



"Essai sur la spécificité des conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé"

Coipel-Cordonnier, Nathalie

Abstract

NA

Document type : *Thèse (Dissertation)*

Référence bibliographique

Coipel-Cordonnier, Nathalie. *Essai sur la spécificité des conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*. Prom. : Fallon, Marc

UNIVERSITE CATHOLIQUE de LOUVAIN

Essai sur la spécificité

des conventions d'arbitrage et d'élection de for

en droit international privé

(Nathalie Coipel-Cordonnier)

Directeur de thèse : Monsieur Marc Fallon, Professeur à l'Université Catholique de Louvain.

Président du jury : Monsieur Guy Horsmans, Doyen de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain.

Comité d'encadrement : Monsieur Bernard Hanotiau, Professeur à l'Université Catholique de Louvain ; Monsieur Guy Keutgen, Professeur à l'Université Catholique de Louvain.

Membres du jury : Monsieur Bernd von Hoffmann, Professeur à l'Université de Trèves ; Monsieur Pierre Mayer, Professeur à l'Université de Paris I ; Monsieur Jacques Van Compernelle, Professeur à l'Université Catholique de Louvain.

Thèse soutenue publiquement à Louvain-La-Neuve le 12 février 1998.

UNIVERSITE CATH. DE LOUVAIN
FACULTE DE DROIT
BIBLIOTHEQUE
PLACE MONTESQUIEU, 2
B - 1348 LOUVAIN - LA - NEUVE

AVERTISSEMENT

Ouvrages cités sous le seul nom de leurs auteurs.

ANCEL, B., LEQUETTE, Y., *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 2° éd., Sirey, Paris, 1992.

BATIFFOL, H., LAGARDE, P., *Droit international privé*, t. II, 7° éd., L.G.D.J., Paris, 1983.

BAUER, H., *Compétence judiciaire internationale des tribunaux civils français et allemands*, Dalloz, Paris, 1965.

BLANCHIN, C., *L'autonomie de la clause compromissoire: un modèle pour la clause attributive de juridiction ?*, L.G.D.J., Paris, 1995.

BOISSÉSON, M. de, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, GLN Joly éditions, Lille, 1990.

BUCHER, A., *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, Helbing et Lichtenhahn, Bâle, Francfort-sur-le-Main, 1988.

FOUCHARD, Ph., *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, Paris, 1965.

FOUCHARD, Ph., GAILLARD, E., GOLDMAN, B., *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Paris, 1996.

GAUDEMET-TALLON, H., *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Dalloz, Paris, 1965.

GEIMER, R., SCHÜTZE, R., *Internationale Urteilsanerkennung, Band I, 1. Halbband: Das EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen*, München, 1983.

GOTHOT, P., HOLLEAUX, D., *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 — Compétence judiciaire et effets des jugements dans la C.E.E.*, éd. Jupiter, Paris, 1985.

HAUSMANN, R., "Gerichtsstandsvereinbarungen" et "Schiedsvereinbarungen", in *Internationales Vertragsrecht: das internationale Privatrecht der Schuldverträge. Von C. Reithmann; D. Martiny und Anderen*, 4° éd., Verlag Dr. O. Schmidt, Cologne, 1988.

HOFFMANN, B. von, *Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, Alfred Metzner Verlag, Francfort-sur-le-Main, 1970.

HOLLEAUX, H., *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz, Paris, 1970.

HUET, A., "Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux. Règles communes à la compétence internationale ordinaire et à la compétence privilégiée des tribunaux français. Clauses attributives de juridiction. Concentration des compétences", *J. Cl. Dr. Int.*, fasc. 581-D.

HUYS, M., KEUTGEN, G., *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruylant, Bruxelles, 1981.

JODLOWSKI, J., "Les conventions relatives à la prorogation et à la dérogation à la compétence internationale en matière civile", *Rec. des cours*, 1974-III, t. 143, p. 475.

KAUFMANN-KOHLER, G., *La clause d'élection de for dans les contrats internationaux*, Helbing et Lichtenhahn, Bâle, Francfort-sur-le-Main, 1980.

KILLIAS, L., *Die Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem Lugano-Übereinkommen*, Etudes suisses de droit international, volume 84, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1993.

KROPHOLLER, J., *Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar zu EuGVÜ und Lugano-Übereinkommen*, 4° éd., Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg, 1993.

LAENENS, J., *De bevoegdheidsovereenkomsten naar Belgisch recht*, Kluwer, Anvers, 1981.

LINSMEAU, J., *L'arbitrage volontaire en droit privé belge, Extrait du Répertoire pratique du droit belge Complément*, t. VII, 1990, Bruylant, Bruxelles, 1991.

MAYER, P., *Droit international privé*, 5° éd., Montchrestien, Paris, 1994.

RAHMANN, D., *Ausschluss staatlicher Gerichtszuständigkeit : eine rechtsvergleichende Untersuchung des Rechts der Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen in dem Bundesrepublik Deutschland und den USA*, Heymans, Cologne, 1984.

REISER, H., *Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem IPR-Gesetz. Zugleich ein Beitrag zur Schiedsabrede*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1989.

RIGAUX, F., *Droit international privé, t. I, Théorie générale*, Larcier, Bruxelles, 1987.

RIGAUX, F., FALLON, M., *Droit international privé, t. II, Droit positif belge*, Larcier, Bruxelles, 1993.

SCHACK, H., *Internationales Zivilverfahrensrecht*, Verlag C.H.Beck, München, 1991.

SCHLOSSER, P., *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2° éd., Verlag J.C.B. Mohr, Tübingen, 1989.

VAN DEN BERG, A.J., *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Kluwer, Anvers, 1981.

VOLZ, G., *Harmonisierung des Rechts der Individuellen Rechtswahl, der Gerichtsstandsvereinbarung und der Schiedsvereinbarung im Europäischen Wirtschaftsraum*, Hartung-Gorre Verlag, Konstanz, 1993.

INTRODUCTION

1. En matière internationale, le recours à des clauses destinées à anticiper le règlement des différends susceptibles de survenir entre les parties se révèle particulièrement utile¹. En effet, "il existe souvent pour un même litige une multiplicité d'ordres juridictionnels compétents dont les systèmes de conflit de lois sont eux-mêmes parfois différents. L'incertitude sur le juge compétent se double alors d'une incertitude sur le droit applicable"². La détermination préalable de l'instance appelée à connaître des litiges permet d'éviter que le choix du juge, et dès lors souvent du droit applicable, dépende de l'initiative unilatérale d'une des parties³.

Selon des modalités différentes, les conventions d'arbitrage et d'élection de for conclues en matière internationale poursuivent toutes deux cet objectif. La clause attributive de juridiction permet aux parties de désigner un tribunal qui leur est familier ou qui a l'expérience des problèmes que peut soulever leur contrat. Désignant une juridiction privée, la juridiction arbitrale, la convention d'arbitrage, quant à elle, donne accès à une instance réputée plus rapide, moins coûteuse et pouvant apparaître plus neutre que les juridictions étatiques⁴. Elle permet surtout un règlement au fond spécifique, l'arbitre jouissant d'une grande liberté quant au choix du droit applicable et pouvant, le cas échéant, recourir à des règles propres au commerce international⁵.

Proches dans les motivations qui les inspirent et dans les mécanismes qu'elles mettent en place, les conventions d'arbitrage et d'élection de for méritent d'être étudiées en parallèle. Aussi constituent-elles l'objet de la recherche entreprise.

2. Comme il n'est pas nouveau de rapprocher ces deux conventions, il importe, pour déterminer la perspective comparative choisie dans cette étude et préciser la matière examinée, de donner un aperçu des diverses méthodes selon lesquelles il a déjà été procédé à une telle comparaison.

Le plus souvent, le rapprochement entre les conventions d'arbitrage et d'élection de for est fait de manière *ponctuelle* : il n'est pas l'objet même des réflexions de son auteur mais celui-ci, abordant l'une d'elles, évoque l'autre pour en souligner certaines différences⁶ ou similitudes⁷. Il faut observer que ces ébauches de comparaisons laissent

¹ C. BLANCHIN, p. 1.

² B. ANCEL, Y. LEQUETTE, n° 2, p. 558 (note sous l'arrêt Sorelec).

³ B. ANCEL, Y. LEQUETTE, n° 2, p. 558 (note sous l'arrêt Sorelec).

⁴ V. D. COHEN, *Arbitrage et société*. L.G.D.J., Paris, 1993, n° 28, qui relativise ces avantages prétendus de l'arbitrage. Sur les avantages pratiques prétendus et réels de l'arbitrage par rapport à la justice étatique, v. encore Ph. FOUCHARD, n°s 3 à 6 ; G. HORSMANS, "L'importance de l'arbitrage pour le juriste belge". *L'arbitrage. Travaux offerts au professeur A. Fettweis*, Story-Scientia, Bruxelles, 1989, p. 4 à 12.

⁵ D. COHEN, *op. cit.* {préc. n. 4}, n° 29. Sur la liberté de l'arbitre quant au choix du droit applicable, v. *infra* n°s 18 et 19.

⁶ V., par exemple, M.-L. NIBOYET-HOEGY, note sous Cass. fr. (Ch. soc.), 12 février 1985 (sté Céramiche Ragno c. Chauzy). *Rev. crit. DIP*, 1986, p. 475, qui remarque qu'en matière de contrat de travail, la convention d'élection de for n'a pas, à la différence de la clause compromissoire, pour effet de priver les syndicats de leur droit d'agir en justice pour se substituer à leurs membres. V. également, G.H. ROTH, "Zur Derogation der deutschen Gerichtszuständigkeit". *IPRax*, 1987, p. 142, qui estime que les intérêts publics et privés impliqués par ces deux conventions sont différents.

⁷ V., par exemple, H. REISER, p. 92 et s., qui, dans son étude de la convention d'élection de for, évoque la convention d'arbitrage parce que selon la loi fédérale suisse sur le droit international privé (LDIP), la possibilité de conclure ces deux clauses dépend du même critère, le caractère patrimonial de la

perplexe. Tantôt, elles débouchent sur la constatation que les ressemblances entre ces clauses devraient conduire, au moins pour le point dont il est question, à un alignement de leurs régimes⁸. Tantôt au contraire, on souligne qu'il y a entre elles des "différences essentielles"⁹ limitant la pertinence de leur comparaison. Ces différences ne sont pas toujours explicitées¹⁰. Parfois toutefois, explique-t-on que la convention arbitrale présente "un caractère contractuel beaucoup plus marqué" que la convention d'élection de for, parce que son objet est plus vaste que celui de cette dernière : il ne s'agit pas seulement de transférer une compétence d'un tribunal à un autre mais de constituer de toutes pièces un organe que les parties dotent de pouvoirs juridictionnels¹¹. Mais si telle est la différence "essentielle" entre les conventions étudiées, on ne dit pas quelles sont ses incidences précises sur leur comparaison.

Quant aux auteurs dont l'objectif avoué est la comparaison entre les conventions d'arbitrage et d'élection de for, ils procèdent le plus souvent à ce qu'on pourrait appeler des "descriptions comparatives" : pour une convention puis pour l'autre, sont exposées certaines questions et les solutions qui leur sont données. La présentation de chaque clause se fait donc de manière indépendante et ce n'est qu'en guise de conclusion qu'elles sont rapprochées l'une de l'autre¹². Or cette méthode paraît insatisfaisante, ainsi que l'illustre l'ouvrage de M. Rahmann. Cet auteur a, en effet, exposé les solutions de droit applicable et les grands traits du régime (conditions de forme et d'admissibilité) de chacune de ces conventions, en droit allemand puis en droit américain¹³. Face à un sujet aussi volumineux, pour être brève¹⁴, cette étude a dû nécessairement rester superficielle. Ainsi, la présentation de chaque clause est-elle moins complète et moins nuancée qu'elle le serait dans un livre qui lui serait exclusivement consacré. Par ailleurs, quand enfin, dans sa

matière en cause. — V. également H. GAUDEMET-TALLON, note sous Paris (1^o Ch. sect. des urg.), 10 octobre 1990 (sté Belle Vue Mauricia c. sté Canmaga Trade Corporation). *Rev. crit. DIP*, 1991, p. 610, qui remarque que puisque les parties peuvent désigner, par une convention d'élection de for, un juge sans lien avec le litige, le rapprochement entre cette clause et la convention d'arbitrage est plus accentué.

⁸ V., par exemple, J. BUHART, note sous Cass. fr. (Ch. com. et fin.), 8 novembre 1982 (Sté Burmeister et Wain Engineering c. Sté Creusot Loire et autres). *J.D.I.*, 1984, p. 158 (sur la question de l'application de l'article 333 NCPC face à ces clauses) ; Ph. DELEBECQUE, note sous Cass. fr. (Ch. com.), 7 janvier 1992 (Psychikon Compania naviera Panama c. sté SIER e.a), *Rev. arb.*, 1992, p. 558 (sur le problème des clauses auxquelles il est fait référence dans des conditions générales) ; H. GAUDEMET-TALLON, note sous Cass. fr. (1^o Ch. civ.), 25 novembre 1986 (Siaci c. Zim Israël Navigation Company). *Rev. crit. DIP*, 1987, p. 399 (sur l'opposabilité de ces clauses au cessionnaire du contrat originaire où elles sont insérées). — V. encore R. TRINKNER, note sous BGH, 20 juillet 1970. *AWD*, 1970, p. 579, qui plaide pour que l'article §1025 (2) ZPO interdisant les conventions arbitrales qu'une partie a obtenues en abusant de sa supériorité économique ou sociale soit appliqué pour les conventions d'élection de for, ce qu'a fait ultérieurement le *Bundesgerichtshof* (BGH, 8 février 1971. *NJW*, 1971, p. 1525. note R. GEIMER).

⁹ J. JODLOWSKI, p. 503 ; O. KAHN-FREUND, "Jurisdiction agreements : some reflection". *I.C.L.Q.*, 1977, p. 834 : "The problems are essentially different".

¹⁰ Ainsi J. JODLOWSKI, p. 503.

¹¹ H. GAUDEMET-TALLON, n^o 116. Reprenant cette opinion, B. OPPETIT, Cass. fr. (1^o Ch. civ.), 6 juin 1978 (sté British Leyland c. sté d'exploitation des Etablissements Richard), *J.D.I.*, 1978, p. 912.

¹² V., G.R. DELAUME, "Clauses d'élection de for et clauses compromissaires : évolution et gestation d'un nouveau droit américain", *J.D.I.*, 1975, p. 486 et s. (sur la question de la reconnaissance de la validité de principe de ces conventions en droit américain) ; M. PRYLES, "Comparative aspects of Prorogation and Arbitration agreements". *I.C.L.Q.*, 1976, p. 550 et s. ; G. VOLZ, *Harmonisierung des Rechts der Individuellen Rechtswahl, der Gerichtsstandsvereinbarung und der Schiedsvereinbarung im Europäischen Wirtschaftsraum*, Konstanz, Univ., Diss., 1993.

¹³ D. RAHMANN, *Ausschluss staatlicher Gerichtszuständigkeit : eine rechtsvergleichende Untersuchung des Rechts der Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen in dem Bundesrepublik Deutschland und den U.S.A.* Heymans, Cologne, 1984.

¹⁴ Cette étude ne comprend que 170 pages.

conclusion, M. Rahmann met face à face les conventions d'arbitrage et d'élection de for, ce n'est que pour plaider en faveur d'un alignement de leurs régimes, balayant très rapidement¹⁵ les objections qui pourraient être opposées à cette thèse, et qui sont en réalité des éléments de comparaison entre les conventions qui devraient être approfondis. On observe ainsi qu'une "description comparative" des conventions d'arbitrage et d'élection de for risque de se résumer à l'énumération des solutions dont chacune d'elles fait l'objet, négligeant de présenter leurs ressemblances et différences fondamentales et les conséquences de celles-ci.

3. Ce rapide tour d'horizon doctrinal indique que, semble-t-il, il n'existe pas encore d'étude *théorique et générale* comparant la convention d'élection de for et la convention d'arbitrage dans leurs dimensions *essentielles*.

Par ailleurs, quant à la méthode, il paraît intéressant de préférer à une "description comparative" une "*comparaison constructive*". Dans cette optique, il ne s'agit plus de décrire les conventions d'arbitrage et d'élection de for l'une après l'autre mais l'une *par rapport à l'autre*¹⁶. Les clauses étudiées sont mises en parallèle et les questions qu'elles soulèvent et les réponses qui leur sont données sont abordées dans la *dynamique de la confrontation* entre deux phénomènes semblables mais néanmoins différents. Cette présentation est susceptible d'éclairer la situation de chacune des conventions examinées tout en suggérant de possibles évolutions.

4. Le désir de réaliser, dans cette étude, une "comparaison constructive" entre la convention d'arbitrage et la convention d'élection de for a pour conséquence les limitations du sujet et les choix méthodologiques suivants.

Pour que la confrontation entre la convention d'arbitrage et la convention d'élection de for se révèle féconde pour la réflexion, il importe de mettre *l'accent sur leurs points communs*. C'est en effet à partir de ceux-ci que l'on peut tenter d'esquisser une théorie générale valable pour les deux clauses et qui permette d'éclairer de manière nouvelle leurs situations respectives tout en précisant leurs différences réelles.

Aussi la recherche sera-t-elle menée en *droit international privé*. En ce domaine, en effet, les clauses étudiées suscitent des problématiques suffisamment semblables pour qu'il soit intéressant de les rapprocher. Au contraire, l'examen des règles précises constituant le régime de chacune d'elles dans certain Etat gommerait leurs ressemblances essentielles étant donné que c'est dans le contenu de ces règles surtout que se manifestent leurs différences.

Par conséquent, pour tirer de la comparaison projetée des réflexions neuves, il a paru opportun de limiter notre étude aux *situations internationales*, celles qui soulèvent des questions de droit applicable, et de mettre l'accent sur l'analyse des conventions étudiées au regard des principaux problèmes du droit international privé, tant dans le cadre du conflit de lois (règles de conflit de lois, lois de police, règles matérielles de droit international privé)

¹⁵ V. D. RAHMANN. p. 152 à 157.

¹⁶ Il convient de remarquer que cette optique a été suivie par M. Hausmann (R. HAUSMANN. "Einheitliche Anknüpfung internationaler Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen?". *Festschrift W. Lorenz*. Tübingen. 1991. p. 359 et s.). Cet auteur a en effet étudié, en les confrontant l'une à l'autre, les conventions d'arbitrage et d'élection de for pour remettre en question les solutions de droit applicable qui leur sont traditionnellement réservées. Il faut cependant préciser que s'insérant dans un "*liber amicorum*", cette contribution a nécessairement une ampleur limitée à quelques questions particulières posées par les clauses. — L'étude de M^{elle} Blanchin (*L'autonomie de la clause compromissoire : un modèle pour la clause attributive de juridiction ?*. L.G.D.J.. Paris. 1995) opère également une "comparaison constructive", avec pour objectif de défendre pour la convention d'élection de for une approche comparable à celle dont jouit actuellement en France la convention d'arbitrage, celle que résume l'expression "autonomie de la clause compromissoire" (sur ce principe et ses conséquences. v. *infra* n^{os} 99 à 111).

que dans celui du conflit de juridictions (compétence internationale et reconnaissance des décisions issues d'instances étrangères). Ce choix implique que l'objectif premier de cette étude n'est pas d'étudier et de présenter de manière systématique toutes les questions concrètes que posent les conventions d'arbitrage et d'élection de for dans le cadre d'un ordre juridique donné. Certes on ne peut procéder à une étude de droit international privé en se désintéressant des problèmes matériels à propos desquels naissent les difficultés de droit applicable. Mais il importe de préciser qu'on privilégiera une approche plus *théorique* que pratique des problématiques suscitées par les clauses étudiées. Aussi ne les examinera-t-on pas toutes. Outre les problèmes concrets abordés en guise d'illustration des principes de droit international privé exposés, seules les questions les plus épineuses seront étudiées, celles qu'une "comparaison constructive" entre les clauses considérées permet d'éclairer.

Il convient par ailleurs d'observer que dans le cadre de cette approche théorique et générale des conventions d'arbitrage et d'élection de for, il a paru intéressant d'adopter une démarche de *droit comparé*. Au nouveau, il ne s'agit pas de donner une image complète et descriptive de la situation juridique dont bénéficie, dans chaque pays, chacune de ces clauses. Mais il semble que si l'on ajoute à la dynamique de la confrontation entre ces conventions celle de la comparaison entre les situations juridiques de plusieurs pays, on peut enrichir la réflexion entreprise. Il importe à cet égard de préciser que de larges développements seront consacrés au droit *français*. En effet, les réflexions qui ont cours en France, notamment pour l'arbitrage, sont très théoriques et alimentent dès lors utilement une réflexion fondamentale. Par ailleurs, la jurisprudence française relative à des litiges ou des arbitrages internationaux est abondante : elle constitue un terrain d'étude fécond. Enfin et surtout, cette jurisprudence a connu ces dernières décennies des évolutions qui, à notre avis, peuvent être expliquées au regard des principes qui vont être dégagés de la comparaison entre les clauses étudiées. Tout en présentant ainsi un intérêt théorique pour la thèse qui va être défendue, le droit français peut également inspirer la situation des pays voisins. Il sera certes également question du droit *belge*. Il faut toutefois remarquer qu'étant donné que la Belgique attire peu de cas internationaux¹⁷ et connaît peu de jurisprudence en ce domaine, on n'envisagera pas la situation de ce pays à propos de toutes les questions évoquées mais surtout à propos des controverses qui secouent la doctrine belge et qui complètent, de manière intéressante, la présentation que connaissent en France les conventions d'arbitrage et d'élection de for. Il convient de préciser que l'on s'inspirera également régulièrement du droit *allemand*, plus particulièrement de la doctrine allemande. Il semble en effet que, sur de nombreux points, les auteurs allemands aient une vision claire de la situation en droit international privé des clauses considérées. Il est utile de confronter cette perception à celles qui prévalent dans les pays voisins de l'Allemagne car, comme on le constatera, les convergences qui apparaissent permettent d'établir des liens entre les explications allemandes et les solutions effectivement adoptées en France ou en Belgique.

5. Sur le *fond*, il faut d'abord préciser que les conventions d'arbitrage et d'élection de for vont être étudiées dans une *perspective étatique*. En effet, selon qu'elles sont soulevées devant un juge étatique ou devant l'arbitre, ces clauses sont susceptibles d'être régies par des principes différents, ce qui peut d'ailleurs expliquer les "différences essentielles" que certains leur imputent¹⁸. En réalité, les différences observées sont alors dues plus au contexte dans lequel les clauses sont examinées qu'à leurs spécificités réelles. Pour la pertinence de la

¹⁷ En ce sens. G. HORSMANS. "Actualité et évolution du droit belge de l'arbitrage". *Rev. arb.* 1992. n° 31. p. 435.

¹⁸ V. *supra* n° 2.

comparaison projetée, il faut déterminer un angle d'observation *commun* aux deux clauses, ce qui implique le choix de l'optique étatique. Le point de vue arbitral ne sera certes pas totalement négligé puisque souvent il permet d'expliquer la situation réservée à la convention d'arbitrage dans les Etats, mais on ne trouvera pas dans cette étude un examen complet des principes régissant les arbitrages *ad hoc* ou institutionnels. Il convient d'annoncer que notre **chapitre préliminaire** a pour objectif de présenter les conventions d'arbitrage et d'élection de for tout en justifiant, de manière plus détaillée, la perspective d'étude retenue.

Dès lors que le cadre étatique est choisi, il faut observer que les conventions étudiées ont pour objectif commun d'influer sur la juridiction du juge saisi, soit par la dérogation, soit par la prorogation de la compétence de celui-ci. Cette dimension juridictionnelle est ce qui les distingue des contrats substantiels. L'objectif de cette étude est d'examiner en quoi cette *spécificité juridictionnelle* se traduit sur l'analyse à réserver en droit international privé aux conventions d'arbitrage et d'élection de for. On tentera de démontrer que cette dimension leur confère une *place spécifique en droit international privé*. On peut penser en effet qu'elle implique qu'à la différence des autres contrats, ces clauses ne se rattachent pas seulement au conflit de lois mais dépendent également et surtout des "conflits de juridictions", expression à entendre dans le sens large qui sera expliqué. Dans la **première partie** de cette étude, on essaiera de fonder en théorie l'hypothèse de ce double rattachement des conventions étudiées. On examinera également les conséquences qui semblent pouvoir être déduites de cette thèse, tant sur les principes de droit applicable à ces clauses que sur la détermination des règles qui composent leur régime. Avec pour but d'esquisser les grandes lignes de l'approche spécifique des conventions de juridiction en droit international privé, la première partie de ce travail sera donc très *théorique*. Il s'agira surtout de proposer une *explication nouvelle* pour la situation dont jouissent effectivement les conventions d'arbitrage et d'élection de for dans les pays examinés.

La **seconde partie** de cette étude sera *plus "pratique"* en ce sens que les réflexions théoriques dégagées seront confrontées à quelques problèmes délicats soulevés par les conventions d'arbitrage et d'élection de for. Mettant ainsi en œuvre les idées exposées dans la première partie, on pourra en vérifier la pertinence. Il apparaîtra que celles-ci permettent de présenter d'une manière différente les questions examinées, ce qui peut être fécond pour l'analyse de ces dernières. Mais on observera également que sur certains points, les situations rencontrées dans la réalité limitent ou, au contraire, dépassent les principes qui auront été défendus. Ainsi la seconde partie de ce travail *complétera-t-elle* tout en la *mançant* la thèse de la spécificité des conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé.

CHAPITRE PRELIMINAIRE

PRECISIONS SUR LA COMPARAISON ENTRE LA CONVENTION D'ARBITRAGE ET LA CONVENTION D'ELECTION DE FOR

6. Il importe de commencer cette étude en justifiant l'intérêt d'une approche comparative de la convention d'arbitrage et de la convention d'élection de for et en précisant la perspective retenue pour procéder à cette comparaison (Section II). Il convient, à cet égard, de présenter les caractéristiques fondamentales des clauses étudiées et des phénomènes juridictionnels auxquels elles conduisent (Section I).

SECTION I : PRESENTATION DES CARACTERISTIQUES ESSENTIELLES DES CONVENTIONS D'ARBITRAGE ET D'ELECTION DE FOR.

7. Avec pour dessein de déterminer les caractéristiques fondamentales des conventions d'arbitrage et d'élection de for, cette section évoque naturellement la question de leur *nature*. Ce n'est pourtant pas dans ces termes qu'on réfléchira à l'essence de ces clauses.

Les débats autour de la nature des conventions étudiées se cantonnent, en effet, à leurs aspects contractuel et juridictionnel, négligeant un point pourtant important pour la compréhension des questions qu'elles suscitent : leur liaison à un rapport de droit dit principal. Sans prétendre que cet élément fasse partie de la "nature" des conventions d'arbitrage et d'élection de for, il importe de le mentionner parmi leurs "*dimensions essentielles*". Plus générale, cette dernière expression vise toutes les caractéristiques des conventions examinées susceptibles d'influencer les problématiques que celles-ci soulèvent et les solutions qui leur sont données (§1).

Par ailleurs, les positions traditionnelles sur la nature des conventions d'élection de for et d'arbitrage consistent à reconnaître le caractère hybride, contractuel et juridictionnel, de la première¹⁹ tandis que la seconde serait "plus contractuelle"²⁰. En réalité, comme il apparaîtra plus loin²¹, ce qui provoque la différence entre les conventions considérées est moins une question de "nature divergente" que la *perspective*, arbitrale ou étatique, dans laquelle elles sont examinées. Aussi, pour repérer l'originalité de la clause arbitrale, semble-t-il préférable de présenter la spécificité de la juridiction qu'elle désigne (§2).

¹⁹ H. GAUDEMET-TALLON, n° 50, p. 31 ; G. KAUFMANN-KOHLER, p. 33 ; J. LAENENS. "Internationaal privaatrechtelijk procesrecht en de bevoegdheidsovereenkomsten", *T.P.R.* 1982, p. 227 ; H. REISER, p. 55 ; G. de GEOUFFRE de LA PRADELLE. *Les conflits de lois en matière de nullités (du droit interne français au droit international privé)*. Dalloz. Paris. 1967. n° 263, p. 174. — Le *Bundesgerichtshof* a consacré le caractère hybride de la convention d'élection de for en considérant qu'elle est un "*materiellrechtlicher Vertrag über prozessrechtliche Beziehungen*", un contrat matériel relatif à des relations processuelles (BGH, 29 février 1968. *N.J.W.* 1968, p. 1233).

²⁰ En ce sens. H. GAUDEMET-TALLON, n° 116, p. 69 ; P. SCHLOSSER, p. 249. — adde B. GOLDMAN. "La convention d'arbitrage. Généralités. Autonomie et principe de validité. Loi applicable", *J. Cl. Dr. Int.*, fasc. 586-1, n° 42, p. 12. "A notre sens, la convention d'arbitrage, bien qu'elle ait pour objectif l'institution d'une procédure, doit être considérée comme un contrat créateur d'obligations, à l'égal de tout contrat : elle précède en effet la procédure et ne constitue pas une phase de son déroulement".

²¹ V. *infra* n°s 21 et s.

§1 — Les dimensions communes.

8. Les conventions d'arbitrage et d'élection de for ont en commun une dimension contractuelle (A), une dimension accessoire (B) et une dimension juridictionnelle (C). Au vu de ces ressemblances, il paraît indiqué de leur trouver une dénomination commune (D).

A) La dimension contractuelle.

9. Il est unanimement admis que sans l'accord des parties en litige, il ne saurait être question de convention d'élection de for ou de convention d'arbitrage. Il s'agit d'actes juridiques²² consensuels qui créent entre les parties un rapport d'obligations²³.

Il convient de préciser qu'en France, la matière des conventions d'arbitrage est régie par la *summa divisio* suivante : donné avant tout litige, l'accord des parties constitue une *clause compromissoire* ; il est question de *compromis* s'il est conclu après la naissance du litige. En matière interne, cette distinction a une grande incidence car selon l'article 2061 du Code civil, la clause compromissoire est nulle s'il n'en est pas disposé autrement par la loi²⁴. La principale exception à ce principe est prévue par l'article 631 du Code de commerce qui admet les clauses compromissoires pour les contestations qui sont de la compétence du tribunal du commerce²⁵. On observera toutefois plus loin que de très importantes décisions ont levé, en matière internationale, l'interdiction de la clause compromissoire, si bien que dans ce cadre, cette distinction n'a plus aucun intérêt pratique²⁶.

Remarquons qu'en Belgique²⁷ et en Allemagne²⁸, on ne distingue pas entre ces deux types de convention d'arbitrage²⁹ même s'il arrive que, pour certaines matières, la clause arbitrale ne puisse être conclue qu'après la naissance du litige, condition qui revient à n'admettre que le compromis³⁰.

²² V. sur ce point, D. HOLLEAUX, n° 190, p. 189, qui envisage, pour la réfuter, l'opinion de MM. Quadri et Luzzatto qui dénie aux modifications volontaires de la compétence internationale la nature d'acte juridique.

²³ V. l'explication donnée à ce propos pour la convention d'élection de for par G. KAUFMANN-KOHLER, p. 15.

²⁴ Pour un cas d'application récent, v. Paris (1^o Ch. C), 11 mars 1994 (Alexandre c. La prévention routière). *Rev. arb.*, 1996, p. 139, obs. J. PELLERIN.

²⁵ Cette exception à l'interdiction de la clause compromissoire a été consacrée par la loi du 31 décembre 1925. V. à ce propos, J. HAMEL, "La clause compromissoire dans les contrats internationaux", *D.*, II., 1926, p. 13 et s.

²⁶ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, n° 386, p. 209. — Sur les décisions ayant levé l'interdiction de clause compromissoire, v. *infra* n° 100.

²⁷ V. J. LINSMEAU, n° 33, p. 35 ; M. STORME, "Aspects importants du droit arbitral belge". *Rev. dr. intern. comp.*, 1976, n° 5, p. 118.

²⁸ R.A. SCHÜTZE, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1991, n° 66, p. 34.

²⁹ V. également la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958 (Art. II (1)) et la Convention de Genève sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961 (Art. I (1a)) qui, à propos de la clause arbitrale, utilisent une seule définition, englobant tant le compromis que la clause compromissoire.

³⁰ En droit belge, l'article 1678 2^o C. Jud. prévoit que "sous réserve des exceptions prévues par la loi, est nulle de plein droit toute convention d'arbitrage conclue avant la naissance d'un litige dont le tribunal du travail doit connaître en vertu des articles 578 à 583" (il s'agit des articles qui déterminent la compétence de ce tribunal). — En droit allemand, en matière boursière, selon l'article § 28 Börsengesetz, la convention d'arbitrage doit être conclue après la naissance du litige à moins que les parties contractantes soient considérées, au sens de l'article § 53 (1) de cette loi, comme capables de conclure des opérations de bourse à terme.

En matière d'élection de for de même, il arrive que l'accord des parties ne puisse être donné qu'une fois le litige né³¹. Cette hypothèse est parfois désignée par l'expression "prorogation effectuée *post litem natam*"³² par opposition à "la prorogation *ante litem natam*".

Pour les besoins de cette étude, il sera le plus souvent indifférent que l'accord des parties ait été donné avant ou après le litige. Aussi les expressions générales "convention d'arbitrage" et "convention d'élection de for" seront-elles utilisées, faisant place, le cas échéant, à des termes plus précis.

B) La dimension accessoire.

10. Les conventions étudiées ne sont pas conclues uniquement pour elles-mêmes mais concernent toujours un certain rapport juridique. De même que, de manière générale, le recours à un tribunal suppose un litige et que la compétence de celui-ci se définit par rapport à un problème donné, de même le choix d'un juge ou d'un arbitre ne s'effectue pas dans le vide mais se superpose à une autre relation juridique. Les conventions étudiées se présentent dès lors comme un des accessoires³³ d'un rapport juridique ou une de ses modalités³⁴, comme le sont, par exemple, les clauses relatives à l'interprétation ou les clauses de choix de la loi applicable³⁵. Ainsi M. Robert a-t-il dit de la convention d'arbitrage, mais cela est vrai de la clause attributive de juridiction également, qu'elle est "une *convention de service*"³⁶.

Cette liaison à un rapport de droit principal est confirmée indirectement par l'exigence que les conventions considérées ne se rapportent qu'à un "*rapport de droit déterminé*"³⁷, condition destinée à empêcher qu'elles soient conclues pour toutes les relations juridiques concernant les mêmes parties. Remarquons que les conventions d'arbitrage et d'élection de for se rencontrant le plus souvent en matière contractuelle³⁸, le rapport de droit auquel elles se réfèrent est souvent un contrat.

³¹ V. par ex. l'article 630 C. Jud. et les articles 12 (1), 15 (1) et 17 (5) de la Convention de Bruxelles.

³² H. GAUDEMET-TALLON, n° 41, p. 27.

³³ P. MAYER, note sous Paris (1° Ch. suppl.), 28 novembre 1989 (Cotunav c. sté Comptoir commercial André) et Paris (1° Ch. suppl.), 8 mars 1990 (Coumet, ès qual. et Ducler c. sté Polar-Rakennusos a Keythio), *Rev. arb.*, 1990, p. 686 ; M.-L. NIBOYET-HOEGY, note sous Cass. fr. (1° Ch. civ.), 6 décembre 1988 (sté Navimpex c. sté Wiking), *J.D.I.*, 1990, p. 140. — V. également J. ROBERT, *L'arbitrage. Droit interne. Droit international privé*, avec la collaboration de B. Moreau, 5° éd., Dalloz, Paris, 1983, 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".

³⁴ En ce sens, Paris (1° Ch. suppl.), 28 novembre 1989 (Cotunav c. sté Comptoir commercial André), *Rev. arb.*, 1990, p. 677.

³⁵ P. MAYER, "L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence", *Rec. des cours*, 1989, t. 217, n° 110, p. 431.

³⁶ J. ROBERT, *op. cit.* {préc. n. 33}, n° 264.

³⁷ V. par ex., pour la convention d'élection de for, les articles 17 Conv. de Bruxelles et §40 ZPO ; pour la convention d'arbitrage, les articles II (1) Conv. de New York et 1676 C. Jud.

³⁸ V. toutefois Y. DERAÏNS, "Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale", *Mélanges B. Goldman*, Litec, Paris, 1982, p. 35, qui remarque que le domaine arbitral ne se confond pas totalement avec le domaine contractuel. Dans le même sens, Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, n° 524, p. 322. Le *Bundesgerichtshof* a d'ailleurs eu l'occasion de se prononcer sur une convention d'arbitrage conclue pour régler des pensions après divorce (BGH, 3 décembre 1986, *BGHZ* 99, p. 143). — A propos de la convention d'élection de for, v. G. KAUFMANN-KOHLER, p. 6, qui estime qu'on peut imaginer des prorogations indépendantes d'une convention de fond, visant par exemple l'action en dommages-intérêts consécutive à un acte délictuel.

On remarquera que la dimension accessoire des conventions d'arbitrage et d'élection de for est absente des développements classiques consacrés à leur nature. Probablement est-ce parce qu'elle peut s'analyser comme une limitation de leur dimension contractuelle. Etant donné cependant que notre objectif n'est pas de prendre parti sur la "nature" des clauses examinées mais de rechercher les différents paramètres importants susceptibles d'influencer la problématique de droit applicable qu'elles suscitent, cette dimension doit être présentée en tant que telle.

C) La dimension juridictionnelle.

11. La convention d'arbitrage et la convention d'élection de for ont un objectif juridictionnel puisqu'elles entendent attribuer à une instance, arbitre ou juge, le règlement d'un litige. Créer ou modifier une compétence est leur objet et pas seulement un de leurs effets, ce qui les distingue des accords dont le but principal est étranger à la compétence mais qui ont indirectement un effet dans ce domaine, telle par exemple une clause relative au lieu d'exécution des obligations qui, outre ses conséquences matérielles, contribue à déterminer la compétence reconnue au juge du lieu d'exécution des obligations.

Si la convention arbitrale crée la juridiction³⁹ de l'arbitre, pour la convention attributive de juridiction, il est question de "prorogation" plutôt que de "création" de compétence. Probablement est-ce parce que l'instance dont la compétence est visée, préexiste à la clause. Elle possède, en général, le pouvoir de juger et l'accord des parties se contente de le prolonger⁴⁰, pour le cas particulier de ce litige.

12. Il importe de souligner que cet objet relatif à la compétence confère aux conventions étudiées un caractère *particulier*.

Pour avoir leur effet, les conventions d'arbitrage ou d'élection de for ne doivent pas seulement lier les parties. Il faut encore qu'elles soient reconnues par l'instance, l'arbitre ou le for élu, qui est, pour ainsi dire, leur destinataire⁴¹. Une relation *triangulaire* est créée.

Ainsi, le for élu n'est-il pas uniquement, comme l'est un juge pour tout autre contrat, le gardien du respect de la clause attributive de juridiction ; il est *l'agent de sa réalisation*. L'objectif de la clause n'est atteint que s'il accepte de lui reconnaître un effet prorogatoire sur sa propre compétence.

La situation de l'arbitre est un peu plus complexe mais il est, lui aussi, impliqué de manière active dans la réalisation de la convention d'arbitrage. La complication qui pourrait surgir est due au fait que, de la convention arbitrale elle-même, dépend sa qualité d'arbitre. Ainsi, tout en donnant effet à la convention d'arbitrage, comme le juge élu à la convention d'élection de for, l'arbitre se donne en même temps le titre qui rétrospectivement justifie qu'il ait pu accorder un effet à la clause. Mais cette difficulté logique est généralement résolue en reconnaissant à l'arbitre la "compétence pour apprécier sa

³⁹ L'expression "juridiction de l'arbitre" est volontairement vague. Il ne s'agit pas ici de prendre position dans le débat s'il est préférable de parler de "pouvoir juridictionnel" ou de "compétence" de l'arbitre. D'après M. Mayer d'ailleurs, ces deux expressions, qui sont énoncées à propos des juridictions étatiques, ne peuvent être transposées à l'arbitrage que moyennant des adaptations. Cet auteur se prononce quant à lui, en faveur du terme "compétence" (P. MAYER, "L'autonomie de l'arbitre international..." {préc. n. 35}, n° 2, p. 328).

⁴⁰ Parfois cependant, l'accord des parties se limite-t-il à désigner une juridiction qui, en vertu de ses règles de compétence, aurait été compétente pour le litige. Dans ce cas, la convention d'élection de for ne "proroge" pas une compétence. Mais elle a pour effet de rendre celle-ci exclusive.

⁴¹ Dans un sens analogue, à propos de la convention d'élection de for. J. CARBONNIER, note sous Cass. fr., 29 avril 1938 (Soc. des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Amandric). *D. P.* I. 1939, p. 95.

compétence”, ce qui revient à lui reconnaître la qualité d'une juridiction, préalablement et indépendamment de la convention d'arbitrage⁴².

Pour la convention d'arbitrage comme pour la clause attributive de juridiction, les parties ont, par conséquent, *nécessairement* besoin, pour qu'il leur soit possible d'exécuter leurs propres obligations, qu'une instance prête son concours à cette réalisation. Tiers à l'accord entre les parties, le juge ou l'arbitre, devient partie à son exécution.

Cette caractéristique confère aux clauses examinées une *spécificité par rapport aux contrats substantiels*, dont l'influence, ainsi qu'on tentera de le démontrer dans cette étude, se fait sentir dans tous les aspects de la problématique de droit international privé qu'elles soulèvent devant le juge étatique⁴³.

D) La convention d'arbitrage et la convention d'élection de for, conventions de juridiction.

13. Comme la convention d'arbitrage et la convention d'élection de for présentent trois dimensions essentielles en commun, il paraît opportun de *souligner* ces similitudes en les désignant par un terme commun, rappelant leurs traits spécifiques.

On pourrait songer aux expressions “contrats judiciaires”⁴⁴, “conventions de procédure”⁴⁵, “conventions de compétence”⁴⁶ ou “prorogations de compétence”⁴⁷. Nous préférons parler de “*conventions de juridiction*”, le terme “juridiction” apportant une précision utile.

Il faut en effet souligner qu'en matière internationale — c'est dans ce cadre que se situe cette étude —, une convention d'élection de for a pour objet la compétence *internationale* des juges. Elle ne se contente pas de modifier la répartition des compétences valable entre les juges d'un même ordre juridique⁴⁸ ; elle proroge ou déroge à l'ordre juridictionnel d'un pays⁴⁹. Cette convention a dès lors un effet sur la *juridiction* d'un

⁴² Sur le principe de la “compétence de la compétence”, v. *infra* n° 31.

⁴³ Il est question de la problématique de droit international privé que ces clauses soulèvent “devant le juge” car, ainsi qu'il va être justifié plus loin, c'est la perspective étatique qui est retenue pour cette étude (v. *infra* n°s 21 à 29).

⁴⁴ V. J. JODLOWSKI, p 488. A notre avis l'expression “contrat judiciaire” doit être rejetée car le terme “judiciaire” semble peu approprié pour l'arbitre. Les conventions étudiées ne sont des “contrats judiciaires” que du point de vue du juge étatique. Or si la convention d'arbitrage déroge à la compétence d'un juge étatique, elle entend surtout fonder celle d'un arbitre. Il importe dès lors de trouver une expression susceptible d'exprimer cet objectif essentiel.

⁴⁵ Ainsi, à propos de la convention d'arbitrage, G. VAN HECKE, “Arbitrage et restrictions de la concurrence”, *Rev. arb.*, 1973, p 9. L'expression “convention de procédure” ne paraît pas idéale car la référence à la procédure n'indique pas clairement qu'au-delà de questions procédurales, les conventions considérées, plus fondamentalement, entendent créer une compétence. En plus, une telle expression n'engendrerait-elle pas des confusions en matière d'arbitrage ? Les parties peuvent, en effet, en déterminer conventionnellement la procédure et elles le font, le cas échéant, dans la convention d'arbitrage elle-même. Mais l'accord sur la procédure est intellectuellement distinct et postérieur à celui qui décide du recours à l'arbitrage (dans un sens analogue, Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, n° 424, p. 238).

⁴⁶ Ainsi, à propos de la convention d'élection de for, J. LAENENS, *op. cit.* {préc. n. 19}, p. 230, qui utilise le terme “*bevoegdheidsvereenkomst*”.

⁴⁷ V. H. GAUDEMET-TALLON, note sous Paris (1° Ch. suppl.), 26 mars 1991 (Comité populaire de la Municipalité d'El Mergeb c. Sté Daiico), *Rev. arb.*, 1991, p 466, utilisant cette expression pour désigner les deux clauses étudiées.

⁴⁸ B. ANCEL, Y. LEQUETTE, n° 6, p. 297 (note sous l'arrêt Dame Scheffel c. Scheffel).

⁴⁹ V. A. HUET, n° 2.

Etat, c'est-à-dire sur le pouvoir souverain que celui-ci exerce sur son territoire par ses organes dans leur ensemble et dont le pouvoir de juger est l'un des éléments⁵⁰.

Or du point de vue d'un juge étatique, la convention arbitrale a elle aussi, un effet sur la juridiction⁵¹. Elle ne modifie pas la répartition de la compétence entre les tribunaux d'un Etat, mais retire à l'ensemble d'entre eux le pouvoir de juger⁵². Par ailleurs, vue sous l'angle de l'arbitre, l'expression "convention de juridiction" semble convenir également. On considère, en effet, que l'arbitre est une juridiction. Or il ne l'est que grâce à une convention d'arbitrage.

Ces termes ont ainsi l'avantage de rappeler qu'en matière internationale, la convention d'élection de for a des effets qui ressemblent à ceux de la convention d'arbitrage⁵³, ce qui est moins le cas en matière interne, où ces clauses se distinguent en ce que la seconde touche à la compétence d'attribution, tandis que la première n'a d'incidence que sur la compétence territoriale^{54,55}.

14. Jusqu'à présent, l'accent a été mis sur les ressemblances entre la convention d'élection de for et la convention d'arbitrage. Leurs différences essentielles découlent de la spécificité de la juridiction désignée par la convention d'arbitrage, dont on va présenter maintenant les grands traits, et qui implique, comme on l'expliquera ensuite⁵⁶, que l'arbitre ait une approche de la convention d'arbitrage différente de celle du juge pour la convention d'élection de for.

§2 — La spécificité de la juridiction désignée par la convention d'arbitrage.

15. Pour l'objet de nos recherches, une présentation détaillée de l'arbitrage n'est pas nécessaire⁵⁷. Il suffit de rappeler les quelques aspects particuliers qui se répercutent sur le régime de la convention d'arbitrage et qui, par conséquent, vont influencer le choix de la perspective selon laquelle cette dernière sera comparée à la convention d'élection de for dans cette étude⁵⁸.

⁵⁰ En ce sens, J. JODLOWSKI, p. 487, qui ajoute qu'il paraît plus exact et plus justifié de parler de la "juridiction" des tribunaux en matière civile plutôt que de leur "compétence internationale". — Sur cette préférence pour le terme "*rechtsmacht*" (juridiction) plutôt que "*internationale bevoegdheid*" (compétence internationale), v. également J. LAENENS, *op. cit.* {préc. n. 19}, n° 5, p. 218.

⁵¹ J. LINSMEAU, n° 89, p. 68.

