de l'arbitrage» et non pas au droit français de l'arbitrage international. Il précise que ce droit international de l'arbitrage «ne peut appartenir à l'ordre juridique français dès lors que cet ordre juridique peut s'opposer à son application au nom de l'ordre public international, et dès lors que les lois de police françaises peuvent interférer dans son application»¹²².

Toutefois, force est de constater que l'opinion doctrinale¹²³ dominante postule que les fondements de ces règles matérielles s'inscrivent dans l'ordre juridique français.

Ainsi, Mme Hélène Gaudemet Tallon, lors de son commentaire de l'arrêt Dalico a affirmé que «la cour de cassation n'a certainement pas la compétence

¹²⁰ COIPEL-CORDONNIER. N, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, Paris, L.G.D.J, tome 314, p. 103.

¹²¹ ANCEL. J-P., *op. cit.*, note 9, p. 9.

¹²² LOQUIN. E, note sous l'arrêt Dalico, Civ. I, 20 décembre 1993, *J.D.I.*, N 3, 1994, p. 699.

¹²³ BLANCHIN. C, *op. cit.*, note 81, p. 29; GOLDSTEIN. G, GROFFIER. E, *op. cit.*, note 71, p. 675; GAUDEMET-TALLON. H, *op. cit.*, note 119, p. 124; POUDRET. J-F et BESSON. S, *op. cit.*, note 44, p. 148; COIPEL-CORDONNIER. N, *op. cit.*, note 120, p. 102 et suiv; GAILLARD. E, note sous Dalico, Civ. I, 20 décembre 1993, *J.D.I.*, N 2, p. 439; MAYER. P, note sous Dalico, Civ. I, 20 décembre 1993, *Rev. crit. DIP.*, 1994, V 83, p. 667; Voir aussi les interventions de Pierre Mayer (p. 111) et de Philippe Fouchard (p. 117) dans la conférence de M. ANCEL. J-P., *op. cit.*, note 9.

*pour poser une règle universelle, totalement a-nationale*¹²⁴. Le commentaire de M. Gaillard va dans le même sens. Ce dernier considère qu'«*il n'a jamais été question pour la jurisprudence française de dégager une règle supra-nationale*»¹²⁵. Il ajoute que «*ce n'est donc qu'une autre manière de dire que l'existence et la validité de la convention d'arbitrage s'apprécient au regard de règles matérielles, certes de source française mais adaptées aux exigences du commerce international*»¹²⁶. Autrement dit, il s'agit bien de règles de droit français à portée internationale.

Chapitre 2

Le contenu du principe

On a déjà signalé que, selon cette seconde conception, le principe d'autonomie prend un sens tout à fait nouveau porteur de «conséquences plus radicales»¹²⁷. L'autonomie de la clause compromissoire justifie alors l'appréciation de sa validité et de son existence d'une manière directe par le biais d'une règle matérielle (**Section 2**). Ceci implique nécessairement l'abandon de la méthode conflictuelle (**Section 1**).

¹²⁴ GAUDEMET-TALLON. H, *op. cit.*, note 119, p. 124

¹²⁵ GAILLARD. E, *op. cit.*, note 123, p. 439.

¹²⁶ *Id.*

¹²⁷ FOUCHARD. Ph, GAILLARD. E, GOLDMAN. B, *op. cit.*, note 45, p. 233.

Section 1

L'abandon de la méthode conflictuelle

Clause contractuelle ou contrat à part entière, en matière d'arbitrage international, l'autonomie de la clause compromissoire nous oblige à considérer que celle-ci n'est pas nécessairement régie par des normes de même nature et de même origine que celles qui régissent le reste du contrat.

Avant d'aborder l'étude de la solution qui examine l'existence et la validité de la clause compromissoire en termes de règles matérielles, il semble indispensable d'exposer brièvement la méthode conflictuelle (1) adoptée par les conventions internationales et la quasi-totalité des ordres juridiques étatiques. Ensuite, seront exposées les difficultés inhérentes à cette méthode étant donné qu'elles représentent l'argument essentiel en faveur du recours exclusif aux règles matérielles¹²⁸ (2).

1- La méthode conflictuelle

La méthode qui consiste à rechercher la loi applicable à la convention d'arbitrage par un raisonnement en termes classiques de conflits de lois est la plus ancienne et la plus répandue en droit comparé¹²⁹.

En effet, on s'accorde généralement que l'examen d'une convention d'arbitrage conclue en matière internationale ne suscite que des conflits de lois. Comme le précise Nathalie Coipel-Cordonnier¹³⁰, cela n'est pas dit comme tel mais

¹²⁸ V. dans ce sens COIPEL-CORDONNIER. N, *op. cit.*, note 120, p. 347; GAILLARD. E, *op. cit.*, note 123, p. 441 : «le rejet de chacune de ces trois solutions entre lesquelles la méthode conflictuelle continue d'hésiter, au profit de règles matérielles correspondants à la conception française des besoins du commerce international se justifie aussi bien par les incertitudes de la méthode conflictuelle appliquée à la convention d'arbitrage international que par les mérites pratiques et théoriques de la méthode des règles matérielles».

¹²⁹ FOUCHARD. Ph, GAILLARD. E, GOLDMAN. B, *op. cit.*, note 45, p. 235.

¹³⁰ COIPEL-CORDONNIER. N, *op. cit.*, note 120, p. 94.

se déduit de la démarche habituelle suivie pour aborder les questions de droit applicable à cette clause. L'idée de départ est en effet qu'aucune loi ne s'impose *a priori* et qu'il faut, à propos de chacun de ses aspects, déterminer la loi la plus appropriée pour la régir.

À ce niveau, il faut signaler que le principe dominant en la matière est celui de l'autonomie de la volonté. Dans certains ordres juridiques étatiques, la solution découle directement d'une règle expresse. C'est ainsi que l'article 3121 du C.c.Q dispose : « *En l'absence de désignation par les parties, la convention d'arbitrage est régie par la loi applicable au contrat principal ou, si cette loi a pour effet d'invalider la convention, par la loi de l'état où l'arbitrage se déroule* »¹³¹. Cette solution confirme le caractère conflictuel de cette approche puisque la possibilité d'un choix par les parties contractantes suppose la concurrence des lois susceptibles d'être appliquées.

Dans d'autres ordres juridiques, la question du droit applicable à la clause compromissoire est d'origine jurisprudentielle. C'est le cas notamment pour l'Allemagne, l'Angleterre et la Belgique où la question du droit applicable est traitée en termes classiques de conflit de lois¹³².

Les dispositions de la convention de New York de 1958 renferment aussi un raisonnement en termes de conflits de lois et consacre le principe d'autonomie des parties quand au choix du droit applicable. Ainsi, l'article V. 1 précise que la reconnaissance et l'exécution d'une sentence seront refusées si « *ladite convention [d'arbitrage] n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où*

¹³¹ Cette règle est, en vertu de l'article 3111 du C.c.Q, valable pour les arbitrages entièrement québécois. V dans ce sens PRUJINER, A, *op. cit.*, note 8, p. 278.

¹³² V. les références dans : POUDRET, J-F et BESSON, S, *op. cit.*, note 44, p. 275.

la sentence a été rendue». L'article IX. 1. (a) de la convention de Genève retient la même solution¹³³.

Il faut aussitôt noter que l'application des règles de conflits de lois à la clause compromissoire invite à examiner séparément les questions du droit applicable à la capacité¹³⁴, ou la forme¹³⁵ par exemple.

Mais retenons que, d'une manière générale, les questions de droit applicable à la convention d'arbitrage se rattachent essentiellement à la méthode traditionnelle des conflits de lois. Cette méthode, estiment certains auteurs, peut s'expliquer par le souci de favoriser l'arbitrage : *«en limitant l'application la loi du for saisi et en unifiant par les conventions internationales, telle la convention de New York par exemples, les règles de conflits compétentes, on a pu augmenter la prévisibilité des solutions pour les parties et dès lors les chances de reconnaissance des conventions d'arbitrage»*¹³⁶.

Soulignons aussi que lorsque la question du droit applicable est soulevée devant un arbitre, ce dernier n'étant pas un organe étatique, n'est pas lié en principe par aucun système de droit international privé étatique particulier. Toutefois, soulevée devant un juge étatique, la nature contractuelle de la convention d'arbitrage la rattache essentiellement aux conflits de lois. Cette méthode dite «traditionnelle» renferme quelques difficultés qu'il convient de signaler.

¹³³ Cet article précise que la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence peut être refusé lorsque *«les parties à la convention d'arbitrage étaient, en vertu de la loi qui leur est applicable, frappées d'une incapacité, ou ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont soumise ou, à défaut d'indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue»*.

¹³⁴ En droit québécois, la capacité des parties sera régie par la loi applicable au statut personnel, déterminée suivant les normes des articles 3083 à 3087 C.c.Q.

¹³⁵ Art 3109 C.c.Q.

¹³⁶ COIPEL-CORDONNIER. N, *op. cit.*, note 120, p. 96-97.

2- Les difficultés inhérentes à la méthode conflictuelle

L'on a déjà signalé, la loi régissant la convention d'arbitrage ne s'étend pas aux différents aspects de cette dernière. Et c'est précisément là où réside la première difficulté. En ce sens, l'application de la méthode conflictuelle à la convention d'arbitrage est susceptible d'entraîner un morcellement des lois applicables en invitant à distinguer entre la loi applicable à la forme, la loi applicable à la capacité des signataires, la loi applicable au pouvoir et la loi applicable au fond de la convention d'arbitrage¹³⁷.

La deuxième difficulté qu'on peut rencontrer lorsqu'on examine la clause compromissoire en termes de conflits de lois concerne la nature même de cette convention : est ce que c'est une convention qui se rattache au droit substantiel ou une convention de procédure? Dans la première hypothèse, il s'agit d'une qualification de nature contractuelle et dans la seconde la clause compromissoire est soumise à la loi applicable à la procédure arbitrale.

Au Canada, la clause arbitrale a été qualifiée dans un premier temps par la Cour suprême comme une question de procédure. En l'espèce, l'affaire provenait du Québec et, par conséquence, a été soumise au droit québécois¹³⁸. En effet, on considérerait que la procédure d'arbitrage doit être en principe soumise à la loi du for.

Comme le soulignent Fouchard, Gaillard et Goldman, cette solution doit être condamnée : *«il n'est plus exact d'affirmer que la procédure arbitrale doit être nécessairement régie par la loi du siège de l'arbitrage : les parties peuvent la soumettre à la loi ou aux règles de droit qu'elles désirent et les arbitres eux-mêmes*

¹³⁷ V. en ce sens GAILLARD. E, *op. cit.*, note 123, p. 441; FOUCHARD. Ph, GAILLARD. E, GOLDMAN. B, *op. cit.*, note 45, p. 236.

¹³⁸ *National Gypsum Co. c. Northern Sales Ltd.*, [1964] R.C.S. 144-149.

*ne sont pas tenus, dans le silence des parties d'opter pour l'application des règles de procédure du droit du siège de l'arbitrage»*¹³⁹.

La solution retenue par la cour suprême dans l'affaire *National Gypsum Co. c. Northern Sales Ltd* a été finalement écartée dans l'affaire *Normandin c. Angelic Power*¹⁴⁰ où la cour fédérale a retenu qualification contractuelle autonome de la convention d'arbitrage.

Cette opinion a trouvé son chemin dans le Code civil du Bas Canada en 1986 à l'article 1926.1 qui a été repris par l'article 2638 C.c.Q : «*l'arbitrage est avant tout un contrat, qui organise une procédure de nature privée, excluant le recours au tribunal étatique, de manière à fournir une décision arbitrale*»¹⁴¹.

Une autre question se pose concernant le droit applicable à la convention d'arbitrage. Il arrive souvent que les parties ne désignent que la loi applicable à la convention de fond sans se prononcer sur celle qui régit la clause compromissoire. Faut-il alors dans ce cas étendre le droit élu pour le contrat principal à la convention d'arbitrage?

La doctrine reste divisée sur cette question. Ce n'est pas le cas de la jurisprudence des différents droits nationaux qui considère généralement que l'élection de droit dans le contrat principal s'étend à la convention d'arbitrage.

Cependant, le problème devient plus difficile lorsque aucune loi n'a été choisie par les parties pour régir le contrat principal. Dans ce cas, comme le précisent Fouchard, Gaillard et Goldman, on estimera généralement qu'il y a lieu de procéder à localisation de la convention litigieuse en recherchant l'ordre juridique

¹³⁹ FOUCHARD. Ph, GAILLARD. E, GOLDMAN. B, *op. cit.*, note 45, p. 237. L'auteur ajoute que l'assimilation de la convention d'arbitrage à la procédure arbitrale ne se justifie pas d'avantage sur le plan théorique. Ainsi, bien qu'elle ait pour objectif l'institution d'une procédure, la convention d'arbitrage s'analyse en un contrat; elle procède en effet la procédure et ne constitue pas une phase de son déroulement.

¹⁴⁰ *Normandin c. Angelic Power.*, [1971] C. F. 263-271.

¹⁴¹ GOLDSTEIN. G, GROFFIER. E, *op. cit.*, note 71, p. 673.

avec lequel elle présente les liens les plus étroits. Cependant, selon les mêmes auteurs¹⁴², *«la confusion peut alors provenir du point de savoir si c'est la convention d'arbitrage ou le contrat de fond auquel elle se réfère qu'il convient de localiser. La localisation de la convention d'arbitrage conduira à privilégier les éléments de rattachement qui lui sont propres (langue, règlement d'arbitrage choisi, siège de l'arbitrage) tandis que celle de la convention de fond se fera à l'aide d'éléments très différents.»*

Mentionnons enfin une autre difficulté inhérente à l'adoption de la méthode conflictuelle. Cette dernière concerne les éléments de rattachement. En effet, à défaut d'un choix exprès de la loi applicable par les parties, on observe que la détermination des facteurs de rattachement devant être utilisés pour la convention d'arbitrage est très délicate. En effet, *«aucun des points de contacts potentiels ne pourront emporter totalement l'adhésion»*¹⁴³.

Il convient de noter aussi que, outre les difficultés mentionnées ci-dessus, une partie de la doctrine¹⁴⁴ s'accorde sur le fait que la méthode de conflit de lois présente plusieurs inconvénients.

Ph. FRANCESCAKIS¹⁴⁵ considère que cette méthode présente essentiellement deux inconvénients. Le premier découle du fait que les règles sur le choix de la loi interne applicable ne sont pas les mêmes d'un État à l'autre, ce qui peut affecter l'efficacité de l'arbitrage hors de l'ordre juridique à l'intérieur duquel il a lieu. Le deuxième inconvénient, que l'auteur considère plus «grave», résulte de la diversité des lois internes en la matière.

¹⁴² FOUCHARD. Ph, GAILLARD. E, GOLDMAN. B, *op. cit.*, note 45, p. 239.

¹⁴³ BLANCHIN. C, *op. cit.*, note 81, p. 27.

¹⁴⁴ FOUCHARD. Ph, GAILLARD. E, GOLDMAN. B, *op. cit.*, note 45, p. 235 et suiv; ROBERT. J, *op. cit.*, note 111, p. 244; BLANCHIN. C, *op. cit.*, note 81, p. 27-28.

¹⁴⁵ FRANCESCAKIS. Ph, « Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire après l'arrêt *Hecht* de la cour de cassation », *Rev. Arb.*, 1974, p. 79.

Aussi, et d'une manière générale, on «reproche» à cette méthode d'être «compliquée et inadaptée en matière d'arbitrage international»¹⁴⁶.

Quoiqu'il en soit, rappelons le, cette méthode de conflit de loi demeure la méthode consacrée par les conventions internationales ainsi que la plupart des législations nationales. Cette méthode a été abandonnée au profit de «l'affirmation tranchante»¹⁴⁷ d'une règle matérielle nouvelle.

Section 2

L'adoption des règles matérielles

En abandonnant la méthode conflictuelle, la jurisprudence française a adopté une règle matérielle de droit international privé consacrant ainsi un véritable principe de validité de la clause compromissoire en matière d'arbitrage international (1). La seule limite à ce principe serait l'ordre public international (2).

1- Le principe de validité de la convention d'arbitrage international

Claude Emanuelli définit les règles matérielles comme étant «des règles substantielles d'origine législatives ou jurisprudentielle, qui visent à régir des questions propres aux situations internationales. Elles ont pour caractéristique de répondre directement aux questions qu'elles visent, au lieu de désigner le système juridique dans lequel il faut chercher la réponse à chacune»¹⁴⁸.