⁵² Pour un cas d'application, v. Cass. fr. (1^o Ch. civ.), 19 novembre 1991 (Sté TRH Graphics c. sté Offset Aubin). *Rev. arb.*, 1992, p. 462, note D. HASCHER. — Sur la distinction entre "compétence" et "pouvoir de juger" à propos de l'effet juridictionnel de la convention d'arbitrage, v. J. LAENENS, "Arbitrage : Rechtsmacht of bevoegdheid?", note sous Comm. Bruxelles, 16 janvier 1991 (Guardian Royal Exchange e.a. c. Acoriar), *R.D.C.B.*, 1992, p. 139.

⁵³ Dans un sens analogue P. THÉRY, *Pouvoir juridictionnel et compétence (étude de droit international privé)*, thèse dactyl., Université Paris II, 1981, n° 18, p. 18 et n° 30, p. 29. Cet auteur estime que l'arbitrage (n° 18) et la compétence internationale (n° 30) soulèvent un problème de "pouvoir juridictionnel" qui est d'un autre ordre que les questions de "compétence" qui se posent dans l'ordre interne.

⁵⁴ H. GAUDEMET-TALLON, note sous Paris (5^o Ch.), 19 janvier 1974 (Dinguigard c. sté Sea Containers) et 9 mai 1974 (sté Ott c. sté I.T.P. et sté Dubus), *Rev. crit. DIP*, 1975, p. 108.

⁵⁵ Remarquons qu'au vu de ces ressemblances, certains auteurs ont suggéré d'aligner le régime de la prorogation de compétence dans l'ordre international sur celui de la clause compromissoire (en ce sens, J. BUHART, note sous Cass. fr. (Ch. com. et fin.), 8 novembre 1982 (Sté Burmeister et Wain Engineering c. Sté Creusot Loire e.a.), *J.D.I.*, 1984, p. 158 ; H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.* {préc. n. 54}, p. 108).

⁵⁶ V. *infra* n°s 23 à 26.

⁵⁷ V. pour plus de détails sur l'arbitrage au plan international, M. HUYS, G. KEUTGEN, n°s 609 et s., p. 419 et s. V. également l'ouvrage de MM. Fouchard, Gaillard et Goldman ainsi que celui de M. Schlosser.

⁵⁸ Sur le choix de la perspective comparative retenue dans cette étude, v. *infra* n°s 31 à 34.

Avant de présenter ces caractéristiques de l'arbitrage (B), il importe d'introduire la notion d'"ordre arbitral" qui nous paraît capitale pour la compréhension de cette institution (A).

A) La notion d'"ordre arbitral".

16. Il importe, à notre avis, de remarquer que l'arbitrage peut être décrit selon deux points de vue différents : tel qu'il résulte des principes qui l'animent, *abstraction faite de toute reconnaissance étatique* ou tel qu'il est perçu par l'ordre juridique étatique chargé de le reconnaître⁵⁹. Il y aurait d'une part ce qu'on pourrait appeler l'"ordre arbitral"⁶⁰, c'est-à-dire l'ensemble des principes juridiques nécessaires et suffisants pour qu'il y ait un arbitrage et d'autre part, les normes que les Etats lui appliquent.

Il faut observer que la notion d'"ordre arbitral" est étrangère aux débats sur l'existence d'un "ordre juridique économique transnational", qui émanerait de la communauté internationale des acheteurs et des marchands⁶¹. Sa portée est beaucoup plus modeste. Il s'agit seulement d'indiquer que chaque arbitrage particulier, si on n'examine que lui, est régi par des normes qui ne coïncident pas nécessairement avec celles qui lui seront appliquées dans l'ordre étatique avec lequel il entrera, le cas échéant, en contact. Nous

⁵⁹ Dans un sens analogue, P. MAYER, "Le mythe de l'"ordre juridique de base"", *Mélanges B. Goldman*, p. 215, qui sur la question précise du fondement de l'application par l'arbitre d'une loi donnée, estime qu'il faut, pour y répondre, se placer successivement sur deux plans différents : indépendamment, ou au contraire dans le cadre de l'insertion de l'arbitrage dans un système de contrainte étatique. V. également J.-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Economica, Paris, 1982, qui, étudiant les droits applicables aux contrats internationaux distingue selon que cette question se pose dans "l'ordre juridique cadre des juridictions étatiques" (nos 124 à 133) ou dans l'"ordre juridique cadre de l'arbitrage commercial international" (nos 134 à 155). — Il faut toutefois remarquer que, souvent, ou les points de vue arbitral et étatique sont abordés sans distinction (ainsi B. GOLDMAN, "Arbitrage (droit international privé)", *Répert. Dalloz, Dr. Int.*, 1968, qui présente les conflits de lois qui se posent à propos de la capacité pour compromettre (nos 61 et s.) et du pouvoir de compromettre pour autrui (nos 83 et s.) en traitant *en même temps* du point de vue de l'arbitre et de celui des juridictions étatiques dont il cite quelques arrêts), ou l'arbitrage est étudié dans le seul cadre de l'ordre étatique qui l'appréhende (ainsi J. ROBERT, "De la règle de conflit à la règle matérielle en matière d'arbitrage international (spécialement en droit international privé français)", *The Art of Arbitration, Liber amicorum P. Sanders*, Deventer, 1982, p. 273, note 1, précise-t-il clairement qu'il étudie l'évolution de l'arbitrage international à travers un droit national particulier, le droit français).

⁶⁰ Comp. D. COHEN, *Arbitrage et société*, L.G.D.J., Paris, 1993, p. 21, qui utilise une expression voisine, "ordre juridique arbitral", pour désigner un "ensemble cohérent de normes, un corps de règles applicables, posées par les textes ou le juge, et finalisées", mais qui, semble-t-il, ne met pas l'accent sur l'indépendance du point de vue arbitral par rapport au point de vue étatique.

⁶¹ Sur cette question, v. par ex. B. von HOFFMANN, p. 21 à 26, qui observe sous l'angle sociologique puis d'un point de vue juridique l'existence d'une "société internationale des marchands" avant d'examiner la question si celle-ci est supérieure ou subordonnée à l'ordre juridique étatique ; F. RIGAUX, "Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale", *Rec. des Cours*, 1989-I, t. 213, nos 43 et s., p. 68 et s., qui après avoir rejeté l'existence d'un seul ordre juridique économique transnational, étudie les traits spécifiques d'un ordre juridique. V. également, P. LAGARDE, "Approche critique de la *lex mercatoria*", *Mélanges B. Goldman*, nos 5 et s., p. 127 et s., qui se demande si la *lex mercatoria* est un ordre juridique et conclut par la négative, tout en reconnaissant qu'il existe dans le commerce international, à défaut d'une organisation unique, des "îlots d'organisation" auxquels une opération du commerce international peut être soumise pour certaines règles ponctuelles. — Sur la question s'il existe des arbitrages complètement détachés de tout ordre juridique étatique et rattachés à un ordre juridique a-national ou véritablement international, v. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, nos 95 et s., p. 53 et s., qui y répondent par la négative parce qu'un tel détachement complet n'est pas concevable tant que la sanction ultime de l'arbitrage — l'exécution forcée de la sentence arbitrale — est subordonnée à un contrôle judiciaire national.

voulons, par cette expression, souligner *l'autonomie* du phénomène arbitral par rapport à la reconnaissance que lui confèrent les Etats⁶².

L'ordre arbitral est, en effet, dominé par le *principe contractuel* : il repose sur la volonté des parties qui sont à l'origine de l'arbitrage engagé. Il en est ainsi qu'il s'agisse d'un arbitrage *ad hoc* ou d'un arbitrage réalisé sous les auspices d'un centre d'arbitrage comme le CEPANI ou la CCI par exemple. En effet, les normes prévues par les règlements d'arbitrage de ces institutions ne s'imposent aux parties que parce que celles-ci ont choisi de s'y référer. Or l'indépendance de l'approche *étatique* de l'arbitrage se manifeste notamment en ce que, comme on l'indiquera, les Etats peuvent donner à l'arbitrage des caractéristiques *juridictionnelles*, qui ne trouvent pas leur fondement dans l'accord des parties⁶⁴.

La différence entre ces deux perspectives se traduit également quant aux règles appliquées par l'arbitre. Le principe contractuel engendre, comme on l'observera, une grande liberté pour celui-ci dans le choix des normes applicables, débouchant, le cas échéant, sur des normes "*non-étatiques*". Or l'ordre étatique est souverain dans son appréciation de la convention d'arbitrage, ce qui signifie qu'il ne va pas nécessairement reconnaître les normes arbitrales originales relatives à cette clause⁶⁵.

S'il semble important de souligner la spécificité de l'ordre arbitral, c'est aussi parce que certains *problèmes* s'y présentent sous un autre jour que dans l'ordre étatique. Tel est le cas par exemple, ainsi qu'on l'expliquera, de la question de l'"arbitrabilité" du litige⁶⁶. S'apercevant que, dans le cadre de l'ordre arbitral, les questions envisagées ont d'autres contours, on peut, à notre avis, mieux comprendre les solutions arbitrales qui leur sont appliquées.

Certes, il ne faut pas nier les liens existant entre l'ordre arbitral et l'ordre étatique. Pour anticiper la reconnaissance de sa sentence, l'arbitre va, le plus souvent, se conformer aux exigences étatiques qui lui seront imposées ultérieurement et ne pas s'en tenir aux seuls principes qui ont cours dans l'ordre arbitral. Par ailleurs, certains ordres étatiques font preuve d'une grande réceptivité par rapport aux normes originales dégagées dans l'ordre arbitral⁶⁷. Il n'en reste pas moins qu'il nous paraît fécond pour la réflexion de partir du principe de la scission entre l'ordre arbitral et l'ordre étatique. Aussi est-ce, sauf précision en sens contraire, *dans le cadre de l'ordre arbitral*, que nous envisagerons l'arbitrage dans les développements qui suivent.

⁶² Dans le sens de l'autonomie de l'arbitrage tant qu'il n'est pas en contact avec l'ordre étatique, v. A.T. VON MEHREN, "To what Extent Is International Commercial Arbitration Autonomous?", *Mélanges B. Goldman*, p. 222.

⁶³ Remarquons que ce qui peut également expliquer la spécificité de l'ordre arbitral est le fait qu'il peut, effectivement, ne jamais être en contact avec l'ordre étatique. En effet, le consensus des parties est à l'origine de ce mécanisme et si leurs volontés restent concordantes du début de l'arbitrage jusqu'à l'exécution de la sentence, aucun juge n'est nécessaire pour que soit réglé, selon cette voie, le litige. La sanction étatique n'est donc pas un préalable nécessaire pour que l'arbitrage déploie ses effets. Or s'il n'est jamais en contact avec un ordre étatique, un arbitrage n'a pas besoin de se plier aux normes étatiques qui régissent l'arbitrage : il a la possibilité théorique de se mouvoir uniquement selon des principes qui lui sont propres. Comment pourrait-il, en effet, être obligé de respecter des règles étatiques ? Il en est de même pour tout contrat qui, même illicite, tel celui qui instaure un trafic de drogue par exemple, peut avoir une existence concrète indépendamment de toute reconnaissance étatique (sur ce dernier point, P. MAYER, "Le contrat illicite", *Rev. arb.* 1984, p. 210).

⁶⁴ V. *infra* n° 31 (à propos du principe de la "compétence de la compétence"), n° 269 (à propos de l'application d'office des règles d'ordre public par l'arbitre) et n° 342 (à propos de la reconnaissance devant l'arbitre d'un phénomène analogue aux "compétences dérivées" du juge étatique).

⁶⁵ Sur la liberté de l'arbitre dans le choix du droit applicable, v. *infra* n°s 18 et 19. — Sur l'indépendance de l'ordre étatique dans son appréciation de la convention d'arbitrage, v. *infra* n°s 30 à 34.

⁶⁶ Sur cette question lorsqu'elle se pose à l'arbitre, v. *infra* n°s 264 à 276.

⁶⁷ V. la présentation de la jurisprudence française moderne relative à la convention d'arbitrage (*infra* n°s 99 et 100) et les explications qui peuvent lui être données (*infra* n°s 101 à 103, 193 et 194).

B) Caractéristiques fondamentales de l'arbitrage.

17. Ce qui caractérise et détermine l'arbitrage *quand on l'envisage dans le cadre de l'ordre arbitral* est son origine contractuelle. Celle-ci a, en effet, pour conséquence de permettre à l'arbitre d'adopter une autre démarche que le juge étatique dans la recherche des règles de droit à appliquer (a). Elle maintient, par ailleurs, la compétence arbitrale dans des limites *ratione personæ* et *ratione materiæ* plus étroites que celle d'un juge étatique (b).

a. La liberté de l'arbitre dans la recherche des normes applicables.

18. Né de l'accord des parties, l'arbitrage a pour principe de base le respect de la volonté de celles-ci. Ainsi "tandis que le juge étatique se situe au-dessus du contrat, (...) l'arbitre est à l'intérieur d'un système créé par le contrat, et ne possède aucun pouvoir hétéronome par rapport aux parties. (...) L'*ultima ratio* du choix des règles à appliquer se trouve pour lui dans la volonté des parties"⁶⁸. Aussi, pour décider de la procédure à suivre ou des principes de droit à appliquer au fond du litige, l'arbitre doit-il se laisser guider avant tout par l'attente légitime des parties⁶⁹.

Sur le plan des normes applicables, ce principe confère à l'arbitre une liberté de choix plus grande que celle d'un juge étatique⁷⁰. En effet, s'il doit respecter le choix des parties quand celles-ci ont désigné une certaine loi étatique⁷¹, il jouit d'un large pouvoir d'initiative quand elles n'ont rien prévu⁷². Car l'arbitre, émanation de l'accord des parties, n'a pas de for. Or tout système de règlement des conflits de lois est nécessairement "accroché" à un for juridictionnel déterminé⁷³. L'arbitre n'est donc pas soumis à un système de droit international privé en particulier⁷⁴. Comme la meilleure façon de répondre à l'attente légitime des parties est de se référer à la loi qui, compte tenu des circonstances, lui paraît la plus appropriée, il déterminera celle-ci soit par le choix de la règle de conflit qu'il juge

⁶⁸ P. MAYER, "Le mythe de l'"ordre juridique de base"" {préc. n. 59}, p. 215.

⁶⁹ Y. DERAÏNS. "Les normes d'application immédiate..." {préc. n. 38}, n° 30, p. 45.

⁷⁰ Sur le droit applicable au fond du litige devant l'arbitre, v. par ex. B. von HOFFMANN, p. 110 et s.; J.-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux* {préc. n. 59}, n°s 149 à 155, p. 112 à 117.

⁷¹ Y. DERAÏNS. "Les normes d'application immédiate..." {préc. n. 38}, n° 11, p. 35; M. HUYS. G. KEUTGEN. n° 796. p. 578.

⁷² P. MAYER, "Le mythe de l'"ordre juridique de base"" {préc. n. 59}, p. 215.

⁷³ B. GOLDMAN, "Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international" *Trav. Com. fr. DIP.* 1970, p. 123.

⁷⁴ Sur l'hypothèse de l'existence d'un système de solution des conflits de lois propre à l'arbitrage international, distinct et indépendant des systèmes nationaux, v. B. GOLDMAN, "Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé" *Rec. des cours.* 1963-II, t. 109, n°s 34 et s., p. 415 et s.

⁷⁵ Comp. P. MAYER. "L'application par l'arbitre des conventions internationales de droit privé". *Mélanges Y. Loussouarn.* Dalloz. Paris. 1994, p. 275 et s. Cette étude indique que si les arbitres jouissent d'une liberté de principe dans le choix de toutes les normes qu'ils appliquent, il apparaît, en pratique, qu'ils l'exercent moins vis-à-vis des conventions internationales que vis-à-vis des droits étatiques. Ainsi, quand la situation qui leur est présentée est régie par une convention internationale, ont-ils tendance à faire application de celle-ci.

adéquate⁷⁶, soit en utilisant la “voie directe”⁷⁷, c'est-à-dire en appliquant de suite une règle de droit matérielle⁷⁸.

Or la “voie directe” a l'intérêt non seulement de dispenser l'arbitre de recourir à une règle de conflit de lois mais aussi de lui permettre, le cas échéant, d'appliquer ou même de créer des *normes non-étatiques*⁷⁹, pourvu que leur application soit conforme à l'attente des parties.

Ce procédé est utilisé surtout en matière internationale, où il semble particulièrement utile de quitter le carcan des règles étatiques, le plus souvent conçues pour des relations internes, pour leur préférer des usages mieux adaptés aux rapports commerciaux internationaux. Ces normes sont “a-nationales”⁸⁰, en ce qu'elles ne relèvent pas d'une loi étatique. Elles sont souvent désignées sous l'expression “*lex mercatoria*”, la loi de la société des marchands, une “loi” constituée de règles du droit international public, des lois uniformes relatives au commerce international, des principes généraux du droit, des résolutions et codes de conduite édictés par des organisations internationales, des INCOTERMS et également de la “jurisprudence arbitrale” elle-même⁸¹.

19. Ainsi l'arbitrage ne se distingue-t-il pas de la justice étatique uniquement sous l'angle procédural. Au-delà de la discrétion et du climat des débats, ce que recherchent les parties en recourant à ce procédé est moins une juridiction spéciale que l'application de *règles particulières*⁸². Cette brève présentation de la démarche arbitrale quant au droit applicable montre en effet que la liberté dont jouit l'arbitre favorise l'adéquation de la solution arbitrale aux caractéristiques propres à chaque litige.

On remarque, par ailleurs, l'intérêt de recourir à la notion d’“ordre arbitral”. On observe en effet que, reposant sur la seule volonté des parties, l'ordre arbitral peut générer des normes non-étatiques, indépendamment de la reconnaissance éventuelle de celles-ci dans les ordres étatiques qui seront confrontés à la sentence les exprimant. Si l'attitude des ordres étatiques, par leur réceptivité aux normes arbitrales originales, peut encourager les arbitres à créer de telles règles, elle n'est en fait nullement nécessaire à l'existence de celles-ci dans l'ordre arbitral.

Pour la suite de cet exposé, il importe de retenir que, considéré sous le seul angle arbitral, l'arbitrage présente une originalité potentielle considérable quant aux règles de droit susceptibles d'être appliquées en son sein.

⁷⁶ M. HUYS. G. KEUTGEN, n^{os} 799 et s., p. 583 et s. — Pour un cas d'application, v. la sentence C.C.I. rendue dans l'affaire n^o 2730 en 1982, *J.D.I.*, 1984, p. 914, obs. Y. D.

⁷⁷ Y. DERAÏNS. “Les normes d'application immédiate...” {préc. n. 38}, n^o 11, p. 35.

⁷⁸ Sur la méthode des règles matérielles et son intérêt pour l'arbitre par rapport à la méthode conflictuelle, v. Ph. FOUCHARD, E. GALLARD, B. GOLDMAN, n^{os} 435 et s., spéc. n^o 443.

⁷⁹ P. MAYER. “L'autonomie de l'arbitre international ...” {préc. n. 35}, n^o 80, p. 403.

⁸⁰ Y. DERAÏNS. “Les normes d'application immédiate...” {préc. n. 38}, n^o 12, p. 36 ; M. HUYS. G. KEUTGEN, n^{os} 806 et s., p. 589.

⁸¹ En ce sens, O. LANDO. “The *lex Mercatoria* in International Commercial Arbitration”. *I.C.L.Q.*, 1985, p. 747 à 751. V. aussi P. MAYER, n^{os} 22 à 24. — L'expression “jurisprudence arbitrale” est placée entre guillemets car elle peut surprendre, étant donné que cette jurisprudence ne peut qu'imparfaitement être comparée à celle des tribunaux étatiques. Cette expression est toutefois de plus en plus souvent utilisée, et c'est pourquoi elle a été reprise ici. Sur la notion de “jurisprudence arbitrale”, sur ses caractéristiques essentielles et sur son apport au développement de l'institution arbitrale, v. Y. DERAÏNS. “Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale”, *J.D.I.*, 1993, p. 829 et s.

⁸² En ce sens, J. RUBELLIN-DEVICHI. *L'arbitrage. Nature juridique. Droit interne et droit international privé*. L.G.D.J., Paris, 1965, n^o 24.

b. Les limites *ratione personæ* et *ratione materiæ* de la compétence arbitrale.

20. L'origine contractuelle de l'arbitrage permet de comprendre pourquoi la compétence arbitrale quant aux personnes et aux litiges⁸³ est, en principe, enfermée dans plus de limites que celle d'un juge étatique.

Il convient de préciser que les principes qui vont être exposés sont ceux qui jouent dans le cadre de l'ordre arbitral. Or, on observera, au cours de cette étude, que la rigueur de ces limitations à la compétence arbitrale est petit à petit battue en brèche par certaines manifestations jurisprudentielles tendant, pour favoriser l'arbitrage, à reconnaître à cette institution des attributs qui la dégagent de son carcan contractuel et accentuent sa fonction juridictionnelle. Il s'agit d'exemples où la reconnaissance étatique de l'arbitrage modifie les principes qui régissent ce phénomène si on ne le considère que sous l'angle arbitral.

Dans l'immédiat, il faut remarquer que l'origine contractuelle de l'arbitrage a pour conséquence que l'arbitre ne peut trancher que les questions qui lui sont soumises, celles à propos desquelles la volonté des deux parties s'est exprimée dans la convention d'arbitrage⁸⁴. "Le compromis ne constitue pas l'équivalent d'une assignation. Il porte lui-même une définition des termes du litige alors que devant les juges étatiques, l'étendue du litige se précise au fur et à mesure du déroulement de l'instance"⁸⁵⁸⁶. Par conséquent, l'arbitre peut difficilement soulever de lui-même certaines questions. Cela peut être regrettable si un contrat illicite, un contrat mettant en place une opération de fraude internationale par exemple, lui est soumis afin qu'il en garantisse l'exécution et qu'aucune partie ne soulève l'illicéité. "L'arbitre ne peut pas prononcer la nullité, parce que personne ne le lui demande ; ce serait statuer *ultra petita*. S'il était un juge étatique, il pourrait au moins refuser de condamner à exécuter, parce qu'un juge étatique ne doit pas ordonner un comportement contraire à l'ordre public. Dans le cas de l'arbitre, le principe dispositif est plus exigeant : si les parties ont voulu exclure des débats la question de la licéité, l'arbitre ne peut pas l'y introduire"⁸⁷⁸⁸.

L'aspect contractuel de l'arbitrage a également pour conséquence que la compétence de l'arbitre ne s'étend qu'aux personnes liées par la convention d'arbitrage⁸⁹. Ce fondement contractuel empêche de regrouper devant l'arbitre des personnes liées par un même litige mais pas par la même convention d'arbitrage, alors que devant les juridictions étatiques, de

⁸³ E. LOQUIN, "Arbitrage. Compétence arbitrale. Introduction générale", *J. Cl. Dr. Com.*, fasc. 214, n° 11. qui voit encore une autre manifestation du pôle contractuel de l'arbitrage dans le fait que la compétence arbitrale est limitée dans le temps. "L'arbitre n'est pas un juge permanent, et les parties sont maîtres de la durée de l'instance arbitrale".

⁸⁴ M. HUYS, G. KEUTGEN, n°s 306 et s., p. 213 et s.

⁸⁵ E. LOQUIN, "Arbitrage. Compétence arbitrale. Etendue", *J. Cl. Dr. Com.*, fasc. 215, n° 17. Cet auteur mentionne également le principe de l'immutabilité du litige qui prévaut devant l'arbitre.

⁸⁶ Les ordres juridiques étatiques consacrent d'ailleurs, de la manière suivante, le fait que l'arbitre est lié par la détermination du litige telle qu'elle découle de la volonté des parties : en cas de dépassement de sa mission, celui-ci risque, en effet, de voir sa sentence annulée (Art. 1704 2° C. Jud. ; art. 1484 3° et 1502 3° NCPC) ou l'exequatur de celle-ci refusé (1723 3° C. Jud. et 1502 3° NCPC).

⁸⁷ P. MAYER, "Le contrat illicite", *Rev. arb.*, 1984, p. 215.

⁸⁸ On retrouvera plus loin cette problématique quand on s'interrogera sur la possibilité pour l'arbitre de soulever d'office la question de l'"arbitrabilité" du litige. On observera alors des éléments susceptibles de nuancer le principe énoncé dans le texte (v. *infra* n°s 268 et 269).

⁸⁹ En ce sens, par ex., Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, L.G.D.J., Paris, 1987, n° 185, p. 105.

tels regroupements sont parfois prévus pour favoriser une bonne administration de la justice et éviter les décisions contradictoires⁹⁰1.

SECTION II : DETERMINATION DE LA PERSPECTIVE CHOISIE.

21. Si les conventions d'arbitrage et d'élection de for présentent des caractéristiques semblables qui incitent à leur reconnaître une appellation commune, la convention d'arbitrage a la particularité de désigner une juridiction originale tant dans les principes inspirant les règles de droit qu'elle applique que par les règles en déterminant la compétence. Or la spécificité de l'ordre arbitral risque de se répercuter sur l'approche arbitrale de la convention d'arbitrage. Pour comparer cette clause à la convention d'élection de for, il importe dès lors de préciser la perspective, arbitrale ou étatique, selon laquelle elle sera examinée. Il apparaîtra que la comparaison des conventions de juridiction telles qu'elles sont appréhendées par l'instance dont elles fondent la juridiction, c'est-à-dire quand la convention d'arbitrage est soulevée devant l'arbitre, est d'un intérêt limité (§1). C'est par conséquent une comparaison des conventions de juridiction telles que toutes deux se présentent au juge étatique qui sera préférée dans cette étude (§2).

§1 — Intérêt limité de la comparaison des conventions de juridiction telles qu'elles sont appréhendées par l'instance dont elles fondent la juridiction.

22. Puisque la spécificité des conventions de juridiction s'exprime dans leur effet positif de prorogation, il pourrait paraître indiqué de les comparer en observant, pour chacune d'elles, à quelles conditions est soumis cet effet. C'est-à-dire, en examinant comment réagissent l'arbitre et le juge étatique élu, saisis respectivement d'une convention d'arbitrage ou d'une convention d'élection de for. Mais, compte tenu de l'originalité de l'ordre arbitral, on comparerait alors ce qui n'est guère comparable. Non seulement des *principes juridiques* d'inspirations différentes sont susceptibles d'intervenir dans l'une et l'autre de ces hypothèses (A) mais même les *questions* soulevées par une convention de juridiction ne sont pas identiques selon qu'est confronté à celle-ci le juge ou l'arbitre (B).

⁹⁰ Ainsi, par exemple, le juge étatique saisi d'un litige est-il reconnu compétent vis-à-vis de tiers à l'instance principale dans le cadre des mécanismes de demandes en intervention ou en garantie liées à la demande originaire (art. 635 9° C. Jud. et 333 NCPC). Sur ces règles et leur maintien quand est soulevée une convention de juridiction, v. encore *infra* n° 47.

⁹¹ On observera toutefois plus loin que, pour diminuer les inconvénients de ce principe et accentuer la fonction juridictionnelle de l'arbitrage, les juridictions françaises, par exemple, ont assoupli la forme requise pour la conclusion de la convention d'arbitrage, ce qui leur permet de reconnaître que l'application de celle-ci s'étend à des personnes liées aux parties originaires mais qui, en fait, n'ont pas signé la clause en question (v. *infra* n°s 328 et s.).

A) L'ordre étatique et l'ordre arbitral fonctionnent selon des normes juridiques d'inspirations différentes.

23. Dans l'ordre arbitral, compte tenu de l'origine contractuelle de l'arbitrage, c'est la volonté des parties qui tient lieu de *lex fori* à l'arbitre⁹². Aussi, comme on l'a indiqué, pourvu qu'il respecte les attentes légitimes de celles-ci, l'arbitre dispose, de manière générale, d'une grande souplesse quant au choix des règles qu'il applique⁹³. Cette liberté joue de même quand il s'agit d'apprécier l'efficacité de la convention d'arbitrage⁹⁴. M. Mayer a d'ailleurs consacré à ce sujet une étude au titre éloquent : "l'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence"⁹⁶.

Détaillant cette liberté, M. Mayer explique que, pour l'examen de la convention d'arbitrage, ni les règles de conflit de l'Etat du siège de l'arbitrage ni celles d'aucun Etat prédéterminé ne s'imposent à l'arbitre⁹⁷. En réalité, ce dernier n'a même pas l'obligation de respecter une norme étatique⁹⁸. En effet, "considérée en elle-même, indépendamment de sa consécration éventuelle par un ordre juridique, elle (la décision de l'arbitre sur sa compétence) n'est qu'un acte privé. Il n'y a pas de nécessité logique, pour élaborer le contenu d'un acte privé (la décision sur la compétence) à partir d'un autre acte privé (la convention d'arbitrage), d'appliquer une loi"⁹⁹. Il suffit que "par un raisonnement quelconque", celui à qui il est demandé d'être arbitre se convainque qu'il est légitime qu'il le soit¹⁰⁰. Ainsi, pour effectuer le raisonnement sur sa compétence, l'arbitre n'est pas non plus lié par les Conventions de New York et de Genève : celles-ci ont, en effet, pour

⁹² P. MAYER, "L'autonomie de l'arbitre international..." {préc. n. 35}, n° 67, p. 393.

⁹³ V. *supra* n°s 18 et 19.

⁹⁴ Remarquons cependant que la liberté de l'arbitre s'explique alors différemment. Pour la procédure arbitrale ou les règles applicables au fond du litige, en effet, l'arbitre a le droit de choisir les règles qu'il souhaite tant que cela correspond à la volonté concordante des parties. La liberté de l'arbitre quant au choix des normes applicables est alors simplement une émanation du principe de la liberté contractuelle (P. MAYER, "L'autonomie de l'arbitre international..." {préc. n. 35}, n° 43, p. 375). Mais quand l'arbitre doit se prononcer sur la convention d'arbitrage, c'est parce que celle-ci est contestée et que l'accord des parties fait défaut sur ce point. L'arbitre doit alors nécessairement résoudre ce problème à l'aide d'éléments extérieurs à la volonté remise en cause (P. MAYER, *ibidem*, n° 67, p. 393). On peut alors se demander s'il conserve la faculté de choisir parmi ces éléments ceux qu'il appliquera à la convention d'arbitrage. M. Mayer pense que c'est le cas et l'explique de la manière suivante. Dans une telle hypothèse, si l'interprétation de la convention d'arbitrage est controversée, il n'est pas contesté que l'arbitre ait pour mission d'en déterminer le sens réel. Il faut dès lors considérer que les parties imposent à l'arbitre une tâche, mais quant aux moyens pour l'atteindre, les règles à appliquer, elles s'en remettent à la discrétion de l'arbitre, dans la mesure du moins, où ce dernier adapte ces moyens à l'objectif qui lui est fixé (P. MAYER, *ibidem*, n° 68, p. 393).

⁹⁵ Pour des exemples de règles dégagées par la pratique arbitrale à propos de la convention d'arbitrage, v. P. MAYER, *ibidem*, n°s 118 et s., p. 440 et s. (extension de la convention d'arbitrage aux sociétés appartenant au même groupe que la société qui l'a formellement conclue), n°s 123 et s., p. 446 et s. (quand il y a contrat d'Etat, c'est-à-dire un contrat conclu entre un Etat et une entreprise privée, inopposabilité du défaut de pouvoir de l'organe qui a engagé un Etat en signant la convention d'arbitrage).

⁹⁶ P. MAYER, "L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence". *Rec. des cours*, 1989, t. 217, p. 323.

⁹⁷ V., dans le même sens, S. JARVIN, "The Sources and the Limits of the arbitrator's powers". *Arbitration International*, 1986, p. 150.

⁹⁸ P. MAYER, "L'autonomie de l'arbitre international..." {préc. n. 96}, n°s 75 et s., p. 399 et s.

⁹⁹ P. MAYER, *ibidem*, n° 81, p. 404.

¹⁰⁰ P. MAYER, *ibidem*, n° 81, p. 404.

destinataires des Etats et non des personnes privées¹⁰¹. Il n'est même pas tenu, sauf si les parties en souhaitent l'application, de respecter les normes de la *lex mercatoria*¹⁰².

Certes, on peut penser qu'afin de favoriser la reconnaissance de sa sentence dans les ordres juridiques étatiques, l'arbitre n'usera pas de tous les aspects de son autonomie. La difficulté de déterminer l'Etat dans lequel cette reconnaissance sera demandée¹⁰³ ou la certitude que jamais l'exécution forcée de sa sentence ne sera nécessaire¹⁰⁴ contribuent cependant à ce que l'arbitre mette réellement en œuvre la liberté dont théoriquement il jouit dans l'appréciation de sa compétence.

On observe ainsi que, dans l'ordre arbitral, la convention d'arbitrage sera soumise à des normes aussi variées que difficilement identifiables.

24. Or, les principes de droit qui ont cours dans l'ordre étatique et qui inspirent le juge confronté à une convention d'élection de for sont différents¹⁰⁵.

La *lex fori* du juge n'est pas la volonté des parties mais la loi de l'Etat dont il est un organe. Il est dès lors lié par les principes du système de droit international privé de son pays et par les conventions internationales auxquelles celui-ci est partie. Par ailleurs, le juge ne peut se référer à des normes extra-étatiques que si l'autorisation lui est donnée par sa loi. Ainsi, par exemple, dans les pays liés par la Convention de Bruxelles, se voit-il autorisé, en vertu de l'article 17 de cette Convention, à apprécier la forme de la convention d'élection de for au regard des "usages internationaux". Mais cette situation est plutôt exceptionnelle.

Ainsi la comparaison des conventions de juridiction sous l'angle de leur effet prorogatoire fait-elle intervenir des normes juridiques d'inspiration différente. Il faut observer en outre que même les *questions* que soulèvent ces clauses diffèrent dans l'ordre arbitral et dans l'ordre étatique.

B. Les conventions de juridiction ne soulèvent pas les mêmes problèmes dans l'ordre arbitral et dans l'ordre étatique.

25. La convention d'élection de for entend fonder la compétence ou, en matière internationale, la juridiction du juge élu. Comme on l'a dit, c'est au for saisi de *réaliser* cet objectif, en se reconnaissant compétent sur base de la clause qui l'élit ou incompetent suite à la clause qui déroge à sa compétence¹⁰⁶. Mais ce tribunal est lui-même soumis au système étatique dont il est un des organes. Ainsi sa compétence ne dépend-elle pas seulement de l'accord des parties mais aussi des règles juridictionnelles de l'ordre juridique auquel il appartient. Ce dernier point sera longuement expliqué dans cette étude. Il suffit, pour l'instant, d'observer que, pour l'examen de la convention d'élection de for, puisque sa juridiction est en cause, le juge devra tenir compte de considérations *juridictionnelles*.

¹⁰¹ P. MAYER, *ibidem*, n° 75, p. 399.

¹⁰² P. MAYER, *ibidem*, n° 72 et s., p. 395 et s.

¹⁰³ P. MAYER, *ibidem*, n° 37, p. 367.

¹⁰⁴ soit qu'une des parties ait un moyen de pression sur l'autre, par le biais de sanctions professionnelles par exemple, pour assurer l'exécution spontanée de la sentence, soit que la nécessité de garder secrète la transaction litigieuse, par exemple à l'égard de concurrents, rende impossible un recours étatique. (v. P. MAYER, *ibidem*, n° 39, p. 370).

¹⁰⁵ Il semble d'ailleurs que quand M. Kahn-Freund estime que les conventions d'arbitrage et d'élection de for posent des problèmes essentiellement différents (v. *supra* note n° 9), il se situe implicitement dans l'hypothèse où la comparaison se ferait entre le point de vue arbitral pour la première et le point de vue étatique pour la seconde. C'est, à notre sens, ce qui expliquerait les différences constatées.

¹⁰⁶ V. *supra* n° 12.

Or, si la convention d'arbitrage fonde également une juridiction, celle de l'arbitre, seules des questions *contractuelles* se posent à ce dernier. Car la compétence de l'arbitre ne dépend pas d'un système juridictionnel étatique mais uniquement de la volonté des parties¹⁰⁷. Dans l'ordre arbitral en effet, la condition nécessaire mais suffisante de la juridiction de l'arbitre est que les parties aient réellement voulu recourir à l'arbitrage. Cela signifie que pour l'arbitre, la question de sa juridiction est contractuelle. C'est probablement pour cette raison que certains auteurs estiment que la convention d'arbitrage est "plus contractuelle"¹⁰⁸ que la convention d'élection de for. Devant l'arbitre, en effet, la convention arbitrale est contractuelle non seulement par son origine consensuelle, mais aussi parce que son effet "juridictionnel", son effet sur la compétence de l'arbitre, est lui-même contractuel.

26. On observe ainsi que la comparaison des conventions de juridiction sous l'angle de leur effet prorogatoire serait d'un **intérêt limité**. En effet, si on les compare telles qu'elles sont perçues dans l'ordre arbitral et dans l'ordre juridique étatique, quand on aura fait l'inventaire des solutions concrètes, différentes on le devine, dont elles font l'objet, sera-t-on tellement avancé ? On ne saura guère si la spécificité de chacune de ces conventions inspire ces différences ou si ces dernières s'expliquent tout simplement par la diversité des principes juridiques valables devant l'arbitre ou devant le juge.

Or, il semble que le rapprochement entre les conventions étudiées peut se révéler utile, en contribuant à une meilleure compréhension de leurs spécificités communes et respectives, tout en éclairant la réflexion sur des controverses que l'une et l'autre ont suscitées. Encore faut-il que cette comparaison s'opère à partir d'un *point de vue qui leur soit commun*, c'est-à-dire celui du juge étatique devant lequel elles sont invoquées.

§2 — *La comparaison des conventions de juridiction quand elles sont soulevées devant le juge étatique.*

27. La perspective étatique sera choisie dans cette étude parce que, devant le juge, la convention d'arbitrage et la convention d'élection de for suscitent des problématiques semblables (A). Il importe, par ailleurs, de rappeler que ce qui conforte ce choix est l'indépendance de principe de l'ordre étatique par rapport à l'ordre arbitral en ce qui concerne l'appréciation de la convention d'arbitrage (B).

A) Des problématiques semblables.

28. Soulevée devant le juge, la convention d'arbitrage pose, comme la convention d'élection de for, un problème juridictionnel. Elle entend en effet déroger à la juridiction du for¹⁰⁹ et cet objectif ne peut se réaliser qu'avec le concours du juge. Or, comme on l'a

¹⁰⁷ On pourrait objecter que par certains côtés, la compétence de l'arbitre présente des caractéristiques *juridictionnelles*. Ainsi, comme on l'indiquera plus loin (v. *infra* n° 31), lui reconnaît-on, dans beaucoup d'ordres étatiques, la "compétence de la compétence", ou bien, dans certains arrêts français récents, lui "impose"-t-on de vérifier *d'office* la conformité d'un contrat à l'ordre public (v. par ex. Paris. (1° Ch. C). 16 mars 1995 (SARL Enodis c. sté SNC Prodim), *Rev. arb.*, 1996, p. 146, note Y. DERAÏNS. Sur ce point, v. également *infra* n° 269). Mais comme on l'expliquera plus en détails (v. *infra* n° 31), ces manifestations ne modifient pas le fait que, dans l'ordre arbitral, tout se ramène toujours, d'une manière ou d'une autre, au principe contractuel, c'est-à-dire au respect de la volonté des parties, source de l'arbitrage.

¹⁰⁸ H. GAUDEMET-TALLON, n° 116, p. 69.

¹⁰⁹ Pour un cas d'application, V. Civ. Bruxelles (réf.). 24 décembre 1993 (sté dr. néerlandais n.v. Koninklijke Sphinx c. a.s.b.l. Cepani et Van den Bulcke). *J.T.*, 1994, p. 382. — V. également, Cass. fr. (1°

dit, celui-ci est soumis au système juridictionnel de l'Etat auquel il appartient. Aussi, *a priori* et sous réserve des précisions qui seront apportées dans cette étude, appliquera-t-il aux deux conventions de juridiction des normes d'inspiration juridique semblable.

L'optique étatique¹¹⁰ est dès lors la perspective qui permettra, au mieux, de réaliser la "comparaison constructive" projetée¹¹¹. Soulevant des problèmes semblables et impliquant toutes deux des considérations juridictionnelles, les conventions d'arbitrage et d'élection de for présentent, en effet, devant le juge étatique suffisamment de points en commun pour tenter de dégager de leur confrontation des principes théoriques qui éclairent ensuite les controverses dont chacune d'elles fait l'objet ou les spécificités réelles qu'il faut leur reconnaître.

29. Ce choix pourrait susciter des objections.

On reprochera peut-être à la perspective retenue de ne pas envisager la convention d'arbitrage dans son effet spécifique de création de la compétence d'un arbitre mais dans ce qui n'en est que le corollaire, l'exclusion de la juridiction étatique, négligeant dès lors d'aborder la "véritable problématique" que soulève cette clause.

Il faut toutefois rappeler que l'objet de cette étude n'est pas de dresser un tableau complet du régime de la convention d'arbitrage¹¹² mais de tirer de la comparaison avec la convention d'élection de for des éléments utiles à la réflexion pour chacune d'elles. Or comme il vient d'être indiqué, le point de vue étatique se prête mieux à cet objectif. L'optique arbitrale ne sera d'ailleurs pas tout à fait oubliée : elle sera parfois évoquée pour souligner les différences qui la séparent du point de vue étatique ou pour indiquer dans quelle mesure elle peut influencer l'approche étatique de la convention d'arbitrage.

Ce choix n'éclipse, par ailleurs, nullement la spécificité de la convention d'arbitrage. Mais au lieu d'être étudiée pour elle-même, cette originalité sera abordée par contraste, telle qu'elle découle de la comparaison avec la convention d'élection de for.

On pourrait encore critiquer l'optique choisie en remarquant que si les problématiques soulevées par les conventions d'arbitrage et d'élection de for devant le juge sont semblables, la première n'est qu'exceptionnellement soulevée devant une juridiction étatique, ce qui rend peu utile la comparaison dans une telle perspective. Effectivement, tandis que pour avoir un effet, la convention d'élection de for requiert nécessairement un juge étatique, la convention d'arbitrage n'en a pas toujours besoin. A vrai dire, dans le cadre d'un "arbitrage idéal", la convention d'arbitrage n'est même jamais soumise à un juge. Dans ce cas, en effet, aucune des parties ne saisit un tribunal au

Ch. civ.). 9 octobre 1990 (Prince M. Bin Seoud Bin Abdul Aziz e.a. c. Banque Rivaud e.a.), *Rev. arb.*, 1991, p. 305, note M.-L. NIBOYET-HOEGY, où il est question de "l'exception de procédure fondée sur l'existence d'une clause compromissoire". — adde R. HAUSMANN, *op. cit.* {préc. n. 16}, p. 361, qui rappelle que la convention d'arbitrage a pour effet caractéristique de tendre à l'exclusion de la juridiction étatique.

¹¹⁰ Puisque le point de vue étatique a été choisi pour aborder la convention d'arbitrage, il ne sera pas ici question de l'appréciation de cette convention par la Cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale. En effet, en vertu de l'article 6 (2) de l'actuel règlement d'arbitrage de la CCI (en vigueur à compter du 1^o janvier 1998), la Cour vérifie "prima facie" si une telle convention existe avant de décider si un arbitrage aura lieu (sur ce point v. B. GOLDMAN, "La convention d'arbitrage. Généralités. Autonomie et principe de validité. Loi applicable", *J. Cl. Dr. Int.*, fasc. 586-1, n^o 32).

¹¹¹ V. *supra* n^o 3.

¹¹² V. sur ce point, pour le droit belge. M. HUYS, G. KEUTGEN, n^{os} 33 à 169, p. 39 à 152 et pour la convention d'arbitrage en matière internationale, n^{os} 639 à 678, p. 447 à 475 ; pour le droit français, la jurisprudence arbitrale internationale et un aperçu de droit comparé, v. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, n^{os} 388 à 741, p. 209 à 461 ; pour le droit allemand, v. P. SCHLOSSER, p. 187 à 344.

mépris de l'accord arbitral mais, quand surgit un litige, toutes s'adressent au tribunal arbitral. Et la partie condamnée, ne contestant pas le bien-fondé de la sentence, l'exécute spontanément, si bien que ni recours en annulation ni demande d'exequatur ne sont nécessaires. Toutes les hypothèses où un juge étatique aurait pu être confronté à la convention d'arbitrage auront donc été évitées. Il semble d'ailleurs que ce soit souvent le cas pour les arbitrages en matière internationale, où la pression sociale exercée par les partenaires commerciaux est suffisante pour que les sentences soient exécutées en dehors de toute intervention étatique¹¹³.

Cependant ces considérations "statistiques" ne sont pas déterminantes. La rareté relative des cas où la convention d'arbitrage est soulevée devant le juge étatique ne rend pas ceux-ci moins problématiques. Pour ces hypothèses dès lors, la comparaison avec la convention d'élection de for peut s'avérer intéressante.

B) L'indépendance de l'ordre étatique dans son examen de la convention d'arbitrage.

30. On a observé plus haut que, dans l'ordre arbitral, l'arbitre bénéficie d'une liberté dans le choix des règles de droit applicables, notamment quand il apprécie la convention d'arbitrage¹¹⁴. Pour conforter notre choix de la perspective étatique pour comparer les conventions de juridiction, il importe de préciser que l'ordre étatique jouit d'une indépendance de principe dans son examen de la convention d'arbitrage. Ainsi, même si les Etats reconnaissent généralement à l'arbitre le pouvoir de statuer sur sa compétence et dès lors d'apprécier la convention d'arbitrage (a), cela ne signifie nullement qu'ils soient ensuite liés par ce qui aura été décidé sur ce point dans l'ordre arbitral (b).

a. La reconnaissance de la "compétence de la compétence" de l'arbitre.

31. Comme l'arbitrage est un phénomène contractuel, l'arbitre, qui est l'émanation de la volonté des parties, doit cette fonction à la validité de la convention d'arbitrage, expression de cet accord. Par conséquent, si l'efficacité de celle-ci est contestée, il semble logiquement impossible qu'il apprécie en tant qu'arbitre la clause puisque rétrospectivement, à l'issue de cet examen, il se peut qu'il apparaisse qu'il n'avait pas ce titre pour l'effectuer.

Si les ordres étatiques s'en tenaient, sur ce point, à cette conception contractuelle¹¹⁵ de l'arbitrage, ils obligeraient les parties à s'adresser à un juge, dès que, de bonne ou de mauvaise foi, l'efficacité de la convention d'arbitrage est mise en doute. L'utilité et la rapidité de l'arbitrage deviendraient ainsi tributaires d'éventuelles manœuvres dilatoires d'une partie récalcitrante.

Pour éviter ces inconvénients, les ordres étatiques ont reconnu à l'arbitre la "compétence de la compétence"¹¹⁶. Ainsi l'article V (3) de la Convention de Genève sur l'arbitrage commercial international admet-il que celui-ci ait le pouvoir de statuer sur sa

¹¹³ B. STERN. "Lex mercatoria et arbitrage international (à propos des Mélanges B. Goldman)". *Rev. arb.*, 1983, p. 456.

¹¹⁴ V. *supra* nos 18, 19 et 23.

¹¹⁵ V. par exemple les deux arrêts français (Civ., 6 octobre 1953 et Civ., 11 janvier 1960), cités par P. MAYER. "L'autonomie de l'arbitre international..." {préc. n. 96}, n° 9, p. 339, note 15, où il a été refusé à l'arbitre le droit de se prononcer sur sa compétence.

¹¹⁶ Sur ce point. M. HUYS. G. KEUTGEN. nos 697 à 701, p. 493 à 497. — Pour un rappel du principe de la "compétence de la compétence" qui est reconnue à l'arbitre, v. Cass. fr. (2° Ch. civ.), 10 mai 1995 (Sté Coprodag e.a. c. dame Bohin), *Rev. arb.*, 1995, p. 617, note E. GAILLARD.

propre compétence¹¹⁷ et sur l'existence et la validité de la convention d'arbitrage¹¹⁸. Si cet examen débouche sur l'invalidité de la convention arbitrale et donc sur l'"inexistence juridique" de l'arbitre qui tire normalement sa qualité de la clause, il lui aura néanmoins été reconnu ce minimum de réalité lui permettant de décider de son incompétence. Il est ainsi attribué à l'arbitre une faculté *indépendante* du fait qu'il a ou n'a pas été valablement saisi par les parties, la seule apparence d'une convention d'arbitrage suffit. Quand il statue sur sa compétence, l'arbitre est *extérieur* à la volonté des parties. Il ressemble donc à une juridiction non seulement par ce pouvoir de statuer sur sa compétence, mais aussi parce qu'on accepte que d'une certaine manière, il *préexiste à la volonté des parties*. Ainsi "tant que l'incompétence de l'arbitre, comprise comme son absence de pouvoir de juger, n'est pas démontrée, ce dernier garde la plénitude des pouvoirs qui découlent de la nature juridictionnelle de sa fonction"¹¹⁹.

Ainsi les ordres étatiques "corrigent"-ils les limites contractuelles dans lesquelles, s'il ne considérait que son origine, c'est-à-dire s'il ne tenait compte que des principes ayant cours dans l'ordre arbitral, l'arbitre serait enfermé¹²⁰. Par la reconnaissance qu'ils confèrent à l'arbitrage, les Etats encouragent l'arbitre à s'accorder un attribut juridictionnel, la faculté de statuer sur sa propre compétence.

Il convient de remarquer que de nombreux règlements d'arbitrage prévoient explicitement la règle de la "compétence de la compétence"¹²¹. Cette situation ne modifie toutefois pas l'analyse qui précède, selon laquelle, dans l'ordre arbitral, la compétence de l'arbitre est entièrement dépendante de la volonté des parties. L'application d'un règlement d'arbitrage est en effet due à l'accord des parties. Il faut donc conclure que s'il est possible de rencontrer dans l'ordre arbitral une règle au *contenu* juridictionnel, en l'occurrence la possibilité pour l'arbitre de statuer sur sa propre compétence, cette norme ne peut s'appliquer qu'*en vertu d'un principe contractuel*, le consentement des parties. Or, le point que nous voulons mettre en évidence est différent. Il s'agit d'observer que la reconnaissance étatique de l'arbitrage peut donner une réalité au principe de la "compétence de la compétence" *qui ne repose pas sur la volonté des parties*, et qui, par conséquent, est susceptible de jouer pour des arbitrages non soumis aux règlements d'arbitrage qui contiennent cette règle. Cette situation illustre alors le fait que les Etats, par leur politique de reconnaissance de l'arbitrage, peuvent conférer à celui-ci des caractéristiques juridictionnelles qui ne pourraient pas être fondées sur les seuls principes contractuels en vigueur dans l'ordre arbitral.

32. Il faut observer que le droit français a assorti la reconnaissance du principe de la compétence de la compétence d'une disposition destinée à réserver à l'arbitre la *priorité* dans l'appréciation de la convention d'arbitrage. En effet, l'article 1458 du nouveau Code de procédure civile, qui s'applique pour les arbitrages interne et internationaux, restreint

¹¹⁷ V. également l'article 1466 NCPC qui évoque toutefois le pouvoir de l'arbitre de statuer sur la validité et les limites de son "*investiture*" et non sur sa "compétence". V. R. PERROT, "L'application à l'arbitrage des règles du nouveau Code de procédure civile, *Rev. arb.*, 1980, p. 647, qui explique le choix du terme "*investiture*" en comparant la situation de l'arbitre par rapport à celle du juge : "S'agissant de juges étatiques, l'*investiture* juridictionnelle n'est jamais contestée dans son principe même. Ce qui est contesté, c'est l'étendue de sa compétence, mais jamais sa qualité de juge".

¹¹⁸ V. l'article 1697 C. Jud. qui utilise des termes similaires.

¹¹⁹ E. LOQUIN, "Arbitrage. Compétence arbitrale. Introduction générale". *J. Cl. Dr. Com.*, fasc. 214, n° 10.

¹²⁰ Dans un sens analogue. Ph. FOUCHARD. E. GAILLARD. B. GOLDMAN. n° 658, p. 414.

¹²¹ V. par exemple les articles 19 (3) du règlement d'arbitrage du CEPANI. 6 (2) du nouveau règlement d'arbitrage de la CCI (en vigueur à compter du 1° janvier 1998) et 15 (1) du règlement d'arbitrage international de l'association américaine d'arbitrage.

beaucoup l'examen que porte à la convention d'arbitrage le juge devant lequel une action est intentée au mépris de la clause¹²². Si le tribunal arbitral est déjà saisi du litige, le juge doit se déclarer incompétent, sans effectuer donc le moindre contrôle sur la convention arbitrale¹²³. Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, le juge doit se déclarer incompétent "à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle". La France est donc un des rares pays¹²⁴ où, au stade de l'examen de sa compétence par le juge, la convention d'arbitrage ne subit que rarement un examen ; le contentieux relatif à la convention d'arbitrage n'intervient dès lors qu'au stade de la reconnaissance de la sentence¹²⁵.

b. La souveraineté de l'ordre étatique dans son appréciation de la convention d'arbitrage.

33. Comme le remarque M. Mayer, "en reconnaissant aux arbitres, le pouvoir d'apprécier leur propre compétence, les Etats n'entendent nullement accorder une quelconque autorité à cette appréciation"¹²⁶. Ainsi l'ordre étatique procède-t-il de manière *totallement indépendante et souveraine* à son appréciation de la convention d'arbitrage¹²⁷. Il importe de rappeler ce point car il confirme que, devant le juge étatique, les conventions d'arbitrage et d'élection de for sont *a priori* soumises à des règles de type juridique semblable et qu'il est dès lors indiqué de les comparer sous cet angle.

¹²² Sur l'article 1458 NCPC, v. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, n° 671, p. 420, qui expliquent que le droit français ne reconnaît pas seulement "l'effet positif" du principe "compétence-compétence", le droit pour l'arbitre de se prononcer sur sa compétence, mais aussi son "effet négatif" qui "consiste à réserver aux arbitres, non pas une compétence exclusive pour connaître de ces questions, mais la possibilité de se prononcer les premiers sur leur propre compétence". — Enoncé parmi les dispositions du nouveau Code de procédure civile français relative à l'arbitrage interne, l'article 1458 NCPC a été appliqué à un arbitrage international (Cass. fr. (1° Ch. civ.), 7 juin 1989 (sté Anhydro c. sté Caso Pillet e.a.), *Rev. arb.*, 1992, p. 61, note Y.DERAINS). — Sur l'article 1458 NCPC, v. également *infra* n° 44.

¹²³ Remarquons qu'alors que le droit belge ne prévoit pas de disposition analogue à celle de l'article 1458 NCPC — l'article 1679 C. Jud. dispose en effet que "le juge saisi d'un différend faisant l'objet d'une convention d'arbitrage se déclare incompétent à la demande d'une des parties, à moins qu'en ce qui concerne ce différend la convention ne soit pas valable ou n'ait pris fin" —, certains auteurs pensent que l'arbitre devrait avoir la priorité quant à l'examen de la convention d'arbitrage. Cette idée débouche sur une proposition analogue à la solution de l'article 1458 (1) NCPC : pendant l'instance arbitrale, une contestation relative à la clause ne pourrait plus être accueillie devant les juridictions étatiques (en ce sens, J. LINSMEAU, J. VAN GELDER, "La nouvelle loi sur l'arbitrage volontaire", *J.T.*, 1973, p. 210).

¹²⁴ P. MAYER, "L'autonomie de l'arbitre international..." {préc. n. 96}, n° 15, p. 346, qui remarque que la solution de l'article 1458 NCPC est plutôt rare en droit comparé et qui la regrette. En effet, "cela oblige le demandeur à commencer une procédure d'arbitrage, puis à contester lui-même la compétence de l'arbitre, que l'autre partie par hypothèse accepte. La décision de l'arbitre sur la compétence peut ensuite être l'objet d'une demande d'annulation. S'il s'est déclaré compétent, et que sa décision est annulée, le juge peut enfin procéder. La volonté de donner la parole prioritairement à l'arbitre aura fait perdre un temps considérable".

¹²⁵ E. GAILLARD, note sous Cass. fr. (1° Ch. civ.), 20 décembre 1993 (Comité populaire de la municipalité de Khoms El Mergeb c. sté Dalico), *J.D.I.*, 1994, p. 435.

¹²⁶ P. MAYER, "L'autonomie de l'arbitre international..." {préc. n. 96}, n° 82, p. 405.

¹²⁷ Il convient de remarquer que, dans l'ordre arbitral, de même, l'arbitre est totalement indépendant des ordres étatiques quand il examine la convention d'arbitrage. M. Rigaux explique cela par l'idée d'"autonomie des ordres juridiques". c'est-à-dire par le fait que "tout ordre juridique constitue un système fermé qui peut ignorer les solutions différentes appartenant à un autre ordre juridique" (F. RIGAUX, "Les situations juridiques individuelles..." {préc. n. 61}, n° 174, p. 245). — On observera plus loin (*infra* n°s 264 et s.) que cette autonomie de l'arbitre dans son appréciation de la convention d'arbitrage se manifeste notamment lors de la vérification du caractère arbitral du litige.

34. L'indépendance de l'ordre étatique dans l'appréciation de la convention d'arbitrage est due au fait que celle-ci soulève une question relative à la juridiction du juge. Comme ce problème fait intervenir des considérations juridictionnelles relevant du système de compétence du for, on estimera avec M. Lagarde qu'il faut consentir à l'ordre juridique étatique "un *pouvoir exclusif de détermination de la validité de la clause d'arbitrage* qui prive précisément le juge étatique de la juridiction qu'il aurait eue sans elle"¹²⁸. Certes, cela n'exclut pas la faculté pour l'arbitre de se prononcer sur ce point mais sa décision ne produira d'effet que dans l'ordre arbitral¹²⁹.

M. Mayer conforte indirectement ce principe en remarquant qu'il est ambigu de parler de "décision" de l'arbitre sur sa compétence car cela laisse à entendre que celle-ci pourrait être reconnue par les autorités étatiques au même titre qu'une sentence sur le fond¹³⁰. Or seul le juge a l'autorité pour décider de son incompétence. Cela signifie que le juge ne va pas vérifier la régularité de la décision de l'arbitre sur la convention d'arbitrage comme s'il devait la reconnaître. En fait, son contrôle porte *directement* sur l'existence de la compétence de l'arbitre¹³¹ et sur l'incompétence étatique corrélative. Le juge étatique *reprendra donc lui-même toutes les étapes du raisonnement* auquel s'est livré l'arbitre¹³². La Cour d'appel de Paris l'a résumé en ces termes : "l'appréciation par le tribunal arbitral de son pouvoir juridictionnel à l'égard d'une partie n'est pas souveraine, elle est soumise au contrôle de la Cour d'appel saisie d'un recours en annulation. (...) Pour exercer ledit contrôle, la Cour se trouve tenue de rechercher tous les éléments de droit et de fait permettant d'apprécier la portée de la convention d'arbitrage"¹³³.

S'il importe de rappeler ce principe, c'est parce que si, comme on l'observera, il arrive que les normes dégagées par l'arbitre dans son examen de la convention d'arbitrage influencent la jurisprudence de certains Etats, il faut préciser qu'elles n'ont *aucune vocation "naturelle" à être reconnues* par l'ordre étatique.

¹²⁸ P. LAGARDE, "Approche critique de la *lex mercatoria*", *Mélanges B. Goldman*, n° 37, p. 147 (c'est nous qui soulignons).

¹²⁹ P. LAGARDE, *ibidem*. Dans le même sens, I. FADLALLAH, "Clauses d'arbitrage et groupes de sociétés", *Trav. Com. fr. DIP (1984-1985)*, Ed. CNRS, Paris, 1987, n° 43, p. 119 et, du même auteur, "L'ordre public dans les sentences arbitrales", *Rec. des cours*, 1994-V, t. 249, n° 23, p. 391.

¹³⁰ P. MAYER, "L'autonomie de l'arbitre international..." {préc. n. 96}, n° 10, p. 340.

¹³¹ P. MAYER, "L'autonomie de l'arbitre international..." {préc. n. 96}, n° 26, p. 355. — V. en ce sens Cass. fr. (1° Ch. civ.), 6 janvier 1987 (Southern Pacific Properties Limited c. République Arabe d'Egypte), *J.D.I.*, 1987, p. 638, note B. GOLDMAN, et l'arrêt rendu, dans le même sens, par la Cour d'appel de Paris dans cette affaire, le 12 juillet 1984, *J.D.I.*, 1985, p. 129, note B. GOLDMAN.

¹³² P. MAYER, "L'autonomie de l'arbitre international..." {préc. n. 96}, n° 26, p. 355.

¹³³ Paris (1° Ch. suppl.), 16 juin 1988 (sté Swiss oil c. sté Petrogab et République du Gabon), *Rev. arb.*, 1989, p. 309, note Ch. JARROSSON. Il faut toutefois préciser que dans l'hypothèse de cet arrêt, l'arbitre s'était déclaré *incompétent*. La Cour d'appel se trouvait dès lors devant une difficulté théorique quant au fondement juridique de l'examen auquel elle procédait. L'article 1502 1° NCPC ne permet en effet de s'opposer à la décision de l'arbitre que s'il a statué sur une convention nulle ou expirée, c'est-à-dire quand il s'est reconnu à tort compétent. La Cour d'appel de Paris a choisi dès lors de fonder sur l'article 1502 3° NCPC le contrôle qu'elle effectuait, c'est-à-dire au regard du respect par l'arbitre de la mission qui lui avait été confiée. — V. également Paris (1° Ch. C), 7 juillet 1994 (Uzinexportimport Romanian Co c. Attock Cement C°), *Rev. arb.*, 1995, p. 107, note S. JARVIN. La Cour rappelle expressément que "la convention des parties constituant le fondement légal de l'arbitrage, la décision du tribunal sur la compétence est nécessairement soumise au contrôle de la Cour par la voie du recours en annulation".

35. Au terme de ce chapitre préliminaire, il apparaît que les conventions d'arbitrage et d'élection de for présentent des caractéristiques essentielles communes, dont la plus spécifique est la dimension juridictionnelle. Aussi a-t-on proposé de les désigner toutes deux par l'expression "convention de juridiction".

Pour préciser la perspective selon laquelle la comparaison entre ces clauses sera effectuée dans cette étude, on s'est demandé s'il fallait choisir de les étudier telles qu'elles se présentent à la juridiction dont elles fondent la juridiction. Cette optique a été récusée. En effet, la spécificité de l'ordre arbitral a pour conséquence que la convention d'arbitrage, lorsqu'elle est examinée par l'arbitre, peut être soumise à des règles différentes de celles qui ont cours dans l'ordre étatique. Par ailleurs, cette clause ne soulève pour l'arbitre que des questions contractuelles alors que la convention d'élection de for pose aussi pour le juge étatique des problèmes juridictionnels. Opérer une comparaison dans cette optique se révélerait dès lors d'un intérêt limité, faute d'éléments communs aux deux clauses.

Comme cette objection tombe si la convention d'arbitrage est étudiée telle qu'elle se présente à un juge, la perspective étatique a été retenue pour cette étude.

Mettant l'accent sur l'effet dérogatoire de compétence des clauses considérées, cette optique permet d'entamer notre réflexion comparative à partir de la *même problématique* pour les deux clauses. Ce point de départ va aider à dégager, dans les lignes qui suivent, de nombreux *principes de droit international privé communs* aux conventions d'arbitrage et d'élection de for. Cela ne signifie pas que les différences entre ces clauses, dues surtout aux différentes instances dont elles créent ou prorogent la juridiction, seront négligées. Mais, comme on le verra, ces dissemblances se manifestent moins au niveau des principes théoriques valables pour ces conventions que dans le *contenu* des normes qui leur sont réservées ; elles contribuent, en effet, à expliquer que bien que les clauses considérées suscitent pour le juge étatique des problèmes semblables, des normes parfois différentes leur sont appliquées.

PREMIERE PARTIE

APPROCHE THEORIQUE DES CONVENTIONS DE JURIDICTION EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE

36. L'objectif de cette première partie est de mettre en évidence que les conventions d'arbitrage et d'élection de for, parce qu'elles présentent la particularité de produire des effets sur la compétence du juge saisi, occupent une *place spécifique en droit international privé*. En effet, alors que les questions de droit applicable aux contrats substantiels s'étudient et se résolvent dans le seul cadre des conflits de lois, quand il s'agit des conventions de juridiction et qu'elles sont soulevées devant le juge étatique — point de vue choisi dans cette étude —, il faut théoriquement tenir compte également de considérations tirées de la matière des conflits de juridictions.

Dans sa formulation explicite, cette position implique un retournement de perspective dans l'approche, en droit international privé, des conventions d'arbitrage et d'élection de for, abordées le plus souvent uniquement sous l'angle du conflit de lois. Or, comme on tentera de l'indiquer, dès lors que, par certains aspects, ces clauses se rattachent à la matière de la compétence, il semble que, sur ces points, elles soient *soustraites au conflit de lois*. Cette thèse peut paraître étonnante et pourtant, nous pensons qu'elle contribue à expliquer la situation de certains ordres juridiques qui s'y conforment en fait implicitement et qu'elle ouvre des perspectives pour ceux qui en sont plus éloignés. L'approche proposée n'a en effet pas seulement un intérêt théorique ; on observera que certains des principes issus de la matière de la compétence peuvent se révéler utiles pour donner aux conventions de juridiction un régime adapté à certaines situations particulières, telles que les relations internationales ou l'hypothèse où la clause est soulevée lors de la reconnaissance d'une décision, jugement ou sentence.

La première partie de cette démonstration sera très théorique. On cherchera à expliquer, à partir d'une analyse des différents types de questions que les conventions de juridiction soulèvent, qu'elles se rattachent à la matière des "*conflits de juridictions*" — expression dont le contenu sera précisé — tout en pouvant être soumises, pour certains aspects, à la méthode du *conflit de lois* (**Chapitre I**).

Poursuivant l'hypothèse du *double rattachement* des clauses étudiées, on examinera les conséquences générales qu'elle implique pour la *détermination de la loi qui leur applicable* (**Chapitre II**), comme pour celle des *règles de droit* à leur réserver dans certaines hypothèses particulières (**Chapitre III**). Le fait que l'influence de principes issus de la matière de la compétence puisse se faire sentir sur ces différentes questions révélera le caractère original de l'approche des conventions de juridiction en droit international privé.

CHAPITRE I

LE DOUBLE RATTACHEMENT DES CONVENTIONS DE JURIDICTION

37. Etant donné qu'il peut paraître surprenant de prétendre que les conventions de juridiction soulevées devant le juge étatique se rattachent aux "conflits de juridictions", on commencera par essayer d'étayer cette idée en indiquant que plusieurs types de questions suscitées par ces clauses dépendent du système de compétence du juge saisi (Section I). On en déduira la soumission des conventions étudiées aux "conflits de juridictions" tandis qu'on cherchera, par ailleurs, à définir théoriquement l'ampleur et l'intensité de ce rattachement par rapport à celui du conflit de lois (Section II).

SECTION I : LE RATTACHEMENT A LA MATIERE DE LA COMPETENCE.

38. Il semble qu'en fait, il soit déjà admis que les questions relatives à la "licéité de principe" et à la "portée de l'effet juridictionnel" des conventions de juridiction se rattachent à la matière de la compétence (§1). Après l'avoir rappelé, on abordera un point essentiel de notre démonstration. On tentera, en effet, d'expliquer que *certaines des conditions* susceptibles d'être imposées aux conventions d'arbitrage et d'élection de for dépendent elles aussi du système de compétence du juge saisi. Cette constatation est importante car elle implique une *scission* au sein des conditions des conventions de juridiction dont on observera, tout au long de cette étude, le caractère déterminant pour les problématiques de droit international privé que soulèvent ces dernières (§2).

§1 — *Le rattachement à la matière de la compétence de la "licéité de principe" et de la "portée de l'effet juridictionnel" des conventions de juridiction.*

A) La licéité de principe des conventions de juridiction.

39. Par "licéité de principe", il faut entendre dans le cadre de cette étude la possibilité qu'un accord entre parties privées puisse avoir des effets sur un système juridictionnel¹. Il s'agit de la *reconnaissance du principe même* de l'effet prorogatoire ou dérogoire de compétence de ces clauses, indépendamment des conditions auxquelles celui-ci peut être soumis. Cette précision terminologique est nécessaire car le terme "licéité" tel qu'il est actuellement utilisé en France recouvre aussi diverses exigences requises pour que de tels accords soient effectifs².

Il convient d'observer que la question de la "licéité de principe" des conventions de juridiction est rarement présentée comme telle ; son examen est généralement compris dans celui des "effets des conventions de juridiction". Reconnaître le principe même d'une convention d'élection de for, c'est effectivement reconnaître ses effets, c'est admettre qu'elle puisse, selon l'hypothèse, proroger ou déroger à la compétence du for saisi. L'expression "effets des conventions de juridiction" nous paraît toutefois trop vague. En effet, en théorie, deux questions sont à distinguer : la reconnaissance, de manière *abstraite*, c'est-à-dire indépendamment des particularités du litige, de la possibilité d'agir conventionnellement sur la compétence du for ; et l'acceptation de cet effet, dans telle situation *concrète*

¹ Comp. B. ANCEL, Y. LEQUETTE, n° 3, p. 558 (note sous l'arrêt Sorelec), qui donnent au terme "licéité" une contenu semblable.

² V. *infra* n° 50.

donnée, c'est-à-dire dans telle hypothèse de compétence du for saisi. Aussi avons-nous préféré scinder ces deux points pour présenter ici la "licéité de principe" et plus loin la "portée de l'effet juridictionnel" des conventions de juridiction.

40. Déterminer si une convention de juridiction peut ou ne peut pas avoir d'effet sur la juridiction du for saisi est une question qui touche directement à la compétence de celui-ci. La réponse à la question de la licéité de principe des conventions de juridiction *dépend* dès lors du *système de compétence du for saisi*.

Il semble que ce point ne soit pas explicitement étudié comme tel mais seulement au travers de sa conséquence de droit applicable. Ainsi M. Mayer déclare-t-il que "la seule loi qui ait vocation à admettre ou à refuser, *dans son principe*, une extension ou une restriction conventionnelle de la compétence des tribunaux d'un Etat est la loi de cet Etat"³. Or il en est ainsi parce qu'une juridiction étatique est soumise, pour son organisation en général et pour sa compétence en particulier, à la loi de l'Etat dont elle dépend⁴.

41. On peut donc considérer que la "licéité de principe" de la **convention d'élection de for** dépend du système de compétence du for saisi — point qu'on cherche à démontrer — quand on observe qu'il est *unanimentement* admis que cette question relève de la *lex fori*⁵⁶, même si, comme on l'a dit, cette solution est souvent présentée comme celle qui régit les *effets* de la clause⁷.

Il convient de remarquer que le rattachement au système du for saisi de la "licéité de principe" de la convention d'élection de for n'est pas contredit par certaines positions doctrinales qui préconisent que le for élu et le for exclu tiennent compte, dans leur

³ P. MAYER, n° 301. Il faut préciser que M. Mayer a posé ce principe au sein de ses réflexions relatives à la convention d'élection de for. Mais cela reste juste pour la convention d'arbitrage, comme le confirme d'ailleurs ce qu'en dit cet auteur (*ibidem*, n° 306) : "Une prohibition générale de recourir à l'arbitrage, en toutes matières, constituerait une prise de position sur une question d'organisation judiciaire, et relèverait à ce titre de la loi du tribunal saisi."

⁴ Sur ce principe, v. *infra* n° 73.

⁵ C.N. FRAGISTAS, "La compétence internationale exclusive en droit privé", *Studi in onore di Antonio Segni*, t. II. Ed. A. Giuffrè, Milan, 1967, p. 210.

⁶ L'examen de droit comparé auquel s'est livré M. Jodkowski à propos de la licéité de principe de la convention d'élection de for confirme qu'effectivement c'est toujours la loi du for saisi qui décide de la possibilité d'une dérogation ou d'une prorogation conventionnelle de la compétence du for. Il apparaît, en effet, dans les exemples évoqués, que quand la licéité de la convention d'élection de for en matière internationale n'est pas stipulée dans le code de procédure civile du pays concerné, elle découle d'une disposition légale ou, au moins, de la jurisprudence qui s'appuie sur l'application directe ou par analogie des dispositions sur la prorogation de la compétence interne (J. JODLOWSKI, p. 519 et s.).

⁷ V. H. BAUER, n° 181 ; D. HOLLEAUX, n° 191 ; A. HUET, n° 4 ; J. JODLOWSKI, p. 491 ; G. KAUFMANN-KOHLER, p. 41 ; F. RIGAUX, n° 177. V. aussi H. BATIFFOL, P. LAGARDE, n° 675, p. 466, qui parlent de la loi du tribunal *désigné*, ce qui cependant, selon M. Huet (*ibidem*, n° 6) doit s'entendre comme la loi du tribunal *saisi*. — Sur la soumission des effets de la convention d'élection de for à la *lex fori*, v. encore A. BÜLOW, "Effets de la prorogation internationale de juridiction en matière patrimoniale", *Mélanges R. Kolléwijn, J. Offerhaus*, Leiden, 1962, p. 118 ; C.N. FRAGISTAS, "La compétence internationale exclusive en droit privé" {préc. n. 5}, p. 210 ; H. GAUDEMET-TALLON, note sous Cass. fr. (Ch. com.), 19 décembre 1978 (sté Europe Carton c. sté Cifal), *J.D.I.*, 1979, p. 370 ; G. de GEOUFFRE de LA PRADELLE, *Les conflits de lois en matière de nullités (du droit interne français au droit international privé)*, Dalloz, Paris, 1967, n° 263 ; R. HAUSMANN, "Einheitliche Anknüpfung internationaler Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen?", *Festschrift W. Lorenz*, Tübingen, 1991, p. 362 ; O. KAHN-FREUND, "Jurisdiction agreements: some reflection", *I.C.L.Q.*, 1977, p. 835 ; J. LAENENS, "Internationaal privaatrechtelijk procesrecht en de bevoegdheidsvereenkomsten", *T.P.R.*, 1982, n° 24, p. 229 ; G.H. ROTH, "Internationalrechtliche Probleme bei Prorogation und Derogation", *Z.Z.P.*, 1980, p. 156.

appréciation de la clause, le premier de la loi *étrangère* du for exclu et le second de celle du for élu.

Il faut, en effet, observer que l'application de la *lex fori* à la licéité de principe de la convention d'élection de for et à ses effets dans le cas concret — la constatation qui suit est valable pour ces deux points — a pour conséquence qu'il faut considérer indépendamment l'un de l'autre, les effets prorogatoire et dérogoire de la clause⁸. Le juge élu doit seulement examiner si, selon sa propre loi, il convient de reconnaître à la convention d'élection de for un effet prorogatoire de compétence. Quant au juge normalement compétent mais dont la compétence a été exclue conventionnellement, il ne vérifie que si sa loi lui permet de donner effet à la dérogation de compétence recherchée⁹. Comme l'un et l'autre ne consultent que leur loi, il se peut que l'effet dérogoire soit accepté mais qu'ensuite, soulevée devant le juge élu, la même convention voie son effet prorogatoire nié. Admise d'un côté mais refusée de l'autre, la convention d'élection de for aurait créé un conflit négatif de compétence, aucune juridiction n'acceptant de se reconnaître compétente.

Pour éviter le déni de justice en résultant, on propose parfois que le juge saisi tienne compte de l'examen que subirait devant son homologue étranger la clause de juridiction et adapte en conséquence son propre jugement¹⁰.

Cette suggestion ne contredit pas le principe du rattachement au système de compétence du for *saisi* de la licéité de principe et des effets de la convention d'élection de for¹¹ car, en fait, le juge saisi ne soumet pas ces questions aux systèmes de compétence

⁸ C.N. FRAGISTAS, "La compétence internationale exclusive en droit privé" {préc. n. 5}, p. 210 ; D. HOLLEAUX, n° 194 ; G.H. ROTH, "Internationalrechtliche Probleme bei Prorogation und Derogation" {préc. n. 7}, p. 157.

⁹ E. BARTIN, *Etudes sur les effets internationaux des jugements*, L.G.D.J., Paris, 1907, p. 74 ; D. HOLLEAUX, n° 193.

¹⁰ En ce sens par exemple C.N. FRAGISTAS, "La compétence internationale exclusive en droit privé" {préc. n. 5}, p. 212 ; D. HOLLEAUX, n° 197 ; A. HUET, n° 7 ; G.H. ROTH, "Internationalrechtliche Probleme bei Prorogation und Derogation" {préc. n. 7}, p. 169. — Il convient de remarquer que de tels conflits de compétence sont concevables également dans le cadre de la Convention de Bruxelles. V. sur ce point, par ex., H. VAN HOUTTE, "Wanneer verliest de Belgische rechter rechtsmacht over de beëindiging van een concessie-overeenkomst omdat de zaak bij een andere E.E.X.-rechter aanhangig is ?", note sous Comm. Bruxelles, 31 mars 1994 (Asscherickx c. Skaar c. Acciaierie Weissenfels), *R.D.C.B.*, 1995, p. 420 et s., qui soulève cette question au regard de l'article 21 de la Convention. Relatif à la litispendance, celui-ci reconnaît, en effet, la priorité du juge premier saisi. Cette règle joue-t-elle également quand le juge premier saisi est un juge dérogoé qui a estimé inefficace la convention d'élection de for alors que le juge élu est ultérieurement saisi ? On peut se demander si on ne pourrait pas répondre à cette question en reprenant la suggestion faite de manière générale par M. Geimer à propos des conflits de compétence qui risquent de naître d'une appréciation différente d'une convention d'élection de for par les divers juges des Etats contractants. Cet auteur propose d'étendre la solution prévue par l'article 17 (1) *in fine* aux cas des conventions d'élection de for comprises dans le champ d'application de l'article 17 (1). Ainsi, en toute hypothèse, les juges dérogoés ne pourraient-ils pas statuer tant que les tribunaux de l'Etat contractant désigné n'auraient pas eux-mêmes décliné leur compétence à titre définitif (R. GEIMER, "Kompetenzkonflikte im System des Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens", *Festschrift für W. Kralik zum 65. Geburtstag*, Vienne, 1986, p. 186). Cette solution devrait peut-être jouer également dans les cas de *litispendance* même si le juge élu par la clause est le juge saisi en second. Ainsi, exceptionnellement, serait-ce au juge saisi en premier de surseoir à statuer, jusqu'à ce que le juge élu ait pris position sur la clause.

¹¹ Remarquons que Mme Gaudemet-Tallon a suggéré une solution différente. Cet auteur a en effet proposé que la convention d'élection de for, qu'elle soit invoquée devant le juge élu ou devant le juge exclu, soit toujours soumise *cumulativement* aux lois de ces deux fors (H. GAUDEMET-TALLON, n°s 118 à 135). V. dans le même sens, Paris (1° ch. suppl.), 27 janvier 1955 (sté Jansen c. sté Heurtey), *Rev. crit. DIP.*, 1955, p. 330, note H. MOTULSKY. — Cette position a été critiquée car, conformément au principe évoqué plus haut, les règles de compétence d'un Etat ne peuvent pas être *applicables* à la compétence des organes d'un autre Etat (en ce sens, H. BAUER, n° 181 ; G. de GEOUFFRE de LA PRADELLE, *Les conflits de lois en matière de nullités*, {préc. n. 7}, n° 266 ; D. HOLLEAUX, n° 196 ; A. HUET, n° 5).

étrangers : il obéit à sa *lex fori*, la seule à avoir un titre pour régir sa compétence, mais celle-ci lui impose de *prendre en considération* la loi étrangère comme condition de l'application de la loi du for¹². L'opinion de la loi étrangère sur la convention d'élection de for devient alors, en vertu de la loi du for saisi, condition de la compétence ou de l'incompétence de celui-ci¹³.

42. La "licéité de principe" de la **convention d'arbitrage** c'est-à-dire la reconnaissance de son effet sur la compétence des juridictions étatiques dépend, elle aussi, de la *loi du for saisi*, parce qu'il s'agit d'une question relevant de la compétence de celui-ci¹⁴. Mme Niboyet-Hoegy le rappelle en ces termes : "dès lors que la clause (d'arbitrage) a pour effet de retirer aux juridictions étatiques le pouvoir de juger, la compétence exclusive du for s'impose indubitablement pour décider s'il peut y avoir transfert juridictionnel à l'arbitre"¹⁵.

Remarquons toutefois que si ce principe est reconnu explicitement par quelques auteurs¹⁶, la plupart d'entre eux n'en parlent pas. Probablement est-ce parce qu'il est ici

¹² C.N. FRAGISTAS, "La compétence internationale exclusive en droit privé" {préc. n. 5}, p. 212 ; D. HOLLEAUX, n° 197 ; A. HUET, n° 7 ; G.H. ROTH, "Internationalrechtliche Probleme bei Prorogation und Derogation" {préc. n. 7}, p. 169. — Il semble que la Cour d'appel de Paris ait suivi cette démarche (Paris (1° Ch. sect. des urg.), 10 octobre 1990 (sté Belle Vue Mauricia c. sté Canmaga Trade Corporation), *Rev. crit. DIP*, 1991, p. 605, note H. GAUDEMET-TALLON) : ayant constaté que la clause attributive de compétence était valable au regard de la loi française, la Cour ajoute que cette clause n'est pas "au surplus" contraire au droit mauricien dont les juridictions ont été exclues. Dans son commentaire, Mme Gaudemet-Tallon rappelle que la vérification de la loi du tribunal exclu n'est vraiment nécessaire que si la loi du tribunal désigné et saisi estime la clause nulle et qu'il y a alors risque de déni de justice si la loi du tribunal exclu la considère comme valable (*ibidem*, p. 612).

¹³ Il faut remarquer que pour éviter les dénis de justice, certains auteurs suggèrent une solution fondée sur l'interprétation de la convention d'élection de for elle-même. V. en ce sens, P. BEHRENS, "Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen vor Amerikanischen Gerichten". *RabelsZ.*, 1974, p. 609 et A. LENHOFF, "The Parties' Choice of a Forum : "Prorogation Agreements"". *Rutgers Law Review*, 1961, p. 423, qui estiment que cette clause contiendrait une condition résolutoire implicite, selon laquelle, si le for étranger élu refuse sa compétence, la convention d'élection de for serait résolue, les parties retrouvant ainsi la possibilité de s'adresser à un des fors exclus mais normalement compétents. Cette solution risque cependant de provoquer des pertes de temps. Elle n'intervient en effet que de manière curative, pour débloquer un conflit négatif de compétence avéré. Tandis que la solution exposée dans le texte, en imposant à chaque for saisi d'observer de manière globale les conséquences qu'auront l'application de sa loi et de celle à laquelle se référerait un autre juge, permet de *prévenir* les dénis de justice.

¹⁴ Il faut distinguer ce principe de droit applicable d'une ancienne théorie, répandue surtout en Allemagne, et qui soumettait les conditions relatives à une convention d'arbitrage à la "loi du tribunal exclu" (pour une présentation critique de cette théorie, v. B. von HOFFMANN, p. 38 et 39). Cette théorie a été critiquée parce qu'en recherchant la loi applicable à la convention d'arbitrage, elle faisait prévaloir son effet d'incompétence plutôt que son effet de création de la juridiction arbitrale (J. RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage. Nature juridique. Droit interne et droit international privé*, L.G.D.J., Paris, 1965, n° 154). Cette critique est fondée quand la convention d'arbitrage est soulevée dans l'ordre arbitral, quand est en cause avant tout son effet positif. Mais quand la convention d'arbitrage est soulevée devant une juridiction étatique, son effet sur la juridiction est au centre du débat : il est alors logique d'appliquer la "loi du tribunal exclu" puisque cela revient alors à dire qu'on applique la "loi du for saisi". Dans la mesure où cette théorie considérait qu'il fallait soumettre à la loi "du tribunal exclu" tous les aspects de la convention d'arbitrage, elle se distinguait toutefois du principe exposé dans le texte et selon lequel, quand une convention d'arbitrage est soulevée devant une juridiction étatique, seuls sa licéité de principe et ses effets sur la juridiction dépendent nécessairement de la *lex fori*.

¹⁵ M.-L. NIBOYET-HOEGY, Note sous Cass. fr. (1° Ch. civ.), 9 octobre 1990 (Prince M. Bin Seoud Bin Abdul Aziz e.a. c. Banque Rivaud e.a.). *Rev. arb.*, 1991, p. 313.

¹⁶ R. HAUSMANN, "Einheitliche Anknüpfung internationaler Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen ?" {préc. n. 7}, p. 363 ; M. PRYLES, "Comparative aspects of Prorogation and Arbitration agreements". *J.C.L.Q.*, 1976, p. 544 qui dit que le consensus est général sur ce point. V. encore P.

question de ce qu'on appelle parfois l'*effet négatif* de la convention d'arbitrage¹⁷ et non de son effet "positif", la création d'une juridiction arbitrale¹⁸. Or les auteurs qui étudient la convention d'arbitrage examinent, le plus souvent, son effet positif, qui est le plus spécifique. Et dans cette hypothèse, comme il ne s'agit plus d'apprécier l'(in)compétence d'une juridiction étatique mais la compétence d'une instance privée, l'effet de la convention d'arbitrage ne peut, par définition, être soumis à la loi du for saisi¹⁹. Mais dans le cadre de notre recherche, la convention d'arbitrage est abordée telle qu'elle se présente à l'ordre juridique étatique, et l'on sait que cela conduit parfois à des questions et à des principes différents de ceux qui jouent dans l'ordre arbitral²⁰.

B) La portée de l'effet juridictionnel des conventions de juridiction.

43. Les questions relatives aux modalités auxquelles est soumis l'effet juridictionnel des conventions de juridiction (a) ou à la portée de celui-ci face aux diverses règles déterminant la compétence du for (b) concernent, elles aussi, plus la juridiction du juge saisi que la clause elle-même et sont dès lors, sans conteste, réglées par le système de compétence du for.

a. Les modalités de l'effet juridictionnel des conventions de juridiction.

44. L'idée selon laquelle les modalités de l'effet juridictionnel des conventions de juridiction dépendent du système de compétence du for saisi n'est pas contestée. Aussi se contente-t-on d'en donner quelques illustrations.

Ainsi peut-on mentionner le débat né en France à propos de l'article 1458 du nouveau Code de procédure civile qui règle les conditions de l'incompétence d'un juge français suite à une convention d'arbitrage.

Cet article prévoit que le juge saisi d'un différend faisant l'objet d'une convention d'arbitrage doit se déclarer incompétent si une partie le demande ; si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la déclaration d'incompétence du juge est soumise à la condition que la convention d'arbitrage ne soit pas manifestement nulle. Cette disposition a suscité des interrogations quant à son éventuelle application aux situations internationales, point dont pouvait faire douter sa situation dans la partie du code consacrée à l'arbitrage interne. La

SCHLOSSER, n° 401 ; R. SCHÜTZE, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1991, p. 35.

¹⁷ M.-L. NIBOYET-HOEGY, *op. cit.* {préc. n. 15}, p. 309.

¹⁸ Il faut remarquer que certains auteurs parlent également d'"effets positifs" de cette convention quand il s'agit d'étudier comment, dans l'ordre étatique cette fois, un juge peut contraindre les parties à respecter leur engagement de se soumettre à l'arbitrage. Ainsi un juge va-t-il par exemple, pour conforter l'effet positif d'une convention d'arbitrage et favoriser la réalité de l'arbitrage, désigner lui-même le ou les arbitres en cas de difficulté de constitution du tribunal arbitral du fait de l'une des parties (En ce sens, B. GOLDMAN, "Arbitrage commercial international. Convention d'arbitrage. Effets. Droit commun", *J. Cl. Dr. Int.*, fasc. 586-5-1, n° 12). En droit français, l'article 1444 NCPC règle ce point pour l'arbitrage interne, l'article 1493 al. 2 pour l'arbitrage international. V. également, pour le droit belge, les articles 1684 et 1685 C. Jud., et, pour le droit allemand, l'article §1029 (2) ZPO. Etant donné qu'en considérant sous cet angle l'effet positif de la convention d'arbitrage, une question de compétence de la juridiction saisie est posée (quand ce tribunal est-il compétent pour intervenir dans la constitution d'un arbitrage ?), c'est la loi de ce for qui s'y applique.

¹⁹ On comprend dès lors que M. Rahmann estime que les effets de la convention d'arbitrage sont régis par la loi applicable à cette convention (D. RAHMANN, p. 36 et 42). Quoique cet auteur ne précise pas dans quel cadre il se place, il ne peut s'agir que de l'ordre arbitral.

²⁰ Sur ce point, v. *supra* nos 23 à 25.

Cour de cassation française a finalement dissipé ces doutes en la déclarant applicable aux arbitrages internationaux²¹.

Cette position confirme l'idée que, dès lors qu'il s'agit de déterminer les modalités de l'effet juridictionnel de la convention d'arbitrage, c'est la loi du for saisi qui est compétente, en l'occurrence, l'article 1458 du nouveau Code de procédure civile, que la situation soit interne ou internationale. Il paraît normal que la loi qui décide de la licéité de principe de l'effet dérogatoire de cette clause en définisse également les modalités.

Il convient de remarquer que cette question *ne concerne pas la procédure arbitrale* et n'a aucune raison d'être soumise à la loi qui régit cette dernière. Certes, une certaine confusion pourrait naître car l'article 1458 du nouveau Code de procédure civile suit des articles relatifs, quant à eux, à la procédure arbitrale. Mais, en réalité, l'article 1458 n'a pas la même fonction que ceux qui le précèdent²² : *celui-là s'adresse au juge français pour lui indiquer les modalités de son incompétence* ; ceux-ci offrent aux parties et à l'arbitre un canevas pour la procédure qu'ils vont suivre. Aussi, l'article 1458 du nouveau Code de procédure civile s'applique-t-il nécessairement²³ et uniquement²⁴ quand un juge français est confronté à une convention d'arbitrage, tandis que les articles qui le précèdent peuvent, en matière internationale, faire l'objet de dérogations ainsi que le reconnaît l'article 1494²⁵.

Ainsi l'article 1458, réglant les modalités de l'effet juridictionnel de la convention d'arbitrage, est-il en réalité une des règles déterminant la compétence du for saisi. Par conséquent, par cet aspect là également, la convention d'arbitrage se rattache au système de compétence du juge saisi.

UNIVERSITE CATH. DE LOUVAIN
FACULTE DE DROIT
BIBLIOTHEQUE
PLACE MONTESQUIEU, 2
B - 1348 LOUVAIN - LA - NEUVE

²¹ Cass. fr. (1^o Ch. civ.), 28 juin 1989 (Eurodif c. République islamique d'Iran), *Rev. arb.*, 1989, p. 653. note Ph. FOUCHARD ; adoptant déjà cette solution implicitement, Cass. fr. (1^o Ch. civ.), 7 juin 1989 (sté Anhydro c. sté Caso Pillet e.a.), *Rev. arb.*, 1992, p. 61. note Y.DERAINS. — V. également les auteurs qui, avant ces arrêts, avaient prôné cette solution en se fondant sur le but de l'article 1458 : P. BELLET, E. MEZGER, "L'arbitrage international dans le nouveau Code de procédure civile", *Rev. crit. DIP*, 1981, p. 626 ; B. GOLDMAN, "Arbitrage commercial international. Convention d'arbitrage. Effets. Droit commun" {préc. n. 18}, n^o 72 ; P.-Y. TSCHANZ, note sous Paris (1^o Ch. urg.), 30 novembre 1988 (sté Kornas Marma c. sté Durand-Auzias) et Paris (1^o Ch. suppl.), 14 février 1989 (sté Ofer Brothers c. The Tokyo Marine and Fire Insurance Co ltd e.a.), *Rev. arb.*, 1989, p. 700.

²² V. dans un sens analogue, Ph. FOUCHARD, *op. cit.* {préc. n. 21}, p. 664.

²³ V. P.-Y. TSCHANZ, *op. cit.* {préc. n. 21}, p. 701 : "l'article 1458 concerne les rapports entre compétences arbitrale et judiciaire et cette question doit échapper à un choix du droit applicable".

²⁴ On ne conçoit guère que par le choix de la procédure arbitrale telle qu'elle est réglée par la loi française, des parties puissent imposer à un juge belge de se reconnaître incompétent selon les modalités de l'article 1458 NCPC plutôt que selon celles, plus strictes, que lui prescrit l'article 1679 C. Jud.

²⁵ Il faut remarquer que la présentation du droit belge prête moins à confusion : y sont décrites d'abord les conditions auxquelles l'Etat belge reconnaît la possibilité de l'arbitrage (art. 1676 à 1678 C. Jud.), puis comment se résolvent les conflits entre la juridiction étatique et la juridiction arbitrale, c'est-à-dire l'article 1679 C. Jud. l'homologue de l'article 1458 NCPC, et seulement ensuite la manière belge de concevoir l'arbitrage, c'est-à-dire les éléments de procédure arbitrale auxquels, en matière internationale, les parties peuvent renoncer par le choix d'une autre loi (art. 1680 et s. C. Jud.).

45. On peut encore évoquer un autre exemple²⁶, concernant également le régime de l'exception d'incompétence fondée sur l'existence d'une convention d'arbitrage. Ainsi, la Cour de cassation française a-t-elle décidé que le fait qu'une partie ait présenté une demande au fond devant les tribunaux étatiques valait de sa part renonciation au bénéfice de la clause compromissoire ; l'exception d'arbitrage ne pouvait plus, dès lors, être soulevée par cette partie même vis-à-vis des demandes reconventionnelles présentées par son adversaire²⁷. Mais la Cour de cassation n'a pas mentionné la loi qu'elle appliquait. Commentant l'arrêt, M. Oppetit estime que la Cour a fait usage d'une "règle matérielle" et n'a pas eu recours à une règle de conflit²⁸. Autrement dit, il y a eu application de la loi française, loi du tribunal saisi, ce qui paraît normal puisqu'il s'agissait de fixer les conditions dans lesquelles l'incompétence des tribunaux français pouvait être soulevée²⁹.

²⁶ On remarquera qu'une récente jurisprudence de la Cour d'appel de Paris fait également application du principe du rattachement au système de compétence du juge saisi des effets juridictionnels des conventions de juridiction, à propos cependant non de l'effet dérogoire de compétence de la convention d'arbitrage mais plutôt d'une sorte d'effet prorogatoire de la compétence étatique recherchée par les parties ayant conclu cette clause. En effet, dans le cadre d'un arbitrage international, les parties avaient stipulé dans leur compromis que la sentence serait susceptible d'un appel devant les juridictions étatiques. Mais si un tel appel est prévu en matière d'arbitrage interne (art. 1482 NCPC) il est exclu par l'article 1507 pour l'arbitrage international. Aussi la Cour déclare-t-elle cet appel irrecevable car les parties n'avaient pas le pouvoir de créer une voie de recours que ne prévoit pas la loi (Paris (1^o Ch. suppl.), 12 décembre 1989 (sté Binaate Maghreb s. sté Screg Routes), *Rev. arb.*, 1990, p. 863, note P. LEVEL). Or la seule loi que la Cour ait consultée est la loi française, seule loi compétente pour décider, en France, des relations entre les juridictions étatiques et la juridiction arbitrale (en ce sens, P. LEVEL, *op. cit.*, p. 870). *adde*, adoptant la même solution. Paris (1^o Ch. C), 27 octobre 1994 (sté de Diseno c. sté Mendes), *Rev. arb.*, 1995, p. 263, note P. LEVEL.