¹⁴⁶ H. G. TALLON, note sous Cass. 1^{ère} civ., 20 décembre 1993, *Dalico*, *Rev. arb.*, 1994, p. 116.

¹⁴⁷ Terme utilisé par ROBERT. J, *op. cit.*, note 111, p. 244.

¹⁴⁸ EMANUELLI. C, *Droit international privé québécois*, Montréal : Wilson & Lafleur, 2001, p. 158.

La jurisprudence française a opté pour de telles règles pour tout ce qui concerne l'appréciation l'existence et la validité de la convention d'arbitrage. C'est une règle matérielle de portée générale qui a conduit à un véritable principe de validité de la clause compromissoire. Ainsi, cette dernière doit s'appliquer, «*même si la loi française la prohibe, même si la loi du contrat l'interdit, même si le contrat est nul, et sans qu'il soit besoin de rechercher la loi qui lui serait applicable en propre*»¹⁴⁹.

Cette solution résulte aujourd'hui en France d'un mouvement jurisprudentiel fermement établi. Au départ, cette nouvelle conception de l'autonomie a permis à la jurisprudence française d'affranchir l'arbitrage international des contraintes qui découlaient de sa propre loi interne. Ainsi, l'interdiction de conclure une clause compromissoire héritée de l'ancien article 1006 du code procédure civil, aujourd'hui reprise dans l'article 2061 du code civil, ne s'étend plus au domaine international. La jurisprudence a adopté une règle matérielle de droit international privé consacrant le principe de licéité de la clause compromissoire : il s'agit du principe selon lequel les prohibitions de droit interne affectant la clause ne s'appliquent pas lorsqu'il s'agit d'un arbitrage international

Par la suite, la jurisprudence française a élargi le champ d'application du principe d'autonomie. Les juges français ont raisonné à partir d'une règle matérielle par laquelle la clause compromissoire est appréciée sans référence à une quelconque loi étatique. La cour d'appel de Paris est allée encore plus loin en affirmant à plusieurs reprises que «*la clause compromissoire a une validité et une efficacité propres*»¹⁵⁰.

Cette expression utilisée dans plusieurs arrêts¹⁵¹ a été critiquée sévèrement par une grande partie de la doctrine. En effet, cette formule fait naître une

¹⁴⁹ ANCEL. J-P, *op. cit.*, note 9, p. 77.

¹⁵⁰ Paris, 26 Mars 1991, *Dalico*, *Rev. arb.*, 1991, p. 456, note H. Gaudemet -Tallon.

¹⁵¹ Paris, 11 Janvier 1990, *Orri*, *J.D.I.*, 1991, p. 141, note B. Audit; *Rev. arb.*, 1992, p. 25, note D. Cohen; *R.T.D. com.*, 1990, p. 596, note E. Loquin et J.-Cl. Dubarry; *Rev. crit.*, 1992, p. 782.

dangereuse ambiguïté en laissant penser que la convention d'arbitrage tirerait sa propre validité de sa seule existence. Un auteur disait à cet égard que la notion de «principe de validité» n'a pas de signification juridique : *«la validité d'une convention ne peut être définie que par référence à une norme préexistante. Aucune convention ne peut conduire à sa propre validité de sa seule existence»*¹⁵².

Hélène Gaudemet -Tallon considère de son côté qu' *«un acte ne peut être en principe valable» : il n'est valable que s'il remplit des conditions de forme et de fond posées par une norme logiquement première par rapport à cet acte; ces conditions peuvent être peu sévères, elles ne sauraient être inexistantes»*¹⁵³.

Notons aussi que cette formule qualifiée de «malheureuse»¹⁵⁴ n'a pas été consacrée dans les décisions postérieures. Retenons dès lors de cette jurisprudence la conception de l'autonomie telle que formulée par la cour de cassation dans l'arrêt *Dalico* du 20 décembre 1993¹⁵⁵. La cour affirme dans cet arrêt *«qu'en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique»*.

Cette conception de l'autonomie marque l'abandon total de la méthode des conflits de lois dans le domaine de la convention d'arbitrage. Elle marque aussi le *«triomphe de l'autonomie de la volonté»*¹⁵⁶ puisque la validité de la clause compromissoire dépendrait directement de la volonté des parties *«sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique»*.

¹⁵² ANCEL. J-P., op. cit., note 9, p. 91.

¹⁵³ GAUDEMET-TALLON. H, note sous Paris, 26 mars 1991, *Dalico*, *Rev. arb.*, 1991, p. 469.

¹⁵⁴ FOUCHARD. Ph, GAILLARD. E, GOLDMAN. B, op. cit., note 45, p. 250.

¹⁵⁵ Civ. I, 20 décembre 1993, *Dalico*, op. cit., note 117.

¹⁵⁶ GOLDSTEIN. G, GROFFIER. E, op. cit., note 71, p. 675.

Toutefois, comme le rappelle M. Jean-Pierre Ancel, si la clause compromissoire échappe à la norme étatique, elle n'échappe pas à toute norme et que si son autonomie lui permet de susciter des règles matérielles d'application directe, elle doit demeurer soumise à une règle supérieure :

«Si la règle d'autonomie consacre la licéité de principe de la clause compromissoire et lui assure un régime juridique «autonome», elle doit néanmoins permettre le contrôle de la validité de la clause au regards de normes prédéfinies et en quelque sorte «supérieures». À défaut de référence à un système de droit étatique quel qu'il soit, il ne subsiste qu'un critère de contrôle, propre à assurer la vérification de la validité de la convention d'arbitrage international et son accomplissement dans la sécurité juridique : c'est l'ordre public international»¹⁵⁷.

La convention d'arbitrage n'est pas une convention sans droit. Sa validité reste confrontée à l'ordre public international

2- L'ordre public international : seule limite au principe d'autonomie

Se fondant sur le principe d'autonomie, la jurisprudence française a fait échapper en intégralité la convention d'arbitrage à la méthode conflictuelle. La validité de la clause compromissoire ne dépend plus d'une loi étatique quelconque. Elle est désormais soumise aux seules exigences de l'ordre public international.

Comme l'explique justement M. Jean-Baptiste Racine¹⁵⁸ : *«Une convention d'arbitrage détachée complètement des droits étatiques est inenvisageable, tout*

¹⁵⁷ ANCEL. J-P., *op. cit.*, note 9, p. 82.

¹⁵⁸ RACINE. J-B, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, L.G.D.J, tome 309, 1999, p. 190.

comme l'est un accord de volonté tirant sa validité et sa force obligatoire du seul échange des consentements. La réserve ultime de l'ordre public a donc pour fonction de marquer la présence irréductible de l'État dans la convention d'arbitrage tout en permettant pour le surplus une autonomie totale de celle-ci par rapport au droit étatique»

Cette réserve accompagne le principe d'autonomie dans un grand nombre d'arrêts et en marque ainsi la relativité¹⁵⁹. Il faut toutefois signaler que dans la décision de la cour de cassation à l'arrêt *Dalico*, les juges ont fait référence, non seulement à l'ordre public international, mais aussi aux «*règles impératives de droit français*» comme réserve à la conformité de la clause compromissoire.

Pour certains auteurs¹⁶⁰, la notion de règles impératives de droit français doit être assimilée aux lois de police du for. Par conséquent, il faut faire la distinction entre les règles impératives du droit français, autrement dit les lois de police du for, et l'ordre public international. En revanche, M. Gaillard¹⁶¹ considère de son côté que l'ordre public international fait double emploi avec la mention de règles impératives du droit français et qu'il permettrait, à lui seul, de rendre compte de toutes les hypothèses de nullité de la convention d'arbitrage.

Quoi qu'il en soit, la référence aux règles impératives de droit français a été abandonnée par la suite en jurisprudence. Seul l'ordre public a été visé dans les arrêts qui ont suivi¹⁶², ce qui nous incite à rejoindre l'opinion de M. Gaillard et considérer que la notion de règles impératives du droit français peut être abandonnée au profit de la seule notion d'ordre public international.

Cependant, quelle que soit la qualification retenue, la référence à la notion d'ordre public international suscite quelques interrogations. Cette notion, estiment

¹⁵⁹ V. les références dans : BLANCHIN. C, *op. cit.*, note 81, p. 31.

¹⁶⁰ GAUDEMET-TALLON. H, *op. cit.*, note 119, p. 124; LOQUIN. E, *op. cit.*, note 122, p. 698.

¹⁶¹ GAILLARD. E, *op. cit.*, note 123, p. 439.

¹⁶² V. les références citées par RACINE. J-B, *op. cit.*, note 158, p. 193.

certain auteurs, est «mystérieuses»¹⁶³, «surprenante»¹⁶⁴, ou encore «laisse le commentateur un peu à sa faim»¹⁶⁵. En effet, comme le souligne M. Pierre Mayer, *«l'utilisation des mécanismes de droit international privé n'est pas conforme à leur fonction normale. Lois de police et ordre public international ont en commun d'entraîner l'application d'une règle appartenant à un ordre juridique normalement incompétent, en général celui du for. Mais ici le principe d'efficacité est lui-même posé par le for. Que signifie l'intrusion du droit international privé pour organiser la coexistence des règles à l'intérieur d'un ordre juridique globalement compétent, qui est de surcroît celui du for?»*¹⁶⁶.

À ce titre, on doit affirmer qu'il ne s'agit pas de l'ordre public au sens traditionnel du droit international privé. Autrement dit, la fonction assignée à l'ordre public par la jurisprudence n'est pas une fonction d'éviction d'une loi étrangère. En effet, la règle matérielle adoptée précise que la clause compromissoire n'est pas soumise à une loi étatique, et par conséquent, exclut l'application d'une loi étrangère.

Jean Baptiste Racine¹⁶⁷ soutient que l'ordre public visé dans le cadre de cette nouvelle conception du principe d'autonomie a une fonction d'éviction de la volonté des parties et qu'elle est plus proche à la fonction assignée à l'ordre public interne.

Pour Pierre Mayer, la fonction de l'ordre public est *«d'évincer les clause compromissoires conclues dans des conditions dépassant le degré de libéralisme dont est prêt à faire preuve un juge français»*¹⁶⁸.

¹⁶³ MAYER. P, *op. cit.*, note 123, p. 668.

¹⁶⁴ LOQUIN. E, *op. cit.*, note 122, p. 699.

¹⁶⁵ GAUDEMET-TALLON. H, *op. cit.*, note 119, p. 125.

¹⁶⁶ MAYER. P, *op. cit.*, note 123, p. 668.

¹⁶⁷ RACINE. J-B, *op. cit.*, note 158, p. 195.

¹⁶⁸ MAYER. P, *op. cit.*, note 123, p. 668.

M. Gaillard précise que *«l'expression d'«ordre public international» permet de manifester la réserve dont les juridictions françaises doivent faire preuve dans l'appréciation des contraintes dans lesquelles la convention d'arbitrage international peut être enfermée, l'ordre public international étant traditionnellement conçu en termes d'exigences minimales de justice»*¹⁶⁹.

Une autre question s'impose concernant la référence à la notion d'ordre public : est ce qu'il s'agit d'un ordre public international étatique, en l'occurrence l'ordre public international français, ou d'un ordre public «réellement international»¹⁷⁰?

Il semble bien que la majorité de la doctrine s'accorde sur la fait qu'il s'agit d'un ordre public international tel qu'interprété en droit français¹⁷¹. Comme le souligne bien un auteur¹⁷², *«il s'agit avant tout d'un ordre public international adapté aux spécificités de l'arbitrage international. Il reste que le droit français projette sa propre vision de l'arbitrage international»*.

¹⁶⁹ GAILLARD. E, *op. cit.*, note 123, p. 439.

¹⁷⁰ Expression utilisée par GAUDEMET-TALLON. H, *op. cit.*, note 119, p. 125

¹⁷¹ GOLDSTEIN. G, GROFFIER. E, *op. cit.*, note 71, p. 677. Dans le même sens M. Mayer s'interroge : *«Qu'est ce qu'on va appliquer au nom de l'ordre public international? On va appliquer le droit français, on va appliquer de nouvelles règles qui vraisemblablement ressembleront énormément à celles que contient le Code civil sur l'erreur, le dol, la violence, etc. Pourquoi parler d'ordre public international? En fait il s'agit d'appliquer des règles du droit français»* : dans le débat qui a suivi la communication de M. Ancel (ANCEL. J-P., *op. cit.*, note 9, p. 111)

¹⁷² RACINE. J-B, *op. cit.*, note 158, p. 195.

Chapitre 2

La consécration du principe

Si on a déjà qualifié l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal de principe général de droit de l'arbitrage, force est de constater que la nouvelle conception de l'autonomie qui affranchit la convention d'arbitrage de toute loi étatique est loin d'acquiescer ce «statut» privilégié.

Les critiques doctrinales montrent ainsi que ce principe souffre de plusieurs déficiences et comporte des incohérences (**Section 1**). C'est peut être la raison pour laquelle il a eu une reconnaissance limitée (**Section 2**).

Section 1

Les critiques doctrinales

Signalons tout d'abord que le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport à toute loi étatique a été salué à certains égards. Ainsi, on a fait valoir les mérites que représentait l'adoption d'une règle matérielle. Cette règle qui apporte une solution de type substantiel, estime un auteur¹⁷³, *«correspond à l'attente des opérateurs du commerce international et la pratique arbitrale relève l'assentiment donné par les tribunaux arbitraux à une réglementation proprement internationale de la clause compromissoire»*.

Le commentaire de Mme Hélène Gaudemet-Tallon va dans le même sens : *«On pourra se réjouir de la mise à l'écart de la règle de conflit en rappelant que les spécialistes de l'arbitrage ont souvent dénoncé la méthode conflictualiste comme étant compliquée et inadaptée en matière d'arbitrage international. Adopter*

¹⁷³ BLANCHIN. C, *op. cit.*, note 81, p. 28.

*une règle matérielle de droit international peut être considéré comme une simplification»*¹⁷⁴.

On a aussi mis l'accent sur le fait que l'autonomie de rattachement a permis à la jurisprudence française d'affranchir l'arbitrage international des contraintes résultant des législations nationales, à commencer par la sienne et par conséquent elle a assuré le plus souvent la validité et l'efficacité de conventions d'arbitrage qu'elle aurait dû tenir pour invalides en appliquant une méthode conflictuelle¹⁷⁵.

Cependant, l'adoption de la méthode des règles matérielles a entraîné un lot de critiques. Ainsi, on a reproché à cette nouvelle conception de l'autonomie le fait que les règles matérielles limitant l'autonomie des parties, et par conséquent, la validité de la convention d'arbitrage, *«sont dans une large mesure imprévisibles car elles ne résultent pas de la loi, mais de la jurisprudence qui les déduit de cas en cas de la conception française de l'ordre public international»*¹⁷⁶.

Aussi, signalons que cette conception de l'autonomie a été taxée *«d'impérialisme juridique»*¹⁷⁷. En effet, l'adoption de règles matérielles internationales par l'ordre juridique français engendre en principe l'exclusion de l'intervention de toute loi étrangère fondée sur la mise en œuvre d'une règle de conflit. C'est dans ce contexte Gérard Goldstein, commentant l'arrêt Dalico de la cour de cassation française s'interroge : *«...C'est bien en fait une règle matérielle française que la cour de cassation française crée, encadrée par «les règles impératives du droit français» et de l'ordre public «international» tel qu'interprété en droit français, et appliqué en l'espèce, comme une règle d'application nécessaire...à un litige international entre une société danoise et une commune*

¹⁷⁴ GAUDEMET-TALLON. H, *op. cit.*, note 119, p. 116.

¹⁷⁵ POUDRET. J-F et BESSON. S, *op. cit.*, note 44, p. 251.

¹⁷⁶ POUDRET. J-F, « L'originalité du droit français de l'arbitrage au regard du droit comparé », *R.I.D.C.*, 2004, N 1, p. 136.

¹⁷⁷ POUDRET. J-F et BESSON. S, *op. cit.*, note 44, p. 149.

libyenne, né à l'occasion d'un contrat de construction exécuté en Libye. Où est l'intérêt vital de l'État français?¹⁷⁸».