²⁷ Cass. fr. (1^o Ch. civ.), 6 juin 1978 (sté British Leyland c. sté d'exploitation des Etablissements Richard), *J.D.I.*, 1978, p. 907, note B. OPPETIT, *Rev. arb.*, 1979, p. 230, note P. LEVEL.

²⁸ B. OPPETIT, *op. cit.* {préc. n. 27}, p. 912.

²⁹ Il convient d'observer que, dans sa note, M. Oppetit n'est pas d'accord avec l'idée que c'est à la *lex fori* de régler cette question. Présentant ce problème comme celui de la renonciation à la convention d'arbitrage, cet auteur estime que la convention d'arbitrage constituant un mécanisme contractuel, c'est logiquement la loi applicable à cette convention qui devrait décider de sa renonciation. Aussi pour expliquer que, dans l'arrêt précité, la Cour de cassation ne se soit pas référée à la loi anglaise régissant *in casu* la convention d'arbitrage, cet auteur, au lieu de reconnaître que la Cour a appliqué la loi française, préfère dire que la règle matérielle posée par la Cour est "indépendante de tout rattachement législatif" (B. OPPETIT, *op. cit.* {préc. n. 27}, p. 912). Or quand une règle est soi-disant indépendante de toute loi étatique, elle est toujours dépendante du système juridique du for qui l'énonce (sur ce point, v. *infra* nos 101 à 103). Autrement dit, il y a bien eu application de la *lex fori*. Ce qui s'explique, comme indiqué dans le texte, parce que le point litigieux concernait la compétence du juge saisi (dans le même sens, P. LEVEL, *op. cit.* {préc. n. 27}, p. 237).

Nous considérons cependant que dans une certaine mesure M. Oppetit a raison de dire que la loi applicable à la convention d'arbitrage devrait régir la renonciation. Cela requiert toutefois quelque précision. Il faut, en réalité, distinguer deux types de renonciation à la convention d'arbitrage : une *renonciation contractuelle* par laquelle, comme pour tout contrat, les parties, expressément ou tacitement, marquent leur accord pour en faire cesser les effets ; une *renonciation plutôt juridictionnelle*, en ce qu'elle découle des règles relatives au moment ou aux conditions selon lesquelles peut être soulevée l'exception d'incompétence fondée sur la convention d'arbitrage. Dans le premier cas, il y a réellement renonciation à la convention d'arbitrage et il est concevable que s'applique la loi de la convention ; dans la seconde hypothèse, il y a plutôt renonciation à l'*exception d'arbitrage* et il paraît beaucoup plus normal que s'y applique la *lex fori*. Comp. Paris. (1^o Ch. suppl.), 7 juin 1984 (sté Belin c. S.A.T.E.C.), *Rev. arb.*, 1984, p. 504, note E. MEZGER, où la Cour présente en substance ces deux types de renonciation et considère qu'il y a "en particulier" renonciation à la clause compromissoire quand l'exception d'incompétence tirée de l'existence de cette clause n'a pas été soulevée ou qu'il y a été renoncé.

b. L'étendue de l'effet juridictionnel des conventions de juridiction.

46. Une autre question soulevée par les conventions de juridiction et trouvant, elle aussi, sa solution dans le système de compétence du juge saisi concerne les hypothèses dans lesquelles leur effet dérogoire de compétence³⁰ peut être reconnu. Il arrive en effet, que le fondement de la compétence du juge saisi paraisse s'opposer à la reconnaissance d'un tel effet. Il en est ainsi par exemple quand la convention de juridiction est invoquée alors que le for tire sa juridiction d'une règle de compétence dérivée ou d'une règle de compétence impérative. On n'examinera ici que le cas des compétences dérivées³¹, dans un exposé qui sera bref puisqu'il a pour seul but de donner une autre illustration du rattachement des conventions de juridiction à la matière de la compétence³².

47. Reconnaître aux conventions de juridiction leur effet dérogoire peut paraître problématique quand le tribunal saisi est compétent en vertu d'une des règles de *compétence dérivée*. Ces règles ont pour objectif de favoriser une bonne administration de la justice en regroupant devant un même juge des questions ou des personnes qui sont liées, évitant ainsi les contrariétés qui pourraient exister entre les décisions, si elles étaient rendues par des juges différents³³. De telles compétences dérivées se rencontrent, par exemple, dans les droits belge et français, où elles s'appliquent en matière interne comme en matière internationale³⁴, et aussi dans le système de compétence mis en place par la Convention de Bruxelles. Les regroupements de compétence prévus sont généralement les suivants : lorsque la ou les demandes concernent plusieurs défendeurs, ceux-ci peuvent être attirés devant le tribunal du

³⁰ Il faut remarquer que les hypothèses dont il va être question supposent que l'effet recherché par celui qui invoque la convention de juridiction est une dérogoire de compétence. Comme c'est toujours le cas quand une convention d'arbitrage est soulevée devant une juridiction étatique, cette précision n'intéresse que la convention d'élection de for.

³¹ Il sera ultérieurement question des relations entre les compétences impératives et les conventions de juridiction. V. *infra* nos 59 et 62.

³² Une autre illustration de ce principe concerne la reconnaissance de l'effet dérogoire d'une convention de juridiction si le for qui y est confronté est le *juge des référés*. On ne s'attardera pas ici sur les solutions concrètes à réserver à un tel conflit et à toutes les hypothèses de référés que distingue la jurisprudence française pour le résoudre quand est concernée une convention d'arbitrage (pour un résumé de ces questions, v. G. COUCHEZ, note sous Cass. fr. (2^o Ch. civ.), 1 février 1989 (sté S.C.A.C. c. Brajeux), *Rev. arb.*, 1989, p. 499 et s.). On constatera simplement que ces questions sont résolues sans qu'un conflit de lois soit évoqué, par l'application de la loi du for saisi. Ainsi, en France, le débat s'inscrit-il autour des dispositions du nouveau Code de procédure civile relatives à la compétence du juge des référés (art. 145, 808 et 809) dont on se demande si elles jouent malgré la présence d'une convention de juridiction. — Sur ce débat, à propos de la convention d'arbitrage, v. notamment B. GOLDMAN, "Arbitrage commercial international. Convention d'arbitrage. Effets. Droit commun", *J. Cl. Dr. Int.*, fasc. 586-5-1, n^o 92. — A propos du conflit entre le juge des référés et une convention d'élection de for, v. H. GAUDEMET-TALLON, note sous Cass. fr. (1^o Ch. civ.), 17 décembre 1985 (Cie de signaux et d'entreprises électriques c. sté Sorelec), *Rev. crit. DIP*, 1986, p. 542.

³³ A. HUET, n^o 56.

³⁴ Il y a en Belgique deux systèmes de règles de compétence : l'un régit la compétence territoriale interne (art. 622 à 634 C. Jud.), l'autre la compétence internationale (art. 635 à 638 C. Jud.). Les règles de compétence dérivée se retrouvent dans les deux cas. Nous ne parlerons ici que des règles relatives à la compétence internationale. — En France, la compétence internationale se détermine en principe par la transposition dans l'ordre international des dispositions internes de compétence territoriale (sur ce point, v. encore *infra* n^o 152). Aussi, les règles de compétence dérivées valables en droit interne sont-elles en principe étendues à la compétence internationale (A. HUET, n^{os} 56 et 72).

domicile de l'un d'eux³⁵ ; une personne appelée en garantie peut être assignée devant le juge compétent pour la demande originaire³⁶.

La question se pose si la personne atraite devant un juge en vertu de ces règles peut opposer à la compétence de celui-ci la convention de juridiction qui la lie avec le demandeur, si cette personne est un des codéfendeurs, ou avec le défendeur principal, si elle est l'appelé en garantie³⁷. Faut-il respecter l'accord relatif à la compétence alors qu'il risque de nuire à la concentration des litiges recherchée ?

Pour l'objet de nos recherches, il suffit de constater que puisqu'il s'agit de savoir si le for saisi reste compétent vis-à-vis de cette personne en raison des règles de regroupement des compétences ou s'il devient incompétent par l'effet de la convention de juridiction, ce point est, sans conteste, soumis à la *lex fori*. Pour cette question également, les conventions étudiées dépendent donc du système de compétence du for. Observons, quant aux solutions concrètes de ce problème, qu'habituellement l'effet dérogoire de la convention de juridiction est reconnu même si la compétence du for saisi découle d'un cas de compétence dérivée³⁸. Seule est parfois réservée l'hypothèse d'une *indivisibilité* entre le litige soumis à la convention de juridiction et celui pour lequel existe la compétence dérivée. Dans ce cas, la règle de compétence dérivée l'emporterait au mépris du respect de l'effet dérogoire de la clause³⁹⁴⁰.

³⁵ Art. 635 10° C. Jud. ; art. 42 al 2 NCPC ; art. 6 (1) conv. de Bruxelles.

³⁶ Art. 635 9° C. Jud. ; art. 333 NCPC ; art. 6 (2) conv. de Bruxelles.

³⁷ Cette hypothèse ne doit pas être confondue avec celle d'un éventuel regroupement des litiges devant le tribunal *élu* ou devant le tribunal *arbitral*. La question qui se pose alors est la suivante : la base conventionnelle de la compétence de ce tribunal suffit-elle pour attirer devant lui d'autres parties ou d'autres litiges liés au premier ? Le même désir d'éviter les décisions contradictoires que celui qui inspirait les compétences légales dérivées peut suggérer une concentration des compétences auprès de l'instance élue. La difficulté provient toutefois de l'origine conventionnelle, et donc nécessairement relative, de la compétence de celle-ci. Pour plus de détails sur ce problème et sur les solutions développées en France à propos de la convention d'arbitrage, v. *infra* nos 327 et s.

³⁸ Pour la convention d'élection de for tombant dans le champ d'application de la Convention de Bruxelles, v. P. GOTHOT, D. HOLLEAUX, nos 116 et 117 ; pour la convention d'arbitrage, v. M. HUYS, G. KEUTGEN, nos 155 à 157 ; pour la convention d'élection de for, v. A. HUET, n° 61. — Pour des cas d'application en droit belge, v. par exemple Cass. (1° Ch.), 20 juin 1946 (sté an. "la Belgique" c. L. Paeshuys), *Pas.*, 1946, p. 250 ; Comm. Liège, 27 mars 1970 (Rosoux c. S.p.r.l. Immobilière Knevels), *J.C.B.*, 1970, p. 603, relatifs à des conventions d'arbitrage dans des hypothèses d'appel en garantie. — V. aussi C.J.C.E., 9 novembre 1978 (Meeth c. Glacetal), *Rev. crit. DIP*, 1981, p. 127, note H. GAUDEMET-TALLON, où la Cour rappelle, au motif 5 (p. 129), que les clauses d'élection de for régies par l'article 17 de la Convention de Bruxelles évincent les compétences des articles 5 et 6. — Il faut préciser qu'en droit interne français, l'article 333 du Nouveau Code de procédure civile déclare que la règle de compétence dérivée relative à l'intervention forcée d'un tiers prévaut sur la convention d'élection de for que ce dernier pourrait invoquer pour se soustraire à la compétence du juge saisi. On observera cependant plus loin que la Cour de cassation française a décidé que cet article ne jouait pas en matière internationale (v. *infra* n° 157).

³⁹ V. à propos de la convention d'arbitrage, L. DERMINE, note sous Cour trav. Mons, 15 novembre 1979 (Van Damme c. A.S.B.L. "L'Enseignement catholique diocésain de Braine-le-Comte"), *R.R.D.*, 1980, p. 149 ; M. HUYS, G. KEUTGEN, n° 156 ; J. LINSMEAU, n° 113, p. 78 ; P. VAN OMMESLAGHE, "L'arbitrage multipartite", in *L'arbitrage*, éd. du Jeune Barreau, Bruxelles, 1983, n° 4, p. 113. — A propos de la convention d'élection de for, v. J. LAENENS, "Internationaal privaatrechtelijk procesrecht en de bevoegdheidsovereenkomsten" {préc. n. 7}, n° 65, p. 261. — A propos de la convention d'élection de for tombant dans le champ d'application de la Convention de Bruxelles, v. P. GOTHOT, D. HOLLEAUX, n° 117.

⁴⁰ Longtemps, l'indivisibilité a constitué en France, pour la convention d'élection de for comme pour la convention d'arbitrage, l'exception au principe selon lequel leur respect devait être assuré (v. par ex., pour la convention d'élection de for, Cass. fr. (Ch. civ. 2° Sect.), 1 juillet 1966 (Agence maritime A. Boccara c. Cie tunisienne de navigation e.a.), *Rev. crit. DIP*, 1967, p. 355, note E. MEZGER ; pour la convention d'arbitrage, Cass. fr. (Ch. com.), 15 juillet 1975 (Dinguigard c. sté Sea Containers France), *Rev.*

§2 — *Le rattachement à la matière de la compétence de certaines des conditions des conventions de juridiction.*

48. Il convient à présent de démontrer que les conventions de juridiction se rattachent au système de compétence du juge saisi non seulement pour leur "licéité de principe" et la "portée de leur effet juridictionnel" mais aussi pour certaines de leurs conditions. Ainsi les conventions de juridiction devraient-elles, en fait, répondre à *deux types de conditions*, correspondant à leurs dimensions contractuelle *et* *juridictionnelle*. Il importe d'explicitier cette affirmation car elle constitue le fondement de l'essentiel de la thèse qui va être défendue dans cette étude.

Aussi constatera-t-on d'abord que la doctrine reconnaît actuellement de manière unanime que la convention d'élection de for est soumise à deux catégories de conditions (A). Après avoir défini les contours de la distinction entre ces types de questions (B), on indiquera ensuite qu'elle est valable également pour la convention d'arbitrage soulevée dans l'ordre étatique (C). Enfin, reprenant les diverses conditions susceptibles d'être imposées aux conventions de juridiction, on s'interrogera sur leur qualification au regard de la distinction présentée (D).

A) Dualité des conditions imposées à la convention d'élection de for.

49. Il est intéressant d'observer que, dans plusieurs pays, l'idée se répand que les conditions pouvant être imposées à la convention d'élection de for ne constituent pas un ensemble homogène mais se divisent en *deux catégories*. Celles-ci sont désignées différemment selon les auteurs, mais très probablement est-ce la même intuition générale qui les sous-tend.

crit. DIP, 1976, p. 132, note P. LAGARDE). Tout le problème évidemment est de définir le concept d'indivisibilité, sans quoi, il pourrait y avoir là un prétexte commode pour refuser l'effet des conventions de juridiction (en ce sens A. HUET, n° 63, qui remarque qu'en fait, le plus souvent, il est décidé que les demandes sont indivisibles). Aussi les auteurs s'accordent-ils pour retenir une *définition étroite* de cette notion : il y a indivisibilité quand il est "impossible d'exécuter simultanément les deux décisions qui interviendraient si les deux demandes n'étaient pas instruites et jugées par la même juridiction" (A. HUET, n° 65, citant MM. Solus et Perrot). — Pour une application de la même définition, v. Liège, 25 juin 1982 (Carlier c. Devaux e.a.), *J.L.*, 1982, p. 341, obs. G. de LEVAL.

⁴¹ Il faut remarquer que la Cour d'appel de Paris a récemment déclaré, à propos d'une convention d'arbitrage, qu'"à supposer même l'existence d'une indivisibilité, cette circonstance ne saurait mettre en échec une stipulation librement consenties par les parties" (Paris (1° Ch. urg.), 11 février 1987 (sté Salen Reefer Services e.a. c. sté S.I.T.R.A.M.). *Rev. arb.*, 1988, p. 561. — Par ailleurs, dans un récent arrêt relatif à une convention d'élection de for, la Cour de cassation française ne mentionne expressément aucune limite au principe du respect de cette clause face à une compétence dérivée (Cass. fr. (Ch. com.), 30 mars 1993 (sté COMANAV e.a. c. Cie S.R.O.R. e.a.), *Rev. crit. DIP*, 1993, p. 680, note H. GAUDEMET-TALLON). Mme Gaudemet-Tallon se demande s'il ne faut pas y voir un signe de l'abandon de la réserve d'indivisibilité du litige. C'est en tout cas, la solution qui paraît souhaitable à cet auteur (H. GAUDEMET-TALLON. *ibidem*, p. 683). — Observons que dans certains arrêts belges déjà anciens, le respect à donner à la convention d'arbitrage était, de même, présenté de manière absolue, écartant toute réserve (v. Cass. (1° Ch.). 20 juin 1946 et Comm. Liège. 27 mars 1970. {préc. note n° 38}).

Il nous semble difficile de décider de manière générale si le respect des conventions privées sur la compétence doit ou ne doit pas prévaloir sur le souci d'une bonne administration de la justice lié à la présence de litiges indivisibles. Il paraît préférable de préserver la souplesse d'une solution adaptée à chaque cas particulier. Aussi ne prendrons-nous pas position pour ou contre l'indivisibilité. Mais on remarquera simplement qu'il ne semble pas que les différences entre les conventions d'arbitrage et d'élection de for doivent, en cette matière, se traduire par des solutions différentes pour l'une et pour l'autre.

50. Ainsi, en Belgique, M. Krings distingue “les conditions de légalité de la prorogation de compétence” et “les conditions qui ont trait à la validité de la convention elle-même”⁴². M. van Houtte oppose, quant à lui, la “validité processuelle” (*procesrechtelijke geldigheid*) de cette convention à sa “validité contractuelle” (*contractuele geldigheid*)⁴³ tandis que M. Born présente de manière distincte ses “conditions de validité intrinsèque” et ses “conditions de validité extrinsèque”⁴⁴. La terminologie qui a cours en France paraît mieux fixée : le diptyque de plus en plus souvent utilisé met face à face la “licéité” et la “validité” de cette clause⁴⁵. Remarquons que le terme “licéité” a dans ce contexte un sens plus étendu que celui qui a été retenu dans cette étude : ne se limitant pas à la reconnaissance de principe d'une clause, la “licéité” comprend également les conditions particulières auxquelles est soumise cette reconnaissance⁴⁶. Pour les Germanophones, les exigences imposées à la convention d'élection de for se rangent en conditions d’“admissibilité” (*Zulässigkeit*) et de “formation” (*Zustandekommen*)⁴⁷.

Sous la différence des termes utilisés, l'idée générale qui, de manière plus ou moins explicite⁴⁸, justifie cette dualité des conditions imposées à la convention d'élection de for est la même : présentant des côtés juridictionnels et des aspects contractuels⁴⁹, cette convention doit logiquement répondre à des exigences correspondant à ces deux pôles.

⁴² E. KRINGS, “Réflexions au sujet de la prorogation de compétence territoriale et du for contractuel”, *Rev. dr. intern. comp.*, 1978, n° 10, p. 95.

⁴³ H. VAN HOUTTE, “Het recht van toepassing op het bevoegdheidsbeding. Bedenkingen bij Cass., 15 juni 1988”, *R.D.C.B.*, 1989, p. 566.

⁴⁴ H. BORN, “Le régime général des clauses attributives de juridiction dans la Convention de Bruxelles”, *J.T.*, 1995, n° 28, p. 359.

⁴⁵ V. par ex. B. ANCEL, Y. LEQUETTE, n° 10, p. 568 (note sous l'arrêt Sorelec) ; C. BLANCHIN, p. 40 et s. (licéité) et p. 50 et s. (validité) ; A. HUET, n° 8 ; P. MAYER, n° 302. Déjà en 1965, M. Bauer procédait à une telle scission en présentant le droit français mais les termes utilisés étaient légèrement différents. Cet auteur opposait, en effet, le “principe de l'admission de la prorogation” (H. BAUER, n° 173) ou “licéité” (*ibidem*, n° 181) aux “conditions de fond” de la convention sur la compétence (*ibidem*, n° 182).

⁴⁶ V. par exemple P. MAYER, n° 304, qui présente les diverses limites dans lesquelles est enfermée la “licéité” des clauses prorogant la compétence internationale : ces limites sont autant de conditions à respecter par la clause pour être reconnue.

⁴⁷ V. par ex. R. HAUSMANN, “Einheitliche Anknüpfung internationaler Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen ?” {préc. n. 7}, p. 362 ; O. SANDROCK, *Handbuch der Internationalen Vertragsgestaltung*, II, Heidelberg, 1980, n° 13, p. 765 ; H. SCHACK, n° 432. V. également G. KAUFMANN-KOHLER, p. 61 (cette personne n'est pas germanophone mais à l'instar des auteurs de son pays, la Suisse, elle se tourne souvent vers la situation législative et jurisprudentielle de l'Allemagne).

⁴⁸ V. B. ANCEL, Y. LEQUETTE, n° 10, p. 567. (note sous l'arrêt Sorelec), qui mettent en lien cette distinction avec la “double nature de l'institution” ; dans le même sens, G. KAUFMANN-KOHLER, p. 41. — En Allemagne, la distinction “admissibilité/formation” est généralement rapprochée de la nature complexe de la convention d'élection de for. “contrat matériel relatif à des relations processuelles” (v. par exemple. H.R. WIRTH, “Gerichtsstandsvereinbarungen im internationalen Handelsverkehr”. *N.J.W.*, 1978, p. 460 ; R. HAUSMANN, “Einheitliche Anknüpfung internationaler Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen ?” {préc. n. 7}, p. 360). — En France et en Belgique, la dualité des conditions de la convention d'élection de for est souvent présentée sans explication sur son origine (v. par ex. E. KRINGS, “Réflexions au sujet de la prorogation de compétence territoriale...” {préc. n. 42}, p. 91 ou A. HUET, n° 8). Mais comme il est admis par ailleurs que cette convention a une dimension contractuelle et une dimension juridictionnelle (v. A. HUET, n° 32 ; J. LAENENS, “Internationaal privaatrechtelijk procesrecht en de bevoegdheidsvereenkomsten” {préc. n. 7}, n° 21, p. 227), on peut supposer que les auteurs français et belges imputent implicitement à cette nature complexe la pluralité des types de conditions qu'ils reconnaissent.

⁴⁹ V. la présentation des diverses dimensions de cette convention (*supra* n° 9 à 12).

51. Quant à la terminologie, on se référera, dans cette étude, à la traduction française des termes allemands, à l'“*admissibilité*” et à la “*formation*” de la convention d'élection de for donc. Plusieurs raisons justifient ce choix.

L'opposition “licéité-validité” qu'emploient généralement les auteurs français paraît en effet trop imprécise.

Utilisé dans un sens large, le terme “licéité” ne permet plus de distinguer entre la reconnaissance même d'un phénomène et les conditions particulières auxquelles celle-ci est soumise. Or cette distinction est importante⁵⁰. Car la “licéité de principe” d'une convention de juridiction est *nécessairement* déterminée par la loi du for qui en est saisi : on l'a indiqué plus haut, ce ne peut être qu'en vertu de la *lex fori* qu'un tribunal se reconnaît compétent ou incompétent sur base d'une convention privée. Mais les conditions mêmes de ce phénomène juridictionnel peuvent être confiées à une autre loi que la *lex fori*⁵¹. Il importe donc de distinguer⁵² deux notions⁵³. Aussi proposons-nous de conserver à la “licéité” un sens restreint, celui présenté dans cette étude sous l'expression “licéité de principe”, et de désigner par “*admissibilité*”⁵⁴ la catégorie des conditions que suscite la dimension juridictionnelle des conventions étudiées⁵⁵.

La référence à la “validité” des conventions de juridiction ne paraît pas non plus idéale. Utilisé actuellement par les auteurs français par opposition au mot “licéité”, ce terme ne désigne que les conditions engendrées par les aspects contractuels de la convention d'élection de for. Or, par le passé, avant que l'idée de la dualité des conditions de cette convention soit nette, on parlait indifféremment de “validité” ou d’“invalidité” de cette clause pour des questions qui, aujourd'hui en France, seraient rangées tantôt sous la catégorie “licéité”, tantôt sous celle de la “validité”⁵⁶. Le terme “validité” peut donc être

⁵⁰ En témoigne par exemple la thèse de Mme Gaudemet-Tallon où un chapitre préliminaire est consacré à la “possibilité de principe d'une influence de la volonté individuelle sur la compétence judiciaire internationale” (H. GAUDEMET-TALLON, n^{os} 196 à 230, p. 131 à 149), c'est-à-dire à la question de la “licéité de principe”.

⁵¹ Sur ce point, v. *infra* n^{os} 79 et 80.

⁵² Il est vrai que cette distinction est surtout intellectuelle car la question de la “licéité de principe” est le plus souvent sous-entendue. En effet, quand l'admissibilité est soumise à la *lex fori*, cela signifie qu'implicitement, cette loi reconnaît la possibilité d'une telle clause. Et la question de la “licéité de principe” de cette convention n'est guère plus posée quand son admissibilité est confiée à une loi étrangère. Car, dès lors que la *lex fori* renvoie à la loi étrangère pour les conditions posées à la prorogation de compétence, c'est qu'elle reconnaît ce phénomène. Il reste qu'on peut dire, dans cette dernière hypothèse également, que la “licéité de principe” est soumise à la loi du for saisi puisque c'est en vertu d'une règle de ce for que l'admissibilité est confiée à une loi étrangère.

⁵³ V. en ce sens, B. ANCEL, Y. LEQUETTE, n^{os} 2 et s., p. 558 et s. (note sous l'arrêt Sorelec), qui étudie d'abord la “licéité des clauses attributives de juridiction dans l'ordre international”, comprise dans le sens de “possibilité de modifier la compétence des organes” et ensuite, les “limites à la licéité” de ces clauses, c'est-à-dire les conditions posées à ce phénomène. Quoique le même terme, “licéité”, soit utilisé dans les deux cas, il apparaît qu'il recouvre deux réalités : la possibilité de principe de conclure une clause de compétence ; ensuite, dès lors que cette possibilité existe, les conditions qui lui sont imposées.

⁵⁴ V. J. JODLOWSKI, p. 518, qui utilise également ce terme. Il faut cependant remarquer que cet auteur semble l'employer et pour la “licéité de principe” (*ibidem*, p. 526.) et pour les conditions auxquelles la reconnaissance de la convention d'élection de for est soumise (*ibidem*, p. 548.).

⁵⁵ Il faut toutefois reconnaître qu'apparemment, en Allemagne non plus, on ne distingue pas entre ces deux notions : la *Zulässigkeit* est le seul concept utilisé à cet égard, ressemblant dès lors à la “licéité” des auteurs français (v. par ex. R. HAUSMANN, n^o 1244, qui, sous le même paragraphe intitulé “*Zulässigkeit*” étudie la question si une convention d'élection de for peut se voir reconnaître un effet et les diverses “*Zulässigkeitsschranken*” (limites à l'admissibilité) que connaît le droit allemand). Nous n'en maintenons pas moins notre distinction entre “licéité de principe” et “admissibilité”.

⁵⁶ V. par exemple, Mme Gaudemet-Tallon qui au sein des “conditions de validité” distingue entre les conditions de forme et de fond. Or parmi ces dernières, elle évoque les questions si le litige concerné par la convention d'élection de for doit être international et s'il doit présenter un lien avec le tribunal élu (H.

source d'ambiguïté⁵⁷. Cela est manifeste quand on constate que ce qui relève de la "licéité" en France est désigné en Belgique par les expressions "validité processuelle" ou "condition de validité intrinsèque"⁵⁸. Il est préférable dès lors de choisir un terme "neuf", qui ne puisse prêter à confusion. Tel est cas de la notion de "formation" des conventions de juridiction. Certes le concept est vague. Mais les réflexions systématisant la distinction "admissibilité/formation" indiqueront que cette dernière notion possède un contenu aux contours relativement imprécis puisqu'il se définit de manière résiduelle par rapport au contenu de la première⁵⁹.

B) Approfondissement de la distinction "admissibilité/formation".

52. S'il paraissait intéressant de commencer cette réflexion de manière inductive, en remarquant qu'il existe un certain consensus dans la manière d'aborder la convention d'élection de for, il convient d'approfondir la distinction observée. Il faut en effet en rechercher le *critère* car à l'unanimité relativement au principe de la scission des conditions de cette clause ne répond pas un accord doctrinal ou jurisprudentiel sur le contenu respectif de ces catégories. Ce qui est condition de "validité" de la convention d'élection de for pour un auteur ou dans un ordre juridique relève de son "admissibilité" ailleurs⁶⁰. Ces divergences sont dues à l'absence de réflexion sur ce qui distingue ces types de questions. Généralement, en effet, seule une énumération des questions couvertes par ces catégories est donnée mais non le critère de distinction l'inspirant^{61,62}. Or il importe de déterminer celui-ci puisque, à notre avis, cette distinction éclaire de manière déterminante la problématique des droits applicables aux conventions de juridiction, ainsi qu'on l'indiquera tout au long de cette étude.

Il faut remarquer que les réflexions qui suivent ne sont pas liées aux termes "admissibilité" et "formation" mais gardent leur pertinence quels que soient les mots employés pour exprimer la dualité des exigences auxquelles est soumise une convention

GAUDEMET-TALLON, nos 296 à 312, p. 186 à 203). Or actuellement ces questions font partie des conditions de "licéité" (v. par ex. P. MAYER, n° 304).

⁵⁷ Observons, à cet égard, que certains auteurs qui font pourtant une différence explicite entre la "licéité" et la "validité" utilisent parfois de manière imprécise ce dernier terme. Ainsi M. Huet emploie-t-il le mot "validité" non seulement dans son sens restreint (A. HUET, n° 32) mais aussi dans un contexte où il vise *toutes* les questions soulevées par la convention d'élection de for (*ibidem*, n° 4) et encore dans une hypothèse où il n'est en réalité question que de "licéité de principe" (*ibidem*, n° 6). MM. Ancel et Lequette, de même, sont imprécis quand ils déclarent que dans son arrêt du 17 décembre 1985, la Cour de cassation française a affirmé la "validité" de la clause attributive de juridiction (B. ANCEL, Y. LEQUETTE, n° 10, p. 567 (note sous l'arrêt Sorelec)), alors que la Cour n'a parlé que de "licéité" et que ces auteurs estiment eux-mêmes plus loin (*ibidem*, n° 10, p. 568) que seule une question de "licéité" était soumise à la Cour.

⁵⁸ V. *supra* n° 50.

⁵⁹ V. *infra* n° 53 et nos 59 à 64.

⁶⁰ Un exemple parmi d'autres : M. Huet range au sein des conditions de "validité" de la convention d'élection de for le fait qu'elle désigne un tribunal qui soit aisément déterminable (A. HUET, n° 49.), ce qui constitue pour Mme Kaufmann-Kohler une question relative à son "admissibilité" (G. KAUFMANN-KOHLER, p. 215).

⁶¹ En ce sens, par ex. R. HAUSMANN, n° 1226 ; A. HUET, n° 8 ; P. MAYER, n° 302 ; O. SANDROCK. *Handbuch der Internationalen Vertragsgestaltung* {préc. n. 47}. p. 777.

⁶² Nous pensons d'ailleurs que si les auteurs francophones, unanimes pour repérer une distinction au sein des aspects de la convention d'élection de for, négligent l'étude du critère l'inspirant, c'est parce que, comme nous le verrons (*infra* n° 87), ils ne perçoivent encore que de manière très diffuse ses implications fondamentales quant aux droits applicables. Pour les auteurs germaniques, au contraire, la distinction et ses conséquences paraissent si claires que, rarement, ils éprouvent le besoin d'en expliciter les données.

d'élection de for ou même une convention d'arbitrage puisque cette dualité est, à son propos également, concevable⁶³.

53. Le seul critère qui soit parfois explicitement⁶⁴ évoqué considère que la catégorie "formation" comprend tous les points du régime de la convention d'élection de for qui doivent être réglés comme pour un autre contrat tandis que toute condition imposée à la clause en raison de son originalité spécifique participe à l'idée d'"admissibilité"⁶⁵. L'élément-clé de ce critère est la *spécificité* de la convention de juridiction : chaque fois que son régime est différent de celui des contrats substantiels, il est question d'"admissibilité" ; la "formation" se définit par contraste, c'est une notion résiduelle.

54. Il importe de préciser ce critère de distinction.

Ce qui constitue la spécificité de la convention d'élection de for par rapport aux autres contrats est sa dimension *juridictionnelle*. Ainsi existe-t-il des conditions qui, tout en étant imposées à cette convention, *concernent avant tout son effet juridictionnel*. On peut l'illustrer par un exemple clair : le respect par la clause des compétences impératives du for saisi⁶⁶. Ce point a déjà été évoqué parmi les questions relatives à la portée de l'effet

⁶³ V. *infra* n° 57.

⁶⁴ Il semble qu'en Allemagne, on considère que l'admissibilité de la convention d'élection de for comprend toutes les conditions auxquelles est soumise cette clause en vertu des articles §§38 et 40 ZPO (en ce sens, R. HAUSMANN, n° 1226). Le critère *implicite* de la distinction serait dès lors le suivant : si une condition est énoncée par le code de procédure civile, elle concerne l'admissibilité de la clause, sinon il s'agit de sa formation. Il paraît effectivement logique que ce soit le code de procédure civile qui pose les conditions juridictionnelles de la convention d'élection de for. Mais, il faut observer qu'un tel critère n'est pas satisfaisant si on veut l'utiliser dans un autre ordre juridique, en Belgique ou en France par exemple. Ces pays ont d'autres traditions et il serait hasardeux de prétendre que ce que contient le Code judiciaire belge ou le nouveau Code de procédure civile français à propos de la convention d'élection de for constitue l'énoncé complet et unique des conditions d'"admissibilité" la concernant.

⁶⁵ V. D. RAHMANN, p. 32, qui évoque brièvement cette idée à propos de la convention d'arbitrage. La généralité de ce critère implique cependant qu'il soit valable pour les deux conventions de juridiction. On le retrouve d'ailleurs chez Mme Kaufmann-Kohler à propos de la convention d'élection de for. Cet auteur écrit, en effet, qu'elle entend par "admissibilité" "les conditions *particulières* auxquelles un accord valablement conclu doit satisfaire pour produire des effets sur la compétence" (G. KAUFMANN-KOHLER, p. 44, c'est nous qui soulignons). — *adde*, dans un sens analogue, B. ANCEL, Y. LEQUETTE, n° 10, p. 568 (note sous l'arrêt Sorelec), qui distinguent entre la "licéité de l'accord d'élection de for en tant qu'il déroge à la compétence des juridictions françaises" et sa "validité en tant qu'acte juridique".

⁶⁶ Il convient d'observer que certains auteurs distinguent entre les compétences "*impératives*" et les compétences "*exclusives*". Les premières s'opposent aux compétences "*facultatives*" ; les secondes aux compétences "*concurrentes*". La première opposition "concerne uniquement la compétence directe, plus précisément le point de savoir si la volonté des parties peut (compétence facultative) ou non (compétence impérative) évincer la compétence directe considérée, notamment grâce à une clause de juridiction" (D. HOLLEAUX, J. FOYER, G. de GEOUFFRE de LA PRADELLE, *Droit international privé*. Masson. Paris, 1987, n° 952). La seconde opposition se rapporte à la compétence indirecte : selon que la compétence considérée est exclusive ou concurrente, elle empêchera ou non de reconnaître et d'exécuter une décision de toute autre juridiction (D. HOLLEAUX, J. FOYER, G. de GEOUFFRE de LA PRADELLE, *ibidem*). Cette distinction est intéressante car elle souligne que, logiquement, les compétences concurrentes et les compétences exclusives ne coïncident pas nécessairement, ainsi que le prouve la compétence prévue par l'article 15 C.c. français qui est directement facultative mais néanmoins considérée comme indirectement exclusive (D. HOLLEAUX, J. FOYER, G. de GEOUFFRE de LA PRADELLE, *op. cit.*, n°s 955 et s.). Etant donné toutefois que, le plus souvent, l'impérativité et l'exclusivité d'une compétence vont de pair (l'article 16 de la Convention de Bruxelles en est un exemple), nous ne ferons pas cette distinction et utiliserons indifféremment l'expression "compétence impérative" pour viser des chefs de compétence directe et de compétence indirecte.

juridictionnel des conventions de juridiction⁶⁷ ; il pourrait tout autant être présenté comme une de leurs *conditions*. On observe que, quelle que soit la qualification retenue, ce qui est en cause est la possibilité pour la clause d'agir sur la *compétence* du for saisi. Or la compétence n'est pas une matière à propos de laquelle le seul accord de personnes privées puisse produire des effets ; ceux-ci ne sont possibles que grâce à l'intervention d'un juge⁶⁸ qui les concrétise dans le respect du système auquel il doit obéissance.

S'il faut dès lors faire une scission au sein des conditions de la convention d'élection de for, c'est parce que certaines d'entre elles *se rattachent en réalité au système de compétence du for*. On retrouve le même phénomène que celui constaté pour la "licéité de principe" et la "portée de l'effet juridictionnel" des conventions de juridiction⁶⁹. Ainsi, la dimension contractuelle et la dimension juridictionnelle de la convention d'élection de for doivent-elles être intellectuellement scindées. Il faut distinguer la clause en tant que phénomène contractuel devant répondre à des conditions analogues à celles de tout contrat et son effet juridictionnel qui, parce qu'il touche à la compétence juridictionnelle d'un juge, doit être conforme à des exigences posées par la matière de la compétence.

55. *L'admissibilité* de la convention d'élection de for concerne par conséquent toutes les conditions *se rapportant à son effet juridictionnel* et qui ont pour objectif d'*interdire* ou de *limiter* celui-ci. Nous pensons qu'il faut de même considérer que relèvent de cette catégorie toutes les règles qui tendent à *favoriser* cette dimension juridictionnelle. Dans toutes ces hypothèses, ces normes concernent plus le phénomène juridictionnel recherché par la convention de juridiction que la clause elle-même. Elles sont *extérieures* aux conditions nécessaires à la "*formation*" de la clause, catégorie qui, quant à elle, comprend uniquement les conditions nécessaires pour que celle-ci soit le fruit d'un véritable *accord de volontés*. Cette distinction met ainsi en évidence que ce n'est pas parce qu'une clause est régulièrement formée sur le plan contractuel qu'elle sera admissible dans son effet juridictionnel⁷⁰.

Ce critère peut paraître très vague. *Chaque* exigence posée à la convention d'élection de for n'a-t-elle pas, en fin de compte, pour conséquence d'en limiter l'effet juridictionnel ? Les conditions qui lui sont imposées ne relèvent-elles dès lors pas *toutes* de la catégorie "admissibilité" ? En fait, comme on l'observera plus loin, l'imprécision de la définition de cette catégorie, liée au caractère vague de la notion "condition liée à l'effet juridictionnel" est une difficulté *inhérente* à la matière des conventions de juridiction⁷¹.

Avant de tenter malgré tout d'éclaircir cette distinction et son critère, en en présentant quelques applications, il importe de préciser que la convention d'arbitrage soulevée devant le juge étatique fait, elle aussi, l'objet d'une dualité des conditions.

⁶⁷ V. *supra* n° 46.

⁶⁸ Sur le caractère triangulaire de la relation créée par les conventions de juridiction, v. *supra* n° 12.

⁶⁹ V. *supra* nos 39 à 47.

⁷⁰ Comp. J.J. FAWCETT, *Declining Jurisdiction in Private International Law. Reports to the XIVth Congress of the International Academy of Comparative Law. Athens, August 1994.*, Clarendon Press. Oxford. 1995, p. 52 et s., qui remarque que, même si les exigences normales pour la *formation* d'un contrat valide sont remplies, il est possible qu'une disposition légale limite l'*efficacité* des conventions d'élection de for. Les exemples de telles dispositions légales que donne cet auteur recourent ceux que nous mentionnerons parmi les applications de la notion "admissibilité" (v. *infra* nos 59 et s.).

⁷¹ On indiquera en effet plus loin que le rattachement des conventions de juridiction à la matière de la compétence est *prépondérant* : il peut attirer à lui toutes les questions qu'elles suscitent. Sur ce point, v. *infra* nos 77 et 78.

C) La pertinence de la distinction "admissibilité/formation" pour la convention d'arbitrage soulevée devant le juge étatique.

56. Alors qu'il est de plus en plus courant de considérer que la convention d'élection de for doit répondre à deux types de conditions, cette idée est moins répandue pour la convention d'arbitrage⁷². L'élément neuf de cette proposition, le concept d'"admissibilité", quel que soit le terme utilisé à cet égard, ne jouit pas encore d'une reconnaissance générale. Cela ne signifie cependant nullement que cette notion ne soit pas concevable pour la convention d'arbitrage.

57. En effet, il apparaît que l'idée d'admissibilité n'est pas étrangère à la convention d'arbitrage puisqu'elle est effectivement utilisée par les auteurs allemands⁷³. Il faut toutefois préciser que l'approche dont bénéficie, en Allemagne, la convention d'arbitrage favorise la perception de cette notion. Car depuis que le *Bundesgerichtshof* a déclaré que la convention d'arbitrage était un "*materiellrechtlicher Vertrag über processrechtliche Beziehungen*", un contrat matériel relatif à des relations processuelles⁷⁴, il est de plus en plus évident pour les Allemands qu'elle n'est pas un contrat comme les autres mais a un objectif essentiellement processuel⁷⁵. Dès lors que l'effet juridictionnel de la clause sur la compétence du for saisi est ainsi mis en exergue, on comprend qu'il soit plus facile de concevoir que des conditions puissent être imposées à celle-ci, visant spécifiquement sa dimension juridictionnelle.

On observe ainsi que la perception de la notion d'admissibilité est liée à l'approche dont jouit la convention d'arbitrage. Elle suppose qu'on lui reconnaisse un effet sur la juridiction du for saisi, c'est-à-dire qu'elle soit *étudiée sous l'angle de son effet négatif de compétence*. Or traditionnellement, c'est surtout son effet positif, la création de la compétence arbitrale, qui est mis en avant. Et, dans le cadre arbitral, la convention d'arbitrage ne soulève que des questions contractuelles puisque la compétence de l'arbitre ne dépend pas du système de compétence d'un juge particulier mais uniquement de la volonté des parties⁷⁶. Rappelons cependant que, dans cette étude, la perspective étatique a été choisie. Cette optique prend pour point de départ l'effet négatif de compétence de la convention d'arbitrage. Certes son effet positif n'est pas négligé : il est susceptible d'influencer le *contenu* des normes étatiques qui la concernent. Mais la *problématique* que suscite la convention d'arbitrage est semblable à celle qu'engendre la convention d'élection de for. Elle concerne la juridiction du for saisi et c'est pourquoi, dans l'absolu, il faut

⁷² V. cependant un récent arrêt de la Cour d'appel de Paris qui distingue, à propos de la convention d'arbitrage, les questions de "licéité" et de "validité" de la clause, reprenant ainsi les termes utilisés de manière courante, en France, pour souligner la dualité des conditions susceptibles d'être imposées à la convention d'élection de for (Paris (1^o Ch. sect. C), 13 juin 1996 (sté Kuwait Foreign Trading Contracting and Investment c. sté Icori Estero SPA et sté Lombardini Estero SPA), *J.D.I.*, 1997, p. 151, note E. LOQUIN).

⁷³ V. par ex. R. HAUSMANN, "Einheitliche Anknüpfung internationaler Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen ?" {préc. n. 7}, p. 370 ; D. RAHMANN, p. 43 ; R.A. SCHÜTZE, *op. cit.* {préc. n. 16}, p. 35.

⁷⁴ BGH, 30 janvier 1957, *N.J.W.*, 1957, p. 589.

⁷⁵ V. R. HAUSMANN, n^o 1298, qui déclare que la doctrine récente se prononce pour une qualification *processuelle* de la convention d'arbitrage parce qu'elle déploie ses effets spécifiques dans le domaine de la compétence ; v. également, du même auteur, "Einheitliche Anknüpfung internationaler Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen ?" {préc. n. 7}, p. 361. — *adde* D. RAHMANN, p. 152, qui insiste sur le fait que la convention d'arbitrage a le même effet dérogoratoire que la convention d'élection de for.

⁷⁶ V. *supra* n^o 25. — Pour plus de détails sur la perception arbitrale des questions d'admissibilité, v. les développements sur l'"inarbitrabilité", telle qu'elle se présente à l'arbitre. *infra* n^{os} 264 et s.

constater que, du point de vue du juge étatique, il est concevable que la convention d'arbitrage doive répondre à des conditions dues à cette dimension juridictionnelle.

Il faut par ailleurs remarquer qu'en ce qui concerne la convention d'arbitrage, la question de l'"arbitrabilité" éclipse la perception de la notion d'admissibilité. Comme on le verra⁷⁷, en effet, le terme "arbitrabilité" est utilisé pour plusieurs conditions différentes, répondant en réalité toutes à l'idée d'admissibilité de la clause⁷⁸.

D) Applications.

58. Eu égard au caractère essentiel, à notre avis, de la distinction "admissibilité/formation" pour la problématique de droit international privé soulevée par les conventions de juridiction, il importe d'en préciser le contenu, en envisageant les questions susceptibles de se poser et en s'interrogeant sur leur qualification. Nous proposons de présenter ces diverses conditions selon qu'elles concernent la dimension juridictionnelle des conventions étudiées (a), leur dimension contractuelle (b) ou leur dimension accessoire (c). Il s'agit cependant seulement d'un aperçu de ces problèmes ; la plupart d'entre eux seront encore évoqués lors de l'étude des solutions de droit applicable qui leur sont réservées.

a. Conditions liées à la dimension juridictionnelle des conventions de juridiction.

59. Certaines conditions indiquent, par leur contenu même, qu'elles se rapportent au choix juridictionnel opéré par la convention de juridiction. Concernant directement l'effet juridictionnel de celle-ci, elles se rattachent dès lors de manière évidente à la catégorie *admissibilité*⁷⁹.

En sont des exemples l'exigence que la convention d'élection de for mentionne un for clairement déterminé ou au moins déterminable lors de l'introduction de l'instance⁸⁰ ou celle qu'il y ait un lien entre le litige et le for élu⁸¹. Destiné à limiter le choix opéré par la convention de juridiction, le respect des compétences impératives du for saisi⁸² peut également, on l'a dit, être considéré comme une condition d'admissibilité⁸³.

Se rapportent également à l'effet juridictionnel de la convention de juridiction et relèvent, à ce titre, de la catégorie "admissibilité", les conditions qui s'inspirent du souci d'éviter un déni de justice. Modifiant la répartition normale des compétences, une convention d'élection de for peut en effet avoir pour effet pervers de créer un conflit négatif de compétence, le for élu n'acceptant pas de se reconnaître compétent en vertu de la clause

⁷⁷ V. *infra* n^{os} 209 à 230.

⁷⁸ En ce sens, H.-V. von HÜLSEN, *Die Gültigkeit von internationalen Schiedsvereinbarungen*, J. Schweitzer Verlag, Berlin, 1973, p. 109, note 9a, qui estime que l'"inarbitrabilité" constitue le pendant de la notion de *Zulässigkeit* (admissibilité) pour la convention d'élection de for.

⁷⁹ Ainsi les conditions qui suivent sont-elles, par exemple, mentionnées par M. Hausmann au sein de son énumération des conditions de "*Zulässigkeit*" ou "admissibilité" de la convention d'élection de for (R. HAUSMANN, n^{os} 1248 et s.)

⁸⁰ Sur cette condition, v. A. HUET, n^{os} 49 et s. ; G. KAUFMANN-KOHLER, p. 146 et s.

⁸¹ Sur cette condition en général et sur ses liens avec la condition d'internationalité du litige, v. par ex. G. KAUFMANN-KOHLER, p. 112. — Remarquons qu'en France, la Cour de cassation a décidé qu'un lien entre le litige et le for élu n'était pas requis pour l'application des conventions d'élection de for dérogeant à la compétence des juridictions françaises (Cass. fr. (Ch. com.). 19 décembre 1978 (sté Europe Carton c. sté Cifal). *J.D.I.*, 1979, p. 366, note H. GAUDEMET-TALLON, et *Rev. crit. DIP*, 1979, p. 617, note A. HUET).

⁸² Pour un exposé complet, tant théorique que concret, sur cette condition dans ses liens avec la convention d'élection de for, v. G. KAUFMANN-KOHLER, p. 154 à 175.

⁸³ V. *supra* n^o 54.

alors que le for dérogé, respectant l'effet dérogatoire de la clause, refuse de trancher le litige⁸⁴. Pour éviter ce problème, on soumet parfois l'admissibilité de la convention d'élection de for soulevée devant le for dérogé à la condition qu'elle soit reconnue par le for élu qui devra se prononcer par la suite⁸⁵.

Aucun exemple relatif à la *convention d'arbitrage* n'a été présenté. Car cette clause se prête moins que la convention d'élection de for à des conditions directement inspirées par son effet juridictionnel sur la compétence du juge saisi. Probablement cette situation contribue-t-elle à expliquer que la perception de la notion d'admissibilité soit moins répandue pour cette clause. Comme il va être observé, en effet, les règles d'"admissibilité" dont peut faire l'objet la convention d'arbitrage se rapportent à ses dimensions contractuelle et accessoire. Aussi, leur fonction juridictionnelle se perçoit-elle moins aisément. Et la qualification "admissibilité" apparaît plus problématique.

b. Conditions liées à la dimension contractuelle des conventions de juridiction.

60. A première vue, toutes les questions liées à la dimension contractuelle des conventions de juridiction devraient relever de la catégorie "formation", puisque celle-ci comprend les conditions nécessaires à l'existence de la clause en tant que contrat. Tel est effectivement le cas, par exemple, pour la capacité des parties, la nécessité que leur consentement soit libre et éclairé, les conditions relatives à leur représentation, les questions de transmission de la convention de juridiction⁸⁶.

La qualification de la *forme* des conventions de juridiction paraît cependant plus délicate. Des conditions de forme sévères peuvent, en effet, avoir pour objectif de restreindre la possibilité de conclure un arbitrage ou de proroger un for, ce qui indiquerait qu'elles concernent l'admissibilité de la clause. En Allemagne, on souligne d'ailleurs les liens entre la forme et l'effet juridictionnel des conventions de juridiction, en considérant qu'elle constitue une *prozessrechtliche Warnung*, un avertissement processuel⁸⁷. Mais la forme ayant pour but de garantir la réalité du consentement des parties, on estimera plutôt qu'elle contribue à la *formation* de la clause en tant que contrat. Il sera toutefois indiqué plus loin que ces difficultés de qualification se répercutent sur les solutions de droit applicable réservées à la forme des conventions de juridiction⁸⁸.

Il convient, par ailleurs, d'observer qu'il arrive que la *capacité de compromettre* de certaines personnes, en l'occurrence l'Etat et les personnes morales de droit public, soit limitée. Comme il s'agit d'un problème de capacité pour conclure la convention d'arbitrage, on pourrait croire qu'il concerne la formation de celle-ci. Or une telle incapacité n'entend pas protéger le contractant qu'elle vise ; elle a pour objectif de lui interdire la voie de l'arbitrage⁸⁹, autrement dit de priver de son effet juridictionnel la clause d'arbitrage qui aurait néanmoins été conclue. Il s'agit donc, conformément à notre critère, d'une condition *d'admissibilité*.

⁸⁴ Sur ce problème, v. *supra* n° 41.

⁸⁵ Sur cette condition, v. G. KAUFMANN-KOHLER, p. 175 et s.

⁸⁶ Pour plus de détails sur ces questions et sur les droits qui leur sont applicables, v. *infra* n°s 294 et s.

⁸⁷ V. par ex., à propos de la convention d'élection de for, H. SCHACK, n° 437, p. 164 ; à propos des deux conventions de juridiction, R. HAUSMANN, "Einheitliche Anknüpfung internationaler Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen ?" {préc. n. 7}, p. 377. Cet auteur estime d'ailleurs que la forme est une question d'admissibilité tant pour la convention d'élection de for que pour la convention d'arbitrage (R. HAUSMANN, n° 1391).

⁸⁸ V. *infra* n°s 302 à 304 et 331 et s.

⁸⁹ Dans le même sens, Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, n° 539, p. 333. — Pour plus de détails sur cette question et sur le droit qui lui est applicable, v. *infra* n°s 249 et 250.

61. Les difficultés de qualification sont plus aiguës pour les questions qui, *selon l'accent posé*, semblent pouvoir être rattachées à l'admissibilité ou à la formation de la convention de juridiction.

Le problème de l'*indépendance de la convention de juridiction* par rapport au contrat dans lequel elle est insérée en est un exemple. Il s'agit de la question si la clause de juridiction doit avoir le même sort que celui du contrat principal et être, par exemple, taxée de nullité parce que celui-ci est nul. La réponse à cette question peut être étudiée dans une optique purement *contractuelle*, en se demandant ce qu'il en est des autres clauses du contrat, et en adoptant pour la convention de juridiction une décision semblable. Or la même question peut également être vue sous un angle *juridictionnel*. En effet, en reconnaissant l'autonomie de la clause par rapport au contrat qui la contient, on augmente les occasions où son effet juridictionnel pourra jouer. Dans cette optique, ce problème présente des liens avec la matière de la compétence. On observera d'ailleurs plus loin que c'est comme un point d'"admissibilité" qu'il a été abordé en France⁹⁰.

On pourrait également s'interroger sur la qualification des règles *prohibant* la conclusion de la convention de juridiction *avant la naissance du litige*, ainsi par exemple, l'interdiction de conclure une clause compromissoire⁹¹. Ces règles ont souvent pour but de garantir la réalité du consentement d'une partie réputée faible, par exemple, le travailleur ou le consommateur⁹², ce qui peut faire penser qu'elles concernent la formation de la clause. Mais il faut constater que de telles normes tendent avant tout à protéger ces personnes *contre le mécanisme juridictionnel* mis en place par la clause. Ce sont les dangers spécifiques de la convention de juridiction qui les motivent. Ces règles ont dès lors pour *objectif* de limiter l'effet juridictionnel de la clause, même si le *moyen* utilisé consiste à assurer le caractère libre et éclairé du consentement de la partie concernée. De telles conditions concernent donc, à notre avis, l'*admissibilité* des conventions de juridiction. D'ailleurs, comme on l'observera, en France, l'abandon d'une règle de ce type a été utilisé comme levier pour favoriser l'effet spécifique de la convention d'arbitrage⁹³.

Le même type de raisonnement peut être fait à propos de l'article 48 du nouveau Code de procédure civile français qui exige des personnes qui concluent une convention d'élection de for qu'elles soient commerçantes. On pourrait prétendre que cette règle entend garantir le consentement éclairé des parties et se rapporte à la formation de la convention d'élection de for. Mais, il ne s'agit là que d'un moyen pour interdire aux non-commerçants l'effet juridictionnel et spécifique de la clause, ce qui trahit la qualification "admissibilité"⁹⁴.

⁹⁰ V. *infra* nos 99 et 110.

⁹¹ En ce sens, par ex., l'article 2061 du Code civil français.

⁹² V., comme exemples de telles règles, les articles 15 (1) et 17 (5) de la Convention de Bruxelles.

⁹³ V. *infra* nos 100 et 110.

⁹⁴ L'article §1025 (2) ZPO donne un autre exemple de condition dont la qualification peut paraître délicate, qui prévoit que la convention d'arbitrage ne sera pas reconnue si sa conclusion ou certaines de ses dispositions ont été obtenues parce qu'une des parties en présence a usé de sa supériorité économique ou sociale pour contraindre l'autre partie. Il semble toutefois que par sa situation dans le code de procédure civile et son objectif, permettre une appréciation au cas par cas du bien-fondé d'un recours à l'arbitrage, cet article concerne l'*admissibilité* de la convention d'arbitrage. Cette solution est indirectement confirmée par l'*Oberlandsgericht* de Hambourg qui, dans un arrêt du 17 février 1989, a déclaré qu'une convention d'arbitrage valable selon le droit japonais applicable devait également être appréciée au regard de l'ordre public allemand, dont faisait partie l'article §1025 (2) ZPO. La Cour utilise donc le recours à la notion d'"ordre public" pour indiquer que le respect de cette condition est nécessaire à la reconnaissance en Allemagne de l'effet juridictionnel de toutes les conventions d'arbitrage. raisonnement qui revient à reconnaître qu'il s'agit d'une condition d'admissibilité (OLG Hamburg, 17 février 1989. *R.I.W.*, 1989, p. 574).

c. Conditions liées à la dimension accessoire des conventions de juridiction.

62. Les conventions de juridiction n'ont de sens que par rapport à une relation juridique principale⁹⁵. Aussi, certaines des conditions qui leur sont imposées prennent-elles appui sur cette dimension accessoire et font-elles dépendre leur efficacité de la matière en litige ou de certaines des caractéristiques de celle-ci. Ces questions peuvent paraître problématiques au regard de la distinction "admissibilité/formation". Mais nous pensons qu'elles concernent toutes l'*admissibilité* des conventions de juridiction.

On peut l'indiquer en reprenant d'abord le cas facile des *compétences impératives*. Dès lors que leur respect est imposé à la convention d'élection de for, cela signifie que celle-ci est prohibée dans les matières faisant l'objet de ces règles. On aperçoit que le problème en cause est *extérieur* à la question si la clause a fait l'objet d'un accord valablement formé. Il s'agit, en fait, d'*exclure son effet juridictionnel dans certains domaines*. C'est l'effet spécifique de la clause qui est visé. Aussi, est-ce, comme il a déjà été noté⁹⁶, une règle d'admissibilité.

L'analyse est moins aisée quand la norme qui limite le domaine de la prorogation ou de la dérogation de juridiction recherchée n'indique pas, aussi clairement que la règle de compétence impérative, ses liens avec la matière de la compétence.

Tel est le cas de l'*"arbitrabilité du litige"*, condition consistant à faire dépendre la possibilité de conclure une convention d'arbitrage par exemple du caractère disponible⁹⁷ ou patrimonial⁹⁸ des droits en litige. Eu égard au caractère délicat de la qualification de ce genre d'exigence, on y consacra de longs développements⁹⁹. Indiquons seulement que si l'*"arbitrabilité"* peut paraître concerner la formation de la convention d'arbitrage, étant donné qu'elle est souvent présentée comme une "condition de la validité" de celle-ci, nous expliquerons qu'à notre avis, par sa fonction juridictionnelle, elle relève de son *admissibilité*.

63. Dans l'immédiat, il convient de s'attarder sur un autre type de condition dont on rencontrera quelques manifestations dans cette étude.

Il arrive en effet que l'effet dérogatoire de compétence de la convention de juridiction soit soumis à la *condition qu'une certaine loi applicable ait été stipulée par les parties*. Ainsi, par exemple, en matière de connaissance maritime, la conclusion d'une convention d'élection de for dérogeant à la juridiction des juges belges n'est-elle admise en Belgique que si la loi belge a été choisie par les parties pour régir leur situation au fond¹⁰⁰. La même condition a été développée par la jurisprudence de ce pays à propos de la convention d'arbitrage en matière de concession de vente exclusive à durée indéterminée¹⁰¹ et par la jurisprudence allemande pour les conventions de juridiction relatives aux opérations de bourse à terme¹⁰². Il s'agit, dans tous les cas, de garantir l'application de dispositions impératives ou issues d'une loi de police du for¹⁰³¹⁰⁴.

⁹⁵ Sur cette dimension, v. *supra* n° 10.

⁹⁶ V. *supra* n° 59.

⁹⁷ V. par ex. l'art. 2059 C.c. français.

⁹⁸ V. par ex. l'art. 177 LDIP suisse.

⁹⁹ V. *infra* nos 207 et s.

¹⁰⁰ Pour plus de détails sur cette jurisprudence, v. *infra* nos 124 et 125.

¹⁰¹ Pour plus de détails sur cette jurisprudence, v. *infra* nos 218 et 219.

¹⁰² A propos d'une convention d'élection de for dérogeant à la compétence des juridictions allemandes, v. BGH, 12 mars 1984, *R.I.W.*, 1985, p. 78 ; à propos de la convention d'arbitrage, v. BGH, 15 juin 1987, *IPRax*, 1989, p. 163 et le commentaire de J. SAMTLEBEN, "Warentermingeschäfte im Ausland - ein Glücksspiel?", *IPRax*, 1989, p. 148. Dans les deux espèces, le *Bundesgerichtshof* a refusé de reconnaître la convention de juridiction parce que celle-ci, combinée avec une clause de loi applicable, avait pour effet de soustraire le litige aux dispositions protectrices des articles §§53, 60 et 61 BörsG. L'article §53

On pourrait penser que l'interdiction de la convention de juridiction incluse dans un contrat ne prévoyant pas le choix de la loi en cause est due au fait qu'elle viole l'ordre public. En effet, ayant pour objectif de faire échapper un litige à l'emprise des juges belges par exemple, la clause a pour effet de contourner l'application de règles impératives belges, puisqu'il n'est pas certain que le juge étranger élu ou l'arbitre appliquera ces dernières. La clause de juridiction aurait ainsi une cause illicite quand elle permet indirectement d'éviter l'application de telles dispositions. Ce raisonnement en terme de "cause illicite" laisserait entendre qu'il s'agit d'une condition concevable pour tout contrat, et relevant dès lors de la formation de la convention de juridiction.

Mais, en réalité, cette condition est *extérieure* à la question de la formation de la clause de juridiction elle-même. Il s'agit en effet d'une règle particulière destinée à imposer une condition *au contrat principal*, et ne concernant la convention de juridiction que pour en garantir l'effectivité. Pour obtenir le choix d'un certain droit au fond, on subordonne la reconnaissance de l'effet juridictionnel de la clause au respect d'une condition qui, en fait, concerne la *clause de droit applicable*¹⁰⁵. Touchant l'effet spécifique de la convention de juridiction, la règle qui lui est ainsi imposée est une règle *d'admissibilité*. Certes elle est

BörsG limite la possibilité de conclure des opérations de bourse à terme à un cercle restreint de personnes (commerçants enregistrés, entreprises publiques, professionnels de la Bourse...), censées connaître ces mécanismes et pouvoir dès lors en éviter les dangers. Les articles §§60 et 61 BörsG. assurent l'efficacité de l'article §53, en prévoyant que ce dernier trouve également à s'appliquer quand l'opération litigieuse a été faite pour le compte d'un acheteur qui n'était pas lui-même habilité à le faire, ou quand elle a été conclue ou exécutée à l'étranger. — Sur ces questions, v. également H. BARBER, *Objektive Schiedsfähigkeit und ordre public in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, Peter Lang, Europäischer Verlag der Wissenschaften, 1994, p. 150 et s., qui remarque que si la loi du 11 juillet 1989 a voulu libéraliser l'ancienne *Börsengesetz*, notamment en limitant les cas où jouent ses règles protectrices, elle n'a guère augmenté les cas de reconnaissance des conventions d'arbitrage conclues en ce domaine.

¹⁰³ V. P. MAYER, "Les lois de police", *Trav. Com. fr. DIP*, 1988, p. 107, qui donne aux lois de police la *définition* adoptée par la convention de La Haye sur la loi applicable à la vente internationale de marchandises, des "dispositions dont l'application s'impose (à une relation internationale) quelle que soit la règle de conflit de lois applicable" et qui ajoute que "si l'application de ces lois s'impose, c'est en raison de leur teneur ou de leur but", et que "leur domaine d'application dans l'espace se déduit de cette teneur ou de ce but". — Sur la notion de loi de police, v. également M. FALLON, "Les règles d'applicabilité en droit international privé", *Mélanges Vander Elst*, Nemesis, 1986, t. I, n° 22, p. 302, qui distingue entre "loi de police" et les "lois d'application immédiate". Alors que la seconde expression vise une technique d'applicabilité de certaines règles matérielles, la première "traduit plutôt une politique du législateur, tendant à réglementer de manière impérative certains rapports juridiques pour la protection d'intérêts jugés, à tort ou à raison, essentiels" : Ph. FRANCESKAKIS, "Quelques précisions sur les "lois d'application immédiate" et leurs rapports avec les règles de conflit de lois", *Rev. crit. DIP*, 1966, p. 3, qui estime que les "lois d'application immédiate" recouvrent les "lois de police et de sûreté" et les "lois d'ordre public" : P. GRAULICH, "Règles de conflit et règles d'application immédiate", *Mélanges J. Dabin*, t. II, Bruxelles, Paris, 1963, p. 629 et s. — *adde* B. von HOFFMANN, "Inländische Sachnormen mit zwingendem internationalem Anwendungsbereich", *IPRax*, 1989, p. 261 et s.

¹⁰⁴ En ce sens, F. RIGAUX, "Les règles de droit délimitant leur propre domaine d'application", *Ann. Dr.*, 1983, n° 31, p. 307. — Sur le phénomène d'interdiction des conventions de juridiction liées à la présence de lois de police, v. également, H. GAUDEMET-TALLON, "Réflexions comparatives sur certaines tendances nouvelles en matière de compétence internationale des juges et des arbitres", *Mélanges G. Marty*, Toulouse, 1978, p. 552 ; F. RIGAUX, "Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale", *Rec. des Cours*, 1989-I, t. 213, n° 121, p. 173 qui explique de telles règles de la manière suivante : "la clause d'élection de for est une forme d'expression de l'aptitude des parties à choisir le droit applicable et elle est soumise aux mêmes restrictions" : F. RIGAUX, M. FALLON, nos 1321 à 1323 ; W. WENGLER, *Internationales Privatrecht*, t. I, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1981, p. 341, qui estime qu'il faut parfois compléter une interdiction relative au choix du droit applicable par une interdiction touchant la convention d'élection de for.

¹⁰⁵ En ce sens, F. RIGAUX, M. FALLON, n° 1369, qui citent un arrêt où la clause d'élection de for a été refusée parce qu'elle était *l'accessoire* de la clause contenant la référence à une loi étrangère.

un peu particulière puisque son objectif ne relève pas d'abord de la matière de la compétence. Il n'en reste pas moins que, pour atteindre son but, elle choisit un biais juridictionnel.

On peut encore justifier la qualification "admissibilité" en rapprochant de telles règles de la problématique plus vaste des *liens existant entre le conflit de lois et le conflit de juridictions*¹⁰⁶ De manière générale, en effet, on peut se demander si le fait qu'une loi du for est applicable à un litige suffit pour ouvrir un chef de compétence au profit des juridictions de l'Etat qui l'a édictée¹⁰⁷. M. Holleaux pense, à ce propos, qu'une certaine dépendance du conflit de juridictions par rapport au conflit de lois est effectivement concevable, notamment pour les *lois d'application immédiate*¹⁰⁸ qui pourraient constituer une condition suffisante pour l'existence et même pour l'exclusivité de la compétence des fors du pays dont elles sont issues¹⁰⁹. Il convient d'observer qu'un tel parallélisme "loi de police—compétence exclusive", s'il était réellement admis, déboucherait sur une règle d'"inadmissibilité" des conventions de juridiction puisque, ainsi qu'il a déjà été

¹⁰⁶ Sur cette problématique en général, v. par exemple H. BAUER, n^{os} 100 et s., p. 105 et s. ; H. BATIFFOL, "Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative", *De Conflictu Legum. Mélanges offerts à R.D. Kollwijn et J. Offerhaus*, Leiden, 1962, p. 55 et s., qui compare les modes de fonctionnement des règles de conflit de lois et des règles de compétence territoriale ; P. HAY, "The Interrelation of Jurisdiction and Choice-of-Law in United States Conflicts Law", *I.C.L.Q.*, 1979, p. 161 et s., qui s'interroge sur les éventuelles correspondances entre le conflit de lois et le conflit de juridictions en examinant les divers types de critères utilisés dans l'un et l'autre de ces domaines. — V. également H.G. MAIER, T.R. McCOY, "A Unifying Theory for Judicial Jurisdiction and Choice of Law", *Am. J. Comp. L.*, 1991, p. 249 et s., qui remettent en cause la dichotomie à la base du droit international privé, la distinction entre le conflit de lois et le conflit de juridictions. Pour ces auteurs, le choix d'un juge implique aussi le choix de tout un régime décisionnel et n'est donc pas neutre quant au fond. Aussi estiment-ils que les règles de conflit de juridictions devraient tenir compte de considérations habituellement présentes dans le conflit de lois ; la détermination du for compétent épuiserait dès lors également la question du droit applicable car chaque juge appliquerait sa loi. Comp. F. RIGAUX, "Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale", *op. cit.* {préc. n. 104}, n^{os} 91 et s., p. 136 et s., qui estime que le conflit de lois est subordonné au conflit de juridictions puisque l'application des normes étatiques de droit international privé dépend de la saisine d'un juge de l'Etat qui les a édictées ; H. BATIFFOL, "Le pluralisme des méthodes en droit international privé", *Rec. des cours*, 1973-II, t. 139, p. 85 à 106, qui insiste sur l'importance de séparer le conflit de lois et le conflit de juridictions en raison de la différence des préoccupations qui les inspirent.

¹⁰⁷ Sur cette question, v. par exemple H. BAUER, n^{os} 128 et s., p. 128 et s.

¹⁰⁸ V. dans un sens analogue, P. ARMINJON, *Précis de droit international privé*, t. III, 2^o éd., Dalloz, Paris, 1952, n^o 196, p. 215, qui relève qu'il existe des règles de compétence exceptionnelles qui ont pour but d'assurer la mise en œuvre d'une règle impérative de rattachement au profit de la loi du juge mais que ces cas sont très peu nombreux en droit français ; N. FRAGISTAS, "La compétence internationale en droit privé", *Rec. des cours*, 1961-III, t. 104, p. 174, qui déclare que l'ordre public peut rendre "nécessaire l'intervention du juge d'un pays, même dans des cas normalement non prévus, si elle est indispensable pour la protection des intérêts légitimes, qui se trouvent dans un certain lien avec le pays et qui autrement n'auraient pas pu être protégés de façon adéquate" ; P. HEBRAUD, "De la corrélation entre la loi applicable à un litige et le juge compétent pour en connaître", *Rev. crit. DIP*, 1968, n^o 18, p. 236, qui estime que la loi substantielle française peut jouer un rôle comme source directe de compétence mais dans des cas limités, quand il s'agit de "matières empreintes, par elles-mêmes, d'un intérêt public caractérisé, comme celles dites de police et de sûreté, ou comme la nationalité". Il convient de remarquer que M. Hébraud ne précise pas si les compétences ainsi créées sont impératives. — Comp. A. SINAY-CYTERMANN, *L'ordre public en matière de compétence internationale*, thèse dactyl., Univ. Strasbourg, 1980, n^{os} 170 et s., p. 339 et s., qui, après avoir observé que la jurisprudence française a forgé un nouveau chef de compétence juridictionnelle à partir de l'article 3 (1) du code civil relatif aux lois de police et de sûreté, critique ce phénomène car il n'a pas pour contrepartie l'incompétence des tribunaux français en présence d'une loi de police étrangère et parce qu'il confond "ordre public au fond" et "ordre public de compétence juridictionnelle".

¹⁰⁹ D. HOLLEAUX, n^o 382, p. 353 et s.

indiqué¹¹⁰, les compétences impératives du for saisi constituent un exemple de telles règles. Or les règles qui sont examinées à présent réalisent, elles aussi, une liaison entre le conflit de lois et le conflit de juridictions, moins poussée cependant puisque l'effet juridictionnel des conventions de juridiction n'est pas totalement interdit mais subordonné à la neutralisation de leur effet sur le droit applicable. S'il n'y a ainsi qu'une différence de degré entre les normes considérées et celles qui découleraient d'une correspondance "lois de police—compétences impératives", il faut constater que les premières, à l'instar des secondes, méritent la qualification "admissibilité" pour ce qui est de leur effet sur les conventions de juridiction¹¹¹¹¹².

64. A l'issue de cet examen des questions susceptibles de se poser à propos des conventions de juridiction, il peut paraître étonnant que la qualification "admissibilité" ait été si souvent retenue. Alors qu'on pourrait penser que cette notion, par ses liens avec la matière de la compétence, ne devrait intervenir que pour les points directement liés à la dimension juridictionnelle des clauses, on a constaté qu'elle comprend également des conditions se rattachant à leurs dimensions contractuelle et accessoire. Il est par ailleurs apparu que le contenu de cette catégorie est pour ainsi dire "mouvant", dépendant de l'objectif, juridictionnel ou non, poursuivi par la règle considérée.

Les développements théoriques qui suivent vont expliquer les raisons de ce contenu potentiellement vaste de la catégorie "admissibilité".

SECTION II : CONSEQUENCES THÉORIQUES.

65. Ayant mis en évidence que, par certains côtés, les conventions de juridiction soulèvent des questions qui dépendent de la matière de la compétence, il convient d'en tirer les conclusions en droit international privé. En effet, la matière de la compétence n'appartient pas au conflit de lois mais relève des "conflits de juridictions". Cela signifie que les conventions de juridiction elles-mêmes se rattachent, au moins pour partie, à ceux-ci (§1). On observera que ce rattachement juridictionnel est prépondérant, en ce sens qu'il peut attirer à lui *toutes* les questions relatives à ces clauses. La soumission des conventions de juridiction à la méthode du conflit de lois n'a donc qu'un caractère contingent (§2).

¹¹⁰ V. *supra* n° 59.

¹¹¹ Le *Bundesgerichtshof* a d'ailleurs utilisé le terme "*Zulässigkeit*" (admissibilité) à propos de la condition relative à une convention d'élection de for insérée dans un connaissance et consistant à lui imposer de prévoir des conditions de fond ne violant pas les dispositions impératives de l'article § 662 HGB (BGH. 30 mai 1983. *IPRax*. 1985. p. 27 et les réflexions de J. TRAPPE, "*Zulässigkeit von Gerichtswahlklauseln im Konnossement*". *IPRax*. 1985, p. 8).

¹¹² Pour une appréciation plus concrète de telles règles d'inadmissibilité des conventions de juridiction. v. G.H. ROTH, "International zwingender Rechtsschutz : materiell und prozessual", *IPRax*, 1985, p. 198 et s. qui indique que ces règles veulent anticiper le contrôle dont fera l'objet dans l'Etat du for dérogé. le jugement étranger et la sentence consécutifs aux conventions de juridiction. s'ils doivent y être exécutés. S'il est certain que ceux-ci ne seront pas reconnus parce qu'ils n'ont pas fait application au fond des dispositions impératives du for requis. on pourrait expliquer par le *souci d'éviter un déni de justice* les règles ainsi imposées aux conventions de juridiction.

§1 — Le rattachement aux “conflits de juridictions”.

66. Après avoir précisé dans quelle mesure la convention d'élection de for et la convention d'arbitrage se rattachent aux “conflits de juridictions” (A), on en indiquera les conséquences sur les principes de droit applicable (B).

A) Le rattachement des conventions de juridiction au système des conflits de juridictions.

67. Il convient de résumer sous l'angle théorique les liens observés ci-avant entre les conventions de juridiction et la matière de la compétence (a) avant d'indiquer que les conflits de juridictions provoqués par la convention d'arbitrage et la convention d'élection sont différents dans leurs contours précis (b).

a. L'insertion des conventions de juridiction dans le système de compétence du juge saisi.

68. Lors de la présentation des conventions d'arbitrage et d'élection de for, on a noté que ces clauses avaient la particularité de ne pouvoir réaliser leur objectif, la prorogation ou la dérogation à la juridiction du for saisi, qu'avec le *concours actif du juge saisi*. Ces clauses donnent en effet naissance à une relation triangulaire : si le juge est absent lors de leur conclusion, il est nécessaire à leur exécution¹¹³.

Pour assurer l'exécution des conventions de juridiction, le juge saisi doit admettre une modification de la juridiction que lui attribuent les règles normales de compétence. Or il n'acceptera d'obéir à la volonté des parties que si le système juridictionnel auquel il appartient le lui impose¹¹⁴ et dans les limites définies par celui-ci. Nous avons expliqué que les questions relatives à la licéité de principe, à la portée de l'effet juridictionnel et à l'admissibilité des conventions de juridiction constituaient ces diverses règles juridictionnelles que devait vérifier le juge saisi avant de reconnaître à ces clauses un effet sur sa compétence.

On constate ainsi que les conventions de juridiction *s'insèrent dans le système de compétence du juge saisi* : elles sont un des éléments d'une règle déterminant la compétence du for — en l'occurrence, une règle qui, pour une matière donnée, reconnaît à la volonté des parties la possibilité d'intervenir pour désigner l'instance compétente —, et, par ailleurs, leur efficacité dépend, au moins en partie, du respect de la cohérence de ce système. M. Jodlowski résume cette idée en indiquant, à propos des conventions d'élection de for conclues en matière internationale, que l'autonomie ainsi reconnue aux parties ne constitue *pas* un fondement *indépendant* de la juridiction d'un Etat mais doit plutôt être considérée comme un *point de rattachement* qui ne justifie la compétence internationale des tribunaux d'un Etat que dans les limites où celui-ci décide de la respecter¹¹⁵, c'est-à-dire dans le cadre des règles de compétence qu'il édicte. La même chose peut être dite de la convention d'arbitrage si ce n'est qu'il s'agit alors pour les tribunaux d'un Etat d'apprécier leur éventuelle *incompétence*.

¹¹³ Ce nécessaire concours du juge joue pour la convention d'élection de for comme pour la convention d'arbitrage lorsqu'elle est soulevée devant le juge étatique, perspective choisie dans cette étude. Sur ces questions, v. *supra* nos 12, 28 et 29.

¹¹⁴ C.N. FRAGISTAS. “La compétence internationale exclusive en droit privé” {préc. n. 5}, p. 210.

¹¹⁵ V. J. JODLOWSKI, p. 494.

b. Les différents types de “conflit de juridictions”.

69. Il convient d'observer que dans le cadre où elles sont examinées dans cette étude, c'est-à-dire en matière internationale, les conventions de juridiction n'ont pas seulement pour effet de modifier la compétence du juge saisi ; elles contribuent à prévenir des “conflits de juridictions”.

Utilisée à propos de la *convention d'élection de for*, l'expression “conflit de juridictions” n'est pas étonnante. En matière internationale, en effet, cette clause a pour objectif essentiel le choix d'un ordre juridictionnel compétent¹¹⁶ et, de manière corrélative, l'exclusion de ceux qui pour ce litige auraient accepté de se reconnaître compétents. La convention d'élection de for permet donc d'éviter un “conflit” entre les juridictions de divers Etats. Il est par ailleurs légitime de dire que la clause prorogeant ou dérogeant à la compétence internationale d'un juge concerne le “conflit de juridictions” puisque, de manière classique en droit international privé, on considère que la matière de la compétence internationale est un des éléments du “conflit de juridictions”¹¹⁷ par opposition au “conflit de lois”.

Il est moins habituel de dire que la *convention d'arbitrage* résout une question de “conflit de juridictions”¹¹⁸. Il est vrai que cette clause, quand elle est respectée et que la sentence à laquelle elle donne lieu est exécutée spontanément, *supprime* ce genre de conflits : aucune juridiction étatique n'intervient dans le règlement du litige considéré. Dès lors cependant que la convention d'arbitrage est soulevée devant un tribunal étatique — perspective choisie dans cette étude —, on constate qu'elle rend incompetent un juge qui, en son absence, aurait réglé la question de sa juridiction en se référant à des règles de compétence *internationale*, du moins s'il s'agit d'une situation internationale. En ce sens, on pourrait prétendre que la convention d'arbitrage conclue en matière internationale a, elle aussi, un effet sur la compétence internationale¹¹⁹ et dès lors sur le “conflit de juridictions” au sens classique qui vient d'être rappelé.

70. Cependant, présenter la convention d'arbitrage comme un des éléments concernant le “conflit de juridictions classique”, c'est-à-dire un conflit entre juridictions étatiques, en donne une vision tronquée. L'accent est mis uniquement sur l'incompétence du for saisi, une “incompétence internationale”, tandis qu'est gommé le “conflit” réel, un conflit entre la juridiction arbitrale et la juridiction étatique.

En fait, il semble possible de prétendre que la convention d'arbitrage règle, elle aussi, un “conflit de juridictions” pourvu que l'on précise que celui-ci est *différent* de celui

¹¹⁶ C'est d'ailleurs la raison pour laquelle cette clause est généralement admise alors même qu'elle ne précise pas quel tribunal au sein de cet ordre juridictionnel sera spécialement appelé à connaître du litige (v. B. ANCEL, Y. LEQUETTE, n° 5, p. 561 (note sous l'arrêt Sorelec)). — *adde* l'article 17 de la Convention de Bruxelles qui envisage la désignation d'un tribunal ou “des tribunaux d'un Etat contractant”.

¹¹⁷ En ce sens, par exemple, P. MAYER, n° 275, qui remarque toutefois que l'expression “conflit de juridictions” est malencontreuse car pour le for saisi, il n'y a aucun conflit, il n'y a que la question de sa compétence ou de son incompétence.

¹¹⁸ V. toutefois en ce sens J. ARETS, “Réflexions sur la nature juridique de l'arbitrage”, *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1962, p. 173 ; M. HUYS, G. KEUTGEN, n° 767. V. également P.J. van OMMEREN, “Réflexions sur le rôle de l'arbitrage international”, *Rev. arb.*, 1972, p. 45, qui relève qu'un des avantages de la convention d'arbitrage conclue en matière internationale est qu'elle supprime “les conflits de juridictions”.

¹¹⁹ En ce sens, F. MATSCHER, “Etude des règles de compétence judiciaire dans certaines conventions internationales”, *Rec. des cours*, 1978-III, p. 198. — Cela semble aussi reconnu implicitement par les auteurs qui présentent la convention d'arbitrage parmi les clauses relatives à la compétence internationale (en ce sens, par ex., H. BORN, M. FALLON, “Chronique de jurisprudence (1978 à 1982) - Droit judiciaire international”, *J.T.*, 1983, n° 163, p. 219 ; P. MAYER, n° 300).

que règle la convention d'élection de for¹²⁰. Il s'agit d'un conflit entre la juridiction d'une instance privée et celle d'une instance étatique, et il est d'ailleurs résolu par l'ordre étatique selon des règles qui ne sont pas exactement les mêmes que celles qui tranchent les conflits entre juridictions étatiques¹²¹.

Pour indiquer que l'ordre étatique, dans le système de compétence qu'il établit, ne règle pas seulement un mais *plusieurs* types de "conflit de juridictions", nous utiliserons le pluriel quand, dans cette étude, il sera question de ces conflits.

71. Sous réserve de la précision relative à la convention d'arbitrage, il paraît, par conséquent, justifié de dire que, pour le juge qui y est confronté, les conventions de juridiction constituent chacune un des éléments des règles qui, au sein de l'ordre étatique, tranchent les différents types de conflits de juridictions qui peuvent se poser. *Elles se rattachent dès lors à la matière des conflits de juridictions.*

Pour conforter cette affirmation, on observera que le fonctionnement de ces clauses est le même que celui des règles de conflit de juridictions. Comme les règles de compétence en général, en effet, elles résolvent *directement* un problème, celui de la juridiction du for saisi¹²² : désignant selon l'hypothèse un for ou un arbitre, elles décident par là même de la compétence ou de l'incompétence du tribunal étatique auquel elles sont confrontées. Elles n'ont donc pas le caractère indirect des règles de conflit de lois qui, sans régler elles-mêmes une question, se contentent de désigner la loi qui en donnera la solution¹²³.

Il importe de préciser que le rattachement des conventions de juridiction aux conflits de juridictions se vérifie non seulement pour le premier volet de cette matière, la question de la compétence des tribunaux, mais aussi pour son deuxième aspect : *la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères*¹²⁴. Lorsqu'elles sont soulevées au stade de la reconnaissance d'une décision, les conventions d'arbitrage et d'élection de for se présentent en effet comme un des éléments ayant fondé la compétence de l'instance d'origine, juge ou

¹²⁰ On remarquera, en ce sens, que M. Rigaux range dans le chapitre consacré aux conflits de juridictions la présentation de l'arbitrage de droit international privé (F. RIGAUX, n^{os} 195 et s., p. 135 et s.).

¹²¹ Ainsi par exemple, l'article 1458 NCPC règle-t-il les modalités du conflit entre les juridictions étatique et arbitrale d'une manière originale (sur cet article v. *supra* n^{os} 32 et 44).

¹²² En ce sens, à propos de la convention d'élection de for, E. LORENZ, "Zur internationalen Zuständigkeit und zur Formwirksamkeit der Derogation deutscher Arbeitsgerichte nach dem autonomen deutschen Kollisionsrecht", *IPRax*, 1985, p. 257 et 260. Cet auteur remarque qu'une telle convention ne fonctionne pas comme une règle de conflit de lois, désignant le droit applicable ("*Rechtsanwendungsnorm*") mais qu'elle est plutôt une "*Entscheidungsnorm*", c'est-à-dire une norme qui *décide* elle-même, sans renvoi à un droit étranger donc, de la compétence.

¹²³ Remarquons que la clause de droit applicable possède, quant à elle, le caractère *indirect* des règles de conflit de lois, ce qui la rend essentiellement différente des conventions de juridiction. Ainsi, tandis que l'autonomie de la volonté sur le plan de la loi applicable participe au caractère indirect des règles de conflit de lois, l'autonomie de la volonté dans le domaine de la compétence s'exprime *directement*, à l'instar des règles de conflit de juridictions. Eu égard à la spécificité de ces deux formes de l'autonomie de la volonté, nous pensons qu'il faudrait éviter de les désigner uniquement par les termes "autonomie de la volonté" et qu'il conviendrait plutôt de les individualiser, par exemple en précisant le domaine où elles s'exercent. V. en ce sens J. JODLOWSKI, p. 573, qui utilise les expressions "autonomie de la volonté dans le domaine de la compétence internationale" et "autonomie de la volonté dans le domaine du droit international privé". *adde* E. PECOURT GARCIA, "La voluntad de las partes y su posible virtualidad en la determinación de la competencia judicial internacional", *Rev. espan. de derecho internacional*, 1964, p. 66, qui insiste sur le fait qu'il faut poser de manière indépendante la question de ces deux formes d'autonomie de la volonté.

¹²⁴ Sur les deux volets du conflit de juridictions, v. par exemple F. RIGAUX, n^{os} 170 à 247, p. 117-162. On observera que cet auteur range dans le chapitre consacré aux conflits de juridictions la reconnaissance des jugements étrangers *et* celle des sentences arbitrales.

arbitre. Il convient d'annoncer qu'en égard à ses particularités, cette hypothèse fera ultérieurement l'objet de développements spécifiques¹²⁵.

B) Conséquences sur les principes de droit applicable.

72. S'il importe tellement de mettre en évidence que les conventions de juridiction se rattachent à la matière des conflits de juridictions, c'est parce que cette matière ne suscite pas de conflits de lois (a). Dans la mesure de leur rattachement juridictionnel, les clauses étudiées sont donc soumises à *l'application de principe* de la loi du for saisi (b).

a. L'absence de conflit de lois dans le cadre des “conflits de juridictions”.

73. Pour expliquer la proposition selon laquelle, dans le cadre des conflits de juridictions, il n'y a pas de conflit de lois, il importe de rappeler que tout *problème de conflit de lois* “suppose d'une part, qu'à propos d'une même question de droit plusieurs ordres juridiques soient en présence et d'autre part, que chacun d'eux contienne une norme ayant vocation à régir la question”¹²⁶. Le conflit de lois naît de cette *concurrence* de lois ayant un “titre égal pour s'appliquer”. Par cette dernière expression, nous voulons indiquer que plusieurs lois pourraient tout aussi bien être choisies les unes que les autres. Ainsi, pour régler le régime matrimonial des époux, pourrait-on songer à la loi de leur domicile conjugal, à celle de leur nationalité commune, à celle du lieu du mariage... Puisque plusieurs lois sont ainsi en présence, il faut recourir à une *règle de conflit de lois* dont l'objet est justement de les départager en conférant à l'une d'elles un titre d'application “plus fort” que celui des autres.

Mais un tel conflit de lois ne peut se produire quand une *règle de droit international public* est intervenue pour *répartir les compétences législatives*¹²⁷. “Le droit international public ayant pour objet les rapports des Etats entre eux, seules sont concernées les questions de droit dans lesquelles les Etats sont impliqués d'une façon ou d'une autre. Une telle implication de l'Etat réside, soit dans le fait qu'il est en position de *sujet*, soit dans le fait qu'il s'agit de son *organisation*, soit dans le fait qu'il est en position d'*agent*, soit enfin dans le fait que le commandement qu'il donne a pour objet direct son propre *territoire*”¹²⁸. Dans ces hypothèses, qui recourent pour l'essentiel celles que régit le droit public¹²⁹, le problème du conflit de lois ne se pose pas car le droit international public a réservé à la loi de l'Etat en cause un titre d'application “plus fort” que celui des autres lois.

Or la matière de la *compétence juridictionnelle* concerne l'organisation et le fonctionnement des organes judiciaires d'un Etat¹³⁰. Il en est de même des questions relatives à la *reconnaissance des décisions étrangères*. Comme le remarque M. Rigaux, il s'agit alors également pour un ordre juridique d'adresser à ses propres agents les normes à suivre ; mais ces dernières, au lieu de concerner l'hypothèse où les juridictions, saisies d'une situation présentant quelque élément étranger, s'interrogent sur leur compétence internationale, se rapportent à l'hypothèse où celles-ci sont invitées à reconnaître une efficacité aux décisions étrangères¹³¹.

¹²⁵ V. *infra* n^{os} 172 et s.

¹²⁶ V. P. MAYER, n^o 87.

¹²⁷ V. P. MAYER, n^o 99.

¹²⁸ V. P. MAYER, n^o 101.

¹²⁹ V. P. MAYER, n^o 101.

¹³⁰ V. P. MAYER, n^o 102.

¹³¹ F. RIGAUX, n^o 222, p. 150.

On observe ainsi que *la matière du conflit de juridictions ne soulève pas de problème de conflits de lois*. En effet, dans ses deux volets — détermination de la compétence internationale et reconnaissance des jugements étrangers —, cette matière touche à l'organisation du for saisi. L'application de la *lex fori* constitue dès lors le principe¹³². Il convient de souligner que le titre d'application de la loi du for saisi ne découle *pas d'une règle de conflit de lois* au sens propre, puisque, comme on vient de l'indiquer, en cette matière, aucun conflit de lois véritable ne surgit¹³³. L'applicabilité de la *lex fori* dépend de la règle de droit international public qui attribue à chaque Etat la compétence législative exclusive pour s'organiser¹³⁴.

On remarquera que le principe de l'application de la *lex fori* semble devoir jouer tout autant quand il est question de conflit de juridictions au sens classique de ce terme que lorsque la juridiction en conflit avec celle du for est une juridiction arbitrale, c'est-à-dire quand on envisage les "*conflits de juridictions*" au sens large qui a été proposé. Dans cette seconde hypothèse, en effet, il s'agit encore du fonctionnement d'une juridiction étatique, à la seule différence qu'il s'agit de déterminer celui-ci face à la compétence arbitrale ou à propos de la reconnaissance des sentences.

b. La soumission des conventions de juridiction à l'application de principe de la loi du for saisi.

74. Appliquées aux conventions de juridiction, ces réflexions impliquent que, dans la mesure où elles sont rattachées à la matière des conflits de juridictions, elles *sont soustraites aux conflits de lois*¹³⁵. Elles dépendent en effet de la loi qui possède un titre normal pour s'appliquer en matière de compétence, la *loi du for saisi*. Et cette loi s'applique *indépendamment du recours à une règle de conflit de lois* car cette matière ne suscite pas de véritable problème de conflit de lois.

¹³² En ce sens, par exemple, E. BARTIN, *Etudes sur les effets internationaux des jugements*, L.G.D.J., Paris, 1907, p. 102 ; H. BATIFFOL, P. LAGARDE, n° 677 ; E. LORENZ, "Zur internationalen Zuständigkeit und zur Formwirksamkeit der Derogation deutscher Arbeitsgerichte..." {préc. n. 122}, p. 260 ; F. RIGAUX, n° 189, p. 129. — V. également P. MAYER, n° 301, qui remarque qu'il serait certainement contraire au droit international public qu'un Etat prétende régler la compétence des organes d'un autre Etat. — adde C.N. FRAGISTAS, "La compétence internationale exclusive en droit privé" {préc. n. 5}, p. 200 : "il va de soi que chaque juge examine sa compétence internationale directe selon les règles de son droit national".

¹³³ V. en ce sens E. LORENZ, "Zur internationalen Zuständigkeit und zur Formwirksamkeit der Derogation deutscher Arbeitsgerichte..." {préc. n. 122}, p. 257.

¹³⁴ P. MAYER, "Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence", *Rev. crit. DIP*, 1979, n° 54, p. 374. Dans le même sens, F. MATSCHER, "Etude des règles de compétence judiciaire dans certaines conventions internationales", *Rec. des cours*, 1978-III, p. 143.

¹³⁵ Cet élément est rarement mis en avant. V. toutefois M. de Geouffre de La Pradelle qui, parlant des lois applicables à la convention d'élection de for, relève qu'on n'est pas en matière de conflit de lois mais en matière de juridiction, où les lois n'entrent pas véritablement en conflit (G. de GEOUFFRE de LA PRADELLE, *op. cit.* {préc. n. 7}, n° 266). — V. également D. HOLLEAUX, nos 191 et 192, qui explique la soumission de la convention d'élection de for à la loi de la compétence par le fait que cette clause porte sur un objet, la compétence, qui est régie par sa loi propre, la *lex fori* et qu'elle doit dès lors y être soumise elle-même. Et cet auteur remarque qu'il y a d'autres exemples de ce phénomène : ainsi les effets d'un contrat portant sur des droits réels seront-ils nécessairement régis par la loi applicable à leur objet, la loi du statut réel. Sur un tel phénomène, v. encore G. de GEOUFFRE de LA PRADELLE, *op. cit.* {préc. n. 7}, nos 220 et s., qui en donne d'autres exemples : ainsi le testament n'est-il pas soumis à la loi d'autonomie mais à la loi successorale : de même les conventions sur la responsabilité dépendent-elles normalement de la loi du délit.

Nous avons déjà constaté la réalité de cette solution pour la “licéité de principe” et la “portée de l'effet juridictionnel” des conventions de juridiction, effectivement soumises à la *lex fori*¹³⁶.