La notion d'ordre public international à laquelle fait référence la jurisprudence qui consacre l'autonomie de rattachement de la clause compromissoire n'a pas échappé aussi à la critique. On a essentiellement mis en cause la capacité de l'ordre public international à régir toutes les questions inhérentes à la validité de la clause d'arbitrage. Comme le souligne Jean-François Poudret «*on voit mal quel délai l'ordre public international assigne à celui qui est victime d'un vice de consentement pour s'en prévaloir : un an comme en Suisse, dix ans ou d'avantage?*»¹⁷⁹. Ceci rejoint l'avis de Sabine Thuilleaux¹⁸⁰ qui affirme que l'appréciation de la validité des conditions de formation de la convention d'arbitrage devra nécessairement être faite par rapport à un droit interne applicable.

La dernière critique qu'on peut évoquer se rattache à la volonté des parties. L'éviction de toute loi étatique, à l'exception de la *lex fori*, se trouve *a priori* en contradiction avec cette volonté des parties dont elle devrait assurer le triomphe et ce, dans la mesure où elle ne tient pas compte de la loi que les parties ont choisie pour régir la convention d'arbitrage¹⁸¹.

Pour résumer, on reproduira les propos de Pierre Mayer qui a été l'auteur le plus critique envers cette conception de l'autonomie : «*il semble que, dès lors que la validité d'une clause compromissoire est en cause, tous les mécanismes juridiques soient perturbés : les règles de conflits de lois sont bannies, les droits*

¹⁷⁸ GOLDSTEIN. G, GROFFIER. E, *op. cit.*, note 71, p. 676; V. aussi FOUCHARD. Ph, GAILLARD. E, GOLDMAN. B, *op. cit.*, note 45, p. 248 : «*Ce serait un manifester un impérialisme juridique déplacé que de trancher, au regard de seules conceptions de sources françaises, la question de l'existence et de la validité d'une convention d'arbitrage entre libyens et danois, comme dans l'affaire Dalico par exemple*».

¹⁷⁹ POUDRET. J-F et BESSON. S, *op. cit.*, note 44, p. 149.

¹⁸⁰ THUILLEAUX. S, *op. cit.*, note 63, p. 141.

¹⁸¹ V. dans ce sens le commentaire de LOQUIN. E., «*Les parties peuvent-elles écarter l'application des règles matérielles françaises de validité de la clause compromissoire internationale en soumettant expressément la clause à une loi étatique étrangère?* », note sous cass. 1^{er} civ. 30 mars 2004, *R.T.D.Com.*, 2004, N 3, p. 443 et suiv; POUDRET. J-F, *op. cit.*, note 176, p. 137.

étatiques eux-mêmes deviennent inutiles, à l'exception du droit français, rebaptisé international, la notion de validité remplacée par celle d'efficacité, la volonté des parties est sacralisée, les règles substantielles sont abandonnées au profit des notions-cadres, l'ordre public est chargé de missions nouvelles...»¹⁸².

Section 2

La reconnaissance limitée du principe

Seule la jurisprudence française continue de consacrer pleinement l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport à toute loi étatique. Cette jurisprudence est aujourd'hui bien établie. L'appréciation de l'existence et la validité de la clause compromissoire se fait au regard d'une règle matérielle de portée générale où l'ordre public est l'unique cause de nullité de la convention.

Un récent arrêt de la cour de cassation française¹⁸³ vient confirmer ce courant jurisprudentiel. Dans cette affaire, la cour a repris mot à mot la formule habituelle selon la quelle *«en vertu d'une règle matérielle du droit de l'arbitrage international, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique»*.

Comme le souligne un auteur¹⁸⁴, la jurisprudence française semble être *«la seule à parcourir sans entrave cette voie»*. Les autres ordres juridiques étatiques

¹⁸² MAYER. P, op. cit., note 123, p. 672

¹⁸³ Cass. 1^{re} civ., 30 mars 2004, *Sté Uni-kod c/ Sté Ouralkali*; V. le commentaire d'Éric Loquin, op. cit., note 181, p. 443.

¹⁸⁴ Antonias DIMOLITSA, op. cit., note 12, p. 320.

continuent à soumettre les questions d'existence et de validité de la clause compromissoire à la méthode classique des conflits de lois.

On peut cependant réserver le cas de certains pays qui, afin d'assurer la validité maximale de la convention d'arbitrage, ont opté pour l'application des deux méthodes de droit international privé, à savoir, la méthode conflictuelle et la méthode des règles matérielles.

C'est le cas du législateur suisse qui a admis la possibilité de combiner *in favorem validitatis*, règles matérielles et règles de conflits à propos de la convention d'arbitrage. Ainsi, l'article 178, paragraphe 2 de la loi suisse de droit international privé de 1987 dispose que la convention d'arbitrage est valable «quant au fond [...] si elle répond aux conditions que pose soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l'objet du litige, et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit suisse».

Comme le remarquent Fouchard, Gaillard et Goldman, cette règle se présente comme une règle de conflit, mais elle permet en réalité au juge suisse chargé de l'examen de la validité de la convention d'arbitrage sur laquelle est fondée une sentence arbitrale dont il a à connaître de faire application des dispositions matérielles de son droit. Ainsi, il semble que le législateur suisse a estimé, comme les tribunaux français, que, dans une situation à caractère international, le fait que la sentence soit appelée à produire effet dans l'ordre juridique du for, suffisait à justifier que la validité de la convention d'arbitrage soit appréciée au regard de ses propres conceptions¹⁸⁵.

Cette solution a été suivie par le droit algérien qui lui aussi combine règles matérielles et règles de conflits¹⁸⁶. Dans cet État, en raison du caractère international de la situation, le juge peut soit, recourir aux règles matérielles de sont

¹⁸⁵ FOUCHARD. Ph, GAILLARD. E, GOLDMAN. B, *op. cit.*, note 45, p. 256.

¹⁸⁶ Article 458 bis 1, al. 3 du nouveau code de procédure civile; V. BEDJAOUÏ et MEBROUKINE, «Le nouveau droit de l'arbitrage international en Algérie», *J.D.I.*, 1993, p. 873.

droit, soit à la loi choisie par les parties ou celle régissant le fond du litige pour comme apprécier l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage.

TROISIÈME PARTIE

LE RATTACHEMENT DÉLICAT DU PRINCIPE D'AUTONOMIE À CERTAINS EFFETS DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE

Tant en jurisprudence qu'en doctrine on reconnaît ce qu'on appelle «la force expansionniste»¹⁸⁷ ou encore, «l'effet d'entraînement»¹⁸⁸ du principe de l'autonomie de la clause compromissoire. Comme on vient de le voir, ceci se vérifie à travers l'émergence de cette conception particulière qui prône le détachement de la convention d'arbitrage vis-à-vis de la théorie des conflits de lois. La notion d'autonomie entraînerait alors non seulement l'indépendance de la clause arbitrale par rapport au contrat principal, mais aussi son indépendance par rapport à toute loi étatique.

Dans le même sens, on a aussi soutenu que le pouvoir de l'arbitre de statuer sur sa propre compétence, appelé principe de la «compétence-compétence», découle du «*pouvoir autonome*»¹⁸⁹ de la clause compromissoire. Ces propos sont toutefois dénoncés par une grande partie de la doctrine qui avertit de l'avènement d'un tel amalgame. La question serait alors de savoir dans quelle mesure peut-on rattacher ces deux grands principes de l'arbitrage international (**Chapitre 1**).

Sur un autre plan, serait mis en cause, au nom de l'incohérence juridique, le pouvoir du principe d'autonomie de «coexister» avec une autre caractéristique de la clause compromissoire, à savoir, sa transmissibilité. Nous essayerons alors de clarifier cette articulation «douteuse» (**Chapitre 2**).

¹⁸⁷ FOUCHARD. Ph, GAILLARD. E, GOLDMAN. B, *op. cit.*, note 45, p. 230.

¹⁸⁸ Expression utilisée dans la communication de M. ANCEL. J-P., *op. cit.*, note 9, p. 84.

¹⁸⁹ *Id.*

Chapitre 1

L'articulation entre le principe d'autonomie et la compétence-compétence

Le rattachement du principe d'autonomie à celui de la compétence-compétence est délicat dans la mesure où il génère un risque d'amalgame entre deux règles différentes (**Section 2**). Avant de vérifier le bien fondé de ces propos, il semble nécessaire d'expliquer ce qu'on entend par «le principe de la compétence-compétence» (**Section 1**).

Section 1 : Présentation du principe de la compétence-compétence

Le principe de la «compétence-compétence»¹⁹⁰ signifie que *«les arbitres ont le pouvoir de statuer sur leur propre compétence et ne sont pas obligés de surseoir sur le fond du litige, après avoir affirmé leur compétence, lorsque cette question est contestée devant un juge étatique»*¹⁹¹. Soulignons toutefois, que ce principe est souvent présenté et défini par ces deux effets, à savoir, l'effet positif (1), et l'effet négatif (2).

L'effet positif dudit principe s'adresse à l'arbitre. Il lui reconnaît le pouvoir de vérifier sa compétence si celle-ci est contestée sous réserve du seul contrôle de l'autorité judiciaire compétente.

¹⁹⁰ Il faut noter que l'expression «compétence-compétence» découle de l'expression allemande «Kompetenz-kompetenz». Curieusement, cette dernière expression désigne un sens différent de celui de la compétence-compétence puisque dans la terminologie allemande, la «Kompetenz-kompetenz» impliquerait le pouvoir des arbitres de juger en dernier ressort, et sans contrôle judiciaire aucun, de leur compétence (V. FOUCHARD. Ph, GAILLARD. E, GOLDMAN. B, *op. cit.*, note 45, p. 410.). Pour M. Gaillard, *«de sérieux de l'expression, son prestige supposé, ont pu contribuer à l'acceptation du principe»* (GAILLARD. E, «L'effet négatif de la compétence-compétence», *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, publ.Fac.de droit Univ.Lausanne, edit : J.Haldy, J.M.Rapp, Ph.Ferrari, 1999, p. 389.

¹⁹¹ DIMOLITSA. A, *op. cit.*, note 12, p. 328.

L'effet négatif quant à lui s'adresse à la juridiction étatique. Il lui interdit, lorsqu'elle est saisie d'un litige faisant l'objet d'une convention d'arbitrage, de statuer sur sa propre compétence avant que l'arbitre ne se soit lui-même prononcé sur l'existence, la validité et la portée de cette convention.

1- L'effet positif du principe

Dans ce qui suit, on va essayer de délimiter les fondements **(a)** de ce qu'on appelle «l'effet positif du principe de la compétence-compétence», et ce, avant de constater que c'est une règle généralement admise et consacrée **(b)**.

a- Les fondements de l'effet positif du principe de la compétence-compétence

Comme on l'a déjà signalé, l'effet positif du principe permet aux arbitres dont la compétence est mise en doute de se prononcer sur le fondement de leur investiture sous le contrôle ultérieur du juge. Pour la majorité de la doctrine, la justification de ce principe est essentiellement pragmatique¹⁹². La compétence reconnue à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence est motivée par un souci d'efficacité. Elle permet d'éviter toute tentative visant à retarder le déroulement de l'arbitrage et permet ainsi de faire échec à d'éventuelles manœuvres dilatoires. En

¹⁹² GAILLARD. E, «Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international», *Rev. Arb.*, 1990, p.771; FOUCHARD. Ph, « La nullité manifeste de la clause compromissoire, limite à la compétence-compétence de l'arbitre », note sous Cass. civ. 1^{er}, 1^{er} décembre 1999, *Rev. Arb.*, 2000, N 1, p. 98 et 99; MAYER. P, « L'autonomie de l'arbitre international pour statuer sur sa propre compétence », *Rec. cours La Haye*, 1989, V, t. 217, p. 333; DIMOLITSA. A, *op. cit.*, note 12, p. 325; MARQUIS. L, «La compétence arbitrale : une place au soleil ou à l'ombre du pouvoir judiciaire», (1990), 21, *R.D.U.S.*, p. 313, 315 et 316; POUDRET. J-F et S. BESSON, *op. cit.*, note 44, p. 408; BLANCHIN. C, *op. cit.*, note 81, p. 35; GAILLARD. E, *op. cit.*, note 190, p. 388.

effet, en raison de ce principe, une partie ne peut se prévaloir de l'inexistence, ou le défaut de validité de la clause compromissoire qui fonde la compétence de l'arbitre pour se soustraire à l'arbitrage. Comme le précise Louis Marquis, *«on aperçoit au simple coup d'oeil l'écueil sur lequel risque de s'abîmer l'arbitrage : il suffira à une partie d'invoquer l'inexistence ou l'invalidité de la convention d'arbitrage pour paralyser les procédures, ou, plus globalement, afin de nier toute légitimité à l'arbitre»*¹⁹³.

Cependant, au-delà de ces considérations pratiques, des fondements théoriques peuvent être avancés pour justifier la règle de compétence en question. On peut invoquer *a priori* l'accord compromissoire étant donné que *«sans convention d'arbitrage c'est le néant»*¹⁹⁴. On invoque par conséquent, la volonté des parties contractantes. C'est une volonté présumée de reconnaître à celui aux arbitres le pouvoir de statuer sur toutes les questions litigieuses, y compris sur leur compétence, sous le contrôle ultérieur de la juridiction étatique.

Cette explication est séduisante, mais reste incapable à justifier l'hypothèse où l'arbitre se déclare incompétent. En effet, pour prononcer leur incompétence, *«les arbitres ne peuvent se fonder que sur une règle qui ne doit rien à la volonté des parties, par définition inexistante ou entachée d'un vice»*¹⁹⁵.

C'est pour échapper à ce *«cercle vicieux»*¹⁹⁶ ou à cette *«impasse logique»*¹⁹⁷ qu'on considère généralement que la convention d'arbitrage, et par conséquent la volonté des parties, ou la loi d'autonomie, ne peut constituer le fondement de l'effet positif de la compétence-compétence.

Ainsi, la majorité de la doctrine s'accorde sur le fait que le véritable fondement de la compétence-compétence est le droit de l'arbitrage de l'État du

¹⁹³ MARQUIS. L, *op. cit.*, note 192, p. 313.

¹⁹⁴ *Id.*

¹⁹⁵ GAILLARD. E, *op. cit.*, note 190, p. 388.

¹⁹⁶ MAYER. P, *op. cit.*, note 192, p. 341.

¹⁹⁷ DIMOLITSA. A, *op. cit.*, note 12, p. 325.

siège de l'arbitrage et, plus généralement, de l'ensemble des États susceptibles de connaître une sentence rendues par des arbitres sur leurs propre compétence¹⁹⁸.

On pourrait aussi citer un autre fondement théorique qui a été proposé¹⁹⁹ pour justifier la compétence de l'arbitre pour statuer sur sa propre compétence. Il s'agit du pouvoir juridictionnel qui est reconnu à tout arbitre, sous réserve d'un contrôle judiciaire ultérieur.

Cet argument a été sévèrement contesté par Pierre Mayer qui considère que le juge est investi par l'État, en dehors de tout acte de volonté des parties, d'un pouvoir juridictionnel qui n'est en général pas contesté. En cette qualité, qui s'accompagne d'un large pouvoir, le juge est habilité par l'État à se prononcer, avec autorité, sur la validité d'un accord qui prétendrait étendre ou restreindre l'exercice de sa fonction vis-à-vis d'un litige déterminé. En revanche, l'arbitre, personne privée, n'est investi du pouvoir de juger que par un accord des parties déclaré valable par la loi²⁰⁰.

Retenons dès lors que l'effet positif de la compétence-compétence découle théoriquement de «*la permission légale généralisée provenant de tous les ordres juridiques nationaux qui pourraient être appelés à reconnaître la sentence*»²⁰¹. Sur le plan pratique, cette permission s'explique par le souci d'assurer au maximum la validité de la convention d'arbitrage et lui permettre de produire ces effets.

¹⁹⁸ FOUCHARD. Ph, GAILLARD. E, GOLDMAN. B, *op. cit.*, note 45, p. 414; MAYER. P, *op. cit.*, note 192, p. 342 et suiv : «*Le point essentiel reste que qu'il n'est pas d'avantage possible pour un individu de se conférer par sa propre décision le titre d'arbitre, qu'il ne lui serait donné de s'élever au-dessus du sol en se tirant par les cheveux. Sans doute, il se trouve souvent que la position de l'arbitre est conforme à ce que la loi applicable, correctement appliquée par lui à la convention d'arbitrage, décide; dans ce cas il, il n'encourt pas le reproche de s'être attribué une qualité qu'il ne possédait pas. Encore est-il nécessaire de s'assurer qu'il en est bien ainsi. Or subordonner la reconnaissance d'une décision à la vérification de sa coïncidence exacte avec le résultat de l'application correcte des règles, c'est finalement ne lui accorder aucune valeur normative*».