Il convient, à présent, d'ajouter que l'application de la *lex fori* constitue également le principe pour les questions relatives à l'*admissibilité* des conventions de juridiction. En effet, comme on l'a indiqué, l'incidence juridictionnelle de ces questions implique leur rattachement à la matière de la compétence, et donc à celle des conflits de juridictions¹³⁷. Si les conditions et règles relatives à l'“admissibilité” des clauses étudiées contribuent ainsi à l'organisation et au fonctionnement des juridictions étatiques, il faut en conclure qu'elles dépendent, par principe, de la compétence de la loi du for saisi.

La pertinence du principe de l'application de la loi du for saisi à l'admissibilité des conventions de juridiction sera vérifiée ultérieurement¹³⁸. On indiquera aussi que ce principe n'exclut pas totalement le recours à la méthode du conflit de lois quand il s'avère opportun de le nuancer¹³⁹. Dans l'immédiat, il suffit d'observer que la mise en évidence du principe de la soumission à la *lex fori* de certaines des questions que soulèvent les conventions de juridiction souligne que l'approche de celles-ci en droit international privé présente des caractéristiques *particulières*, absentes pour les contrats substantiels. En effet, pour ces derniers, le rattachement au conflit de lois est de règle : les questions susceptibles de se poser à leur propos impliquent un choix entre lois concurrentes ; il n'y a pas, *a priori*, de loi qui doive être appliquée plutôt qu'une autre.

75. Il importe de préciser que, dans le cadre de l'explication qui vient d'être donnée, l'application de la loi du for saisi aux aspects juridictionnels des conventions de juridiction *ne constitue pas une manifestation du phénomène des lois de police*.

On sait que les “lois de police” ou “lois d'application immédiate” sont des lois dont l'objectif est tellement impératif qu'elles doivent trouver application alors même que selon la règle de conflit normalement compétente l'ordre juridique auquel elles appartiennent n'aurait pas été désigné¹⁴⁰. Or MM. Rigaux et Fallon justifient par le caractère de loi de police de la *lex fori* son application à la question de l'“admissibilité” des conventions de juridiction¹⁴¹.

Cette explication est différente de la nôtre¹⁴². Elle suppose, en effet, que les questions considérées se rattachent normalement au conflit de lois, mais que l'impérativité particulière

¹³⁶ V. *supra* nos 36 à 47.

¹³⁷ V. *supra* nos 68 à 71.

¹³⁸ V. le chapitre suivant, *infra* nos 83 et s.

¹³⁹ V. *infra* nos 79 et 80, et pour des cas d'application à propos de la convention d'arbitrage, *infra* nos 92 à 95.

¹⁴⁰ Sur la notion de “lois de police”, v., outre les auteurs cités à la note 103, T.G. GUEDJ, “The Theory of the Lois de police, A Functional Trend In Continental Private International Law — A Comparative Analysis With Modern American Theories”. *Am. J. Com. L.*, 1991, p. 661 et s., qui approuve le phénomène des lois de police car il constitue une application *limitée* du fonctionnalisme en droit international privé, et est, dès lors, préférable à certaines théories américaines qui voudraient que la prise en compte des politiques poursuivies par les lois constitue la seule méthode appliquée en ce domaine ; F. RIGAUX, M. FALLON, nos 940 à 943, qui distinguent les “lois de sûreté”. expression d'une territorialité au sens *formel* (les autorités d'un pays ne doivent appliquer que les lois de sûreté de leur *lex fori*), et les “lois de police” qui traduisent une territorialité *matérielle*, en ce sens que c'est la situation elle-même qui doit présenter un lien avec le territoire pour que ces lois lui soient appliquées. — Sur la question des lois de police *étrangères*. v. P. MAYER, “Les lois de police étrangères”. *J.D.I.*, 1981, p. 277 et s. ; R. PRIOUX, “Le juge et l'arbitre face aux lois étrangères d'application immédiate dans les contrats internationaux : les nouvelles possibilités offertes par la loi du 14 juillet 1987”. *R.D.C.B.*, 1988, p. 251 et s.

¹⁴¹ F. RIGAUX, M. FALLON, nos 1387 et 1414 (respectivement pour la convention d'élection de for et la convention d'arbitrage).

¹⁴² A moins que l'expression “lois de police” soit utilisée au sens de “lois de police et de sûreté” comme dans le cadre de l'article 3 (1) du Code civil belge ou français. Cette expression visant les lois qui

des normes du for ait conduit, à leur propos, à l'abandon de la règle de conflit normalement compétente au profit de la *lex fori*.

Cependant, nous pensons que les questions juridictionnelles que posent les conventions de juridiction ne se rattachent pas à la matière du conflit de lois mais à celle des conflits de juridictions. Aussi ne soulèvent-elles pas de problèmes de choix entre diverses lois ayant un titre égal pour s'appliquer mais relèvent, par principe, de la loi du for saisi. L'application de la *lex fori* s'impose parce qu'il est question du fonctionnement des organes d'un Etat ; elle est *indépendante des caractéristiques particulières que revêtent les normes de cette loi*. Ainsi, dans le cadre de notre explication, n'est-il pas nécessaire que la loi du for saisi soit une loi de police pour qu'elle régisse l'admissibilité des conventions de juridiction. Certes, il est possible que les normes de la loi du for appelées à s'appliquer sur ce point aient le caractère de lois d'application immédiate. Ce n'est toutefois pas ce qui justifiera leur application aux conventions de juridiction. Il convient, en effet, à notre avis, de *distinguer entre le titre d'application de la lex fori — la matière de la compétence — et le caractère des règles effectivement appliquées*.

Plus générale que la justification proposée par MM. Rigaux et Fallon, celle que nous défendons permet d'expliquer pourquoi les juridictions françaises soumettent, depuis quelques décennies, de plus en plus d'aspects de la convention d'arbitrage à des règles françaises, indépendamment du recours à une règle de conflit de lois. L'examen de cette jurisprudence¹⁴³ indiquera que l'application de normes françaises, c'est-à-dire des normes de la loi du for saisi, ne se fonde nullement sur le prétendu caractère de loi de police de celles-ci. Au contraire, il s'agit, pour les juridictions françaises, d'élaborer des règles au contenu adapté aux situations internationales. On observera que la thèse du rattachement des conventions de juridiction à la matière des conflits de juridictions peut fournir une explication à ce phénomène¹⁴⁴.

§2 — *Le caractère contingent de la soumission des conventions de juridiction à la méthode des conflits de lois.*

76. La distinction "licéité de principe, portée de l'effet juridictionnel et admissibilité/formation" a permis de repérer les questions soulevées par les conventions de juridiction qui se rattachent à la matière de la compétence et celles qui sont purement contractuelles. Si, comme on vient de l'indiquer, les premières sont soumises à la matière des conflits de juridictions, il semble, à première vue, logique que les secondes dépendent du conflit de lois. Pour ces dernières, en effet, les conventions d'arbitrage et d'élection de for sont abordées comme tout autre contrat puisqu'il s'agit de déterminer si elles ont fait l'objet d'un véritable accord de volontés.

Mais la situation n'est pas aussi simple. En effet, il importe de remarquer que les questions contractuelles qui se posent "se greffent sur un conflit de juridictions"¹⁴⁵ car elles interviennent lorsque, confronté à la convention de juridiction, le juge doit statuer sur sa compétence. Il semble dès lors que le rattachement juridictionnel des conventions de juridiction soit prépondérant, en ce sens qu'il puisse attirer à lui toutes les questions susceptibles de se poser (A). Par conséquent, le recours à la méthode des conflits de lois, s'il est possible, n'est pas nécessaire (B). Il convient d'expliquer pourquoi, dans les

organisent l'Etat. on peut penser en effet qu'elle comprend les lois qui déterminent le fonctionnement des organes judiciaires. Il semble toutefois que MM. Rigaux et Fallon utilisent les termes "lois de police" dans leur acception moderne.

¹⁴³ V. *infra* nos 99 et s.

¹⁴⁴ V. *infra* nos 166 et 167 et nos 192 à 194.

¹⁴⁵ Paris (1^o ch. suppl.), 27 janvier 1955 (sté Jansen c. sté Heurtey), *Rev. crit. DIP*, 1955, p. 334

. Dans le même sens. H. GAUDEMET-TALLON, n^o 9.

développements qui suivent, il sera néanmoins question du “double rattachement des conventions de juridiction” (C).

A) La prépondérance du rattachement à la matière des conflits de juridictions.

77. Avant d'examiner dans quelle mesure le recours à la méthode du conflit de lois est possible et souhaitable à propos des conventions de juridiction¹⁴⁶, il importe de remarquer que toute proposition relative aux aspects de ces clauses à soumettre à des règles de conflit de lois restera toujours *relative*. En effet, il semble qu'étant donné que les conventions étudiées se rattachent à la matière des conflits de juridictions, la loi du for saisi, loi de la compétence, ait la faculté de régler *toutes* les questions qu'elles suscitent, même celles qu'une analyse théorique conduirait à rattacher au conflit de lois.

Pour justifier cette position, on remarquera d'abord que, pour le juge qui y est confronté, les conventions de juridiction soulèvent *essentiellement un problème de compétence* : il s'agit de savoir si leur effet prorogatoire ou dérogatoire de juridiction peut être reconnu. Les questions contractuelles susceptibles de surgir n'interviennent que dans le cadre de cette problématique juridictionnelle, pour influencer la réponse à lui donner. Or, si les questions contractuelles se greffent sur le problème juridictionnel provoqué par les clauses de juridiction, elles ne peuvent être tout à fait étrangères à celui-ci. Dès lors, en effet, qu'elles contribuent au raisonnement sur sa compétence auquel se livre le juge étatique, il faut observer qu'elles “concernent” au sens large cette problématique. On a eu l'occasion d'indiquer la réalité de cette observation lors de l'examen de certaines conditions imposées aux conventions d'arbitrage et d'élection de for. Il est apparu qu'il est souvent délicat de décider de la qualification “admissibilité” ou “formation” de celles-ci car, en fin de compte, elles ont toutes une incidence plus ou moins directe sur la compétence du for saisi¹⁴⁷.

Cette observation permet de comprendre qu'ainsi que le remarque M. Holleaux, la loi du for saisi puisse invoquer son titre de loi de la compétence pour régir *tous* les aspects des conventions de juridiction¹⁴⁸. Comme l'explique cet auteur, si l'on scinde, au sein des questions soulevées par les conventions de juridiction, les éléments qui sont soumis à la *lex fori* car celle-ci régit la compétence et ceux qui, comme pour d'autres contrats, suscitent des problèmes de conflits de lois, telles la forme ou la capacité des parties, on n'opère pas une répartition entre des catégories du conflit de lois¹⁴⁹. Quand il y a uniquement matière à conflit de lois, les différents aspects d'un phénomène sont, on le sait, répartis en plusieurs règles de conflit de lois, chacune concernant un problème appelé “catégorie de rattachement” et conduisant à la loi qui lui est la plus appropriée. Les règles de conflit opèrent donc une répartition entre tous les problèmes pouvant se présenter. Mais la matière de la compétence est en dehors du conflit de lois¹⁵⁰. Cela signifie que, quand elle s'applique en vertu de son titre de loi de la compétence, la *lex fori n'a pas à respecter la répartition* que réalise pour les matières soumises au conflit de lois le système des règles de conflit. Par conséquent si la *lex fori* décide, par exemple, qu'en raison de la gravité de l'effet de compétence recherché, il faut imposer aux conventions de juridiction des formes plus strictes que celles des autres

¹⁴⁶ V. *infra* n° 80.

¹⁴⁷ V. *supra* nos 59 à 63.

¹⁴⁸ D. HOLLEAUX, n° 192. V. également G. KAUFMANN-KOHLER, p. 61. qui a repris l'opinion de M. Holleaux. — Observons que M. Holleaux n'a eu l'occasion de développer son raisonnement qu'à propos des conventions d'élection de for. A partir du moment toutefois où l'on admet qu'à la convention d'arbitrage de même, la loi du for saisi s'applique à certains égards au titre de loi de la compétence, il faut conclure qu'il vaut tout autant pour cette clause.

¹⁴⁹ D. HOLLEAUX, n° 192.

¹⁵⁰ D. HOLLEAUX, n° 192. V. également *supra* n° 73.

contrats, cette loi refoulera¹⁵¹ la règle de conflit qui, applicable à la forme dans une perspective uniquement conflictuelle, aurait désigné une loi étrangère.

On peut peut-être compléter cette opinion sous l'angle théorique en disant qu'en raison de l'*unilatéralité* qui caractérise la matière de la compétence¹⁵² et dès lors le système des conflits de juridictions, toute disposition édictée à leur propos s'applique prioritairement à la loi étrangère que désignerait normalement pour ce point la règle de conflit du for¹⁵³.

78. Ainsi la *prépondérance du rattachement juridictionnel* des conventions de juridiction implique-t-elle que la loi du for saisi, loi compétente en matière de conflits de juridictions, peut invoquer ce titre pour régir *tous* les aspects des conventions de juridiction. On observera d'ailleurs que l'application exclusive de la *lex fori* est une solution que certains auteurs ont prôné, par le passé, pour la convention d'élection de for¹⁵⁴ et qui, comme on l'examinera plus en détails, est actuellement défendue en France à propos de la convention d'arbitrage¹⁵⁵.

Dans l'immédiat, il importe de préciser qu'à notre avis, la prépondérance du rattachement juridictionnel des conventions de juridiction signifie que, pour s'appliquer à un point contractuel des conventions de juridiction que la logique soumettrait à la méthode des conflits de lois, la *lex fori n'a pas besoin, pour se justifier, de recourir à la notion de "loi de police"*.

Certes, cette explication pour l'application de la loi du for saisi paraît, à première vue, plus normale dans ce contexte qu'elle ne l'était pour les aspects juridictionnels des conventions de juridiction¹⁵⁶. En effet, alors que le rattachement de ces questions à la matière de la compétence excluait le recours à la méthode du conflit de lois, dans l'hypothèse envisagée à présent, on suppose que des questions *contractuelles*, et dès lors *a priori* soumises au conflit de lois, sont régies par la *lex fori*. Aussi pourrait-on penser que, pour prendre la place de la loi désignée par la règle de conflit normalement applicable, il faille que cette loi soit une loi de police.

Mais il faut constater que, pour justifier son application à *tous* les aspects des conventions de juridiction, la loi du for saisi n'a pas à invoquer un besoin impératif de s'appliquer. Il suffit qu'elle avance des considérations "*juridictionnelles*" et se retranche

¹⁵¹ D. HOLLEAUX, n° 192.

¹⁵² Sur ce point, H. BATIFFOL, P. LAGARDE, n° 667 ; F. RIGAUX, n° 189, p. 129.

¹⁵³ Ce phénomène est comparable, à notre avis, à celui des lois de police qui, elles aussi en raison de leur unilatéralité, refoulent les règles de conflit normalement applicables (sur le caractère unilatéral des lois de police et le fait qu'elles traduiraient une adoption partielle de la doctrine de l'unilatéralité, v. P. GOTHOT, "Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé", *Rev. crit. DIP*, 1971, p. 212 et s.).

¹⁵⁴ V. par exemple, S. DENNEMARK, "Quelle est la loi selon laquelle on tranche la question de la validité d'un accord sur la compétence internationale ?", *Mélanges R.D. Kollewyn - J. Offerhaus*, Leiden, 1962, p. 124, qui exclut toutefois de l'emprise de la *lex fori* la capacité et la représentation des parties. M. Huet semble également considérer que la loi du for saisi s'applique de manière générale à la convention d'élection de for. En effet, après avoir estimé que la *licéité* de la convention d'élection de for relève de la loi du tribunal saisi (A. HUET, n°s 6 et s), cet auteur décide que les conditions de sa *validité* sont en principe fixées par la loi du tribunal saisi (*ibidem*, n° 32). — Remarquons que l'application généralisée de la loi du for saisi semble être le système admis par la jurisprudence américaine (en ce sens, P. BEHRENS, "Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen vor Amerikanischen Gerichten" {*préc. n. 13*}, p. 612, qui, après avoir commenté l'arrêt *Bremen c. Zapata* de la Cour suprême des Etats-Unis, arrêt qui le premier a reconnu la possibilité de déroger à la compétence internationale des tribunaux américains, constate que la Cour a implicitement soumis à la *lex fori* toutes les conditions qu'elle pose pour la validité de cette clause).

¹⁵⁵ V. *infra* n°s 349 et s.

¹⁵⁶ Sur l'explication en termes de "loi de police" pour l'application de la *lex fori* dans cette hypothèse, v. *supra* n° 75.

derrière le titre d'application que lui confère le droit international public¹⁵⁷. La *lex fori* peut donc toujours invoquer un titre "primaire" pour régir ces clauses, c'est-à-dire un titre d'application "de première main". Le fondement de son application sera, en effet, la mise en cause d'une matière qui lui est *par principe dévolue*, l'organisation et le fonctionnement des organes judiciaires de l'Etat. On remarquera d'ailleurs que la proposition de certains auteurs français qui sera examinée ultérieurement et selon laquelle tous les aspects de la convention d'arbitrage devraient être soumis à la loi du for saisi est tout à fait étrangère au caractère de loi de police des normes de la *lex fori*¹⁵⁸.

B) Le recours éventuel à la méthode du conflit de lois.

79. Le fait que le rattachement des conventions de juridiction à la matière des conflits de juridictions confère à la loi du for saisi un titre d'application pour régir tous les aspects, tant juridictionnels que contractuels, de ces clauses n'exclut cependant pas que cette loi recoure, le cas échéant, à la méthode du conflit de lois¹⁵⁹.

Il convient, en effet, de rappeler, de manière générale, que si la matière des conflits de juridictions ne soulève pas de véritables problèmes de conflit de lois¹⁶⁰, elle peut néanmoins faire l'objet, sur certains points particuliers, de règles de conflit de lois.

Certes, comme l'explique M. Mayer, "le recours à une règle de conflit (...) n'a de raison d'être que dans un secteur particulier du droit : celui des relations entre personnes privées"¹⁶¹. Dans ce domaine, en effet, *l'Etat n'agit pas* ; son intervention essentielle consiste à édicter et mettre en œuvre des règles qui régiront ces rapports entre personnes privées¹⁶². La règle de droit international public qui a été présentée, selon laquelle chaque Etat a la compétence législative pour s'organiser, n'a donc pas à intervenir. Au contraire, l'application d'une loi étrangère peut se révéler plus utile, pour le règlement des litiges entre personnes privées, que le recours systématique à la *lex fori*. Car elle peut permettre de donner à ceux-ci une solution plus prévisible ou plus juste¹⁶³.

Mais, ainsi que le remarque M. Mayer, "le recours à une règle de conflit est en toutes matières théoriquement concevable"¹⁶⁴. Or il apparaît que, dans certaines situations qui concernent le fonctionnement d'un organe étatique, et qui sont donc, en principe, soumises à l'application de la loi du for, le recours à la méthode conflictuelle puisse s'avérer *préférable*. M. Mayer soulève ce problème de manière générale en indiquant que "les formes que doit suivre un organe, parfois ne visent pas au bon fonctionnement du service dont il est chargé, mais concernent directement le contenu substantiel de la relation de droit privé qui lui est soumise. Si les premières sont directement instituées par l'Etat à l'aide des règles auxquelles l'organe est tenu d'obéir, les secondes peuvent être contenues dans la loi d'un autre Etat, avec lequel la relation présente des liens plus significatifs, et que la règle de conflit de l'Etat dont l'organe est saisi désignera"¹⁶⁵. MM. Fallon et Rigaux vont dans le même sens, qui défendent le domaine limité de la *lex fori* en matière de procédure, autre question relative au fonctionnement des organes d'un Etat. "Ce (...) principe est justifié par une considération propre au droit international privé : le souci de

¹⁵⁷ Sur l'application de principe de la *lex fori* en matière de compétence, v. *supra* n° 73.

¹⁵⁸ V. *infra* nos 349 et s.

¹⁵⁹ V., dans un sens analogue, P. MAYER, *op. cit.* {préc. n. 134}, n° 61, p. 379.

¹⁶⁰ Sur ce point, v. *supra* n° 73.

¹⁶¹ P. MAYER, *op. cit.* {préc. n. 134}, n° 65, p. 382.

¹⁶² P. MAYER, *op. cit.* {préc. n. 134}, n° 65, p. 383.

¹⁶³ En ce sens, P. MAYER, *op. cit.* {préc. n. 134}, n° 65, p. 383.

¹⁶⁴ P. MAYER, *op. cit.* {préc. n. 134}, n° 65, p. 382.

¹⁶⁵ P. MAYER, *op. cit.* {préc. n. 134}, n° 63, p. 381.

faire prévaloir les éléments de rattachements objectifs, touchant à la matière même de la situation litigieuse, sur la compétence de la *lex fori*, qui risque de n'avoir qu'un lien occasionnel ou tardif avec cette situation et dont la mise en œuvre est subordonnée au choix opéré par le demandeur entre les différents Etats susceptibles d'exercer leur juridiction sur la cause. Le principe d'interprétation ainsi dégagé tend à faire la place la plus large aux diverses lois régissant le fond, la technique des conflits de lois permettant aux parties de prévoir plus tôt et avec plus de sécurité laquelle de ces lois est compétente¹⁶⁶.

Il semble qu'une telle intervention de la méthode conflictuelle à propos de questions qui, relatives à l'organisation d'un organe étatique, ne suscitent pas de véritables problèmes de conflit de lois connaisse quelques *illustrations*. Ainsi, par exemple, la capacité d'ester en justice est-elle une question traditionnellement soumise à la loi personnelle¹⁶⁷, alors qu'elle concerne la procédure, matière qui exclut "toute possibilité d'un conflit de lois véritable"¹⁶⁸. Cette question ne présente toutefois *pas un lien direct* avec le fonctionnement du for saisi. L'application de règles substantielles de la *lex fori* s'impose moins ; il paraît au contraire opportun de soumettre ce problème à la même loi quel que soit le for saisi, et ce par l'adoption d'une règle de conflit de lois. Ce phénomène se rencontre également *en matière de compétence*. Ainsi, pour définir le contenu de la notion "lieu d'exécution des obligations" qui intervient parmi les règles déterminant la compétence des juridictions belges, la Cour de cassation a-t-elle consulté la loi applicable au rapport de fond entre les parties¹⁶⁹. La Cour de Justice des Communautés européennes a fait de même, dans la même hypothèse, dans son arrêt *Tessili* du 6 octobre 1976¹⁷⁰. Le recours à la méthode du conflit de lois pour cette question peut s'expliquer par le souci d'adopter la même définition du lieu d'exécution des obligations pour la détermination de l'instance compétente et pour le règlement des litiges au fond. Mais il convient de rappeler qu'intervenant en matière de compétence, cette solution ne revêt aucun caractère nécessaire, comme le révèle l'opinion de M. Bartin selon laquelle le système de qualification qui complète le système des conflits de juridictions — c'est-à-dire la qualification des faits dont découlent les chefs de compétence — dépend nécessairement de la loi de l'Etat auquel obéit le juge¹⁷¹.

80. Il semble que l'on puisse expliquer de la même manière *le recours à la méthode conflictuelle à propos des conventions de juridiction*. En effet, alors que leur rattachement à la matière des conflits de juridictions est prépondérant et donne à la *lex fori* un titre

¹⁶⁶ F. RIGAUX, M. FALLON, n° 897.

¹⁶⁷ En ce sens, P. MAYER, n° 499.

¹⁶⁸ P. MAYER, n° 492. — Comp. F. RIGAUX, M. FALLON, n 827, qui envisagent explicitement le problème si pour déterminer l'état de minorité d'une personne et décider si elle relève de la compétence du tribunal de jeunesse ou du tribunal de première instance, il faut se référer à la *lex fori* ou à la loi nationale de l'intéressé et qui choisissent la seconde solution.

¹⁶⁹ Cass. 10 décembre 1976 (Van Esbroeck c. Joris et consorts), *Pas.*, 1977, p. 413. Sur cet arrêt, v. F. RIGAUX, M. FALLON, n° 1320.

¹⁷⁰ C.J.C.E., 6 octobre 1976, aff. 12/76, (Tessili c. Dunlop), *Rec. C.J.C.E.*, 1976, p. 1473. Pour des cas d'application de cette jurisprudence, v. par ex. Comm. Tongeren, 9 juin 1977 (N.V. E. c. L.). *R.W.*, 1977-1978, col. 1908, note H. VAN HOUTTE ; Mons, 7 janvier 1992 (S.A. Sudry international c. S.P.R.L. Dujardin). *J.L.M.B.*, 1992, p. 881, note A. KOHL ; Cass. fr. (1° Ch. civ.), 6 février 1996 (San Carlo Gruppo alimentare SPA c. SBC Vico). *Rev. crit. DIP.*, 1996, p. 504, note G. DROZ.

¹⁷¹ E. BARTIN, *Etudes sur les effets internationaux des jugements*, L.G.D.J., Paris, 1907, p. 102. — Pour un cas d'application, v. BGH, 9 avril 1973, *A.W.D.*, 1973, p. 404. Confrontée au problème de la détermination du for du lieu d'exécution d'une obligation, la Cour constate que ce qui est en cause n'est pas la relation contractuelle entre les parties mais la compétence d'un for et qu'il faut dès lors consulter le *droit du for* pour connaître le contenu des concepts juridiques qu'il utilise.

général d'application à leur égard, il ne semble pas nécessaire au bon fonctionnement du for saisi que cette loi en régitte tous les aspects¹⁷².

Ainsi, pour la "formation" des clauses étudiées, c'est-à-dire pour les questions contractuelles qu'elles posent comme les contrats substantiels, paraît-il opportun, dans le souci d'accroître la prévisibilité des solutions pour les parties, de se référer aux principes valables pour ces derniers. Ces questions ne concernent que de loin la compétence du for saisi ; aussi le recours à des règles de conflit de lois est-il indiqué. Comme on l'expliquera plus loin, cette solution est effectivement celle qui est traditionnellement suivie à propos des conventions de juridiction¹⁷³.

Mais les règles de conflit de lois peuvent également être envisagées pour des questions relatives à l'"admissibilité" des conventions de juridiction, dont l'incidence et la fonction juridictionnelles sont pourtant plus marquées que pour les questions de "formation". On observera, en effet, au cours de cette étude, que le recours à la méthode conflictuelle peut parfois avoir pour objectif de favoriser l'admissibilité des conventions examinées, leur permettant d'échapper, en matière internationale, à certaines règles de la *lex fori* jugées trop sévères¹⁷⁴. Par ailleurs, une condition d'admissibilité telle que l'"arbitrabilité" du litige présente de nombreux liens avec la situation au fond. Aussi, comme on l'indiquera, sa soumission à la loi du for saisi peut ne pas paraître nécessaire et le recours à une règle de conflit de lois être préféré¹⁷⁵.

Il convient de préciser qu'il semble que le recours à la méthode conflictuelle puisse moins aisément être envisagé à propos des questions relatives à la "licéité de principe" et à la "portée de l'effet juridictionnel" des conventions de juridiction¹⁷⁶ car leurs liens avec la compétence de la juridiction saisie sont très nets.

C) La justification de l'emploi de l'expression "double rattachement des conventions de juridiction"

81. Nous avons choisi de donner à ce chapitre l'intitulé "le double rattachement des conventions de juridiction" pour signifier que celles-ci se rattachent aux conflits de juridictions et au conflit de lois. A la suite de ce qui vient d'être expliqué, on remarque que cette expression n'est pas tout à fait exacte. En effet, si les conventions étudiées se rattachent nécessairement à la matière des conflits de juridictions, la soumission de certains de leurs aspects à la méthode du conflit de lois n'est qu'éventuelle. Par conséquent, leurs deux "rattachements" ne peuvent pas vraiment être mis sur un pied d'égalité.

Nous continuerons néanmoins à utiliser cette expression au cours de cette étude. L'analyse des questions susceptibles de se poser a, en effet, montré que celles-ci se divisaient rationnellement en deux catégories, selon qu'elles se rapportaient à la dimension

¹⁷² Comp. B. von HOFFMANN, p. 34 et s., qui s'interroge sur l'approche que doit recevoir, en droit international privé, l'arbitrage en général. Cet auteur observe que ce phénomène constitue un acte privé mais dont les effets sont processuels. Il envisage dès lors explicitement la question si ces effets n'ont pas pour conséquence de soustraire l'arbitrage au jeu des règles de conflit de lois pour le soumettre à la *lex fori* du for normalement compétent pour le litige. M. von Hoffmann rejette toutefois cette solution, au nom des principes que suggère la "nature des choses". Ceux-ci sont en fait les différents avantages que possède la méthode conflictuelle par rapport à l'application de la *lex fori* : la prévisibilité des solutions et l'harmonie internationale entre les différents ordres étatiques. La démarche de M. von Hoffmann est intéressante car elle présente le recours à des règles de conflit de lois en matière d'arbitrage non comme la seule solution concevable mais comme celle que des raisons d'opportunité recommandent. A notre avis, c'est une démarche semblable qui peut expliquer le recours à des règles de conflit de lois pour les conventions de juridiction.

¹⁷³ V. *infra* nos 83 et s.

¹⁷⁴ V. *infra* nos 92 à 95 notre explication pour l'approche conflictuelle de la convention d'arbitrage.

¹⁷⁵ Sur cette question. v. *infra* nos 246 et s.

¹⁷⁶ Sur ces notions. v. *supra* nos 39 à 47.

juridictionnelle ou à la dimension contractuelle des conventions d'arbitrage et d'élection de for. La difficulté éprouvée parfois pour déterminer le contenu exact de cette distinction — ainsi qu'on l'a observé en étudiant les notions d'“admissibilité” et de “formation” des conventions de juridiction¹⁷⁷ — ne retire pas à celle-ci sa réalité. De même qu'il est *rationnel* de distinguer deux aspects essentiels au sein des conventions de juridiction, ainsi paraît-il *logique* de considérer que les éléments relevant du premier se rattachent aux conflits de juridictions et les autres au conflit de lois. Cela signifie que, malgré son caractère prépondérant, le rattachement juridictionnel des conventions considérées ne devrait pas s'étendre aux questions relatives à leur “formation” car il semble opportun que, sur ces points, la *lex fori* renonce à faire usage de son titre d'application de principe pour, *par le biais du recours à des règles de conflit de lois*, s'en remettre à des lois étrangères. Ainsi le rattachement aux conflits de juridictions ne se traduirait-il concrètement que pour les problèmes relatifs à la “licéité de principe”, à la “portée de l'effet juridictionnel” et à l'“admissibilité” des conventions de juridiction.

Pour conforter le choix de *l'hypothèse du double rattachement* des conventions de juridiction comme *point de départ* des développements qui suivent, il convient d'annoncer qu'on aura l'occasion d'observer qu'il constitue effectivement la solution expressément ou implicitement adoptée dans plusieurs ordres juridiques. Par ailleurs, comme on essaiera de le démontrer, cette position est féconde pour la réflexion sur la problématique des droits et des règles de droit applicables aux conventions d'arbitrage et d'élection de for. Mais il est vrai que, dans la seconde partie de cette étude, quand on étudiera la mise en œuvre et les nuances des principes théoriques qui auront été déduits de la thèse du double rattachement des conventions de juridiction, on examinera certaines manifestations qui, à notre avis, s'expliquent par le fait que le rattachement juridictionnel de celles-ci est susceptible de l'emporter sur leur soumission au conflit de lois¹⁷⁸. Cette situation témoignera dès lors des *limites* de l'expression “double rattachement des conventions de juridiction”.

82. Le chapitre qui se termine avait pour objet de déterminer le cadre théorique de cette étude des conventions de juridiction en droit international privé. Ainsi a-t-on cherché à mettre en évidence que pour tous leurs aspects juridictionnels, les conventions d'arbitrage et d'élection de for *se rattachaient au système des “conflits de juridictions”* du for saisi, l'expression “conflits de juridictions” visant tout autant les conflits entre juridictions étatiques que ceux qui surgissent entre la justice étatique et la justice arbitrale. Cette position implique que, dans la mesure de ce rattachement juridictionnel, les conventions de juridiction sont *soustraites au conflit de lois*.

En effet, pour le juge étatique qui y est confronté, la matière des conflits de juridictions concerne son *fonctionnement*, plus particulièrement sa compétence pour résoudre un litige ou l'attitude qu'il doit avoir face à une décision issue d'une juridiction étrangère. Or ces questions dépendent de la *lex fori* indépendamment du recours à une véritable règle de conflit de lois. Car, quand il est question de l'organisation des organes d'un Etat, en l'occurrence de ses organes judiciaires, *aucun problème de conflit de lois* ne surgit : il ne peut y avoir une concurrence de lois ayant un titre égal pour s'appliquer puisque le droit international public, en reconnaissant à chaque Etat la compétence législative exclusive pour s'organiser, a conféré à la loi du for saisi un titre d'application “plus fort” que celui des autres lois.

¹⁷⁷ V. *supra* nos 52 à 63.

¹⁷⁸ V. *infra* nos 326 et s.

Une analyse théorique des conventions étudiées a permis de déterminer que leur rattachement aux conflits de juridictions, et dès lors leur soustraction à la problématique conflictuelle, couvrait les questions relatives à leur "*licéité de principe*", à la "*portée de leur effet juridictionnel*" et à leur "*admissibilité*".

Mais ce rattachement juridictionnel peut attirer à lui *toutes* les questions relatives aux conventions de juridiction, y compris donc celles qui sont purement contractuelles et se rapportent à leur "*formation*". Dès lors que ces questions influencent, ne fût-ce qu'indirectement, la matière de la compétence juridictionnelle, elles peuvent être soumises à la loi du for saisi en tant que loi de la compétence. Cependant, le recours à la méthode du conflit de lois, qui est concevable en toutes matières, même celles qui touchent à l'organisation de l'Etat, paraît indiqué pour les aspects contractuels des conventions de juridiction parce que le caractère indirect de leur incidence sur la compétence ne semble pas requérir absolument une réglementation substantielle de la loi du for saisi tandis que le recours à une loi étrangère désignée par une règle de conflit de lois permet d'accroître la prévisibilité des solutions pour les parties.

On en a conclu que les conventions de juridiction faisaient l'objet d'un "double rattachement", c'est-à-dire qu'elles entretenaient des liens avec la matière des conflits de juridictions et avec celle du conflit de lois, position dont on va observer à présent la pertinence en examinant les solutions de droit applicable auxquelles ces clauses sont effectivement soumises dans la réalité.

CHAPITRE II

CONSEQUENCES SUR LA DETERMINATION DES DROITS APPLICABLES

83. Le double rattachement des conventions de juridiction — c'est-à-dire le rattachement de leurs aspects juridictionnels à la matière des conflits de juridictions et la soumission à la méthode du conflit de lois de leurs côtés contractuels — n'est pas sans conséquences pour la détermination des droits applicables à ces clauses. Comme il vient d'être observé, cette thèse signifie, en effet, que les conventions étudiées ne suscitent pas, en tous points, de véritables problèmes de conflit de lois ; dans la mesure où elles se rattachent aux conflits de juridictions, elles dépendent de l'application de principe de la loi du for saisi.

Dans le cadre du droit commun, cette position implique que les questions que soulèvent les conventions d'arbitrage et d'élection de for doivent, en théorie, être réparties entre la compétence de la *lex fori*, loi des conflits de juridictions, et les "*lex causæ*", cette expression générale visant toutes les lois que désignent les règles de conflit de lois pertinentes¹. Il convient de confronter cette affirmation théorique aux conceptions doctrinales et jurisprudentielles dont font l'objet les conventions de juridiction. Tout en offrant un schéma de pensée relativement neuf pour aborder la problématique de droit international privé concernant les clauses examinées, cette analyse contribue, à notre avis, à éclairer et expliquer la situation qu'elles connaissent dans la réalité. On consacrera à cet égard de longs développements à la jurisprudence française relative à la convention d'arbitrage car on peut penser qu'elle traduit dans les faits les conséquences qui se déduisent du rattachement partiel de cette clause aux conflits de juridictions (Section I).

Dans le cadre du droit conventionnel, il semble que la mise en évidence des liens entre les conventions de juridiction et la matière de la compétence que suppose la thèse de leur double rattachement enrichisse plusieurs discussions sur la répartition entre le *droit conventionnel établi par la Convention de Bruxelles* et le *droit commun* des Etats contractants quant au régime d'une même clause (Section II).

SECTION I : LA REPARTITION THEORIQUE ENTRE LA *LEX FORI* ET LES *LEX CAUSÆ*

84. Il convient d'observer que, pour confronter le principe théorique d'une scission *lex fori/lex causæ* aux conceptions doctrinales et jurisprudentielles relatives aux conventions de juridiction, on n'abordera que les approches *générales* dont elles font l'objet, et non les règles de conflit de lois précises qui leur sont appliquées. Comme l'examen de celles-ci suppose qu'ait été déterminé, au préalable, le domaine exact du conflit de lois, il sera, en effet, effectué ultérieurement². Il faut préciser, par ailleurs, qu'on s'intéressera uniquement aux droits applicables aux *conditions* des clauses étudiées, se fondant sur la distinction présentée entre leur "admissibilité" et leur "formation". L'application de la *lex fori* à leur

¹ Cet emploi de l'expression "*lex causæ*" correspond à celui qui lui est donné dans le cadre de la problématique de la qualification, où il est question de qualification *lege causæ* par opposition à la qualification *lege fori*. Sur ces deux formes de qualification, v. par ex. P. MAYER, n° 156. — "*Lex causæ*" n'est donc pas utilisé ici dans le sens restreint de "loi applicable au rapport de droit principal" (pour une telle application, v. par exemple H. SCHACK, "Derogation des Vermögensgerichtsstandes zwischen deutscher *lex fori* und ausländischem Prorogationsstatut", *IPRax*, 1990, p. 19).

² Sur les règles de conflit de lois applicables aux conventions de juridiction, v. *infra* n°s 293 et s.

“licéité de principe” et à la “portée de leur effet juridictionnel” n’étant pas controversée³, il ne paraît pas nécessaire de reprendre l’examen de ces questions.

Il semble que la situation réservée à la convention d’élection de for s’oriente implicitement dans le sens d’une répartition entre la loi de la compétence et les lois désignées par les règles de conflit (§1). Le cas de la convention d’arbitrage est plus complexe car l’approche traditionnelle dont elle jouit semble résolument opposée à ce principe. On remarquera cependant avec intérêt que la jurisprudence française moderne relative à la clause compromissoire peut être interprétée comme un retour à celui-ci (§2).

§1 — *La confrontation aux conceptions doctrinales et jurisprudentielles relatives à la convention d’élection de for.*

85. Si le principe d’une répartition entre la *lex fori* et les *lex causæ* selon la distinction “admissibilité/formation” peut paraître neuf, il bénéficie, en réalité, d’une certaine reconnaissance, explicite en Allemagne, implicite ailleurs (A). D’autre part, il présente de l’intérêt pour la compréhension des jurisprudences belge et française (B).

A) La reconnaissance d’une répartition entre la *lex fori* et les *lex causæ*⁴.

86. La correspondance entre la distinction “admissibilité/formation” et la répartition entre les aspects “conflits de juridictions” et “conflit de lois” de la convention d’élection de for a été soulignée à plusieurs reprises par le *Bundesgerichtshof*. Soulignant la nature complexe de cette convention (“*ein Vertrag über processrechtliche Beziehungen*”, un contrat relatif à des relations processuelles), la Cour en a déduit qu’en matière internationale, son “admissibilité” dépendait de la *lex fori*, loi de la compétence, tandis que sa “formation” était réglée “conformément aux principes de droit international privé applicables aux contrats”⁵. Ces principes ont été repris par la doctrine unanime⁶.

³ V. *supra* nos 40 à 47.

⁴ Il convient d’observer qu’à notre avis, la distinction “admissibilité/formation” permet également de résoudre la question du *moment* auquel il faut se placer pour apprécier si les conventions de juridiction remplissent les conditions qui leur sont imposées. Généralement ce problème est présenté comme celui du choix entre le moment de la conclusion de la clause et celui de l’introduction de l’instance (en ce sens par exemple, à propos de la convention d’élection de for, H. GAUDEMET-TALLON, note sous Paris (1^o Ch. sect. urg.), 14 novembre 1990 (Sieur et Dame Nahas c. Banque arabe et internationale d’investissement), *J.D.I.*, 1991, p. 741).

Or, il semble que la mise en évidence des deux types de conditions auxquelles sont soumises les conventions de juridiction suggère que seules les conditions relatives à leur “formation” doivent être remplies lors de la conclusion de la clause, tandis que celles qui concernent leur “admissibilité” devraient être rencontrées au plus tard lors de l’introduction de l’instance. En effet, les conditions d’“admissibilité” sont celles que stipule un ordre juridique pour reconnaître à la convention son effet juridictionnel. Elles ne prennent donc leur sens que lorsqu’est connu le juge chargé de mettre en œuvre cet effet, c’est-à-dire quand l’instance est engagée. — V., dans le sens de cette proposition, C.J.C.E., aff. 25/79, 13 novembre 1979 (Sanicentral c. R. Collin), *Rec. C.J.C.E.*, 1979, p. 3423, où, confrontée à une question d’admissibilité (sur cette qualification dans le cadre de cet arrêt, v. *infra* n^o 125) d’une convention d’élection de for dans un contrat de travail, la Cour a décidé qu’il fallait se placer au moment de l’introduction de l’instance pour savoir si la Convention de Bruxelles était entrée en vigueur et si dès lors c’était à celle-ci ou au droit commun de régir ce problème. Dans une affaire concernant elle aussi l’admissibilité d’une convention d’élection de for dans un contrat de travail, au regard des règles françaises de compétence cette fois, la Cour de cassation française s’est également située, pour apprécier la clause, au moment de l’instance en justice (Cass. fr. (Ch. soc.), 8 juillet 1985 (Allard c. sté Construcciones Tissot), *Rev. crit. DIP*, 1986, p. 113. note H. GAUDEMET-TALLON).

⁵ Ainsi, le *Bundesgerichtshof* a-t-il d’abord déduit de la nature complexe de la convention d’élection de for que ses effets dépendaient du droit de la procédure tandis que sa formation se réglait selon les principes du droit civil (BGH, 29 février 1968. *N.J.W.*, 1968, p. 1233). Appliquée à un cas

Il faut préciser que, pour les Allemands, la référence aux “principes du droit international privé” signifie le renvoi au conflit de lois uniquement et non aux conflits de juridictions⁷. C'est donc bien une clé de répartition entre les aspects “conflits de juridictions” et “conflit de lois” de la convention d'élection de for qui a été énoncée, ainsi que ses conséquences de droit applicable.

87. En Belgique ou en France, ces principes se devinent sous la plume de beaucoup d'auteurs⁸.

Ainsi semble-t-il généralement admis que l’“admissibilité” de la convention d'élection de for, quelle que soit la dénomination précise qui lui est donnée⁹, relève de la loi du for saisi. Certes, il n'est pas dit explicitement que cela est dû à l'ancrage de cette question dans la matière des conflits de juridictions¹⁰. Mais on peut supposer que cela est reconnu implicitement par les auteurs qui justifient l'application de la *lex fori* dans cette hypothèse par le fait que *seul* ce droit décide de la compétence du for saisi¹¹¹².

international, cette idée a conduit à soumettre la formation de la convention d'élection de for à la loi désignée par les principes du droit international privé (BGH, 22 septembre 1971, *N.J.W.*, 1972, p. 391, notes R. GEIMER, J. SCHMIDT-SALZER). Il a été par la suite précisé que le droit de procédure du for s'appliquait à l’“admissibilité” et aux “effets” de cette convention (BGH, 17 mai 1972, *N.J.W.*, 1972, p. 1622, note R. GEIMER, *A.W.D.*, 1972, p. 356, et le commentaire de B. von HOFFMANN, *A.W.D.*, 1972, p. 416). Depuis lors, ce système a été de nombreuses fois appliqué, les principes de distinction et les conséquences de droit applicable exposées dans le texte revenant comme un “leitmotiv” (v. par ex. BAG, 27 janvier 1983, *IPRax*, 1985, p. 276, spéc. p. 278 ; BGH, 20 janvier 1986, *IPRax*, 1987, p. 168, spéc. p. 169, *N.J.W.*, 1986, p. 1438 ; BGH, 24 novembre 1988, *IPRax*, 1990, p. 41, spéc. p. 42).

⁶ V. par ex. K. FIRSCHING, B. von HOFFMANN, *Internationales Privatrecht einschliesslich der Grundzüge des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, 4^e éd., Verlag C.H.Beck, Munich, 1995, n^o 73, p. 83 ; R. HAUSMANN, n^{os} 1226 et 1227 ; D. RAHMANN, p. 9 ; O. SANDROCK, *Handbuch der Internationalen Vertragsgestaltung*, II, Heidelberg, 1980, n^{os} 14 et 15, p. 765 ; H. SCHACK, n^o 432, p. 162 ; J. SCHRODER, “Nach Damaskus : kein Traumspiel”, *IPRax*, 1988, p. 145 ; H.R. WIRTH, “Gerichtsstandsvereinbarungen im internationalen Handelsverkehr”, *N.J.W.*, 1978, p. 461. — *adde* A.E. VON OVERBECK, “Les élections de for selon la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987”, *Festschrift M. Keller*, Zürich, 1989, p. 613.

⁷ Sur ce point, v. par ex. K. FIRSCHING, B. von HOFFMANN, *op. cit.* {préc. n. 6}, n^o 36, p. 8 et n^o 94, p. 24.

⁸ Ils sont même parfois reconnus tout à fait explicitement. V., en ce sens, D. HOLLEAUX, J. FOYER, G. de GEOUFFRE de LA PRADELLE, *Droit international privé*, Masson, Paris, 1987, n^o 795, p. 373, qui distinguent, parmi les conditions relatives à la clause attributive de juridiction, les “conditions générales de validité des actes juridiques” qui sont soumises à des règles de conflit de lois, et la “licéité de cette clause en tant qu'elle modifie la compétence internationale” qui relève de la loi de l'Etat concerné. V. également B. HANOTIAU, M. FALLON, “Chronique de jurisprudence (1965 à 1985) - Les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles et non contractuelles”, *J.T.*, 1987, n^o 21, p. 102, qui considèrent que l'interprétation et l'acceptation de la convention d'élection de for sont soumises à la loi applicable au contrat, alors que sa licéité dépend de la loi belge, loi du for saisi.

⁹ Sur la diversité des termes utilisés à cet égard, v. *supra* n^o 50.

¹⁰ V. toutefois G. KAUFMANN-KOHLER, p. 44, qui situe sa réflexion dans les conflits de juridictions. V. également P. MAYER, “Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence”. *Rev. crit. DIP*, 1979, p. 378, qui remarque que la question de la “validité” des clauses attributives de juridiction est généralement présentée comme celle d'un choix à effectuer entre diverses règles de conflit. Or selon cet auteur, cette méthode pose mal le problème car seul l'Etat qui a institué le tribunal dont la compétence est en cause est compétent pour déterminer la “licéité” d'une telle clause. Puisqu'il récuse les règles de conflit, M. Mayer se situe probablement dans le cadre des conflits de juridictions.

¹¹ V. par ex. B. ANCEL, Y. LEQUETTE, n^o 10, p. 567 (note sous l'arrêt Sorelec) ; H. BAUER, n^o 181 ; S. DENNEMARK, “Quelle est la loi selon laquelle on tranche la question de la validité d'un accord sur la compétence internationale ?”. *Mélanges R. Kollewijn, J. Offerhaus*. Leiden. 1962. p. 118 ; A.