¹⁹⁹ FOUCHARD. Ph, *op. cit.*, note 192, p. 99.

²⁰⁰ MAYER. P, *op. cit.*, note 192, p. 341 : «*L'argument tiré du fait que l'arbitre exerce une fonction juridictionnelle, et que les juges ont le pouvoir de se prononcer sur leur propre compétence est sans valeur*».

²⁰¹ DIMOLITSA. A, *op. cit.*, note 12, p. 325.

Par ailleurs, ce souci est partagé par la majorité des ordres juridiques, ce qui fait de l'effet positif du principe de la compétence-compétence une règle généralement admise et consacrée.

b- L'admission de l'effet positif du principe de la compétence-compétence

La majorité des droits nationaux reconnaissent aujourd'hui l'effet positif du principe de la compétence-compétence. Le droit québécois en fait partie et autorise l'arbitre à statuer sur sa propre compétence. Ainsi, l'article 943 du C.p.c dispose clairement que «*les arbitres peuvent statuer sur leur propre compétence*».

Cet article permet à l'arbitre d'une part de décider si le litige dont il est saisi est couvert par la convention d'arbitrage. D'autre part, il lui permet de se prononcer sur l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage²⁰².

Il faut noter aussi que ce principe a été consacré en droit québécois bien avant la réforme sur l'arbitrage de 1986. Il a été reconnu par la cour supérieure dans l'arrêt *Prévost Silk Screen Inc. c. Produits Franco Inc*²⁰³ en ces termes : «*Il s'agit là d'une clause compromissoire valide, non seulement la cour n'a pas à se prononcer sur la nature du document qui fait l'objet du litige ou sur le bien-fondé des dommages réclamés, mais encore elle ne peut décider si la dispute entre les parties se situe à l'intérieur de la juridiction attribué à l'arbitre*».

En France, le principe est consacré par l'article 1466 du Nouveau Code de procédure civile qui dispose que «*si, devant l'arbitre, l'une des parties conteste*

²⁰² MARQUIS. L, *op. cit.*, note 192, p. 312.

²⁰³ *Prévost Silk Screen Inc. c. Produits Franco Inc*, (12 mars 1980), Montréal 500-05-023495-765, J.E. 80-298 (C.S.), à la p. 2 et suiv; cité dans THUILLEAUX. S et D. M. PROCTOR, «L'application des conventions d'arbitrages au Canada : une difficile coexistence entre les compétences judiciaire et arbitrale », *Revue de droit de Mc Gill*, V 37, 1991-1992, p. 481.

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

Il faut préciser que ces mêmes dispositions s'appliquent lorsqu'il s'agit d'un arbitrage international soumis à la loi française puisque l'article 1495 renvoie à l'article 1466 quand l'arbitrage «met en cause les intérêts du commerce international»²⁰⁴. Signalons aussi que ce principe est bien établi dans la jurisprudence française²⁰⁵. Il a été déjà consacré par la cour de cassation dans un arrêt du 22 février 1949²⁰⁶ et après quelques hésitations dans les années cinquante, il est devenu un principe incontestable en droit positif²⁰⁷.

Beaucoup d'autres droits nationaux ont reconnu le principe de la compétence-compétence dans son effet positif. On peut citer à titre indicatif le droit suisse avec l'article 186 de la LDIP, le droit belge avec l'article 1697 al.1 et 3, ou le droit néerlandais avec l'article 1502 du CPC. La même règle est consacrée aussi par la loi type de la CNUDCI dans son article 16 § 3 : *«Le tribunal arbitral peut statuer sur l'exception d'incompétence, soit en la traitant comme une question préalable, soit dans sa sentence sur le fond».*

Pour ce qui est des conventions internationales, l'article V § 3 de la convention de Genève de 1961, de même que l'article 41 de la convention de Washington instituant le CIRDI précise que *«sous réserve des contrôles judiciaires ultérieurs prévus par la loi du for, l'arbitre dont la compétence est contestée ne*

²⁰⁴ Art 1495 C.p.c : *«Lorsque l'arbitrage international est soumis à la loi française, les dispositions des titres I^{er}, II et III du présent livre ne s'appliquent qu'à défaut de convention particulière et sous réserve des articles 1493 et 1494».*

²⁰⁵ Dans un récent arrêt de la cour de cassation du 16 novembre 2004 (Civ. I, *Association Tuv Zertifizierungsgemeinschaft Ev et autres c/ Association française pour la certification par tierce partie des systèmes d'assurance qualité des entreprises*, Rev. arb., 2005, N 3, p. 673, note J-B. RACINE), la plus haute juridiction dispose : *«En déclarant compétente une juridiction étatique sans relever, alors que l'une des parties la contestait, la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage, seule de nature à faire obstacle au principe selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence, qui consacre la priorité de la compétence arbitrale pour statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage, une cour d'appel ne donne pas une base légale à sa décision»*

²⁰⁶ J.C.P., 1949 II 4899, obs. Motulsky.

²⁰⁷ GAILLARD. E, *op. cit.*, note 192, p.771;

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».

Enfin, pour réaffirmer cette reconnaissance, on peut évoquer le règlement d'arbitrage de la CCI²⁰⁸ ou celui de la CNUDCI²⁰⁹. Tout deux consacrent l'effet positif de la compétence- compétence. Cette consécration qui, comme il a été déjà précisé²¹⁰, d'un point de vue de technique juridique, n'ajoute rien étant donné qu'«un règlement qui n'a d'autre valeur que la volonté des parties, ne peut donner aux arbitres plus de droits que les ordres juridiques compétents ne permettent de leur en conférer».

2- L'effet négatif du principe

Contrairement à l'effet positif du principe de la compétence-compétence, l'effet négatif fait l'objet de controverses en droit comparé et n'est pas consacré par toutes les législations **(b)**. Mais avant de vérifier ces propos, il convient de déterminer les fondements de la règle **(a)**.

²⁰⁸ Article 6 paragraphe 2 : «Si le défendeur ne répond pas à la demande comme il est prévu à l'article 5, ou lorsqu'une des parties soulève un ou plusieurs moyens relatifs à l'existence, à la validité ou à la portée de la convention d'arbitrage, la Cour peut décider, sans préjuger la recevabilité ou le bien fondé de ce ou ces moyens, que l'arbitrage aura lieu si, *prima facie*, elle estime possible l'existence d'une convention d'arbitrage visant le Règlement. Dans ce cas, il appartiendra au tribunal arbitral de prendre toute décision sur sa propre compétence. Si la Cour ne parvient pas à cette conclusion, les parties sont informées que l'arbitrage ne peut avoir lieu. Dans ce cas, les parties conservent le droit de demander à la juridiction compétente si elles sont ou non liées par une convention d'arbitrage».

²⁰⁹ Article 21, § 1 : «Le tribunal arbitral peut statuer sur les exceptions prises de son incompétence, y compris toute exception relative à l'existence ou la validité de la clause compromissoire ou de la convention distincte d'arbitrage».

²¹⁰ FOUCHARD. Ph, GAILLARD. E, GOLDMAN. B, *op. cit.*, note 45, p. 413.

a- Les fondements de l'effet négatif du principe de la compétence-compétence

L'effet négatif de la compétence-compétence interdit aux juridictions étatiques de trancher la question de la compétence des arbitres qui leur serait soumise par une partie avant que les arbitres eux même ne se soient prononcés sur ce point.

Il est essentiel de retenir que l'effet négatif consiste à réserver aux arbitres, non pas «une compétence exclusive» pour connaître de ces questions, mais la possibilité «de se prononcer en premier» sur leur propre compétence²¹¹. C'est ce qui fait de la règle de compétence-compétence «une règle de priorité entendue au sens chronologique et non au sens hiérarchique»²¹².

Tout comme l'effet positif du principe de la compétence-compétence, l'effet négatif se justifie par des préoccupations d'ordre pratique. Le but serait de garantir l'efficacité et le bon déroulement de l'arbitrage. En effet, comme le soulignent certains auteurs²¹³, sachant que les juridictions étatiques doivent se prononcer sur ce sujet, sans même connaître le point de vue du tribunal arbitral, les parties et les arbitres eux-mêmes ne sont pas enclins à faire diligence et à poursuivre l'arbitrage avant de connaître l'issue de ce contentieux.

C'est dans ce sens que M. Gaillard s'interroge : «*Comment peut-on imaginer que des arbitres poursuivent sereinement leur mission et se prononcent d'abord sur la compétence, puis, le cas échéant, sur le fond alors que la question*

²¹¹ DOUGIER. E, «Existence, validité et portée de la convention d'arbitrage : tribunaux arbitraux ou juridictions étatiques», *R.D.A.I./I.B.L.J.*, N 5, 2005, p. 682.

²¹² FOUCHARD. Ph, GAILLARD. E, GOLDMAN. B, *op. cit.*, note 45, p. 415.

²¹³ *Id*; E. Gaillard partage la même opinion : «*Même si les arbitres reçoivent également le pouvoir de se prononcer sur ces questions en vertu de l'effet positif du principe de compétence-compétence, l'existence d'un contentieux parallèle devant les juridictions étatiques sur la validité ou la portée de la convention d'arbitrage, ne peut que perturber le déroulement de l'arbitrage*», dans : «L'effet négatif de la compétence-compétence », *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, publ.Fac.de droit Univ.Lausanne, edit : J.Haldy, J.M.Rapp, Ph.Ferrari, 1999, p. 399.

de leur compétence doit être tranchée en dehors d'eux et sans même que le juge étatique soit appelé à connaître des motifs qui les conduiront à retenir ou à rejeter leur compétence? C'est cette préoccupation de ne pas perturber le déroulement de l'arbitrage qui fonde la règle...»²¹⁴.

Un autre argument a été avancé pour fonder l'effet négatif de la compétence-compétence. Il s'agit de l'argument de l'économie des moyens. Toutefois, il faut noter que, paradoxalement, cet argument est utilisé par les adversaires du principe en question. Ces derniers²¹⁵ soutiennent que, privilégier la voie judiciaire, sensée être plus rapide, permettrait d'éviter des coûts et la perte de temps à la partie en cause.

Cependant, deux idées permettent de nuancer cette opinion. Comme le souligne un auteur²¹⁶ : *«si les arbitres reçoivent en toute hypothèse le pouvoir de statuer sur le même sujet en vertu de l'effet positif du principe de compétence-compétence, la seule question demeurant ouverte est de savoir si l'ouverture de deux fronts parallèles portant sur le même contentieux réalise une véritable économie»*.

Jean-Baptiste Racine complète cette argumentation sous une autre optique. Il considère que *«la saisine d'un juge étatique pour apprécier la compétence arbitrale, si elle était admise, conduirait dans une très grande majorité des cas à la reconnaissance de la compétence des arbitres. Il y aurait donc une perte de temps liée à la saisine d'un juge étatique. Mieux vaut faire confiance aux arbitres»²¹⁷*.

²¹⁴ GAILLARD. E, *op. cit.*, note 192, p. 772.

²¹⁵ Notamment MAYER. P, *op. cit.*, note 192, p. 347 : *«...pourquoi lui imposer (la partie qui conteste l'existence de la convention d'arbitrage) les frais et la perte de temps d'un examen par l'arbitre, dont la position pourra de toute façon être remise en cause par la suite.»*

²¹⁶ GAILLARD. E, *op. cit.*, note 190, p. 399.

²¹⁷ RACINE. J-B, «La réaffirmation d'un principe et l'interprétation restrictive des exceptions», note sous Cass. Civ. 1^{er}, 16 novembre 2004; Paris, 1^{er} Ch. D, 2 et 30 juin 2004, *Rev. Arb.*, 2005, N 2, p. 673; Voir aussi dans le même sens : DIMOLITSA. A, *op. cit.*, note 12, p. 338.

b- Divergences dans l'application et la consécration de l'effet négatif du principe de la compétence-compétence

Les droits nationaux divergent sensiblement sur la portée qu'il convient de reconnaître à l'effet négatif de la compétence-compétence. Les propos de M. Gaillard expliquent bien la situation : *«La question est de savoir si les juridictions saisies d'un litige en dépit de l'existence d'une convention d'arbitrage doivent, en cas de contestation, vider immédiatement le contentieux de la validité et de l'étendu de cette convention ou s'en tenir à la constatation de l'existence et de la validé prima facie de la convention d'arbitrage pour s'abstenir de connaître du litige en attendant que les arbitres eux-mêmes aient pu se prononcer sur leur propre compétence, sous le contrôle ultérieur du juge de l'annulation»*²¹⁸.

En droit québécois la question est traitée par l'article 940.1 du C.p.c. Ce dernier dispose : *«Tant que la clause n'est pas inscrite, le tribunal saisi d'une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage, renvoie les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate la nullité de la convention. La procédure arbitrale peut néanmoins être engagée ou poursuivie tant que le tribunal n'a pas statué»*.

D'après cet article, l'incompétence du tribunal étatique saisi d'une question au couverte par la convention d'arbitrage suppose la réunion de trois conditions : la convention d'arbitrage ne doit pas être affectée de nullité, le renvoi ne peut intervenir qu'à la demande d'une partie, formulée avant l'inscription de la cause²¹⁹.

En ce qui concerne la première condition relative à la nullité de la convention d'arbitrage, la doctrine considère que l'emploi du terme «constate» qu'il ne doit s'agir que d'un contrôle *prima facie* de la convention d'arbitrage par

²¹⁸ GAILLARD. E, *op. cit.*, note 190, p. 390.

²¹⁹ V. Marquis. L., *op. cit.*, note 40, p. 478.

lequel le juge devra se borner à dégager la nullité apparente ou formelle de l'acte, ou bien une violation flagrante de l'ordre public par la convention d'arbitrage²²⁰. Pour les deux autres conditions restantes, elles permettent d'affirmer le caractère relatif de l'incompétence des juridictions étatiques. Autrement dit, le juge saisi malgré l'existence d'une clause compromissoire ne peut soulever d'office le renvoi à l'arbitrage. En effet, en raison du caractère contractuel de l'arbitrage, les parties peuvent renoncer au recours à l'arbitrage, et ce, par la saisine d'un tribunal étatique malgré l'existence d'une convention d'arbitrage.

D'une manière générale, les dispositions de l'article 940.1 du C.p.c permettent d'affirmer que le droit québécois est favorable à l'effet négatif de la compétence-compétence. C'est le cas notamment du droit français qui reconnaît largement cet effet à l'article 1458 du N.C.P.C.²²¹ Cependant, et contrairement au droit québécois, fait la distinction entre deux hypothèses. La première concerne le cas où le différend a été déjà porté devant l'arbitre. Dans cette hypothèse, la juridiction étatique doit se déclarer incompétente sans contrôler la validité de la convention d'arbitrage. Par contre, dans le cas où l'arbitre n'a pas été saisi du différend, le juge doit se déclarer incompétent à moins que la clause ne soit «*manifestement nulle*»²²², ce qui correspond à un contrôle *prima facie* de l'existence et la validité de la convention d'arbitrage²²³.

À l'image du droit québécois et du droit français, la loi type²²⁴, le droit anglais²²⁵ et le droit suisse²²⁶ contiennent, avec quelque nuances, des dispositions

²²⁰ THUILLEAUX. S, *op. cit.*, note 63, p 67; V. Marquis. L., *op. cit.*, note 40, p. 478, note 176.

²²¹ Article 1458 N.C.P.C. : «*Lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci doit se déclarer incompétente.*

Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle.

²²² V. FOULARD. Ph, *op. cit.*, note 192, p. 97; pour cet auteur est manifestement nulle par exemple une convention confiant à un arbitre le règlement d'un litige portant sur l'état des personnes ou sur un droit clairement indisponible.

²²³ FOULARD. Ph, GAILLARD. E, GOLDMAN. B, *op. cit.*, note 45, p. 422.

²²⁴ Article 8 paragraphe 1^{er}.

²²⁵ L'article 32 de l'*Arbitration Act*.

²²⁶ Article 7 de la LDIP

favorables à l'effet négatif dans la mesure où le contrôle judiciaire, s'il a lieu, doit être normalement un contrôle *prima facie*. Tel n'est pas le cas pour certains autres droits nationaux considérés comme «hostiles»²²⁷ à l'effet négatif de la compétence-compétence. On parle ainsi de droits qui considèrent que le pouvoir reconnu à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence ne saurait priver un tribunal étatique de faire de même. C'est le cas de la loi suédoise sur l'arbitrage de 1999 qui considère dans son article 2 que la compétence de l'arbitre de statuer sur sa propre compétence n'empêche pas le tribunal de droit commun, à la demande d'une partie, de se prononcer sur cette question²²⁸. Le droit allemand va dans le même sens puisque l'article 1032 paragraphe 2 du ZPO permet au juge de rendre une décision sur la compétence de l'arbitre, avant que ce dernier ne soit saisi²²⁹. Ces exemples montrent que l'effet négatif reste controversé puisque son application diffère d'un système à l'autre.

Il convient maintenant de préciser la nature des liens qu'entretient le principe de la compétence-compétence avec le principe de l'autonomie de la clause compromissoire.

²²⁷ GAILLARD. E, *op. cit.*, note 190, p. 390; dans cet article, l'auteur fait une étude comparative et fait la distinction entre un courant favorable et un courant hostile à l'effet négatif de la compétence-compétence.

²²⁸ V. JARVIN. S, «La nouvelle loi suédoise sur l'arbitrage», *Rev. Arb.*, 2000, p. 27.

²²⁹ V. SCHLOSSER. P, «La nouvelle législation allemande sur l'arbitrage», *Rev. Arb.*, 1998, p. 300.

Section 2 : Le rattachement délicat entre le principe d'autonomie et la «compétence-compétence»

Lorsqu'on examine les développements consacrés par la doctrine au principe de la compétence-compétence, on constate aussitôt que les auteurs se réfèrent souvent au principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage. On est amené alors à conclure qu'il y a forcément un lien évident et manifeste qui lie les deux principes. Ce n'est pas faux.

Toutefois, on constate aussi que les mêmes auteurs insistent sur le fait que ces deux principes sont différents et doivent être soigneusement distingués. On déduit alors que l'articulation entre l'autonomie de la clause compromissoire et la compétence-compétence est délicate et que ce sont deux principes souvent confondus (1) mais certainement différents (2).

1- Les facteurs qui génèrent l'amalgame entre les deux principes

Dans un arrêt de la cour d'appel de Paris²³⁰ le tribunal jugea que *«la clause compromissoire ou le compromis peut être frappé de nullité lorsque celle-ci est la conséquence de la nullité du contrat principal, car la répercussion de la nullité du contrat principal sur celle de la convention d'arbitrage n'est pas paralysée par le principe d'autonomie, seulement partiel, de la convention d'arbitrage, énoncé par l'article 1466 NCPC, qui permet aux arbitres de statuer sur la validité et l'étendue de leur investiture»*.

Dans ces termes, la cour d'appel confond clairement le principe d'autonomie de la clause compromissoire à la compétence-compétence. Il est vrai

²³⁰ Paris, 6 juillet 1995, *Soc. Pigadis c/ Société Prodim*, *Rev. arb.*, 1997, note, Derains, Y, p. 85.

que certains points communs, que partagent les deux principes, peuvent conduire à un tel amalgame **(a)**. Ce dernier est dû notamment à un lien efficient qui les lie **(b)**

a- Des points en communs entre les deux principes

Le principe d'autonomie et de la compétence-compétence ont plusieurs points en commun. On pourrait évoquer en premier lieu le fait que les deux principes se fondent à certains égards sur le principe de l'autonomie de la volonté.

En effet, l'indépendance de la convention d'arbitrage se justifie par la volonté des parties présumée des parties contractantes de voir cette dernière traitée d'une manière différente lorsque le contrat principal est frappé par des causes de nullité. Le même raisonnement s'impose pour la compétence-compétence. En ce sens, même si l'on s'accorde généralement à dire que cette règle repose sur une permission légale des différentes lois nationales des États qui l'on admis, il n'en reste pas moins *«logique de considérer qu'elle découle aussi de la volonté des parties de faire échapper leurs différends à toute juridiction étatique et les confier à un arbitre, et ce, y compris les question relatives à la compétence»*²³¹.

D'autre part, le principe d'autonomie et la compétence-compétence se confondent parce que tous deux concernent le pouvoir juridictionnel de l'arbitre. En effet, lorsqu'un différend surgit d'un contrat contenant une clause compromissoire, le principe d'autonomie a principalement pour effet d'assurer la survie de la convention d'arbitrage afin qu'elle puisse déclencher la procédure arbitrale et par conséquence, mettre en jeu le pouvoir juridictionnel de l'arbitre.

²³¹ Voir dans le même sens POUDRET, J-F et S. BESSON, *op. cit.*, note 44, p. 136 : *«Ils reposent tous deux (le principe d'autonomie et celui de la compétence-compétence) sur la volonté présumée des parties de soumettre les question litigieuses à l'arbitre, à commencer par sa propre compétence, et d'avoir ainsi une procédure unique»*.

De la même manière, la compétence-compétence touche essentiellement le pouvoir juridictionnel de l'arbitre. Ce dernier est en effet généralement assimilé au juge étatique dans la mesure où il remplit la même fonction, à savoir, dire le droit et trancher les litiges. Cette mission ne peut être remplie que par le biais de la règle de la compétence-compétence qui habilite l'arbitre à disposer des questions relatives à sa propre compétence. C'est ainsi que certains auteurs estiment que *«le principe de la compétence-compétence constitue le point central à partir duquel sont tracées les lignes directrices de la perspective juridictionnelle de l'arbitrage»*²³².

Cependant, il semble bien que la finalité poursuivie par le principe d'autonomie et la compétence-compétence est la plus «forte» raison à cause de laquelle on a tendance à assimiler ces deux notions. En ce sens, nul ne conteste aujourd'hui que les deux principes tendent à assurer l'efficacité maximale de la convention d'arbitrage, et ainsi, *«l'émancipation de l'arbitrage à l'égard d'une emprise étatique»*²³³.

L'on a déjà signalé, le principe de la compétence-compétence permet de faire face à d'éventuelles manœuvres dilatoires de la partie qui souhaite échapper à l'arbitrage. Par son effet positif, ce principe permet aux arbitres de poursuivre leur mission même si la validité de la convention d'arbitrage est contestée pour cause de nullité. L'effet négatif permet encore plus d'assurer cette mission puisque, même si une partie décide de porter le litige directement devant une juridiction étatique, cette dernière devra, en principe, se déclarer incompétente et céder la priorité de le trancher à l'arbitre.

Le principe d'autonomie, dans ses deux aspects, poursuit le même objectif d'efficacité. La séparabilité de la clause compromissoire permet de dissocier le sort de la convention d'arbitrage de celui du contrat principal si la validité de ce dernier est contestée. Pour sa part, en faisant échapper la convention d'arbitrage à toute loi

²³² MARQUIS. L, *op. cit.*, note 192, p. 312.

²³³ BLANCHIN. C, *op. cit.*, note 81.

étatique, la complète autonomie permet de valider la clause compromissoire indépendamment de l'argument tiré de la prohibition d'une loi nationale quelconque.

À coté de ces points en commun ou similitudes qui «favorisent» l'amalgame entre les deux principes, on peut citer d'autres considérations. Ainsi, comme l'explique M. Gaillard le principe de la compétence-compétence n'a fini par être largement accepté qu'au prix de plusieurs stratagèmes : *«le premier est un procédé parfaitement classique de l'évolution de la jurisprudence. Il consiste pour une notion à évoluer sous le couvert d'une autre, mieux établie, à laquelle elle emprunte son autorité jusqu'à ce qu'elle soit suffisamment reconnue pour s'en détacher. En l'occurrence, c'est sous le couvert du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage que le principe de compétence-compétence s'est longtemps abrité...»*²³⁴.

Pour d'autres auteurs, *«des raisons d'ordre tactique»*²³⁵ ont pu inciter certains plaideurs à rattacher un principe aussi délicat que celui de la compétence-compétence au principe mieux établi de l'autonomie de la convention d'arbitrage.

Quoi qu'il en soit, et indépendamment de tous ces facteurs, un lien précis entre le principe d'autonomie et la compétence-compétence contribue certainement à la confusion entre les deux principes.

b- Un lien influent entre les deux principes

La simple lecture de l'article 16. 1 de la loi type de la CNUDCI²³⁶ nous permet de comprendre l'une des raisons pour lesquelles le principe de la

²³⁴ GAILLARD. E, *op. cit.*, note 190, p. 388.

²³⁵ FOUCARD. Ph, GAILLARD. E, GOLDMAN. B, *op. cit.*, note 45, p. 229.

²³⁶ Le même article est repris par la loi canadienne sur l'arbitrage commercial (Art 16. 1).

compétence-compétence est souvent présenté comme le corollaire du principe de l'autonomie de la clause compromissoire. Cet article stipule : *«Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage. À cette fin, 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 n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire»*.

L'utilisation du terme «à cette fin» permet, en effet, de déduire que l'indépendance de la clause compromissoire est consacrée pour garantir le principe de la compétence-compétence.

Cette constatation n'est pas erronée dans la mesure où, en raison du principe d'autonomie, l'argument selon lequel l'arbitre perd le droit de statuer sur sa propre compétence en raison de la nullité du contrat principal et, solidairement la clause compromissoire, perd toute utilité. Si l'on admet en effet que la nullité ou les différentes causes d'invalidité alléguées au contrat principal affectent la convention d'arbitrage, force sera de conclure, après examen de la question par les arbitres, que la nullité du contrat principal produit par répercussion celle de la clause compromissoire et donc, l'incompétence du tribunal arbitral. Par contre, si on accepte l'application du principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal, le tribunal arbitral pourra juger de la nullité du contrat litigieux et éventuellement tirer les conséquences de cette nullité.

C'est pour cette raison que certains auteurs²³⁷ estiment que le principe d'autonomie est *«le premier maillon d'un raisonnement qui permettra à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence»*, et que les deux principes se recoupent et se confortent mutuellement.

²³⁷ FOUCHARD. Ph, GAILLARD. E, GOLDMAN. B, *op. cit.*, note 45, p. 229.

Pour d'autres, le principe d'autonomie ne peut être appréhendé pleinement qu'en relation avec celui de la compétence-compétence : *«si le sort des deux conventions n'était pas distinct, l'arbitre admettant la nullité du contrat principal devrait du même coup nier sa propre compétence, de telle sorte qu'il ne pourrait statuer sur le fond et prononcer la nullité ainsi constatée. On aboutirait à une impasse ne pouvant être résolue que par l'introduction d'une nouvelle procédure devant le juge étatique»*²³⁸. Cependant, contrairement au raisonnement déduit de l'article 16. 1. de la loi type de la CNUDCI, les mêmes auteurs estiment que la compétence-compétence de l'arbitre peut être considérée comme l'instrument procédural du principe d'autonomie, qui l'habilite à statuer lui-même sur la nullité du contrat principal²³⁹.

En résumé, on dira que les deux principes traduisent une volonté des parties, concernent le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, poursuivent le même objectif et entretiennent un lien direct. Ce sont des raisons qui peuvent générer d'une manière significative la confusion. Cependant, force est de constater que ce sont deux principes différents et qu'il y a aussi des raisons sérieuses pour les distinguer.

2- Les raisons pour lesquels le principe d'autonomie et celui de la compétence-compétence doivent être distingués

Le principe d'autonomie doit être distingué du pouvoir de l'arbitre de statuer sur sa propre compétence. Des raisons sérieuses impliquent une telle différenciation.

D'une part, les deux règles se distingueraient par leur nature juridique, car l'autonomie de la convention d'arbitrage serait une question de fond, tandis que la

²³⁸ POUDRET. J-F et S. BESSON, *op. cit.*, note 44, p. 136.

²³⁹ *Id.*

compétence-compétence serait une question de procédure²⁴⁰. Comme le relève le René David²⁴¹ :

«Le problème de la compétence-compétence ne pose pas une question d'interprétation de la convention. Il est distinct de celui de l'autonomie de la clause compromissoire, avec lequel on est parfois tenté de confondre. Il ne s'agit plus ici du problème de fond de savoir si la convention arbitrale est valable et à quels litiges elle s'applique. Le problème qui se pose est maintenant un problème de procédure : il s'agit de savoir si les arbitres eux-mêmes peuvent se prononcer sur des questions de cette nature, dont dépend leur compétence».

D'autre part, les deux règles ne doivent pas être confondues parce qu'elles ont un objet différent. Cette constatation paraît évidente, mais il ne semble pas inutile de rappeler cette différence qui, d'ailleurs, surgit à chaque fois qu'on tente de définir les deux règles.

La compétence-compétence consiste à accorder aux arbitres le pouvoir de juger leur propre compétence sans obligation de leur part de surseoir à statuer en cas de saisine parallèle d'un juge étatique. Tandis que l'autonomie de la clause compromissoire consiste à réserver à la convention d'arbitrage un sort différent de celui du contrat principal lorsque ce dernier est frappé d'une cause de nullité. Pour être plus précis, dans la compétence-compétence, c'est la validité de la clause compromissoire directement qui est en cause tandis que lorsque l'on invoque normalement l'autonomie de la clause compromissoire c'est parce qu'on invoque

²⁴⁰ V. dans ce sens DIMOLITSA. A, *op. cit.*, note 12, p. 307; THUILLEAUX. S et D. M. PROCTOR, *op. cit.*, note 192, p. 470; CLAY. T, *L'arbitre*, Paris : Dalloz, c2001, p. 153.

²⁴¹ DAVID. R, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, 1986, n° 207 et suiv

la nullité du contrat qui pourrait avoir éventuellement pour conséquences d'annuler la clause compromissoire²⁴².

C'est entre autres pour ces raisons qu'il est difficile d'approuver sans réserve certaines affirmations comme celle qui considère que *«l'arbitre, en vertu de l'autonomie de la clause (compromissoire) doit être juge, au moins le temps de juger qu'il ne peut pas l'être»*²⁴³. La généralité de ces propos peut induire à l'erreur. Certes, les deux règles entretiennent un lien précis comme on l'a vu, mais où est l'apport du principe d'autonomie pour fonder la compétence de l'arbitre lorsqu'une partie s'attaque à la validité ou à l'existence de la clause compromissoire? Il n'y en a certainement pas. Et c'est ce qui contribue aussi à la séparation des deux règles puisqu'elles n'ont pas la même portée. Certes, le pouvoir de l'arbitre de statuer sur la validité ou l'existence du contrat principal est subordonné à l'acceptation du principe de l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat de fond. Mais ce principe devient inefficace et inapte à assurer à l'arbitre le pouvoir de statuer sur la validité ou l'existence de la convention d'arbitrage quand celle-ci est mise en cause. C'est justement l'intérêt principal du principe de la compétence-compétence, qui seule est capable de garantir un tel pouvoir.

Inversement, comme le souligne Fouchard, Gaillard et Goldman²⁴⁴, le principe d'autonomie va plus loin que celui de la compétence-compétence : *«il permet en effet de justifier également que l'arbitre puisse déclarer le contrat de fond inefficace, sans avoir à en conclure, après avoir épuisé ce faisant sa compétence et les vertus de la «compétence-compétence», que cette inefficacité s'étend à la convention d'arbitrage et lui impose d'en déduire son incompétence. En d'autres termes, à lui seul, le principe de «compétence-compétence» serait impuissant à justifier qu'un arbitre puisse retenir sa compétence pour constater*

²⁴² V. l'intervention de Mme TOUBIANA suite à la communication de ANCEL. J-P., *op. cit.*, note 9, p. 116.

²⁴³ ANCEL. J-P., *op. cit.*, note 9, p. 84.

²⁴⁴ FOUCHARD. Ph, GAILLARD. E, GOLDMAN. B, *op. cit.*, note 45, p. 230.

ensuite l'inefficacité du contrat litigieux. Une telle possibilité résulte exclusivement du principe d'autonomie».

Pour conclure, on notera qu'assortir le principe d'autonomie et celui de la compétence-compétence est compréhensible dans la mesure où les deux principes sont à certains égards complémentaires. Il faut cependant rappeler que ce sont deux règles fondamentalement différentes. Le droit québécois, comme d'autres droits nationaux, a pris le soin de distinguer l'autonomie de la clause compromissoire et la compétence-compétence²⁴⁵. Ceci est certainement de nature à diminuer le risque d'amalgame entre les deux notions.