De même qu'il est rarement dit que les questions d'"admissibilité" relèvent de la *lex fori indépendamment de tout conflit de lois véritable*, de même n'est-il généralement pas précisé que les véritables problèmes de choix de droit applicable ne se posent que pour la "formation" de la convention d'élection de for¹³. En fait ce point est probablement implicitement reconnu par beaucoup d'auteurs¹⁴. Il importe cependant de le souligner clairement pour relativiser la difficulté prétendue de la détermination des lois applicables à la clause attributive de juridiction¹⁵, difficulté dont le domaine apparaît, en réalité, limité à la "formation" de celle-ci¹⁶.

B) Applications jurisprudentielles.

88. Il est intéressant d'évoquer la jurisprudence française car, si elle ne l'a pas encore exprimé aussi nettement que le *Bundesgerichtshof*, elle s'oriente en fait dans la même direction que lui pour répartir l'emprise de la *lex fori* et celle des *lex causæ* applicables à la convention d'élection de for.

Ainsi la Cour de cassation a-t-elle été récemment confrontée à un litige relatif à l'acceptation d'une convention d'élection de for incluse dans un connaissance et désignant les tribunaux indiens. Le pourvoi reprochait à la Cour d'appel d'avoir décliné sa compétence sur base de la clause, après avoir réglé le point litigieux selon la loi belge, loi du connaissance ; il prétendait que la loi française seule devait décider si une clause pouvait écarter la compétence des tribunaux français. Dans son arrêt du 3 décembre 1991, la Cour de cassation répond à cet argument en distinguant *plusieurs catégories* de questions — confortant ainsi, de manière explicite, la distinction entre la "licéité" et la "validité" de la convention d'élection de for que prône la doctrine¹⁷ —, dont elle admet implicitement qu'elles obéissent à des *principes de droit applicable différents*. "Attendu que le juge français n'était pas saisi de la licéité de la clause de juridiction mais seulement de l'acceptation de cette clause par le chargeur ou l'expéditeur n'ayant pas signé le connaissance émis à l'étranger ; qu'à ce titre, la loi française n'avait pas, en tant que loi du for, vocation nécessaire ou exclusive à régir la validité, en la forme ou au fond, de la clause

HUET, n° 6 ; P. MAYER, n°s 301 et 304 ; H. VAN HOUTTE, "Het recht van toepassing op het bevoegdheidsbeding. Bedenkingen bij Cass., 15 juni 1988", *R.D.C.B.*, 1989, p. 566.

¹² Comp. F. RIGAUD, M. FALLON, n° 1387, qui, comme on l'a expliqué plus haut, justifie l'application de la loi belge à la "licéité" (c'est-à-dire l'admissibilité) d'une convention d'élection de for incluse dans un contrat de travail parce que cette loi s'appliquerait "au titre de loi de police du for" (sur cette théorie et les différences qu'elle présente avec celle qui est proposée dans cette étude, v. *supra* n° 75).

¹³ V. cependant en ce sens, G. KAUFMANN-KOHLER, p. 45 ; D. HOLLEAUX, note sous Cass. fr. (Ch. mixte), 28 juin 1974 (Sté Industrielle de Boulangerie c. Demoiselle L'Abbé), Aix-en-Provence, 10 mai 1974 (Sté Naturana c. Varenne), Trib. gde instance Paris (référés), 7 juin 1974 (Dame Schuhmann c. Halphen). *J.D.I.*, 1975, p. 92.

¹⁴ Ainsi apparaît-il que M. van Houtte, par exemple, ne raisonne en termes de conflit de lois que pour ce qui n'est pas "validité processuelle" de cette clause (H. VAN HOUTTE, "Het recht van toepassing op het bevoegdheidsbeding..." {préc. n. 11}, p. 566). — V., dans le même sens, H. BORN, M. FALLON, "Chronique de jurisprudence (1978 à 1982) - Droit judiciaire international", *J.T.*, 1983, n° 163, p. 219 ; S. DENNEMARK, *op. cit.* {préc. n. 11}, p. 118 ; P. MAYER, n° 302.

¹⁵ V. H. GAUDEMET-TALLON, note sous Cass. fr. (Ch. com.), 19 décembre 1978 (sté Europe Carton c. sté Cifal). *J.D.I.*, 1979, p. 369, qui estime que la détermination de la loi applicable à cette clause est "une de ces irritantes questions du droit international privé qui, à ce jour, n'a pas reçu de réponse satisfaisante". Dans le même sens, C. BLANCHIN, p. 53.

¹⁶ Rappelons que tous les conflits de lois au sens propre, liés à la "formation" de cette clause, seront abordés ultérieurement (v. *infra* n°s 293 et s.).

¹⁷ V. *supra* n° 50.

incluse dans un connaissance...¹⁸¹⁹. Et la Cour continue en abordant la question de la loi applicable à l'acceptation de la clause de juridiction, point qu'on négligera dans l'immédiat²⁰.

Cet attendu révèle *a contrario* qu'aux yeux de la Cour de cassation française, la loi du for saisi a une vocation nécessaire ou exclusive à s'appliquer aux questions de "licéité". Certes, la Cour n'exclut pas non plus l'application de cette loi pour les points relatifs à la "validité" de la clause²¹ mais on perçoit dans l'attendu cité que cette compétence serait alors d'une autre nature que celle relative à la "licéité" : elle n'aurait plus le même caractère nécessaire. Cela s'explique, à notre avis, parce que la compétence de la loi du for saisi *constitue le principe* pour la "licéité" d'une convention d'élection de for, à cause des liens entre cette question et la matière des conflits de juridictions. Mais l'application de cette loi à la "validité" de la clause n'est *qu'éventuelle* : elle dépend de la règle de conflit de lois applicable au point litigieux concerné.

89. L'arrêt de la Cour de cassation belge du 15 juin 1988 mérite un examen car il éclaire sur les conséquences du principe de la soumission de l'"admissibilité" à la loi du for saisi.

Il était question d'une convention élisant un tribunal belge et insérée dans un connaissance relatif à un transport d'oranges d'Alexandrie à Hambourg. Devant le tribunal belge saisi d'une demande de réparation des dommages subis par la cargaison, le défendeur prétend que le droit égyptien régit le connaissance et qu'en vertu de ce droit, seuls les tribunaux égyptiens sont compétents pour de tels litiges. Mais la Cour de cassation rejette cette argumentation et déclare que "le juge belge saisi en vertu d'une clause attributive de compétence figurant dans un connaissance n'est tenu d'examiner sa compétence que sur la base des règles de droit belge relatives à la compétence du juge belge, le connaissance fût-il soumis, en tant que tel, à l'application d'une loi étrangère"²².

Comme le fait remarquer M. van Houtte dans son commentaire, il ne faut pas déduire de cet attendu que la Cour de cassation rattache à la *lex fori* tous les aspects de la convention d'élection de for. Dans le cas soumis à la Cour, en effet, des questions relatives à la "formation" de la clause n'avaient pas été évoquées. Il s'agissait seulement de savoir si cette

¹⁸ Cass. fr. (1^o Ch. civ.), 3 décembre 1991 (Sté. Compagnie Alliance e.a. c. Sté The Scindia), *Rev. crit. DIP*, 1992, p. 340, note H. G.-T.

¹⁹ Remarquons qu'en distinguant, au sein de la convention plusieurs catégories de questions répondant à des principes de droit applicable différents, la Cour de cassation reconnaît implicitement la *spécificité* de cette convention par rapport aux autres contrats. Pour ces derniers, en effet, c'est en principe, la *même* loi qui s'applique à tous leurs aspects. C'est ce qu'a rappelé la Cour de cassation française dans un arrêt du 6 juillet 1959 : "attendu que la loi applicable aux contrats, en ce qui concerne leur formation, leurs conditions ou leurs effets, est celle que les parties ont adoptée..." (Cass. (Ch. civ. 1^o Sect.), 6 juillet, 1959 (sté des Fournures Renel c. Allouche), *Rev. crit. DIP*, 1959, p. 708, note H. BATIFFOL). On objectera peut-être que la Convention de Rome permet actuellement aux parties de choisir la loi applicable à une partie seulement de leur contrat (art. 3 1) reconnaissant ainsi la possibilité d'un dépeçage des lois applicables à un contrat substantiel. Il s'agit toutefois d'une situation différente de celle exposée à propos de la convention d'élection de for. Le dépeçage dont il est alors question s'impose "par la nature des choses" : il résulte de la complexité de la clause attributive de juridiction. Il traduit, par ailleurs, la coexistence de questions relevant des conflits de juridictions et du conflit de lois. Ce que prévoit la Convention de Rome, s'inscrit, en revanche, uniquement dans le cadre du conflit de lois et n'est pas l'expression de la "nature des choses" mais uniquement de la grande liberté laissée aux parties dans le choix de la loi applicable à leur contrat.

²⁰ Sur les conflits de lois relatifs à la "formation" de la convention d'élection de for, v. *infra* n^{os} 293 et s.

²¹ V., en ce sens, H. G.-T., *op. cit.* {préc. n. 18}, p. 342.

²² Cass., 15 juin 1988 (Arab Marine Transport c. C.T. Port), *R.D.C.B.*, 1989, p. 586.

convention avait pu rendre le juge belge compétent²³, problème relatif à son "admissibilité"²⁴.

Cet arrêt a l'intérêt d'illustrer qu'il importe peu que, selon la loi applicable à sa formation — qui, comme on le verra, coïncide souvent avec la loi applicable au fond²⁵ —, la clause soit inadmissible. Le juge belge n'avait pas à se soucier du droit égyptien accordant une compétence exclusive aux tribunaux de ce pays. Seule la loi du for saisi est intéressée à régler l'admissibilité d'une convention de juridiction. En effet, les règles relatives à ce problème n'ont de sens que pour l'ordre juridique qui les édicte puisqu'elles sont liées à la compétence des juridictions de cet Etat. Aussi la règle selon laquelle seuls les tribunaux égyptiens peuvent résoudre ce litige n'interviendra-t-elle que si la question est soulevée en Egypte.

90. Dans cet examen des principes généraux de droit applicable à la convention d'élection de for, il n'est guère utile de s'attarder sur d'autres arrêts moins explicites. Nous voudrions toutefois remarquer encore, à l'aide d'un exemple, que *l'interprétation de jugements relatifs au droit applicable à cette clause est éclairée et précisée* quand on l'opère à l'aide de la distinction "admissibilité/formation". L'exemple rapporté est tiré de la jurisprudence française mais les réflexions qu'il inspire peuvent être appliquées à toute décision où il apparaît qu'il a été question de "la" loi applicable à cette convention.

Ainsi la Cour d'appel de Rouen, dans son arrêt du 3 mars 1961, était-elle confrontée à un problème relatif à la formation du connaissance dans lequel était insérée une clause attributive de juridiction. Pour décider que le connaissance était régulier en la forme bien qu'il n'ait pas été signé par le chargeur, la Cour applique la loi marocaine, loi applicable au connaissance ; elle en déduit que la clause de juridiction qu'il contenait était opposable à la partie qui, par ailleurs, s'était prévalu du connaissance pour réclamer la marchandise²⁶. Evoquant cet arrêt, Mme Gaudemet-Tallon estime qu'il s'est prononcé, à propos de "la" loi applicable à la clause attributive de juridiction, en faveur de la compétence de la loi applicable au contrat principal²⁷. Cette interprétation doit être

²³ H. VAN HOUTTE, "Het recht van toepassing op het bevoegdheidsbeding..." {préc. n. 11}, p. 565. V. également H. BORN, M. FALLON, "Chronique de jurisprudence (1986 à 1990) - Droit judiciaire international", *J.T.*, 1992, n° 100, p. 429, qui considèrent de même que cet arrêt ne consacre pas la compétence exclusive de la *lex fori* pour décider de toutes les questions influençant l'efficacité d'une clause attributive de juridiction.

²⁴ En ce sens F. RIGAUX, M. FALLON, n° 1369.

²⁵ V. *infra* n°s 306 et 307.

²⁶ Rouen (2° Ch. civ.), 3 mars 1961 (Bourdon c. Capitaine du navire Oris), *Rev. crit. DIP*, 1962, p. 127, note R. J.-M.

²⁷ H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.* {préc. n. 15}, p. 370. Mme Gaudemet-Tallon cite encore en faveur de la compétence de la loi applicable au contrat principal un autre arrêt de la Cour de cassation (Cass. fr. (Ch. soc.), 14 janvier 1976 (Genest c. sté Vibram), *J.D.I.*, 1977, p. 495, note A. LYON-CAEN). Cet arrêt est en réalité extrêmement peu clair. Il s'agissait de savoir si la convention d'élection de for conclue dans le cadre d'un contrat de travail s'appliquait également au contrat de cautionnement conclu par l'employeur pour garantir son obligation vis-à-vis de son collaborateur. Le point litigieux concernait donc l'interprétation de la convention d'élection de for quant à sa portée vis-à-vis d'un contrat lié à celui dans lequel elle était insérée. Le problème de la loi applicable n'a pas été abordé par le pourvoi, ce qui se comprend car, à part le siège social de la caution qui était situé en Italie, tous les points de rattachement envisageables désignaient la France. C'est seulement une phrase ambiguë ("une maladresse de rédaction, si elle n'est pas une erreur de raisonnement", dit M. Lyon-Caen dans son commentaire (*op. cit.*, p. 497)) qui peut éventuellement donner à penser qu'une position sur la loi applicable à la convention d'élection de for aurait été énoncée. La Cour dit en effet : "attendu (...) que le cautionnement est soumis à la loi applicable à l'obligation principale, qu'il en est de même de celle régissant la compétence". Il nous paraît injustifié de citer cet arrêt comme un de ceux qui se seraient prononcés sur "la" loi applicable à la convention d'élection de for.

nuancée. La loi du contrat principal a été appliquée au point particulier en litige, relatif à la "formation" de la convention d'élection de for. Il s'agissait, en effet, de savoir si celle-ci, bien que contenue dans un document non signé par une des parties, pouvait être considérée comme l'expression d'un consentement réel de celles-ci. Il serait abusif de conclure de cet arrêt que, pour des questions relatives à l'"admissibilité" de la clause, la Cour d'appel de Rouen aurait appliqué la même loi.

Cet exemple permet d'insister sur l'importance d'abandonner l'idée que, par définition, *une seule* loi serait applicable à la convention d'élection de for. Il faut, au contraire, à notre avis, partir du principe de la compétence conjuguée de la *lex fori* et des *lex causæ*. On aborde alors différemment les solutions de droit applicable retenues par les décisions qu'on examine. Au lieu de généraliser à tous les aspects de la convention d'élection de for une solution qui, en fait, n'a été développée que pour l'un d'entre eux, il paraît préférable de s'interroger d'abord sur le type de problème concerné, "admissibilité" ou "formation", et de restreindre ensuite à cette catégorie l'enseignement jurisprudentiel dégagé²⁸.

§2 — *La confrontation aux conceptions doctrinales et jurisprudentielles relatives à la convention d'arbitrage soulevée devant un juge étatique.*

91. Les conceptions habituelles relatives aux droits applicables à la convention d'arbitrage sont beaucoup plus éloignées du principe de la scission "*lex fori/lex causæ*" déduit de la thèse du double rattachement des conventions de juridiction que celles qui se rapportent à la convention d'élection de for. Ainsi, comme on va le rappeler brièvement, l'approche traditionnelle de la clause arbitrale soumet-elle les conditions de celle-ci exclusivement au conflit de lois (A). Mais il est intéressant d'observer que cette optique est actuellement remise en question : sur le plan théorique en Allemagne ; concrètement dans la jurisprudence française. Cette évolution s'explique, à notre avis, par l'adoption d'une conception plus juridictionnelle de la convention d'arbitrage et dès lors par un retour au principe théorique évoqué. Comme cette interprétation n'est pas classique, nous y consacrerons l'essentiel de notre propos (B).

A) L'approche contractuelle traditionnelle de la convention d'arbitrage.

92. Traditionnellement, pour aborder les questions de droit applicable que soulève la convention d'arbitrage, on part du principe que celle-ci, comme tout autre contrat, se rattache uniquement au conflit de lois. Après avoir illustré brièvement ce point, on l'expliquera au regard des développements qui précèdent.

²⁸ Illustrons cette méthode par un autre exemple. Ainsi, dans un arrêt du 22 janvier 1923, la Cour de cassation française a-t-elle estimé que la Cour d'appel avait à bon droit consulté la loi espagnole applicable à un transport pour décider qu'une convention élisant les tribunaux espagnols ne devait pas être respectée car l'homologation du gouvernement exigée en cette matière par la loi espagnole n'avait pas été donnée (Cass. (req.) 22 janvier 1923 (Chem. de fer de Madrid-Saragosse-Alicante c. Colom et Abadie), S., 1924, p. 73, note J.-P. NIBOYET). Avec M. Bauer, nous estimons que le recours à la loi espagnole ne concernait pas la "licéité" (c'est-à-dire l'"admissibilité") de la convention d'élection de for mais uniquement sa "formation". En effet, "l'homologation était alors une condition de fond de la validité des dispositions des tarifs, donc des clauses comportant des conventions sur la compétence" (H. BAUER, n° 182). Il serait dès lors erroné de déduire de cet arrêt que "la" seule loi applicable à la convention d'élection de for est la loi du contrat principal et que cette solution devrait être généralisée à toutes les questions que suscite la clause.

93. On considère généralement que l'examen d'une convention d'arbitrage conclue en matière internationale ne suscite que des conflits de lois. A vrai dire, cela n'est pas dit comme tel mais se déduit de la démarche habituellement 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 le régir.

Ainsi le grand principe est-il la soumission de la convention d'arbitrage à la loi d'autonomie, c'est-à-dire à la loi choisie par les parties²⁹. Remarquons que cette solution confirme le caractère conflictuel de cette approche puisque la possibilité d'un choix par les parties suppose la concurrence des lois susceptibles d'être appliquées.

A côté de ce principe, on examine séparément les solutions de droit applicable à certaines questions : ainsi en est-il des "formes" de la convention d'arbitrage, de l'"arbitrabilité du litige" ou de la "capacité pour compromettre"³⁰. Cet examen rejoint celui qui a lieu pour les contrats substantiels en général où il est habituel d'envisager séparément sous l'angle des droits applicables, la forme, le fond et la capacité³¹.

Comme l'objectif de la première partie de notre étude est de dégager des indications sur l'approche *globale* des questions de droit applicable aux conventions de juridiction, il n'y a pas lieu de présenter ici les règles de conflit de lois dont l'application aux différents aspects de la convention d'arbitrage est défendue³².

94. Dans le cadre de notre réflexion, il faut *faire deux remarques* à propos de cette approche traditionnelle de la convention d'arbitrage en droit international privé.

Rappelons tout d'abord que si celle-ci semble ne rattacher la convention d'arbitrage qu'au conflit de lois, elle ne s'oppose pas au principe mentionné plus haut selon lequel la loi du for étatique saisi régit la "licéité de principe" et la "portée de l'effet juridictionnel" de la clause³³. Alors que cette solution traduit, à notre avis, le rattachement partiel de la convention d'arbitrage aux conflits de juridictions³⁴, dans le cadre de l'approche traditionnelle de cette clause, elle est reléguée au second plan. Si bien que le point qui est présenté comme le principe essentiel est la soumission de la convention d'arbitrage au conflit de lois.

Cette approche traditionnelle diffère encore de celle qui est proposée en ce qu'elle soumet au conflit de lois *toutes les conditions* qui peuvent être imposées à la convention d'arbitrage alors que nous prétendons que celles qui touchent à l'admissibilité de cette clause relèvent par principe et sans conflit de lois de la loi applicable en matière de compétence, la loi du for saisi³⁵.

²⁹ V. par ex. M. HUYS, G. KEUTGEN, n° 670.

³⁰ V. par ex. Ph. FOUCHARD, n° 105 (la loi compétente pour la convention d'arbitrage), n° 134 (la loi applicable à sa forme), n° 150 (la question de la faculté de compromettre), n° 181 (la loi applicable à l'arbitrabilité) ; P. SCHLOSSER, n° 229. (le principe de la loi d'autonomie), n° 285 (l'arbitrabilité), n° 359 (la forme de la convention d'arbitrage).

³¹ V. par ex. F. RIGAUX, M. FALLON, n°s 1299 à 1301.

³² On s'interrogera plus longuement sur la problématique conflictuelle soulevée par la convention d'arbitrage ultérieurement (v. *infra* n°s 293 et s.).

³³ Il est à cet égard intéressant d'évoquer le point de vue de M. Schlosser. En entamant sa réflexion sur les lois applicables à la convention d'arbitrage, cet auteur déclare choisir un principe de base *contractuel*, selon lequel cette convention est soumise à la loi d'autonomie (P. SCHLOSSER, n° 249). Mais quand il examine l'effet de cette convention sur la compétence des tribunaux étatiques, M. Schlosser souligne que cette question ne peut être réglée *que* par la *lex fori* car c'est la seule solution qui ait un sens (P. SCHLOSSER, n° 401).

³⁴ V. *supra* n°s 68 à 71.

³⁵ La position traditionnelle qui soumet toutes les conditions de la convention d'arbitrage au même principe de droit applicable doit être mise en lien avec le fait que la distinction entre les conditions

95. Or nous pensons que cette position traditionnelle ne condamne pas la thèse développée plus haut selon laquelle la loi du for saisi jouit d'une compétence de principe pour régir l'admissibilité de la convention d'arbitrage. Diverses *considérations pratiques* ont probablement implicitement contribué à que l'on s'éloigne de ce principe pour lui préférer le recours à des règles de conflit de lois.

On sait que la méthode conflictuelle est envisageable même pour les questions se rattachant aux conflits de juridictions³⁶. En l'occurrence, le recours à des règles de conflit de lois par dérogation au principe de l'application de la loi du for saisi à l'admissibilité se comprend si on le situe par rapport à l'évolution qu'a connue, de manière générale, la question des droits applicables à la convention d'arbitrage.

Le choix de la "loi d'autonomie" comme principe général de solution pour la convention d'arbitrage est en effet intervenu pour réagir contre une théorie ancienne, la théorie juridictionnelle de l'arbitrage. Dans le cadre de cette dernière, le tribunal arbitral était assimilé à un tribunal étatique. Aussi en avait-on déduit qu'il était soumis à la loi du lieu du siège arbitral et que la convention d'arbitrage était régie par les règles de droit international privé de ce lieu³⁷³⁸. Il est inutile de s'étendre ici sur cette théorie qui n'est actuellement plus défendue. Il suffit de remarquer qu'en posant comme principe que la convention d'arbitrage est soumise à la loi d'autonomie et en ne présentant le recours à la loi du siège que comme solution subsidiaire, à appliquer à défaut de choix des parties, les Conventions de New York et de Genève³⁹ ont été applaudies⁴⁰ pour le progrès qu'elles réalisaient en matière d'arbitrage. Dégagée de la tutelle obligatoire d'une loi prédéterminée, la convention d'arbitrage pouvait désormais être soumise à une loi qui lui était plus favorable. L'adoption de la "loi d'autonomie" a ainsi permis de *favoriser le recours à l'arbitrage*.

Probablement est-ce pour la même raison que l'on a eu recours à des règles de conflit de lois pour les *diverses conditions* imposées à la convention d'arbitrage. Les arrêts *Mardelé* et *Dambricourt* de la Cour de cassation française en sont des exemples. Alors que l'article 1006 du Code de procédure civile français prévoyait la nullité des clauses compromissaires, la Cour de cassation française a décidé, dans ses arrêts du 19 février 1930 et du 27 janvier 1931, que dès l'instant où étaient en jeu des intérêts du commerce

d'"admissibilité" et de "formation" est habituellement absente dans les ouvrages relatifs à la convention d'arbitrage (v. *supra* n° 56).

³⁶ V. *supra* nos 79 et 80.

³⁷ Ainsi dans un projet de résolutions sur l'arbitrage en droit international privé, M. Sauser-Hall suggérait-il, dans l'article 6, de soumettre les conditions de validité de la convention d'arbitrage à la loi en vigueur dans le pays du siège arbitral (M.G. SAUSER-HALL, "Rapport et projet de résolutions sur l'arbitrage en droit international privé", *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1952, t. I, p. 596). Dans l'article 3, il proposait que la capacité de compromettre soit régie par la loi indiquée d'après les règles de rattachement en vigueur au lieu du siège arbitral et si, dans l'article 7, la forme de cette convention était soumise à la loi du pays où elle a été conclue, les dispositions d'ordre public de la loi du lieu où siège le tribunal arbitral étaient réservées. Il faut remarquer que, dans ses considérations théoriques, cet auteur déclare qu'il adopte une conception mixte de la nature de l'arbitrage (*ibidem*, p. 524) mais il n'empêche que les solutions de droit applicable qu'il suggère s'inspirent de la théorie juridictionnelle de l'arbitrage, comme le fait d'ailleurs observer M. Arminjon (*ibidem*, p. 494).

³⁸ Remarquons que la théorie juridictionnelle de l'arbitrage est différente de celle qui est présentée dans cette étude. Nous avons en effet défendu l'application de principe de la loi du for *confronté* à la convention d'arbitrage et à son effet sur sa juridiction. alors que cette théorie soumettait la convention d'arbitrage à la loi du siège arbitral, quel que soit par ailleurs le juge saisi.

³⁹ Art. V 1 (a) Conv. de New York ; art. VI 2 Conv. de Genève.

⁴⁰ V. par exemple E. MEZGER. "La jurisprudence française relative aux sentences arbitrales étrangères et la doctrine de l'autonomie de la volonté en matière d'arbitrage international de droit privé". *Mélanges J. Maury*, t. I, Dalloz, Paris, 1960, p. 284, note 24 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage. Nature juridique. Droit interne et droit international privé*. L.G.D.J., Paris, 1965, n° 151.

international⁴¹, les parties étaient libres de soumettre la clause compromissoire à une loi étrangère l'admettant⁴². Or, comme on l'a expliqué plus haut, la norme qui interdit la clause compromissoire pour n'admettre que le compromis peut, selon l'accent posé, être considérée comme une condition d'admissibilité ou de formation de la convention d'arbitrage⁴³. La Cour de cassation a implicitement choisi la qualification "formation", parce qu'en soumettant ce point à la loi étrangère choisie par les parties, elle favorisait la reconnaissance de la clause compromissoire.

Il semble donc que le recours général à des règles de conflit de lois dans l'approche de la convention d'arbitrage, s'il s'éloigne des solutions qui ont été suggérées dans cette étude suite à l'analyse des différentes dimensions de cette clause, peut s'expliquer par le souci de favoriser l'arbitrage. En effet, en limitant l'application de la loi du for saisi et en unifiant par des conventions internationales, telle la Convention de New York par exemple, les règles de conflit compétentes, on a pu augmenter la prévisibilité des solutions pour les parties et dès lors les chances de reconnaissance des conventions d'arbitrage⁴⁴. On peut penser également que cette tradition est née du désir d'adopter, dans l'ordre étatique, des solutions de droit applicable à la convention d'arbitrage qui ne soient pas trop en contradiction avec celles appliquées par l'arbitre. N'étant pas lié à un ordre juridique étatique en particulier, l'arbitre ne va pas, à la différence d'un juge, avoir l'obligation de respecter "sa *lex fori*" mais recourra plutôt à des règles de conflit de lois⁴⁵. En adoptant la même démarche dans l'ordre étatique, on a ainsi favorisé une meilleure harmonie entre les solutions développées devant l'arbitre et celles ayant cours devant le juge, dans l'intérêt de l'efficacité de la clause arbitrale et de la sentence à laquelle elle conduit.

96. Ainsi l'approche traditionnelle de la convention d'arbitrage en droit international privé consiste-t-elle à appréhender celle-ci comme tout contrat substantiel et à soumettre au conflit de lois *l'ensemble* de ses conditions, renonçant ainsi à la scission "*lex fori/lex causæ*" qu'implique théoriquement, à notre avis, la distinction "admissibilité/formation". Elle ne nous semble cependant pas remettre en cause les principes théoriques que nous avons dégagés. Elle s'explique en fait par divers avantages concrets, qui ont incité à recourir à des règles de conflit de lois même là où cela n'était pas nécessaire.

Le bien-fondé de la position que nous défendons apparaît, en revanche, plus clairement dans le cadre de la jurisprudence française de ces dernières décennies. Il semble, en effet, que les juridictions françaises aient abandonné l'approche purement

⁴¹ V. B. GOLDMAN, "Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international", *Trav. Com. fr. DIP*, 1966-1969, 1970, p. 126, qui constate que le critère de la mise en jeu des intérêts du commerce international préfigurerait celui que la doctrine allait proposer pour l'arbitrage international. Il faut remarquer que ce critère a été par la suite consacré par l'article 1492 NCPC pour définir l'arbitrage international.

⁴² Cass. fr. (Ch. civ.), 19 février 1930 (Mardelé c. Muller), 27 janvier 1931 (Dambricourt c. Rossard), *Rev. crit. DIP*, 1931, p. 514.

⁴³ V. *supra* n° 61.

⁴⁴ Comp. B. von HOFFMANN, p. 35 et s., qui invoque des arguments analogues à l'appui du recours à des règles de conflit de lois en matière d'arbitrage en général, cette solution paraissant, à l'auteur, plus conforme aux exigences de la "nature des choses" que celle de l'application de la *lex fori*.

⁴⁵ Il convient de remarquer que, comme indiqué plus haut (*supra* n°s 18 et 19), actuellement l'arbitre a tendance à développer des règles matérielles au lieu de recourir à des règles de conflits de lois. Ce changement dans les principes de droit applicable dans le cadre arbitral peut contribuer à expliquer que dans un pays comme la France, on ait petit à petit renoncé à la règle de conflit pour la convention d'arbitrage, préférant soumettre celle-ci à des règles matérielles du for (v. *infra* n°s 100 à 103). Ainsi le même désir d'harmonie entre les solutions arbitrales et étatiques a-t-il pu jadis encourager les Etats à adopter une approche purement conflictuelle de la convention d'arbitrage alors qu'aujourd'hui, il explique l'adoption par certains de ceux-ci de règles matérielles.

contractuelle de la clause d'arbitrage pour lui reconnaître plus pleinement son caractère juridictionnel et les conséquences de droit applicable qui en découlent.

B) L'approche juridictionnelle de la convention d'arbitrage dans le cadre de la jurisprudence française.

97. L'examen des grands traits de la jurisprudence française actuelle intéresse beaucoup notre étude. L'évolution qu'elle a connue peut en effet, à notre avis, être interprétée comme la confirmation de la pertinence de la thèse selon laquelle l'admissibilité de la convention d'arbitrage dépend de l'application de principe de la loi du for saisi et que le recours à des règles de conflit de lois n'est justifié que pour la formation de la clause.

Il importe d'ailleurs de remarquer que quelques auteurs allemands défendent *explicitement* cette thèse⁴⁶. Ils se fondent, à cet égard, sur les ressemblances entre la convention d'arbitrage et la convention d'élection de for⁴⁷. On sait en effet qu'en Allemagne, il est admis que l'admissibilité de cette dernière relève de la *lex fori* tandis seule sa formation est soumise à des *lex causæ*⁴⁸. Etant donné toutefois que le *Bundesgerichtshof* ne semble pas encore avoir adopté ces suggestions d'alignement du régime des conventions de juridiction⁴⁹ et s'en tient à l'approche traditionnelle et conflictuelle de la convention d'arbitrage⁵⁰, on ne s'attardera pas sur la situation allemande. Mais il faut souligner que notre lecture de la jurisprudence française renforce la thèse de ces auteurs allemands, en indiquant que les principes qu'ils préconisent sont devenus réalité en France.

98. Comme notre interprétation de la jurisprudence française n'est pas habituelle, il convient d'étayer notre démonstration par des développements plus longs que ceux qui ont été consacrés à l'approche contractuelle de la convention d'arbitrage.

Après avoir résumé les grands traits de la jurisprudence française (a), nous nous interrogerons sur la source des normes qu'elle applique à la convention d'arbitrage (b). Constatant qu'il s'agit de règles françaises, nous indiquerons quel est, à notre avis, le titre d'application de la loi française (c). Etudiant ensuite le champ d'application de cette loi, nous observerons que, dans ses premières manifestations, cette jurisprudence se rapportait uniquement à des aspects relevant de l'admissibilité de la convention d'arbitrage (d).

⁴⁶ R. HAUSMANN, "Einheitliche Anknüpfung internationaler Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen ?", *Festschrift W. Lorenz*, Tübingen, 1991, p. 364 et s. ; dans le même sens, D. RAHMANN, p. 158. Il faut remarquer que cet auteur va même plus loin puisqu'il déduit des ressemblances de nature entre les conventions d'arbitrage et d'élection de for que les conditions particulières d'admissibilité imposées à chacune d'elles devraient être unifiées (*ibidem*, p. 159).

⁴⁷ R. HAUSMANN, "Einheitliche Anknüpfung internationaler Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen ?" {préc. n. 46}, p. 361 ; D. RAHMANN, p. 152.

⁴⁸ V. *supra* n° 86.

⁴⁹ Ainsi, M. Hausmann écrit-il, en 1991, qu'il n'est pas clair si la *lex fori* allemande régit les conditions d'admissibilité de la convention d'arbitrage (R. HAUSMANN, "Einheitliche Anknüpfung internationaler Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen ?" {préc. n. 46}, p. 363).

⁵⁰ V. R. HAUSMANN, n° 1298, qui remarque que si les mentalités commencent à changer quant à la qualification de la convention d'arbitrage, de plus en plus souvent considérée désormais comme un "contrat processuel", quant aux solutions de droit applicable, l'ancienne conception de "contrat matériel" continue de faire sentir son influence. En faveur de la conception conflictuelle classique, v. P. SCHLOSSER, n° 249.

L'intérêt de la jurisprudence française pour notre étude étant multiple, elle sera évoquée en plusieurs lieux. Aussi convient-il de préciser que l'interprétation proposée pour l'expliquer sera complétée ultérieurement⁵¹.

a. Présentation de la jurisprudence française.

99. Cette jurisprudence a débuté, en 1963, avec l'arrêt *Gosset* reconnaissant l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat dans lequel elle est insérée. En effet, à l'appui de son opposition contre une ordonnance d'exequatur d'une sentence rendue par une juridiction arbitrale italienne, la société française Gosset invoquait la nullité du contrat principal, un contrat de vente contraire à une interdiction française d'importation, et prétendait que cette nullité rendait également nulle la convention d'arbitrage y figurant. La Cour de cassation française ne suit toutefois pas cette argumentation ; elle décide que la nullité du contrat principal ne s'étend pas à la clause compromissoire s'y rapportant. Car "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 (...⁵²) une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte"⁵³.

L'apport de cet arrêt concerne d'abord le fond : il décide que le sort de la convention d'arbitrage est indépendant de celui du contrat principal. L'arrêt *Gosset* a dès lors inspiré les nombreuses décisions qui, par la suite, ont précisé les diverses hypothèses où jouait l'autonomie de la convention d'arbitrage, par exemple quand le contrat principal est résilié⁵⁴ ou que les obligations qu'il contient ont fait l'objet d'une novation⁵⁵⁵⁶.

⁵¹ Sur la jurisprudence française relative à la convention d'arbitrage, v. encore *infra* nos 163 à 168 et nos 192 à 194.

⁵² A cet endroit de son attendu, la Cour de cassation émettait une réserve qu'elle n'a pas reprise par la suite (v. B. GOLDMAN, "La convention d'arbitrage. Généralités. Autonomie et principe de validité. Loi applicable", *J. Cl. Dr. Int.*, fasc. 586-1, n° 7) et que nous avons dès lors omise. La Cour nuancait en effet son propos en disant "sauf circonstances exceptionnelles qui ne sont pas alléguées en la cause".

⁵³ Cass. civ., 7 mai 1963 (Établissements R. Gosset c. sté Carapelli), *J.C.P.*, 1963, II, 13405, note B. GOLDMAN, *Rev. crit. DIP*, 1963, p. 615, note H. MOTULSKY. — Il faut remarquer qu'en Belgique, cette solution est consacrée par l'article 1697 §2 C. Jud. qui stipule que "la constatation de la nullité du contrat n'entraîne pas de plein droit la nullité de la convention d'arbitrage qu'il contient". Elle est également prévue par l'article 19 (4) du règlement d'arbitrage du CEPANI et l'article 6 (4) du nouveau règlement d'arbitrage de la CCI, qui réservent cependant tous deux la stipulation contraire des parties. On peut penser que la place ainsi laissée à la volonté des parties en matière d'autonomie de la convention d'arbitrage, et dont on ne retrouve pas trace dans le droit étatique de l'arbitrage tel le droit belge par exemple, s'explique par la prééminence du principe contractuel dans le cadre de l'ordre arbitral (sur ce principe et son application à propos de la "compétence de la compétence" de l'arbitre, v. *supra* nos 16 et 31).

⁵⁴ V. en ce sens également, Trib. féd. suisse (1° Ch. civ.), 15 mars 1990 (Sonatrach c. K.C.A. Drilling Ltd), *Rev. arb.*, 1990, p. 921, note P.-Y. TSCHANZ, qui décide que la résiliation d'un contrat par un avenant à celui-ci ne fait pas obstacle au maintien en vigueur de la clause compromissoire car il faut admettre, en règle générale, que "les parties, dans la mesure où elles n'en ont pas autrement disposé expressément, veulent laisser en vigueur la clause compromissoire aussi pour les litiges en rapport avec les conséquences de la dissolution du contrat".

⁵⁵ Sur l'hypothèse de la novation des obligations du contrat principal, v. Cass. fr. (1° Ch. civ.), 10 mai 1988 (Cosiac c. consorts Luchetti e.a.), *Rev. arb.*, 1988, p. 639, note Ch. JARROSSON. — La Cour de cassation française a également décidé que "le principe d'autonomie de la clause compromissoire permet de se prévaloir de cette clause même lorsque le contrat signé par les parties n'a pu entrer en vigueur, dès lors que le différend qui les oppose est lié à sa conclusion" (Cass. fr. (1° Ch. civ.), 6 décembre 1988 (sté Navimpex c. sté Wiking), *J.D.I.*, 1990, p. 134, note M.-L. NIBOYET-HOEGY, *Rev. arb.*, 1989, p. 641, note B. GOLDMAN).

Mais l'apport de l'arrêt *Gosset* tient encore au fait qu'il soumettait à un régime particulier la clause compromissoire conclue "en matière d'arbitrage international"⁵⁷. Alors que la loi française régissait cette clause et qu'en droit interne français, la clause compromissoire avait toujours été considérée comme solidaire du contrat principal⁵⁸, la Cour de cassation française modifiait cette solution pour les situations internationales⁵⁹. Il apparaissait donc que l'ordre juridique français, désigné par la règle de conflit applicable à la clause⁶⁰, comprenait deux types de normes dont les domaines, matière interne et matière internationale, étaient distincts. Par la suite, d'autres décisions ont continué dans cette voie, assouplissant les conditions d'un recours à l'arbitrage quand le litige mettait en jeu les "intérêts du commerce international"⁶¹.

100. L'arrêt *Hecht*, rendu le 4 juillet 1972 par la Cour de cassation française, a marqué une nouvelle étape. Il était question de l'interdiction, posée par le droit français, de conclure une clause compromissoire dans les rapports dits "mixtes" du fait de la qualité de non-commerçant d'une des parties⁶². Le litige porté devant la Cour de cassation concernait un agent commercial. Bien que la qualité de non-commerçant de celui-ci était loin d'être certaine et que la Cour aurait pu se placer uniquement sur le terrain du droit interne pour déclarer la clause valable en estimant que cet agent était un commerçant⁶³, elle a préféré reprendre la distinction entre arbitrages interne et international : "attendu qu'ayant relevé le caractère international du contrat qui liait les parties et rappelé qu'en matière d'arbitrage international l'accord compromissoire présente une complète autonomie, l'arrêt attaqué en a justement déduit que la clause litigieuse devait en l'espèce recevoir application"⁶⁴.

Or les commentateurs de l'arrêt *Hecht* ont remarqué qu'il n'avait pas été question de la loi applicable à l'accord compromissoire⁶⁵ et que, par sa généralité, l'attendu de la Cour de cassation semblait s'appliquer que la loi interne applicable à cette clause soit la loi française ou une loi *étrangère*⁶⁶. L'élément nouveau dans cet arrêt était donc que la Cour de cassation ne se contentait plus de dire qu'en matière internationale, la loi française, supposée applicable

⁵⁶ Sur les différentes hypothèses où l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal a été consacrée, v. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, n^{os} 410 et 411, p. 225 à 227, et les références citées.

⁵⁷ Ph. FRANCESKAKIS, "Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire après l'arrêt Hecht de la Cour de cassation", *Rev. arb.*, 1974, n^o 17, p. 76.

⁵⁸ H. MOTULSKY, *op. cit.* {préc. n. 53}, p. 620.

⁵⁹ Pour une explication théorique de cette modification du contenu des normes internes, v. *infra* n^{os} 166, 167, 193 et 194.

⁶⁰ Ph. FRANCESKAKIS, "Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire..." {préc. n. 57}, n^o 19, p. 78.

⁶¹ V. par exemple Cass. fr. (Ch. civ. 1^o Sect.), 2 mai 1966 (Trésor public c. Galakis), *J.D.I.*, 1966, p. 648, note P. LEVEL, *Rev. crit. DIP*, 1967, p. 553, note B. GOLDMAN. Sur cet arrêt, v. également *infra* n^{os} 110 et 249.

⁶² On sait qu'en droit interne français, la clause compromissoire est de manière générale interdite par l'article 2061 C.c. (cela résultait avant de l'article 1006 de l'ancien Code de procédure civile). L'article 631 du Code de commerce y fait toutefois exception en matière commerciale (v. *supra* n^o 9). Mais quand le rapport juridique est "mixte", l'interdiction de la clause compromissoire prévaut.

⁶³ Ph. FRANCESKAKIS, "Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire..." {préc. n. 57}, n^o 18, p. 77.

⁶⁴ Cass. fr. (1^o Ch. civ.), 4 juillet 1972 (Hecht c. sté Buisman's), *J.D.I.*, 1972, p. 843, note B. OPPETIT, *Rev. arb.*, 1974, p. 89, *Rev. crit. DIP*, 1974, p. 82, note P. LEVEL. Pour l'arrêt d'appel, v. Paris (5^o Ch.), 19 juin 1970 (Hecht c. sté Buisman's), *J.C.P.*, 1971, II, 16927, note B. GOLDMAN.

⁶⁵ P. LEVEL, *op. cit.* {préc. n. 64}, p. 84.

⁶⁶ Ph. FRANCESKAKIS, "Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire..." {préc. n. 57}, n^o 24, p. 81 ; P. LEVEL, *op. cit.* {préc. n. 64}, p. 84 ; B. OPPETIT, *op. cit.* {préc. n. 64}, p. 845.

à une convention d'arbitrage, contenait des règles plus souples qu'en matière interne⁶⁷. Elle paraissait dire que ces règles devaient être appliquées *dès qu'il y a arbitrage international*, quelle que soit la loi, française ou étrangère, applicable à la convention d'arbitrage⁶⁸. Comme le remarquait M. Oppetit, s'effaçait ainsi la notion de loi de rattachement⁶⁹. Il n'était plus nécessaire de déterminer la loi régissant la convention d'arbitrage⁷⁰ puisque la question soulevée par l'arrêt *Hecht* avait été résolue sans rechercher la loi désignée par la règle de conflit applicable.

Ainsi, par "autonomie de la clause compromissoire" fallait-il entendre désormais non seulement son indépendance par rapport au contrat principal mais aussi son *indépendance par rapport à la règle de conflit normalement applicable*⁷¹. Cet abandon de la méthode conflictuelle, adoptée pourtant jadis par la jurisprudence française⁷², a été repris par de nombreuses décisions ayant à apprécier d'autres aspects concrets de la convention d'arbitrage. On en observera des illustrations tout au long de cette étude. Il importe pour l'instant d'aborder une importante question théorique suscitée par cette seconde manifestation de l'autonomie de la clause compromissoire.

b. La source des normes appliquées.

101. Dans le cadre de ce chapitre, seules les solutions de droit applicable sont abordées. Aussi n'étudie-t-on à présent que la question de la *source* des règles adoptées par les juridictions françaises ; cette analyse sera complétée ultérieurement par des réflexions sur le type de normes ainsi appliquées⁷³.

Puisque, suite à l'arrêt *Hecht*, la jurisprudence française renonce, pour toute une série de questions relatives à la convention d'arbitrage, à consulter la loi désignée par la règle de conflit traditionnelle, on peut se demander dans quel ordre juridique les normes énoncées sont puisées. Sauf à dire en effet que la convention d'arbitrage serait un "contrat sans loi", conséquence à laquelle on se refuse⁷⁴, il faut déterminer l'ordre juridique auquel elle se rattache.

⁶⁷ Ph. FRANCESKAKIS, "Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire..." {préc. n. 57}, n° 19, p. 78.

⁶⁸ Il faut remarquer que certains auteurs se sont demandé si l'arrêt *Gosset* lui-même ne pouvait pas déjà être interprété en ce sens (v. Ph. FRANCESKAKIS, "Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire..." {préc. n. 57}, n° 22, p. 80 ; B. GOLDMAN, "Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles..." {préc. n. 41}, p. 135).

⁶⁹ B. OPPETIT, *op. cit.* {préc. n. 64}, p. 845.

⁷⁰ Aussi ne s'étonne-t-on pas que dans l'arrêt *Menicucci* rendu également à propos d'une clause compromissoire insérée dans un contrat mixte, la Cour d'appel de Paris soit allée jusqu'à déclarer 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" (Paris (4° Ch.), 13 décembre 1975 (*Menicucci c. Maheux*), *Rev. crit. DIP*, 1976, p. 507, note B. OPPETIT, *J.D.I.*, 1977, p. 106, note E. LOQUIN, *Rev. arb.*, 1977, p. 147, note Ph. FOUCHARD ; v., usant de termes semblables. Toulouse, 26 octobre 1982 (*Sieur Behar c. sté Monoceram*), *J.D.I.*, 1984, p. 603, note H. SYNDET). Cela signifie en réalité, comme l'ajoute la Cour elle-même, qu'il n'y pas lieu de rechercher la loi applicable à la convention d'arbitrage.

⁷¹ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, n° 418, p. 232 ; E. LOQUIN, *op. cit.* {préc. n. 70}, p. 112.

⁷² Ph. FRANCESKAKIS, "Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire..." {préc. n. 57}, n° 20, p. 79.

⁷³ V. *infra* n°s 163 et s.

⁷⁴ En ce sens. Ph. FOUCHARD, *op. cit.* {préc. n. 70}, p. 150 ; Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, n° 420, p. 234 ; E. LOQUIN, *op. cit.* {préc. n. 70}, p. 112, qui estime que c'est l'opinion de "la doctrine très autorisée".