Il convient maintenant de clarifier une autre relation, probablement plus délicate. Il s'agit de l'articulation entre le principe d'autonomie et la transmission de la clause compromissoire.

²⁴⁵ Le droit québécois, contrairement à l'article 16.1 de la loi type et le même article de la loi canadienne sur l'arbitrage commercial de 1986, fait une séparation textuelle entre les deux principes en adoptant l'article 2642 du C.c.Q et l'article 943 du C.p.c.

Chapitre 2

L'articulation entre le principe d'autonomie et la transmission de la clause compromissoire

On sait que l'une des principales caractéristiques de la clause compromissoire est qu'elle est transmise au même temps que la convention principale ou que les créances qu'elle fait naître. La clause compromissoire serait en quelque sorte «*un droit attaché au contrat principal*»²⁴⁶ et son sort suivrait le sort de la créance qui s'y rattache.

La question de la transmission de la clause compromissoire se pose «*lorsqu'une personne, physique ou morale, différente de celle qui était initialement partie à cette convention entend se prévaloir de l'engagement de recourir à l'arbitrage ou au contraire se voit opposer un tel engagement*»²⁴⁷.

Il s'agit d'une transmission automatique qui ne requiert aucun consentement particulier. Cela signifie, que sans avoir expressément marqué son accord à une convention d'arbitrage, un tiers va se retrouver tenu de respecter la clause suite au seul mécanisme par lequel le rapport de droit principal est devenu pour lui obligatoire : il suffit que la clause ait été valablement conclue entre les parties originaires et que les conditions de transmission du contrat principal aient elles-mêmes été observées, pour que le «cessionnaire» au sens large soit lié par celle-ci²⁴⁸.

En Angleterre, la règle est posée expressément par la loi à l'article 82 (2) de *L'arbitration Act 1996* : «*References in this Part to a party to an arbitration*

²⁴⁶ D. COHEN, «La transmission de la clause compromissoire par voie de cession Dailly», note sous Aix-en-Provence, 9 janvier 1997, *Rev. Arb.*, 1997, p. 81.

²⁴⁷ FOUCHARD. Ph, GAILLARD. E, GOLDMAN. B, *op. cit.*, note 45, p. 431.

²⁴⁸ COIPEL-CORDONNIER. N, *op. cit.*, note 120, p. 314.

agreement include any person claiming under or through a party to the agreement».

Dans d'autres pays la solution est d'origine jurisprudentielle ou doctrinale.

Tant la jurisprudence québécoise que française ont reconnu que la convention d'arbitrage contenue dans le contrat, d'où résulte la créance, lie le cessionnaire. On admet toutefois une exception à cette transmissibilité de la clause compromissoire dans les hypothèses rares où elle aurait été conclue *intuitu personæ*, le changement de contractant y mettant fin²⁴⁹.

La jurisprudence française considère que la cession du contrat «*implique nécessairement transmission par le cédant au cessionnaire du bénéfice de la clause d'arbitrage indissociable de l'économie du contrat*»²⁵⁰ ou encore que «*...son caractère accessoire indissociable en sa qualité de clause contractuelle des obligations de fond du contrat explique que la clause compromissoire ait la même faculté de circulation que les autres stipulations du contrat et qu'elle ne puisse être séparée des autres dispositions qui régissent la créance litigieuse en cas de cession de celle-ci*»²⁵¹.

La jurisprudence québécoise a reconnue le même principe en cas de cession de créance: «*La cessionnaire...est investie à l'égard [du débiteur] des droits et aussi des obligations que le [créancier-cédant] avait contracté. Elle a acquis tous les attributs négatifs et positifs de la créance et partant, [le débiteur] peut lui opposer tous les moyens qu'elle avait contre le cédant...dont l'obligation de s'en remettre à un arbitre dans une clause compromissoire valide. Dans ces*

²⁴⁹ V. en ce sens, COIPEL-CORDONNIER. N, *op. cit.*, note 120, p. 313; V. aussi, MAYER. P, «*La circulation*» des conventions d'arbitrage», *J.D.I.*, N 2, 2005, p. 256.

²⁵⁰ Paris 1^{er} Ch. Suppl., *C.C.C. Filmkunst c/ société E.D.I.F.*, 28 Janvier 1988, *Rev arb* 1988m p. 565, note M. J.-L. Goutal.

²⁵¹ Paris, 1^{er} Ch. G, 10 septembre 2003, *Rev. Arb.*, 2004, p. 625.

*circonstances, cet **accessoire** ou attribut qui avait son plein effet contre le cédant et le débiteur, l'aura maintenant entre le cessionnaire et ce même débiteur»²⁵².*

Ces propos méritent de s'y arrêter pour se demander : comment soutenir d'un côté, que la clause compromissoire est autonome et, de l'autre, qu'elle est transmise accessoirement au droit auquel elle se rapporte?

Y-t-il une certaine incohérence à arguer le fait que la clause compromissoire s'intègre et dépend du contrat et, au même temps, à proclamer l'indépendance de cette clause par rapport à ce même contrat?

Dans le même sens un auteur s'interroge : *«Le principe d'autonomie, il est vrai, est utilisé dans un sens de validité et d'efficacité de la clause mais serait-il supplanté ici par un principe différent, sinon opposé, afin d'assurer la transmission aisée de la convention d'arbitrage et poursuivre un objectif d'efficacité»²⁵³?*

Il est vrai, qu'*a priori*, ce caractère accessoire attribué à la clause compromissoire (**Section 1**) cadre mal avec la notion d'autonomie qui lui est généralement reconnue. Cependant, force est de constater qu'opposer «autonome» à «accessoire» n'est qu'un jeu de mots et qu'il s'agit bien d'une contradiction apparente (**Section 2**).

²⁵² *Cegeco Design & Construction Ltée (Cegeco) c. 137857 Canada Inc.*, (19 janvier 1988) Montréal, n° 500-09-000791-863, J.E. 88-251 (C.A.). Cette solution a été confirmée dans l'arrêt : *Banque Nationale du Canada c. Premdev inc.* (C.A., 1997-03-10), SOQUIJ AZ-97011329, J.E. 97-583 : «il n'est plus contesté que le pacte compromissoire est l'accessoire d'une créance et que la cession de cette créance permet à la cessionnaire de s'en prévaloir».

On peut citer aussi dans le même sens un arrêt du tribunal fédéral suisse du 16 octobre 2001 : qui a admis «qu'en cas de cession de créance ou de reprise d'une relation contractuelle, la clause compromissoire, en tant que clause accessoire de nature procédurale, est transférée au cessionnaire ou au reprenant, sauf convention contraire». (Arrêt cité dans le commentaire de J.-J. Arnaldez, DERAIS. Y, S. Jarvin et E. Jolivet de certaines sentences de la cours internationale d'arbitrage de la chambre de commerce internationale, *J.D.I.* 2002, V. 129, p. 1091).

²⁵³ D. COHEN, *op. cit.*, note 246, p. 81

Section 1

La dimension accessoire de la clause compromissoire

Tout d'abord, il faut préciser que la dimension accessoire est une question peu abordée par la doctrine dans les développements classiques consacrés à la nature de la convention d'arbitrage et quand elle l'est, elle ne fait pas l'unanimité.

Dans les prochains développements, notre objectif n'est pas de prendre parti quant à la nature de la convention d'arbitrage mais d'essayer d'expliquer le raisonnement qui a conduit une partie de la doctrine et la jurisprudence à affirmer cette dimension accessoire.

Toutefois, avant de vérifier la dimension accessoire de la clause compromissoire (2), il semble utile de la clarifier (1).

1- La notion d'accessoire

L'adage *Accessorium sequitur principale* est bien connu. C'est bien évidemment «la règle de l'accessoire» qui signifie que l'accessoire suit le principal.

La première chose qu'il faut mentionner à cet égard est que le rapport d'accessoire à principal peut s'appliquer à deux objets, deux obligations, deux clauses ou encore deux actes juridiques.

Aussi, il faut relever la difficulté d'appréhender cette formule présentée comme «une notion purement fonctionnelle permettant au juge de fonder des solutions en opportunité»²⁵⁴.

²⁵⁴ SEUBE. J-B, *op. cit.*, note 23, p. 245.

L'étude de cette notion permet de constater que le rapport d'accessoire à principal a une double origine : il résulte, soit de la production de l'accessoire par le principal, soit de l'affectation de l'accessoire au service du principal.

La production de l'accessoire est une hypothèse particulière²⁵⁵ qui implique que l'accessoire doive son existence au soutien permanent du principal²⁵⁶. Mais ce qui nous captive le plus aux fins de cette étude est la deuxième hypothèse relative à l'affectation de l'accessoire au service du principal.

Cette hypothèse implique nécessairement que l'accessoire vienne se joindre au principal. Cependant, pourquoi l'accessoire le ferait-il?

L'analyse du professeur Goubeau nous apporte la réponse : «...c'est bien l'accessoire qui vient s'ajouter au principal pour le compléter ou l'agrémenter, et non l'inverse. Le principal poursuit son propre but, qui ne le rapproche pas spécialement de telle ou telle autre chose. Au contraire, la destination assignée à l'accessoire le conduit à se joindre au principal»²⁵⁷.

Ces propos nous permettent de constater qu'il s'agit d'une affectation unilatérale. En ce sens, c'est seulement l'accessoire qui est destiné à servir ou améliorer le principal et non le contraire.

²⁵⁵ G. GOUBEAU, *La règle de l'accessoire en droit privé*, L.G.D.J., Bibl. droit privé, 1969, t 93, préf. D. Tallon. Cet ouvrage renferme une étude exhaustive et complète de la notion d'accessoire en droit privé.

²⁵⁶ L'exemple sur lequel a raisonné l'auteur est aussi particulier que l'hypothèse. Il soutient que le terme «production» fait immédiatement songer à l'apparition des fruits, et que les rapports entre les fruits et la chose frugifère est parfois présenté comme une hypothèse particulière de la relation de principal à accessoire : «Est fruit tout bien accessoire qui sort périodiquement d'un bien principal, sans que la substance de celui-ci se trouve diminuée». Il faut remarquer que le mot «production» utilisé pour caractériser cette modalité de jonction de l'accessoire et du principal doit bien être entendu au sens d'action de faire exister.

²⁵⁷ G. GOUBEAU, *op. cit.*, note 255, p. 36.

Par ailleurs, qu'il soit du à son affectation au principal ou à sa production par le principal, l'accessoire présente toujours certaines caractéristiques : d'une part, l'accessoire sera toujours placé dans une situation intermédiaire entre indépendance et assimilation au principal, d'autre part, l'accessoire aura vocation à suivre le sort du principal.

Ainsi, l'accessoire seul est incomplet. Il a besoin du support du principal, la réciproque n'est pas vraie. La caractéristique de la relation d'accessoire à principal est d'établir un lien de dépendance unilatérale²⁵⁸. Ainsi, l'adage traditionnel sous-entend la formule complémentaire *«le principal ne suit pas le sort de l'accessoire»*²⁵⁹.

2- La vérification du caractère accessoire de la clause compromissoire

L'étude des principales caractéristiques de la notion d'accessoire nous permet de distinguer le raisonnement qui voit dans les rapports qui unissent la clause compromissoire et le contrat principal un rapport d'accessoire à principal. L'origine de ce rapport semble être l'affectation de la clause compromissoire au service du contrat principal.

En ce sens, la clause compromissoire «s'ajoute» au contrat de fond pour un but bien particulier qui est de permettre aux parties de recourir à l'arbitrage en cas de litige. Les autres clauses substantielles poursuivent un autre but qui ne se confond pas avec celui de la clause compromissoire.

²⁵⁸ Cette caractéristique représente le critère mis en œuvre pour distinguer le rapport d'accessoire à principal du lien d'indivisibilité. Alors que l'indivisibilité suggère l'idée d'interdépendance, le rapport d'accessoire à principal induit au contraire celle de dépendance unilatérale. Ces deux notions étant considérées comme des notions voisines. Pour une étude complète des manifestations du lien d'indivisibilité, se référer à l'ouvrage de, J-B. SEUBE, *op. cit.*, note 23.

²⁵⁹ G. GOUBEAU, *op. cit.*, note 255, p. 69.

Ainsi, M. Robert a-t-il dit de la convention d'arbitrage qu'elle est «*une convention de service*»²⁶⁰. Vue dans cette optique, la clause compromissoire est bien «*une clause accessoire ou une modalité des obligations de fond qui lui servent de support. Elle partage cette caractéristique avec les autres clauses de choix, telles que la clause d'élection de for et la clause d'élection de droit*»²⁶¹.

Signalons aussi que la fonction ou le but poursuivi par l'accessoire n'explique pas seulement l'union entre le principal et l'accessoire, mais «*la hiérarchie*» entre eux qu'évoque *Accessorium sequitur principale* : si l'accessoire à pour fonction le service du principal, il se trouve dépourvu d'utilité lorsque le principal est anéanti. En ce sens, «*l'accessoire coupé de son but n'est qu'un corps sans âme*»²⁶².

Ceci rejoint la position défendue par Pierre Mayer²⁶³ qui considère que le rapport entre la clause compromissoire et le contrat principal est un rapport d'accessoire à principal. Il met l'accent sur le lien de dépendance qu'implique cette relation : «*on ne peut pas prévoir de recourir à l'arbitrage in vacuo*».

Bruno Oppetit soutient aussi que le caractère accessoire de la clause compromissoire découle du fait que la clause «*ne semble pas pouvoir se concevoir sans un contrat de référence en contemplation duquel elle est adoptée*»²⁶⁴.

Dans le même ordre d'idées, on a soutenu que :

«*le choix d'un juge ou d'un arbitre ne s'effectue mais se superpose à une autre relation juridique. Les conventions d'arbitrage ou*

²⁶⁰ ROBERT. J, *op. cit.*, note 111, n° 264 : «*Le trait essentiel qui va distinguer la convention d'arbitrage de toute autre est qu'elle est et restera une convention de procédure, c'est-à-dire à caractère méthodologique et par conséquent accessoire*».

²⁶¹ F. X. TRAIN, *op. cit.*, note 36, p. 19.

²⁶² G. GOUBEAU, *op. cit.*, note 255, p. 37.

²⁶³ MAYER. P, *op. cit.*, note 10 p. 361 et suiv; P. MAYER, *op. cit.*, note 31, p. 686.

²⁶⁴ OPPETIT. B, «*La clause arbitrale par référence* », *Rev. Arb.*, 1990, p. 558.

d'élection de for se présentent dès lors comme l'un des accessoires d'un rapport juridique ou l'une de ses modalités»²⁶⁵.

Une fois le caractère accessoire de la clause compromissoire affirmé, il faudra montrer l'absence de contradiction entre ses deux caractéristiques, à savoir son autonomie et sa transmissibilité.

Section 2

Autonomie et transmission : une contradiction apparente

Si on soutient que la clause compromissoire est transmise *en tant qu'accessoire* du contrat principal, on se trouve instantanément dans une situation d'incohérence.

En effet, au regard de la règle de l'accessoire, l'idée que la convention d'arbitrage puisse survivre au contrat principal apparaît hérétique. Si le contrat principal vient de disparaître, l'accessoire se trouve donc sans cause, il s'effondre. Comment peut-on soutenir que l'accessoire puisse survivre à la disparition du principal? Comment concilier le caractère autonome de la clause d'arbitrage compromissoire et son caractère accessoire et dépendant?

Pourtant, en théorie, la survie de la clause semble être l'exacte solution en dépit de la disparition du contrat de fond.

En effet, dire qu'en vertu de la règle de l'accessoire, la clause compromissoire doit suivre le sort du contrat principal en cas d'annulation de ce

²⁶⁵ COIPEL-CORDONNIER. N, *op. cit.*, note 120, p. 10.

dernier, c'est méconnaître l'élément subjectif²⁶⁶ dans la jonction entre accessoire et principal qui est la volonté des parties.

C'est le but poursuivi par l'accessoire qui, dans l'immense majorité des cas²⁶⁷, explique et déclanche le mouvement qui donne naissance au rapport d'accessoire à principal. Ce but dépend essentiellement de la volonté des parties, et c'est là qu'intervient l'élément subjectif. M. Goubeau explique parfaitement cette idée :

«Naturellement, si l'on parle de but poursuivi par l'accessoire, c'est toujours d'une destination assignée par l'homme qu'il s'agit. L'accessoire, de lui-même, n'a pas d'initiative et c'est dans la mesure où l'homme poursuit certaines fins à l'aide de moyens qui lui paraissent appropriés qu'il modèle les choses en les faisant servir ses desseins»²⁶⁸.

C'est exactement le cas de la clause compromissoire intégrée par les parties dans un contrat afin qu'elle constitue une obligation de recourir à une justice privée pour résoudre les éventuels problèmes qui pourraient s'élever lors de l'exécution ou de l'interprétation du contrat principal. Autrement dit, tout problème découlant du contrat principal va «activer» la clause compromissoire qui doit être exécutée conformément à la volonté des parties. En ce sens, la séparabilité ne signifie pas «l'indépendance nécessaire». «Elle ne sert qu'à un but : l'efficacité voulue par les parties»²⁶⁹. Certes, elle peut n'être jamais mise en œuvre. Mais si elle l'est, elle forme la base de la désignation d'un tribunal arbitral, lequel déterminera alors les droits et les obligations des parties en vertu du contrat principal.

²⁶⁶ Il y a des contrats qu'il n'est pas possible de les envisager autrement qu'à l'état d'accessoire. Il s'agit des accessoires dont la destination se trouve inscrite dans leur nature même : comme l'hypothèque qui garantit toujours la créance. Le rapport d'accessoire à principal est alors objectif; V. G. GOUBEAU, *op. cit.*, note 255, p. 46 et suiv.

²⁶⁷ *Id.*

²⁶⁸ *Id.*, p. 47.

²⁶⁹ P. MAYER, *op. cit.*, note 31.

De la même manière, en cas de cession de contrat ou d'une créance née du contrat qui comporte une clause compromissoire, le principe d'autonomie ne doit pas conduire à la faire échapper à la cession : *«dans cette hypothèse c'est la séparation qui conduirait à priver la clause d'objet, contre la volonté des parties»*²⁷⁰. La clause compromissoire doit être indépendante du contrat principal, seulement sous l'angle de l'appréciation de sa validité. Ainsi, chaque fois que le contrat principal fait l'objet de ce que, d'une manière vague, on désignera par le terme «transmission»²⁷¹, le principe d'autonomie n'empêchera pas la clause compromissoire, malgré son statut d'accessoire, d'être transmise également et de lier le cessionnaire.

Les deux notions d'autonomie et d'accessoire ne seraient pas alors nécessairement contradictoires. Selon L. Aynés, *«séparable ou et accessoire, loin de s'opposer, se complètent ; bien plus c'est parce qu'elle est séparable du rapport d'obligation que la clause compromissoire peut en être l'accessoire»*²⁷².

Pierre Mayer a aussi judicieusement mis en lumière que *«si la fonction de la clause compromissoire la distingue des clause substantielles et la met à l'abri de certaines causes d'inefficacité qui peuvent affecter celles-ci, cette même fonction implique aussi que la clause compromissoire soit l'accessoire des clauses substantielles. Le principe accessorium sequitur principale doit être respecté chaque fois qu'il ne conduirait pas à rendre la clause inapplicable aux litiges que les parties ont voulu lui soumettre »*²⁷³.

L'admission du caractère accessoire de la clause compromissoire soulève aussi la question suivante: est ce que la clause compromissoire est transmise en même temps que le rapport d'obligation *parce qu'elle* est un accessoire ou bien elle

²⁷⁰ P. MAYER, *op. cit.*, note 31, p. 686.

²⁷¹ Pour une étude sur toutes les hypothèses de transmission, voir MAYER. P, *op. cit.*, note 249, p. 254.

²⁷² L. AYNÉS, *op. cit.*, note 33, p. 626.

²⁷³ P. MAYER, *op. cit.*, note 31.

est transmise avec le rapport d'obligation, *donc* elle est un accessoire²⁷⁴? La notion d'accessoire est-elle descriptive ou explicative?

À notre avis, la réponse dépend essentiellement de la nature juridique accordée à la clause compromissoire.

Si on considère la clause compromissoire comme étant une simple clause parmi d'autres dans un contrat unique, la notion d'accessoire serait plus descriptive qu'explicative. En effet, dans cette optique, a-t-on besoin de la notion d'accessoire pour justifier la transmission de la clause compromissoire en cas de cession de contrat par exemple?

L'acceptation par le cessionnaire de reprendre les droits et obligations nés d'un contrat faisant l'objet d'une convention d'arbitrage vaut, à défaut de précision contraire, acceptation de soumettre les différends susceptibles de naître de ce contrat à l'arbitrage initialement prévu²⁷⁵. La cession du contrat originaire emporte bien avec elle la cession de toutes les clauses contractuelles, y compris la clause compromissoire²⁷⁶. *«On ne voit pas pourquoi l'on retrancherait du contrat une de ses clauses, alors qu'il n'existe aucune cause d'anéantissement soit du contrat en général, soit de la clause en particulier»*²⁷⁷.

Par contre, lorsqu'on pousse le principe d'autonomie à ses conséquences extrêmes et l'on fait de la clause compromissoire un véritable contrat séparé doté d'un statut juridique distinct, la notion d'accessoire paraît plus explicative que descriptive. La séparation «radicale» entre la convention d'arbitrage et le contrat de fond se heurte théoriquement à la question de sa transmission.

²⁷⁴ La notion d'indivisibilité soulève souvent la même question : on ne sait jamais si c'est parce qu'ils sont indivisibles que deux éléments disparaissent ou si c'est parce qu'ils disparaissent ensembles, qu'ils sont indivisibles.

²⁷⁵ FOUCHARD. Ph, GAILLARD. E, GOLDMAN. B, *op. cit.*, note 45, p. 443.

²⁷⁶ Il faut toujours réserver les cas où la clause compromissoire aurait été conclue *intuitu personæ*.

²⁷⁷ MAYER. P, *op. cit.*, note 249, p. 254.

C'est un principe général du droit civil que les conventions ne lient que les parties contractantes et n'ont pas d'effet à l'égard des tiers. Contrat à part entière, la convention d'arbitrage est normalement soumise à l'effet relatif des contrats : elle ne lie que les personnes qui l'ont conclue. Si l'on voit dans la clause arbitrale un acte juridique autonome, il y aurait dans ce cas deux offres de contrat, l'une relative au contrat principal et l'autre à la clause compromissoire. Ainsi, le cessionnaire est libre de faire une ou deux acceptations²⁷⁸. Faute d'une acceptation distincte de l'offre de la convention d'arbitrage, celle-ci n'est pas conclue. Ceci mènerait à un résultat absurde. Et c'est là précisément où «intervient» la notion d'accessoire qui fait de la convention d'arbitrage «un acte juridique accessoire» attaché au contrat de fond et inséparable de ses obligations qui forment son objet.

En effet, on a déjà évoqué que le rapport d'accessoire à principal peut être deux actes juridiques²⁷⁹. Aussi, que la convention accessoire «*n'est jamais conclue uniquement pour elle-même, mais concerne toujours un certain rapport juridique*»²⁸⁰. Même perçue comme un contrat distinct, la clause compromissoire qualifiée d'accessoire est considérée comme indissociable du contrat principal qui forme son objet. La transmission s'explique alors dans ce cas par la dimension accessoire de la clause compromissoire et sa «*nécessaire dépendance*»²⁸¹ par rapport au contrat principal.

À ce niveau, une remarque s'impose. D'une part on parle d'«indépendance nécessaire». D'autre part on évoque la «dépendance nécessaire». On a tout de même l'impression de «jongler» avec deux explications afin d'assurer une

²⁷⁸ Dans une affaire CCI (n° 4381 : *J.D.I.* 1986, p. 1103), une partie défenderesse qui voulait se soustraire à l'arbitrage, prétendait que l'autonomie juridique de la clause d'arbitrage aurait pour effet, qu'une référence générale au contrat dans lequel elle était contenue n'emporterait pas approbation de cette clause. Puisqu'en dépit de leur coexistence dans un même document, le contrat principal et la clause compromissoire sont des actes juridiquement autonomes, la manifestation de l'accord des parties sur le contrat n'impliquerait pas un accord sur la clause d'arbitrage.

²⁷⁹ Tel pourrait être le cas de toute sûreté dès lors qu'elle a pour finalité première d'être au service de la créance principale, c'est-à-dire de permettre son paiement. Le cautionnement est aussi un contrat accessoire parce qu'il ne se conçoit qu'affecté au service d'une dette préexistante. Pour d'autres exemples, V. J-B. SEUBE, *op. cit.*, note 23, p. 249 et suiv.

²⁸⁰ COIPEL-CORDONNIER. N, *op. cit.*, note 120, p. 10.

²⁸¹ *Id.*, p. 314.

cohérence juridique entre l'autonomie et la transmission de la clause compromissoire. Les propos de J-B, Racine vont dans le même sens : «...on invoque ainsi l'autonomie de la clause d'arbitrage lorsque l'efficacité de cette clause le réclame et on restaure le caractère accessoire de la clause lorsque, là encore, l'efficacité de la clause l'exige»²⁸².

Étant donné «l'embarras» qu'illustre les dernières motivations, on se demande alors s'il ne serait pas plus raisonnable d'expliquer la transmission de la clause compromissoire par les finalités poursuivies plutôt que par des arguments techniques.

C'est ce qu'une part de la doctrine²⁸³ défend. Elle estime que la solution est justifiée fondamentalement par des considérations de politique juridique : la volonté jurisprudentielle de favoriser l'arbitrage, d'en assurer l'efficacité, conduit à faire jouer la clause compromissoire dès lors que le litige à régler se rapporte à la convention d'origine.

Considérations pratiques ou fondements techniques, la question divise encore une grande partie de la doctrine et fait couler beaucoup d'encre.

²⁸² RACINE. J-B, *op. cit.*, note 4, p. 316.

²⁸³ *Id.*; ANCEL. P, GOUT. O, *op. cit.*, note 20, p. 358.

Conclusion

En conclusion il nous semble que le traçage d'un schéma synthétique et cohérent du régime juridique qui encadre le principe de l'autonomie de la clause compromissoire est délicat. C'est une règle complexe, pleine d'embûches et suscitant beaucoup d'interrogations. Cela commence dès lors qu'on est amené à se prononcer sur le statut juridique de la convention d'arbitrage. Est-ce que c'est un contrat autonome ou bien une clause contractuelle parmi d'autres? Chaque qualification engendre à son tour d'autres interrogations. En effet, perçue comme un contrat autonome, la convention d'arbitrage est «séparable par nature», mais comment expliquerait-on alors sa transmission automatique avec le contrat objet du litige? Considérée comme une clause intégrée dans un contrat dit «principal», la question devient problématique sous un autre angle. Quels sont les fondements de cette autonomie? Pourquoi bénéficie-t-elle de ce régime dérogatoire? Les fondements pratiques sont bien connus. Mais le juriste éprouve toujours le besoin de découvrir les fondements techniques des solutions admises dans la pratique.

La quête de réponses à toutes ces questions théoriques suscite encore des incertitudes. En effet, les fondements de ce principe d'autonomie restent encore ambigus et constituent toujours un terrain de controverse. Cependant, se résigner à admettre que ces fondements résident dans la volonté présumée des parties et l'objet processuel de la clause, qui est de rendre la justice, nous semble plus approprié que de considérer compendieusement la clause compromissoire comme un "contrat dans le contrat", du fait justement de cette autonomie qui la caractérise. L'incertitude concerne aussi la portée du principe d'autonomie en cas de contestation de l'existence de la convention principale. La question délicate de savoir si le contrat principal inexistant doit être traité comme le contrat principal nul soulève toujours polémique et perplexité.

En vérité, ces considérations conjuguées avec certaines incohérences nous rendent soupçonneux. En ce sens, la notion de l'autonomie de la clause compromissoire serait-elle fonctionnelle? Cette interrogation est d'autant plus légitime lorsqu'on confronte la théorie à la pratique. En ce sens, on trouve certaines situations adoptées sous le couvert du principe d'autonomie difficiles, parfois impossibles à expliquer d'un point de vue théorique mais, en même temps, solidement établies dans la pratique.

La notion d'autonomie, étant en soi difficilement justifiable, expliquerait alors tout. Elle serait à l'origine du pouvoir de l'arbitre à se prononcer sur sa propre compétence et renforcerait son pouvoir juridictionnel. Elle rend légitime l'indépendance de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal mais aussi par rapport à toute loi étatique. Pourtant, même si l'on admet que l'objet spécifique de la convention d'arbitrage et la volonté présumée des parties font que la clause soit séparable du contrat auquel elle se rapporte, ces deux éléments restent impuissants à justifier l'autre dimension de l'autonomie qui implique l'affranchissement de la clause arbitrale de tout mécanisme conflictuel. D'autre part, la notion d'autonomie, assortie de la dimension accessoire de la convention d'arbitrage, est curieusement invoquée afin de permettre à la clause compromissoire d'avoir la même faculté de circulation que les autres stipulations du contrat. Ainsi, on invoque l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal pour en assurer la validité, et sa dépendance au contrat pour en assurer les effets. Il est certain que prôner une solution différente serait une position rétrograde. Cependant, le fait de rattacher les solutions en matière de transmission à la notion d'accessoire est-il justifié en fin de compte? La réponse à ce dilemme est loin d'être évidente. Nous pourrions toujours soutenir que la clause compromissoire est transmise accessoirement avec le contrat principal. Mais encore faut-il adhérer au postulat posant la convention d'arbitrage comme clause accessoire. Ce qui reste discutable à son tour étant donné que la notion d'accessoire demeure floue, vague et souvent jugée fonctionnelle. Ceci dit, l'arbitrage surprend toujours par les multiples règles desquelles il est autorisé à s'écarter. Même confronté à certains principes

fondamentaux, en l'occurrence du droit civil, l'arbitrage impose toujours son dernier mot pour garantir son efficacité.

Le principe d'autonomie a permis ainsi de justifier théoriquement le libéralisme exceptionnel dont bénéficie la clause compromissoire dans la pratique. Le but poursuivi est de favoriser l'arbitrage et le faire échapper à l'emprise de l'État et ses institutions. Pour ce faire, le principe d'autonomie a été un moyen fort influant. Sous son couvert, la convention d'arbitrage international bénéficie aujourd'hui d'une efficacité à toute épreuve. Dès lors, on comprend mieux les raisons pour lesquelles elle serait un modèle pour la clause attributive de juridiction.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages

- 1) ANTAKI. N, et A. PRUJINER., *Arbitrage commercial international, Colloque Université Laval, Québec 1985*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1986.
- 2) ARNALDEZ. J-J, Y. DERAIS, D. HASCHER., *Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1991-1995*, Paris ; New York : ICC Publishing ; The Hague : Kluwer Law International, c1997.
- 3) ARNALDEZ. J-J, Y. DERAIS, et D. HASCHER., *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Paris ; New York : ICC Publishing ; The Hague : Kluwer Law International, c2003.
- 4) BACHAND. F., *L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international*, Thèse, Université Panthéon-Assas (Paris II)/Université de Montréal, 2004, Paris.
- 5) BÉGUIN. J., *L'arbitrage commercial international*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Université McGill, 1987.
- 6) BLANCHIN. C., *L'autonomie de la clause compromissoire, un modèle pour la clause attributive de juridiction ?*, Travaux et Recherches Panthéon Assas-Paris II, L.G.D.J., 1995.
- 7) BOISSÉSON. M., *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Paris, GLN-Joly ed., 1990.

- 8) CLAY. T., *L'arbitre*, Paris : Dalloz, c2001.
- 9) COIPEL-CORDONNIER. N., *Les conventions d'arbitrage et d'élection de fort en droit international privé*, Paris, L.G.D.J, tome 314.
- 10) DAVID. R., *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, 1986.
- 11) EMANUELLI. C., *Droit international privé québécois*, Montréal : Wilson & Lafleur, 2001.
- 12) FOUCHARD. Ph., *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, 1965.
- 13) FOUCHARD. Ph, E. GAILLARD, B. GOLDMAN., *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec 1996.
- 14) GAVALDA. C, DE LEYSSAC. C.L., *L'arbitrage*, Paris : Dalloz, 1993.
- 15) GLENN, H. PATRICK., *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Québec : Éditions Y. Blais, c1993.
- 16) GOLDSTEIN. G et GROFFIER. E., *Droit international privé*, Cowansville, Québec : Éditions Y. Blais, c1998-2003, t 2.
- 17) GOUBEAU. G., *La règle de l'accessoire en droit privé*, L.G.D.J, Bibl. droit privé, 1969, t 93, préf. D. Tallon.
- 18) HUYS. M et G. KEUTGEN., *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruxelles : Bruylant, 1981.

- 19) KASSIS. A., *Problèmes de base de l'arbitrage en droit : en droit comparé et en droit international*, Paris, L.G.D.J., 1987.
- 20) LALIVE. P., *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne, Payot, 1989.
- 21) MAZEAUD. D., *La notion de clause pénale*, Paris, L.G.D.J, tome 223, 1992.
- 22) NAJJAR. N., *L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international*, Paris, L.G.D.J, tome 422, 2004.
- 23) LAMONTAGNE. D et C, LAROCHELLE. B., *Droit spécialisé des contrats*, V 2, Cowansville, Québec : Éditions Y. Blais, 1999.
- 24) OPPETIT. B., *Théorie de l'arbitrage*, PUF, 1998.
- 25) POUDRET. J-F et S. BESSON., *Droit comparé de l'arbitrage commercial international*, Bruylant, L.G.D.J., 2002.
- 26) RACINE. J-B., *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, L.G.D.J, tome 309, 1999.
- 27) REDFERN. A et M. HUNTER., *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, Maxell, 1992.
- 28) ROBERT. J., *L'arbitrage : droit interne, droit international privé*, Paris, Dalloz, 5^{ème} éd., 1983.
- 29) SEUBE. J-B., *l'indivisibilité et les actes juridiques*, Paris, Litec, 1999.

- 30) TEYSSIE. B., *Les groupes de contrats*, Paris : L.G.D.J., t. 139.
- 31) THUILLEAUX. S., *L'arbitrage commercial au Québec, droit interne et droit international privé*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais Inc, 1991.
- 32) TRAIN. F. X., *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international : étude de jurisprudence arbitrale*, Paris : L.G.D.J., c 2003.

Articles et notes d'arrêts

- 1) AMMAR. M., «L'arbitrage en Tunisie depuis l'édiction du code de l'arbitrage», *Rev. arb.*, 2000, p. 247.
- 2) ALVAREZ. H., « La nouvelle législation canadienne sur l'arbitrage commercial international », *Rev. Arb.*, 1986, p. 529.
- 3) ANCEL. P., O. GOUT., « L'autonomie de la clause compromissoire en matière d'arbitrage interne », note sous Paris, 1^{ère} Ch. C, 16 juin 1998, *Rev. Arb.*, 1999, N 2, p. 350.
- 4) ANCEL. J-P., «L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire», *Trav. Comité fr. D. I. P*, 1991-1992, p. 75.
- 5) AYNÉS. L., « Séparabilité de la clause compromissoire et transmission par accessoire », note sous Paris, 1^{er} Ch. G, 10 septembre 2003, *Rev. Arb.*, 2004, p. 623.

- 6) BOUCOBZA. X., «La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international», *Rev. Arb.*, 1998, N 3, P. 495.
- 7) BRIERLEY. J. E. C., «La convention d'arbitrage en droit québécois interne », *C. P. du N. 507*, N 91, 1987, p. 507.
- 8) COHEN. D., «La transmission de la clause d'arbitrage au-dessus de toute règle juridique ?», note sous Paris, 1^{er} Ch. C, 25 novembre 1999, *Rev. Arb.*, 2001, N 4, p. 165.
- 9) COHEN. D., «La transmission de la clause compromissoire par voie de cession Dailly», note sous Aix-en-Provence, 9 janvier 1997, *Rev. Arb.*, 1997, p. 76.
- 10) DA GAMMA E SOUZA JR. L., «Arbitrage commercial international : comparaison entre le cadre juridique de la province de Québec (Canada) et celui du nouveau droit brésilien de l'arbitrage», *R. J. T.*, V 32, N° 1, 1998, p. 441.
- 11) COHEN. D., «Chaîne de contrats et transmission de la clause d'arbitrage», note sous Cass. Civ. 1^{er}, 6 février 2001, *Rev. Arb.*, 2001, N 4, p. 765.
- 12) DERAINS. Y., «Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale », *J.D.I.*, 1993, p. 829.
- 13) DIDIER. P., «La transmission de la convention d'arbitrage au-delà de la durée de vie du contrat», note sous Paris, 1^{er} Ch. D, 24 mai 2000, *Rev. Arb.*, 2001, N 3, p. 535.
- 14) DIMOLITSA. A., «Autonomie et « *Kompetenz-Kompetenz* » », *Rev. Arb.*, 1998, p. 305.

- 15) DOUGIER. E., «Existence, validité et portée de la convention d'arbitrage : tribunaux arbitraux ou juridictions étatiques», *R.D.A.I / I.B.L.J*, N 5, 2005, p. 680.
- 16) FOUCHARD. Ph., « La nullité manifeste de la clause compromissoire, limite à la compétence-compétence de l'arbitre », note sous Cass. civ. 1^{er}, 1^{er} décembre 1999, *Rev. Arb.*, 2000, N 1, p. 96.
- 17) FRANCESCAKIS. Ph., « Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire après l'arrêt *Hecht* de la cour de cassation », *Rev. Arb.*, 1974, p. 67.
- 18) GABRIELLE. K-K., « Qui contrôle l'arbitrage? autonomie des parties, pouvoirs des arbitres et principe d'efficacité », / LexisNexis Litec / In: *Liber amicorum Claude Reymond* / [Comité de réd.: Jean-Denis Bredin ... et al.], ISBN 2711003418 / 2004.
- 19) GAILLARD. E., « L'effet négatif de la compétence-compétence », *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, publ.Fac.de droit Univ.Lausanne, edit : J.Haldy, J.M.Rapp, Ph.Ferrari, 1999.
- 20) GAILLARD. E., «Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international», *Rev. Arb.*, 1990, p.758.
- 21) GAILLARD. E., « Précisions sur le domaine du principe de compétence-compétence et sur l'articulation des articles II et VII de la convention de New York », note sous Paris, 1^{er} Ch. G, 4 décembre 2002, *Rev. Arb.*, 2003, p. 1286.
- 22) GAILLARD. E., note sous *Dalico*, Civ. I, 20 décembre 1993, *J.D.I.*, N 2, p. 432.

- 23) GAUDEMET-TALLON. H., note sous Paris, 26 mars 1991, *Dalico*, *Rev. arb.*, 1991, p. 469.
- 24) GAUDEMET-TALLON. H., «Autonomie, validité, et existence en la forme de la clause compromissoire internationale», note sous *Dalico*, Civ. I, 20 décembre 1993, *Rev. arb.*, 1994, p. 116.
- 25) GAUDET. S., «Inexistence, nullité et annulabilité du contrat : essai de synthèse», *Revue de droit de Mc Gill.*, V 40, 1995, p. 291.
- 26) JARVIN. S., «La nouvelle loi suédoise sur l'arbitrage», *Rev. Arb.*, 2000, p. 27.
- 27) JAULT-SESEKE. F., note sous cass. 1^{er} Ch. Civ., *Rev. Crit. DIP*, 2004, N 4, p. 763.
- 28) LALIVE. P., «L'importance de l'arbitrage commercial international», dans Actes du 1er Colloque sur l'arbitrage commercial international / textes réunis sous la direction de Nabil Antaki et Alain Prujiner, Montréal : Wilson & Lafleur, c1986.
- 29) LÉVY. L., B. STUCKI., « L'extension de la portée subjective de la clause arbitrale en droit suisse », note sous Trib. Féd. Suisse, 1^{er} Cour civile, 16 octobre 2003, *Rev. Arb.*, 2004, p. 695.
- 30) LOQUIN. E., « Les parties peuvent-elles écarter l'application des règles matérielles françaises de validité de la clause compromissoire internationale en soumettant expressément la clause à une loi étatique étrangère? », note sous cass. 1^{er} civ. 30 mars 2004, *R.T.D.Com.*, 2004, N 3, p. 443.

- 31) LOQUIN. E., note sous l'arrêt *Dalico*, Civ. I, 20 décembre 1993, *J.D.I.*, N 3, 1994, p. 691.
- 32) LOQUIN. E et DUBARRY. J-C., «Deux principes à distinguer : l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal et la compétence de l'arbitra pour apprécier sa compétence», *RTD. Com.* 50 (4), oct.-déc. 1997, p. 632.
- 33) MARQUIS. L., «La compétence arbitrale : une place au soleil ou à l'ombre du pouvoir judiciaire», (1990), 21, *R.D.U.S.*, p. 303.
- 34) Mayer. P., ««La circulation» des conventions d'arbitrage», *J.D.I.*, N 2, 2005, p. 251.
- 35) Mayer. P., « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », *Rev. Arb.*, 1998, p. 359.
- 36) MAYER. P., « L'autonomie de l'arbitre international pour statuer sur sa propre compétence », *Rec. cours La Haye*, 1989, V, t. 217, p. 326.
- 37) MAYER. P., « Précisions sur les notions de « complète autonomie juridique » et de « validité et d'efficacité propres » de la clause compromissoire », note sous Paris, 1^{re} Ch. suppl., 28 novembre 1989 et 8 mars 1990, *Rev. Arb.*, 1990, p. 675.
- 38) MAYER. P., note sous *Dalico*, Civ. I, 20 décembre 1993, *Rev. crit. DIP.*, 1994, V 83, p. 663.
- 39) MEZGER. E., «Vers la consécration aux Etats-Unis de l'autonomie de la clause compromissoire dans l'arbitrage international», *Rev. crit. DIP.*, 1968, p. 25.

- 40) Marquis. L., «Le droit français et le droit québécois de l'arbitrage conventionnel» dans H. Patrick Glenn. *Droit québécois et droit français: communauté, autonomie, concordance*, Cowansville: Y. Blais, 1993. p. 447-486.
- 41) OPPETIT. B., « La clause arbitrale par référence », *Rev. Arb.*, 1990, p. 552.
- 42) PÉRILLEUX. J., «Propos relatifs à l'autonomie de la clause compromissoire », *Rev. dr. int. et dr. com.*, 1978, p. 185.
- 43) PINSOLLE. Ph., « Difficultés liées à la définition conventionnelle de la compétence arbitrale », *R.D.A.I./I.B.L.J.*, N 2, 2002, p. 238.
- 44) POUDRET. J-F., « L'originalité du droit français de l'arbitrage au regard du droit comparé », *R.I.D.C.*, 2004, N 1, p. 133.
- 45) POUDRET. J-F., «Litispendance entre l'arbitre et le juge : quelle priorité», dans *Mélanges Jean-Pierre Sortais*, Bruxelles, Bruylant, 2002.
- 46) PRUJINER. A., « Le refus des juges québécois d'intervenir dans un arbitrage international avant la sentence finale », note sous cour d'appel du Québec, 31 mars 2003, *Rev. Arb.*, 2003, p. 1365.
- 47) PRUJINER. A., « Les nouvelles règles de l'arbitrage au Québec », *Rev. Arb.*, 1987, p. 425.
- 48) PRUJINER. A., «Validité et efficacité des conventions d'arbitrage», *C.P. du N.*, 1995, 1, p. 247.

- 49) RACINE. J-B., «La réaffirmation d'un principe et l'interprétation restrictive des exceptions», note sous Cass. Civ. 1^{er}, 16 novembre 2004; Paris, 1^{er} Ch. D, 2 et 30 juin 2004, *Rev. Arb.*, 2005, N 2, p. 673.
- 50) RACINE. J-B., «Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international», *Rev. Arb.*, 2005, N 3, p. 305.
- 51) ROBIN. G., «Arbitrage international et personnes morales de droit public », *R.D.A.I./I.B.L.J.*, N 8, 2002, p. 871.
- 52) SANDERS. P., « L'autonomie de la clause compromissoire », in Hommage à Frédéric Eisemann, Une initiative de la Chambre de Commerce Internationale, *Liber Amicorum*, 1978, p. 31.
- 53) SCHLOSSER. P., «La nouvelle législation allemande sur l'arbitrage», *Rev. Arb.*, 1998, p. 300.
- 54) STERN. B., « Un coup d'arrêt à la marginalisation du consentement dans l'arbitrage international », *Rev. Arb.*, 2000, p. 403.
- 55) THUILLEAUX. S et D. M. PROCTOR., « L'application des conventions d'arbitrages au Canada : une difficile coexistence entre les compétences judiciaire et arbitrale », *Revue de droit de Mc Gill.*, V 37, 1991-1992, p. 470.

Jurisprudence citée

- 1) Cass. 1^{ère} civ., 7 mai 1963, *Gosset*, *J.C.P.*, 1963, 13405, note Goldman; *Rev. crit.*, 1963, p. 615, note Motulsky; *J.D.I.*, 1964, p. 82, note J.-D. Bredin; *Rev. arb.*, 1963, p. 60; *D.*, 1963, p. 545, note J. Robert.
- 2) *National Gypsum Co. c. Northern Sales Ltd.*, [1964] R.C.S. 144-149.
- 3) *Prima Paint v. Flood and Conklin*, 388 U.S. 395 (1967); *Rev. crit. DIP.*, 1968, p. 91.
- 4) *Cameron c. Canadian factors corp.*, [1971] RCS, 148.
- 5) *Normandin c. Angelic Power.*, [1971] C. F. 263-271.
- 6) Paris, 19 juin 1970, *Hecht c/ Sté Buisman's*, *Rev. Arb.* 1972, p. 67, note Fouchard.
- 7) Cass., *Hecht c/ Sté Buisman's*, *Rev. Arb.* 1974, p. 89.
- 8) Paris, 13 décembre 1975, *Menicucci*, *J. D. I.*, 1977, p. 107, note E. Loquin.
- 9) *Prévost Silk Screen Inc. c. Produits Franco Inc.*, (12 mars 1980), Montréal 500-05-023495-765, J.E. 80-298 (C.S.).
- 10) *Bermer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrikv. South India Shipping Corporation Ltd* (1981) A.C. 909, p. 982.
- 11) *Cegeco Design & Construction Ltée (Cegeco) c. 137857 Canada Inc.*, (19 janvier 1988) Montréal, n° 500-09-000791-863, J.E. 88-251 (C.A.).
- 12) Paris, 11 Janvier 1990, *Orri*, *J.D.I.*, 1991, p. 141, note B. Audit; *Rev. arb.*, 1992, p. 25, note D. Cohen; *R.T.D. com.*, 1990, p. 596, note E. Loquin et J.-Cl. Dubarry; *Rev. crit.*, 1992, p. 782.
- 13) Paris, 26 Mars 1991, *Dalico*, *Rev. arb.*, 1991, p. 456, note H. Gaudemet - Tallon.
- 14) Civ. I, 20 décembre 1993, *Dalico*, *Rev. arb.*, 1994, p. 116, note H. Gaudemet-Tallon; *J.D.I.*, 1994, p. 432, note E. Gaillard.
- 15) *Banque Nationale du Canada c. Premdev inc.* (C.A., 1997-03-10), SOQUIJ AZ-97011329, J.E. 97-583.
- 16) Paris, 1^{ère} Ch. C, 16 juin 1998, *Sam c/ Perrin*, *Rev. Arb.*, 1999, p. 350.

- 17) Paris, 1^{ère} Ch. C, 25 nov. 1999, *SA Burkinabe des ciments et matériaux (CIMAT) c/ société des ciments d'Abidjan (SCA)*, *Rev. arb.*, 2001, p. 165, note D. Cohen.
- 18) Paris 1^{er} Ch. Suppl., *C.C.C. Filmkunst c/ société E.D.I.F.*, 28 Janvier 1988, *Rev arb* 1988m p. 565, note M. J.-L. Goutal.
- 19) Paris, 1^{er} Ch. G, 10 septembre 2003, *Société Quille c/ SA CEE Euro Isolation*, *Rev. Arb.*, 2004, p. 625.
- 20) Cass. 1^{re} civ., 30 mars 2004, *Sté Uni-kod c/ Sté Ouralkali*; V. le commentaire d'Éric Loquin, op. cit., note 181, p. 443.
- 21) Civ. I, *Association Tuv Zertifizierungsgemeinschaft Ev et autres c/ Association française pour la certification par tierce partie des systèmes d'assurance qualité des entreprises*, *Rev. arb.*, 2005, N 3, p. 673, note J-B. RACINE