Il est clair qu'il ne s'agit pas d'un ordre juridique étatique étranger puisque le recours à une règle de conflit de lois est abandonné. Mais alors, les règles énoncées par les juridictions françaises ne seraient-elles pas "transnationales"⁷⁶ ? En effet, comme ces règles sont différentes de celles du droit français interne et qu'il est toujours souligné dans ces arrêts qu'il y a "arbitrage international", ce qui, en France, signifie la mise en cause des intérêts du commerce international⁷⁷, on peut se demander si elles ne sont pas directement issues d'un droit coutumier du commerce international, dont la *lex mercatoria* constitue une partie⁷⁸. 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 étatique mais qui sont élaborées par les acteurs du commerce international et concrétisées par la pratique arbitrale internationale⁷⁹. Il semble que l'intérêt d'une telle thèse est qu'elle aurait pour conséquence que ces normes *devraient être accueillies*, pour les besoins du commerce international, par les nations qui y sont engagées⁸⁰. Comme les juges des différents ordres juridiques étatiques devraient les appliquer à la convention d'arbitrage international à laquelle ils sont confrontés, on garantirait ainsi l'application *universelle* de ces règles qu'appelle le commerce international⁸¹.

102. Sur le plan théorique toutefois, il faut rejeter cette thèse et considérer, conformément à l'opinion dominante, que les règles adoptées par les juridictions françaises, suite à l'abandon des règles de conflit de lois applicables à la convention d'arbitrage, sont *françaises*⁸².

⁷⁵ Il convient de remarquer que, dans le cadre de l'ordre arbitral, la liberté dont jouit l'arbitre dans la détermination des règles de droit applicables (v. *supra* nos 18 et 19) pourrait le conduire à ne soumettre la convention d'arbitrage à aucun ordre juridique étatique en particulier ; il apprécierait cette clause uniquement au moyen de diverses normes dont le titre d'application serait la volonté présumée des parties (dans le même sens, E. LOQUIN, note sous Cass. fr. (1^o Ch. civ.), 10 juillet 1990 (sté L. et B. Cassia c. sté Pia), *J.D.I.*, 1992, p. 175). V. toutefois un exemple de sentence qui refuse cette conséquence en estimant que le tribunal arbitral "ne saurait se contenter d'invoquer l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat pour en déduire qu'elle serait valable indépendamment de toute loi étatique" et que "la convention d'arbitrage, pour être efficace, doit tirer sa force de son rattachement à un ordre juridique" (Sentence rendue à Paris, le 24 août 1988, Aff. CCI n^o 5730 (Sté Elf Aquitaine), *Rev. arb.*, 1992, p. 128).

⁷⁶ Pour un rappel de la question doctrinale, v. par ex. B. GOLDMAN, *op. cit.* {préc. n. 53} ; E. LOQUIN, *op. cit.* {préc. n. 70}, p. 113. — En général sur le "droit transnational", v. E. GAILLARD, "Trente ans de *Lex Mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit", *J.D.I.*, 1995, p. 5 et s. ; B. GOLDMAN, "Frontières du droit et "*lex mercatoria*", *Archives de philosophie du droit*, 1964, p. 177 et s. ; B. von HOFFMANN, p. 21 à 26 ; Ph. KAHN, "Droit international économique, droit du développement, *lex mercatoria* : concept unique ou pluralisme des ordres juridiques ?", *Le droit des relations économiques internationales, Mélanges Goldman*, Litec, Paris, 1982, p. 97 et s. ; F. RIGAUD, R. VANDER ELST, "Relations juridiques transnationales ou Dialogue sur un autre droit", *J.T.*, 1982, p. 230 et s. ; M. VIRALLY, "Un tiers droit ? Réflexions théoriques", *Mélanges Goldman*, p. 373 et s.

⁷⁷ V. la définition de l'arbitrage international que donne l'article 1492 NCPC.

⁷⁸ V. par ex. H. GAUDEMET-TALLON, "Réflexions comparatives sur certaines tendances nouvelles en matière de compétence internationale des juges et des arbitres", *Mélanges G. Marty*, Toulouse, 1978, p. 538 ; B. OPPETIT, *op. cit.* {préc. n. 64}, p. 846 ; B. GOLDMAN, "Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles..." {préc. n. 41}, p. 135 ; E. LOQUIN, note sous Paris (5^o Ch.), 9 novembre 1984 (Berlaty c. stés Esselte), *J.D.I.*, 1986, p. 1048.

⁷⁹ Sur ces normes, v. également *supra* n^o 18.

⁸⁰ En ce sens, B. GOLDMAN, *op. cit.* {préc. n. 64}, n^o III.

⁸¹ B. GOLDMAN, *op. cit.* {préc. n. 61}, p. 557.

⁸² V. B. ANCEL, Y. LEQUETTE, n^o 7, p. 362 (note sous l'arrêt Galakis) ; B. AUDIT, note sous Cass. fr. (1^o Ch. civ.), 3 mars 1992 (sté Sonetex c. sté Charphil et sté Topkapi), *J.D.I.*, 1993, p. 146 ; Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, n^o 442, p. 250 ; Ph. FRANCESCAKIS, "Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire..." {préc. n. 57}, n^o 29, p. 84 ; P. LEVEL, *op. cit.*

On invoque parfois à l'appui de cette position que "le droit que dégagent les tribunaux étatiques reste un droit national par sa source"⁸³ et que "lorsque la jurisprudence française pose une règle, il s'agit nécessairement — par définition — d'une règle de droit français"⁸⁴.

Cette justification peut, à notre avis, être complétée par le raisonnement suivant. Si l'on observe comment, de manière générale, l'ordre juridique étatique réagit face aux normes d'un autre ordre étatique, il apparaît qu'il ne rejette pas nécessairement celles-ci mais n'en accepte l'application que si une de ses *propres* normes en assure la réception. Ainsi un juge n'applique-t-il des lois étrangères que lorsqu'une règle de conflit de lois issue de son ordre juridique lui commande de le faire⁸⁵. Même lorsqu'il est confronté à une loi de police étrangère, c'est-à-dire une loi qui se veut applicable alors même qu'elle n'est pas désignée par la règle de conflit, le juge, s'il l'applique, le fait, non par obéissance à cette loi étrangère mais parce qu'une règle de son ordre juridique le lui permet ou le lui ordonne⁸⁶.

L'application de normes issues d'un ordre juridique étranger ne s'impose donc pas à un ordre juridique étatique ; elle ne se produit que parce que ce dernier l'admet, au moyen de règles qui, telles les règles de conflit de lois, ont pour fonction de les *insérer* en son sein. L'ordre étatique d'accueil règle donc *souverainement* la réception des normes issues d'ordres juridiques étatiques étrangers.

On ne voit pas pourquoi le même raisonnement ne jouerait pas vis-à-vis des normes *non-étatiques*. La réception de celles-ci dépend dès lors de l'ordre étatique où elles sont invoquées⁸⁷ et n'a lieu que dans la mesure où celui-ci l'admet⁸⁸. Ainsi, à notre avis, peut-on voir dans les articles 1494 et 1496 du nouveau Code de procédure civile français des exemples de règles destinées à assurer la réception, dans l'ordre juridique français, des normes originales dégagées dans l'ordre arbitral⁸⁹. En effet, quand un arbitrage est international au sens de l'article 1492 de ce code, l'article 1494 reconnaît aux parties, ou à

{préc. n. 64}, p. 85 ; E. LOQUIN, *op. cit.* {préc. n. 75}, p. 175 ; P. MAYER, "L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence", *Rec. des cours*, 1989, t. 217, n° 112, p. 433, et, du même auteur, Note sous Cass. fr. (1° Ch. civ.), 20 décembre 1993 (Comité populaire de la municipalité de Khoms c. sté Dalico Contractors), *Rev. crit. DIP*, 1994, p. 667 ; H. MOTULSKY, *op. cit.* {préc. n. 53}, p. 622.

⁸³ P. LEVEL, *op. cit.* {préc. n. 61}, p. 653. Dans un sens analogue, E. LOQUIN, *op. cit.* {préc. n. 78}, p. 1048.

⁸⁴ P. MAYER, "L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence" {préc. n. 82}, n° 112, p. 433.

⁸⁵ V. A.T. von MEHREN, "To What Extent Is International Commercial Arbitration Autonomous ?", *Mélanges Goldman*, p. 219. — Sur le caractère national des systèmes de droit international privé, v. P. MAYER, n° 32. Il convient de remarquer que cet auteur présente également diverses théories qui ont contesté le principe de l'application par le juge de son propre système de conflit de lois (*ibidem*, n° 232).

⁸⁶ En ce sens P. MAYER, "Les lois de police étrangères", *J.D.I.*, 1981, n° 32, p. 307.

⁸⁷ F. DE LY, *International Business Law and Lex Mercatoria*, North Holland, Amsterdam, 1992, n° 503, p. 320 ; R. MÜNZZBERG, *Die Schranken der Parteivereinbarungen in der privaten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, Duncker & Humblot, Berlin, 1970, p. 178 ; F. RIGAUX, "Souveraineté des Etats et arbitrage international", *Mélanges Goldman*, p. 275.

⁸⁸ En ce sens, A.T. von MEHREN, "To What Extent Is International Commercial Arbitration Autonomous ?" {préc. n. 85}, p. 223 ; M. VIRALLY, "Un tiers droit ? Réflexions théoriques", *Mélanges Goldman*, p. 385. — adde B. STERN, "Lex Mercatoria et arbitrage international. A propos des Mélanges Goldman". *Rev. arb.*, 1983, p. 452, qui remarque que tous les auteurs reconnaissent que la *lex mercatoria* ne se développe que grâce à la tolérance des Etats et qu'en cas de conflit entre celle-ci et les ordres étatiques, elle leur est *subordonnée*.

⁸⁹ Comp. L. MATRAY, "le droit belge de l'arbitrage". *L'arbitrage. Travaux offerts au professeur A. Fétweis*, Story-Scientia, Bruxelles, 1989, n° 212, p. 251, qui estime que la "*lex mercatoria*" est implicitement visée par l'article 1496, al. 2 du nouveau Code de procédure civile français.

l'arbitre en cas de silence de celles-ci, le droit de régler directement la procédure arbitrale, c'est-à-dire le droit de s'écarter, le cas échéant, des normes étatiques existant sur ce point. L'article 1496 fait de même pour le droit appliqué au fond du litige, admettant que l'arbitre ait tranché conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut d'un tel choix, conformément à celles qu'il estime appropriées, et ajoutant que dans tous les cas, l'arbitre tient compte des usages du commerce⁹⁰⁹¹⁹².

Il doit en être de même pour d'éventuelles normes transnationales relatives à la convention d'arbitrage. On doit donc réfuter l'élément essentiel de la thèse selon laquelle la convention d'arbitrage serait soumise à des règles transnationales : de telles normes non-étatiques *ne s'imposent pas* par elles-mêmes dans l'ordre étatique français. Elles ne peuvent être appliquées par le juge français qu'en vertu d'une règle *française*. Laquelle ? Alors qu'il prévoit ce phénomène de réception pour les normes développées à propos de la procédure et du fond, le nouveau Code de procédure civile français n'en parle pas à propos de la convention d'arbitrage⁹³. La norme d'accueil vis-à-vis de règles non-étatiques relatives à cette clause est dès lors *jurisprudentielle*. Ce qui complique l'analyse de la jurisprudence française est que cette norme d'accueil n'est pas explicitement mentionnée. Ainsi, admettons que les arbitres internationaux aient développé la règle selon laquelle la clause d'arbitrage conclue par une société filiale engage la société mère et qu'un juge français l'applique à une convention d'arbitrage international. On peut penser qu'il le fait parce que cette règle "s'impose" dans l'ordre juridique français. Alors qu'en réalité, elle ne s'y applique que parce que le juge a *implicitement* créé une règle jurisprudentielle *française* reconnaissant la valeur d'une norme transnationale sur ce point.

⁹⁰ V. Paris (1^o Ch. suppl.), 13 juillet 1989 (Compania Valenciana de Cementos Portland c. Primary Coal), *Rev. arb.*, 1990, p. 663, note P. LAGARDE, où la Cour se base sur cet article pour estimer qu'en faisant application de la *lex mercatoria*, un arbitre n'a pas dépassé les termes de sa mission et qui refuse dès lors le recours en annulation fondé sur la violation de l'article 1502 3^o NCPC. Dans sa note, M. Lagarde est toutefois critique et vis-à-vis de la sentence et vis-à-vis de l'arrêt qu'il juge trop bref et équivoque.

⁹¹ M. Lagarde remarque toutefois que le fait que l'article 1497 NCPC maintienne la distinction entre l'arbitre de droit et l'arbitre amiable compositeur implique que l'ouverture à la *lex mercatoria* faite par l'ordre étatique dans l'article 1496 est limitée aux "règles de droit". "Il ne semble donc pas que le texte nouveau impose à l'ordre étatique d'intégrer dans son sein des sentences rendues par des arbitres de droit sur la base de principes flous et souvent inconsistants qui ne méritent pas la qualité de règles de droit" (P. LAGARDE, "Approche critique de la *lex mercatoria*", *Mélanges Goldman*, n^o 40, p. 149)

⁹² Sur le plan interétatique également, on retrouve cette tendance à reconnaître les normes originales qui peuvent être appliquées ou créées lors des arbitrages internationaux. Dans son article IV (1), la Convention de Genève confère aux parties à une convention d'arbitrage une grande liberté dans le choix des règles de procédure à suivre par l'arbitre. S'il n'y est pas dit explicitement que cette liberté permet, le cas échéant, de se référer à des normes non-étatiques, l'article VII, en revanche, décide, quant au droit applicable au fond du litige, que les arbitres tiendront compte des "usages du commerce".

⁹³ V. toutefois B. GOLDMAN, "La convention d'arbitrage. Généralités. Autonomie et principe de validité. Loi applicable", *J. Cl. Dr. Int.*, fasc. 586-1, n^o 53, qui estime que la rédaction de l'article 1496 NCPC est suffisamment large pour pouvoir s'étendre à la convention d'arbitrage. Mais il semble que cet auteur veuille surtout, par cette affirmation, permettre à l'arbitre de se référer à des règles transnationales et aux usages dans son appréciation de la convention d'arbitrage, car ces normes seraient adaptées à cette convention. Il semble cependant préférable de ne pas confondre le point de vue de l'arbitre et celui de l'ordre étatique. Une chose est de dire que l'arbitre jouit d'une grande liberté dans le choix des normes applicables à la convention d'arbitrage, point qui, comme on l'a indiqué, ne nécessite pas une disposition expresse du droit français mais résulte des principes inspirant l'ordre arbitral (v. *supra* n^o 23). Mais il s'agit d'autre chose quand on prétend que l'article 1496 NCPC s'appliquerait aux normes ainsi dégagées : cela signifierait, en effet, que l'ordre juridique français renoncerait à tout contrôle sur une décision arbitrale dont l'effet est l'incompétence des organes de l'Etat français. Cela n'est pas pensable, notamment à cause du principe de l'indépendance de l'ordre étatique dans son appréciation de la convention d'arbitrage dont il a été question (v. *supra* n^{os} 30 à 34).

103. Par conséquent seule la *source d'inspiration* des normes qui ont cours dans l'ordre étatique français peut être transnationale⁹⁴, mais leur valeur juridique et leur autorité dépendent d'une règle *française*⁹⁵. La règle qui est alors insérée dans l'ordre étatique est nationale en ce sens que sa reconnaissance dépend d'une norme nationale⁹⁶ ; elle a toutefois ceci de particulier que son contenu concret n'est pas le même que celui que le droit interne a développé pour les situations qui ne sont pas internationales.

Puisqu'il faut conclure que les normes dégagées par les juridictions françaises, dans les diverses décisions qui traduisent l'idée de l'indépendance de la convention d'arbitrage par rapport à la règle de conflit, sont françaises, il importe, à présent, de déterminer *à quel titre* le droit français est ainsi appliqué.

c. Le titre d'application de la loi française.

104. L'explication juridique classique pour cette jurisprudence consiste à dire que les juridictions françaises recourent à des *règles de droit international privé matériel*⁹⁷, c'est-à-dire à des règles spécialement prévues pour les situations présentant un caractère international et adoptant une solution différente de celle attribuée, à la même question, par le droit interne⁹⁸ désigné par la règle de conflit⁹⁹¹⁰⁰.

Notre lecture de la jurisprudence française est différente. On l'exposera en expliquant ici les *raisons* de l'application de la loi française et en précisant ensuite *quand* celle-ci est appliquée¹⁰¹.

⁹⁴ En ce sens, à propos du principe du respect de la clause compromissoire dans le plus de cas possible, E. LOQUIN, *op.cit.* {préc. n. 70}, p. 113 ; dans le même sens à propos de la règle relative au pouvoir de compromettre des personnes morales de droit public, P. LEVEL, *op. cit.* {préc. n. 61}, p. 653.

⁹⁵ J.-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Economica, Paris, 1982, n° 58, p. 49.

⁹⁶ A vrai dire, on pourrait pousser encore plus loin la réflexion théorique et se demander si, une fois insérée dans l'ordre étatique, la norme transnationale devient vraiment nationale ou s'il ne faut pas plutôt considérer qu'elle conserve son caractère transnational. Il faut remarquer que l'impact concret de cette question est limité. En effet, l'enjeu de la thèse selon laquelle la convention d'arbitrage serait soumise à des normes transnationales est de justifier par là que ces normes s'imposent dans l'ordre étatique où la clause est soulevée. On vient d'indiquer qu'il n'en est rien, l'ordre étatique restant libre d'accepter ou de refuser leur réception. Le caractère qu'elles revêtent quand celui-ci a effectivement accepté de les insérer en son sein importe peu. On peut toutefois renvoyer à l'opinion que M. von Mehren a défendue pour l'hypothèse où les normes d'un ordre *étatique* étranger sont appliquées en vertu du système de droit international privé national. Cet auteur estime que puisque la *source* de l'application d'une norme étrangère est une loi nationale, on peut dire que *toute* norme appliquée par un tribunal d'un pays est une *norme de ce pays* (A.T. von MEHREN, "To What Extent Is International Commercial Arbitration Autonomous ?" {préc. n. 85}, p. 219.). M. Bredin va dans le même sens quand il remarque que lorsque le juge français applique une loi étrangère, il la mêle aux principes fondamentaux de sa morale judiciaire et qu'au bout du compte la loi étrangère se met à ressembler à la loi française (J.-D. BREDIN, "La loi du juge", *Mélanges Goldman*, p. 21).

⁹⁷ V. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, n°s 435 et s., p. 245 et s., qui exposent les différents aspects du recours à la méthode des règles matérielles. — *adde*, confirmant qu'il s'agit de règles matérielles de droit international privé, E. LOQUIN, *op. cit.* {préc. n. 78}, p. 1048 ; E. MEZGER, note sous Cass. fr. (1° Ch. civ.). 18 mai 1971 (sté Impex c. stés P.A.Z.), *Rev. crit. DIP*, 1972, p. 130.

⁹⁸ B. ANCEL. Y. LEQUETTE, n° 2, p. 359 (note sous l'arrêt Galakis) ; E. LOQUIN, *op. cit.* {préc. n. 70}, p. 112.

⁹⁹ Ph. FRANCESKAKIS, "Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire..." {préc. n. 57}, n° 25, p. 82.

¹⁰⁰ Il convient d'annoncer qu'on reviendra plus loin sur cette explication en observant les différents types de "règles matérielles" créées par les juridictions françaises (v. *infra* n°s 163 à 168).

¹⁰¹ V. *infra* n°s 109 à 111.

105. Observons d'abord qu'avec cette évolution jurisprudentielle, c'est la *fonction juridictionnelle* de la convention d'arbitrage qui a été reconnue et favorisée¹⁰². Il est, à cet égard, significatif que ce mouvement ait commencé par l'adoption, comme solution de fond, de l'autonomie de la clause compromissoire. En effet, si le sort de la convention de juridiction suit toujours celui du contrat principal dans lequel elle s'insère, elle ne peut trouver application dans l'hypothèses de la nullité ou de la résiliation de celui-ci. Or, conclue pour permettre le règlement des litiges relatifs à un rapport de droit ou à un contrat déterminé, la clause d'arbitrage n'atteint pleinement son objectif que si elle peut jouer dans ces cas-là également. La reconnaissance de l'indépendance du sort de la convention d'arbitrage par rapport à celui de la convention principale traduit donc la reconnaissance de sa spécificité juridictionnelle¹⁰³. Ainsi la jurisprudence française actuelle ne considère-t-elle plus la convention d'arbitrage comme un contrat comme les autres, mais comme une convention à but juridictionnel. A l'approche "contractuelle" de cette clause succède donc une *approche "juridictionnelle"*.

La spécificité juridictionnelle de la convention d'arbitrage ayant été reconnue, la jurisprudence française pouvait franchir un pas supplémentaire et reconnaître que, *quant au droit applicable également*, la clause se démarquait des contrats substantiels. Effectivement, les décisions qui ont suivi celle qui admettait l'indépendance de la convention d'arbitrage ont abandonné la méthode conflictuelle classique pour privilégier l'application de la loi française, loi du for saisi. Ce mouvement traduit, à notre avis, le fait que la convention d'arbitrage, par ses caractéristiques juridictionnelles, *se rattache à la matière de la compétence*. L'application de la *lex fori* est alors normale, puisqu'elle constitue le principe pour les conflits de juridictions¹⁰⁴.

La jurisprudence française illustre, par conséquent, à notre avis, l'analyse que nous avons défendue à propos de la convention d'arbitrage et des droits qui lui sont théoriquement applicables. Et c'est pourquoi, il est tellement intéressant, dans le cadre de notre démonstration, d'étudier cette jurisprudence.

¹⁰² V. dans le même sens, P. MAYER, note sous Paris (1^o Ch. suppl.), 28 novembre 1989 (Cotunav c. sté Comptoir commercial André) et Paris (1^o Ch. suppl.), 8 mars 1990 (Coumet, ès qual. et Ducler c. sté Polar-Rakennusos a Keythio), *Rev. arb.*, 1990, p. 685.

¹⁰³ Dans un sens analogue, G. VAN HECKE, "Arbitrage et restrictions de la concurrence", *Rev. arb.*, 1973, p. 9, qui estime que la justification de l'autonomie de la clause compromissoire réside dans le fait que cette clause est une "convention de procédure".

¹⁰⁴ Comp. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, n^o 442, p. 251, qui expliquent le recours à des règles françaises à propos de la convention d'arbitrage par le fait que l'examen de celle-ci a lieu lors du recours en annulation ou de l'action en exécution d'une sentence (sur ce dernier point, v. *supra* n^o 32) ; l'application de la loi française se justifierait parce qu'"il s'agit d'apprécier si la sentence rendue sur le fondement de la convention d'arbitrage en cause est susceptible d'être accueillie dans l'ordre juridique français". Cette explication sera examinée et appréciée plus loin (v. *infra* n^{os} 353 et 357). Observons dans l'immédiat que l'idée du *rattachement de la convention d'arbitrage à la matière des conflits de juridictions* permet de compléter la pensée de ces auteurs. En effet, comme on l'indiquera, l'hypothèse de la reconnaissance d'une sentence ressemble à bien des égards à celle de la reconnaissance d'un jugement étranger (v. *infra* n^{os} 173 et s.). Aussi peut-on considérer que ces deux hypothèses relèvent des "conflits de juridictions" dans l'acception large qui leur est donnée dans cette étude (v. *supra* n^o 70). Or, en matière de conflits de juridictions, l'application de la *lex fori* est le principe, tant au stade de l'appréciation par un juge de sa propre compétence que lorsqu'il est confronté aux décisions rendues par des "juridictions étrangères", expression couvrant la juridiction étatique comme la juridiction arbitrale (v. *supra* n^o 73). C'est pour cette raison — à notre avis plus précise que celle d'"accueil d'une sentence dans l'ordre juridique français" exprimée par les auteurs évoqués — qu'il est normal qu'on applique la loi du for saisi à la reconnaissance d'une sentence et plus particulièrement à la convention d'arbitrage qui est à l'origine de la compétence arbitrale (sur l'hypothèse d'une convention d'arbitrage soulevée au stade de la reconnaissance d'une décision, v. pour plus de détails, *infra* n^{os} 173 et s.).

106. Il importe de préciser en quoi notre explication se départit de l'analyse habituellement proposée pour cette jurisprudence.

En prétendant que l'abandon de la règle de conflit est dû au caractère inadéquat, pour régir l'arbitrage international, de la règle étatique interne qui serait désignée, l'interprétation classique de cette jurisprudence continue de supposer que le principe de base pour aborder la convention d'arbitrage est le recours aux règles de conflit de lois ; les règles matérielles sont présentées comme des palliatifs aux insuffisances de cette méthode.

Mais en adoptant la thèse selon laquelle, la convention d'arbitrage dépend essentiellement du système des conflits de juridictions du for saisi, il faut, au contraire, considérer que *l'application de règles matérielles de la lex fori constitue la norme*¹⁰⁵ puisqu'en réalité aucun véritable problème de conflit de lois ne surgit. De manière générale, en effet, on estime que les règles relatives à la compétence sont des "règles matérielles" car elles donnent directement, c'est-à-dire sans recours à une règle de conflit de lois, une solution¹⁰⁶. Dans le cadre de notre explication, c'est dès lors le rattachement de la convention d'arbitrage à la matière de la compétence qui explique que soient appliquées à celle-ci des règles matérielles du for.

On pourrait opposer à notre analyse que, par le passé, les juridictions françaises appliquaient à la convention d'arbitrage la méthode conflictuelle ; les règles matérielles actuellement adoptées semblent donc bel et bien se substituer aux règles de conflit de lois "normalement applicables".

En réalité, à notre avis, le recours à ces règles de conflit de lois ne procédait pas du principe théorique valable en cette matière, mais du souci de favoriser l'arbitrage. En effet, comme on l'a indiqué, il semblait alors que la méthode conflictuelle permettait d'atteindre cet objectif¹⁰⁷. Actuellement cependant, pour poursuivre la même faveur pour l'arbitrage, il paraît plus opportun d'adopter des règles matérielles françaises adaptées à l'arbitrage international. Ce faisant, la jurisprudence française se conforme à ce qui constitue, à notre sens, le principe premier en ce domaine : l'application de la *lex fori* aux aspects de la convention d'arbitrage qui se rattachent aux conflits de juridictions.

107. Il convient de remarquer que dans le cadre de notre explication, le titre d'application de la loi française, loi du for saisi, ne dépend pas de son désir de créer des normes adaptées aux relations économiques internationales — alors que tel est le cas quand on estime que cette loi prend la place de la loi interne désignée par la règle de conflit. Il est

¹⁰⁵ Précisons que l'application de règles matérielles de la *lex fori* ne constitue la norme que pour les aspects de la convention d'arbitrage qui se rattachent aux conflits de juridictions, c'est-à-dire, comme indiqué plus haut (*supra* n° 68), pour sa "licéité de principe", la "portée de son effet juridictionnel" et son "admissibilité". V. également les développements sur le champ d'application de la loi française (*infra* n°s 109 à 111).

¹⁰⁶ Le principe du recours à des "règles matérielles du for" en matière de compétence sera expliqué plus en détails dans le chapitre suivant (v. *infra* n° 152).

¹⁰⁷ V. *supra* n° 95. — L'arrêt *San Carlo* de la Cour de Cassation française illustre cette tendance à utiliser la règle de conflit pour favoriser l'arbitrage (Cass. (Ch. civ. 1° Sect.), 14 avril 1964 (O.N.I.C. c. capitaine du *San Carlo*). *J.D.I.* 1965, p. 646, note B. GOLDMAN, *Rev. crit. DIP*, 1966, p. 68, note H. BATIFFOL). En l'occurrence, le recours à la loi du contrat, la loi anglaise, pour décider de l'aptitude de l'Etat français à compromettre a permis d'admettre la clause compromissoire que refusait le droit français. Si la solution de cet arrêt a été applaudie car elle empêchait l'Etat français de contester après coup une clause qu'il avait acceptée, sa motivation a été critiquée. Le recours à une règle de conflit de lois en ce domaine, la compétence de l'Etat français, a paru inadéquat car il conduisait à soumettre à une loi étrangère une question relative au droit public français (en ce sens, H. BATIFFOL, *op. cit.*, p. 70.). — V. également, sur l'esprit internationaliste et favorable à l'arbitrage de la jurisprudence française dans son application de la méthode classique du règlement des conflits de lois, B. GOLDMAN, "Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles..." {*préc. n. 41*}, p. 125 à 131.

dû à la matière concernée, la compétence. Aussi la *lex fori* aurait-elle ce titre alors même qu'elle ne voudrait pas appliquer à la convention d'arbitrage des normes différentes de celles du droit interne.

Or, il faut, à ce propos, relever un *point qui reste obscur* dans le cadre de la jurisprudence française évoquée. En effet, comme le critère d'internationalité choisi par les juridictions françaises pour adapter les normes relatives à la convention d'arbitrage est un critère économique — il faut que les intérêts du commerce international soient en jeu¹⁰⁸ —, on peut se demander quelle solution retenir quand ces conditions ne sont pas vérifiées mais que la situation présente quand même une certaine internationalité. Face à une internationalité juridique — il suffit qu'un litige se rattache à plusieurs ordres juridiques¹⁰⁹ — qui ne serait pas économique¹¹⁰, quelles normes la jurisprudence française va-t-elle appliquer à la convention d'arbitrage ? La loi désignée par la règle de conflit traditionnelle ou la loi du for saisi, dans ses dispositions internes toutefois puisque par hypothèse les conditions jugées nécessaires pour qu'elles soient adaptées ne sont pas réunies ?

Ce problème est peu étudié¹¹¹. M. Loquin pense qu'on appliquerait la règle de conflit¹¹², position qui est conforme à l'optique conflictuelle traditionnelle. Nous pensons que si la question considérée concerne un des aspects de la convention d'arbitrage qui se rattachent à la matière de la compétence, l'application de la loi du for saisi serait justifiée¹¹³.

108. Ainsi, à notre avis, le *titre d'application* de la loi française dans le cadre de la jurisprudence évoquée découle-t-il du rattachement de la convention d'arbitrage aux conflits de juridictions. Cette interprétation va être confirmée par l'examen du type de questions auxquelles, au moins jusqu'à récemment, la loi française a été appliquée.

¹⁰⁸ Tels sont en effet les termes retenus par l'article 1492 NCPC définissant l'arbitrage international. — Sur ce critère, v. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, n^{os} 98 et s., p. 54 et s.

¹⁰⁹ Tel est le critère retenu par le conflit de lois pour définir le contrat international (en ce sens, par ex., E. MEZGER, note sous Rouen (2^o Ch. civ.), 27 novembre 1986 (sté Mediterranean Shipping c. C.R.A.M.A de La Réunion et U.R.C.O.O.P.A.), *Rev. arb.*, 1987, p. 349). — Sur ce critère, v. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, n^{os} 81 et s., p. 48 et s.

¹¹⁰ En effet, la notion de contrat international au sens du conflit de lois est, semble-t-il, plus large que celle que retient l'article 1492 NCPC (en ce sens, E. MEZGER, *op. cit.* {préc. n. 109}, p. 349).

¹¹¹ Il semblerait qu'il soit oublié des commentateurs français.

¹¹² E. LOQUIN, *op. cit.* {préc. n. 78}, p. 1046.

¹¹³ Nous pensons que cette position a été implicitement suivie par l'arrêt *Tardieu* de la Cour de cassation française (Cass (1^o Ch. civ.), 7 octobre 1980 (Tardieu c. sté Bourdon), *Rev. arb.*, 1982, p. 36, note P. LEVEL). Cet arrêt s'est fondé sur le caractère "interne" du contrat pour justifier l'application de la règle française interne interdisant la convention d'arbitrage dans les contrats conclus entre une société commerciale et un non-commerçant. Il a été critiqué parce que le contrat en question concernait, en réalité, une activité internationale (P. LEVEL, *op. cit.*, p. 38). A notre avis, la Cour de cassation aurait pu justifier l'application de la loi française tout en reconnaissant le caractère international du contrat. Il suffisait de constater qu'il s'agissait d'un point relatif à l'admissibilité de la convention d'arbitrage et que la compétence de la loi du for saisi constitue alors le principe. L'application d'une règle valable en droit interne français se serait alors expliquée par le fait qu'aux yeux de la Cour, il y avait une internationalité juridique et non l'internationalité économique qui conduit la jurisprudence française à adopter des règles matérielles adaptées au commerce international. Cet arrêt ne pourrait plus dès lors être critiqué pour avoir appliqué une disposition interne à un contrat objectivement international mais, le cas échéant, pour avoir fait une mauvaise application du critère d'internationalité économique.

d. Le champ d'application de la loi française.

109. Il semble que la jurisprudence française étudiée traduise l'analyse selon laquelle la convention d'arbitrage, selon les aspects qui sont en cause, se rattache à la *lex fori* ou aux *lex causæ*. A notre avis, en effet, l'abandon de la méthode conflictuelle au profit de l'application de la loi du for saisi, n'a été réalisé, au départ, que pour des conditions d'"admissibilité". Il est vrai cependant qu'à la suite de propositions doctrinales, ce mouvement s'étend désormais à des conditions de "formation" et se dirige donc vers une application généralisée de la loi du for saisi. Il en sera question plus loin¹¹⁴. Dans l'immédiat, il est intéressant de retrouver dans la jurisprudence française des traces de la distinction "admissibilité/formation" et de ses conséquences sur les principes de droit applicables.

110. Pour étayer la thèse selon laquelle les règles matérielles françaises qui ont été appliquées à la convention d'arbitrage concernaient son *admissibilité*, une brève présentation des principales décisions suffira. On ne recherche en effet que des indications sur l'approche générale de la problématique des droits applicables à cette clause.

Nous proposons de regrouper ces décisions en deux catégories : celles qui *créent* des règles d'admissibilité révélant la spécificité de la convention d'arbitrage par rapport aux autres clauses contractuelles ; celles qui *adaptent*, pour les situations internationales, des règles d'admissibilité qui se rencontrent en droit interne¹¹⁵. La compétence de la *lex fori* se justifie dans les deux cas par l'incidence de la convention d'arbitrage sur les conflits de juridictions et le titre que cela procure au droit du for pour soumettre cet effet à des conditions spécifiques.

Ainsi de nombreuses décisions françaises ont-elles précisé la portée de l'indépendance — ou "autonomie" — de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal dans lequel elle est insérée¹¹⁶, en décidant par exemple qu'elle continue à s'appliquer en cas de résiliation ou de novation de la convention principale¹¹⁷. Il a été indiqué plus haut que la qualification de la question de l'indépendance d'une convention de juridiction par rapport au contrat dans lequel elle s'insère variait selon l'accent posé¹¹⁸. En l'occurrence toutefois, il apparaît que les arrêts évoqués adoptent des règles d'"admissibilité". Les règles énoncées ont en effet pour but de garantir l'effet juridictionnel de la convention d'arbitrage même dans des hypothèses où les effets du contrat principal ont été éteints¹¹⁹. Le problème de l'indépendance de la convention d'arbitrage par rapport au

¹¹⁴ V. *infra* nos 327 et s.

¹¹⁵ Cette présentation selon les divers types de règles d'admissibilité créées est neuve. Mais dans son contenu, elle recoupe celles d'autres auteurs qui présentent l'ensemble de cette jurisprudence. Ainsi, M. Loquin distingue-t-il les décisions qui ont tiré les conséquences de l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal et celles où il y a eu "autonomie par rapport à la règle de conflit", ce qui correspond, en fait, respectivement à la première et à la deuxième des catégories mentionnées dans le texte (E. LOQUIN, *op. cit.* {préc. n. 75}, p. 171.). — *adde* H. GAUDEMET-TALLON, note sous Paris (1^o Ch. suppl.), 26 mars 1991 (Comité populaire de la Municipalité d'El Mergheb c. sté Dalico), *Rev. arb.*, 1991, p. 469, qui estime que les règles matérielles françaises traduisent un "principe d'autonomie" et un "principe de licéité".

¹¹⁶ Pour un rappel plus explicite de ces arrêts, v. par exemple E. LOQUIN, *op. cit.* {préc. n. 75}, p. 171.

¹¹⁷ V. les références citées aux notes 55 et 56.

¹¹⁸ V. *supra* n^o 61.

¹¹⁹ Rappelons que relèvent de la catégorie "admissibilité" non seulement les règles qui interdisent ou limitent l'effet juridictionnel des conventions de juridiction mais aussi celles qui ont pour but de le *favoriser* (v. *supra* n^o 55).

contrat principal est ainsi étudié au regard de ses liens avec la matière de la compétence. Le choix de cette qualification n'est pas sans conséquence sur la loi applicable. L'application de la loi française, loi du for saisi, paraît alors naturelle, puisqu'il est question de l'effet de la convention d'arbitrage sur la juridiction des juges français. Elle signifie que la question de l'éventuelle indépendance de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal a été soustraite du domaine de la loi qui lui aurait été applicable¹²⁰ si elle avait été abordée dans une optique contractuelle, comme une question relative à la formation de la convention d'arbitrage.

A côté des décisions créant des règles d'admissibilité nouvelles, d'autres ont adapté au contexte international le contenu de certaines conditions existant en droit interne. Rappelons, par exemple, qu'en droit interne français, la clause compromissoire conclue dans un rapport mixte¹²¹ n'est pas admise. Il semble qu'il s'agisse d'une règle d'inadmissibilité puisqu'elle interdit l'effet juridictionnel de la convention d'arbitrage sur base d'un élément extérieur à la question du respect des conditions nécessaires à la formation de celle-ci. Or l'arrêt *Hecht* a adopté la solution contraire pour les situations internationales¹²². Il a modifié le contenu d'une règle d'admissibilité existante. L'arrêt *Galakis* a fait de même en décidant que les articles 83 et 1004 de l'ancien Code de procédure civile¹²³ engendrant une prohibition de compromettre visant les personnes morales de droit public français, étaient édictés pour les contrats internes et ne devaient pas s'appliquer lorsque l'Etat français a conclu "un contrat international passé pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce maritime"¹²⁴. Les règles d'admissibilité obtenues suite à l'adaptation des règles internes sont des normes françaises appelées à jouer quelle que soit la loi applicable à la clause compromissoire¹²⁵. Ces questions sont donc soustraites à l'emprise des conflits de lois pour être soumises à la loi du for saisi, ce qui paraît normal puisque celle-ci possède en cette matière une compétence de principe¹²⁶.

¹²⁰ La question de la loi applicable à l'indépendance de la clause compromissoire, quand la loi du for saisi n'entend pas régler ce point, est apparemment rarement explicitement abordée. Il semblerait cependant logique que ce soit la loi applicable au contrat principal et non la loi de la convention d'arbitrage qui ait à décider du sort autonome de cette clause puisqu'il s'agit d'une question se rapportant aux liens qu'elle entretient avec ce contrat. — Pour un raisonnement analogue à propos de la loi applicable à la transmissibilité de la convention de juridiction suite à la transmission du contrat principal, v. *infra* n° 318.

¹²¹ c'est-à-dire relatif à un commerçant et un non-commerçant.

¹²² Rappelons qu'on a indiqué plus haut que la qualification de cette question pouvait paraître délicate étant donné que l'interdiction de la clause compromissoire a également un but de fond, protéger la partie réputée faible. On a toutefois opté pour la qualification "admissibilité" (v. *supra* n° 61). Cette solution est confirmée par la Cour de cassation française dans l'arrêt *Hecht*, qui choisit d'aborder cette question sous son angle juridictionnel puisque le but qu'elle poursuit est l'extension de l'effet juridictionnel de la convention d'arbitrage (Cass. fr. (1^o Ch. civ.), 4 juillet 1972 (*Hecht* c. sté Buisman's), *J.D.I.*, 1972, 843, note B. OPPETIT, *Rev. arb.*, 1974, p. 89, *Rev. crit. DIP*, 1974, p. 82, note P. LEVEL ; la même solution a été reprise dans l'arrêt *Menicucci* {préc. n. 70}).

¹²³ Ces articles sont remplacés aujourd'hui par l'art. 2060 C.c. français.

¹²⁴ Cass. fr. (Ch. civ. 1^o Sect.), 2 mai 1966 (Trésor public c. *Galakis*), *J.D.I.*, 1966, p. 648, note P. LEVEL, *Rev. crit. DIP*, 1967, p. 553 ; note B. GOLDMAN.

¹²⁵ Comme il a été noté plus haut, c'est ce qu'ont remarqué explicitement les commentateurs de l'arrêt *Hecht* (v. Ph. FRANCESAKIS, "Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire..." {préc. n. 57}, n° 24, p. 81 ; P. LEVEL, *op. cit.* {préc. n. 64}, p. 84 ; B. OPPETIT, *op. cit.* {préc. n. 64}, p. 845).

¹²⁶ Remarquons que la distinction entre les arrêts qui créent des règles d'admissibilité et ceux qui assouplissent des règles d'admissibilité existant en droit interne semble pouvoir être utilisée pour éclairer un autre problème : celui de l'application éventuelle des règles jurisprudentielles dégagées à des conventions d'arbitrage interne. Souvent, les auteurs français suggèrent que certaines solutions jurisprudentielles soient étendues aux cas internes mais apparemment aucun critère précis n'est donné pour déterminer celles qui

111. La thèse qui explique la compétence de principe de la loi française et son champ d'application par l'idée d'"admissibilité" de la convention d'arbitrage, est, à notre connaissance, nouvelle¹²⁷. Des éléments confortant la pertinence de la distinction "admissibilité/formation" et de ses conséquences de droits applicables se lisent toutefois *en filigrane dans la doctrine française*.

Ainsi a-t-il été observé que les décisions mentionnées posaient des "règles matérielles d'élimination des obstacles à l'application de la convention d'arbitrage"¹²⁸, notamment en levant, en matière internationale, des prohibitions touchant la clause compromissoire¹²⁹. Cela rejoint l'idée selon laquelle ces règles concernent des conditions spécifiques à la convention d'arbitrage, des conditions d'"admissibilité"¹³⁰.

seraient ainsi visées. La distinction que nous faisons peut peut-être fournir ce critère. Les arrêts qui ont précisé l'indépendance du sort de la convention d'arbitrage sont, en effet, dus à la prise de conscience de la fonction spécifique de la convention d'arbitrage par rapport aux autres clauses du contrat. Ces règles devraient logiquement s'appliquer en matière interne : l'originalité de la convention d'arbitrage y est tout aussi présente. Mais les autres arrêts énoncent des règles dont le contenu est justifié par le caractère international de la situation. Il est dès lors logique que ces règles ne s'appliquent pas aux conventions d'arbitrage interne.

¹²⁷ Elle se devine toutefois peut-être chez Mme Niboyet-Hoegy. Cet auteur commentait un arrêt de la Cour de cassation française ayant considéré, en vertu du droit français, qu'une clause compromissoire ne pouvait être conclue dans un contrat de travail exécuté en France et conclu entre une société italienne et un Français résidant en France (Cass. (Ch. soc.), 12 février 1985 (sté Céramiche Ragno c. Chauzy), *Rev. crit. DIP*, 1986, p. 469, note M.-L. NIBOYET-HOEGY). Par application de la loi française, une exception était ainsi faite à l'"admissibilité" de cette clause dans un contrat présentant pourtant quelque élément d'internationalité. Pour expliquer cet arrêt, Mme Niboyet-Hoegy rappelle que le principe de la "validité intrinsèque de la clause compromissoire" — elle entend par là son "admissibilité" — est admis sans qu'il y ait lieu de rechercher la loi applicable en vertu d'une règle de conflit, puisqu'une règle matérielle française s'y applique. Cet auteur se demande dès lors s'il n'est pas inutilement compliqué de réintroduire le conflit de lois pour décider des dérogations à ce principe. Mme Niboyet-Hoegy estime concevable que l'exception à la règle matérielle de "validité" de la clause compromissoire joue, elle aussi, indépendamment de la loi de la clause. Cet auteur semble donc considérer que la méthode conflictuelle est superflue pour les règles susceptibles de limiter l'admissibilité de la convention d'arbitrage (M.-L. NIBOYET-HOEGY, *op. cit.*, p. 476). — Il convient également de remarquer que MM. Rigaux et Fallon défendent explicitement l'application de la *lex fori* à l'admissibilité de la convention d'arbitrage (F. RIGAUD, M. FALLON, n° 1414) mais, comme on l'a déjà expliqué, ces auteurs fondent cette solution sur le caractère de "loi de police" de la loi du for saisi et non sur son application de principe aux aspects juridictionnels des conventions de juridiction (v. *supra* n° 75).

¹²⁸ V. J. ROBERT, *L'arbitrage. Droit interne. Droit international privé*, Avec la collaboration de B. Moreau, 5^e éd., Dalloz, Paris, n° 281, p. 243. V., dans le même sens, E. LOQUIN, note sous Paris (1^o Ch. sect. C), 13 juin 1996 (sté Kuwait Foreign Trading Contracting and Investment c. sté Icori Estero SPA et sté Lombardini Estero SPA), *J.D.I.*, 1997, p. 163.

¹²⁹ P. MAYER, "L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence" {préc. n. 82}, n° 112, p. 433 ; P.-Y. TSCHANZ, note sous Paris (1^o Ch. urg.), 30 novembre 1988 (sté Kornas Marma c. sté Durand-Auzias) et Paris (1^o Ch. suppl.), 14 février 1989 (sté Ofer Brothers c. The Tokyo Marine and Fire Insurance Co Ltd e.a.), *Rev. arb.*, 1989, p. 705.

¹³⁰ Il est vrai que pour désigner les normes ainsi énoncées, certains auteurs ont parlé de "principe de validité" (B. GOLDMAN, "La convention d'arbitrage. Généralités. Autonomie et principe de validité. Loi applicable", *J. Cl. Dr. Int.*, fasc. 586-1, n° 14 ; E. LOQUIN, *op. cit.* {préc. n. 75}, p. 174). Cette expression a été reprise dans quelques arrêts où il est question du "principe de validité et d'efficacité propres" de la clause compromissoire (v. par ex. Paris (1^o Ch. suppl.), 28 novembre 1989 (Cotunav c. sté Comptoir commercial André) et Paris (1^o Ch. suppl.), 8 mars 1990 (Coumet, ès qual. et Ducler c. sté Polar-Rakennusos a Keythio), *Rev. arb.*, 1990, p. 675, note P. Mayer). Cela pourrait faire penser, si on juge par rapport à l'usage qui est fait du terme "validité" à propos de la convention d'élection de for (v. *supra* n° 50), qu'il s'agit de règles concernant la validité *au fond* de la clause d'arbitrage, sa "formation" donc. En réalité, comme il a été dénoncé à plusieurs reprises, parler de "principe de validité" dans le contexte de la jurisprudence étudiée est un abus de langage : un acte ne peut être "valable" que s'il

Par ailleurs, sous réserve d'une thèse doctrinale plus récente prônant l'application exclusive de la loi du for saisi et qui sera examinée plus loin¹³¹, on estime généralement que la méthode conflictuelle conserve un rôle résiduel et que le recours à des règles matérielles françaises ne peut concerner *tous* les aspects de cette convention¹³². Ainsi M. Goldman, par exemple, remarque-t-il que pour les questions relevant de la théorie générale des contrats, telles que le consentement, la capacité des parties ou leur pouvoir, le recours à des règles de conflit de lois reste indiqué¹³³. L'idée sous-jacente semble être la suivante : pour toutes les questions qui ne donnent pas lieu à un traitement spécifique de la convention d'arbitrage, on voit moins pourquoi la loi du for saisi s'appliquerait prioritairement à la loi étrangère qui régirait tout autre contrat. Autrement dit, pour tout ce qui selon notre critère concerne la "formation" de la convention d'arbitrage, le recours aux règles de conflit de lois reste la solution normale pour déterminer le droit applicable.

112. Aussi faut-il **conclure cette première section** en constatant une certaine convergence entre les principes théoriques de droit applicable déduit de la thèse du double rattachement des conventions de juridiction et les solutions effectivement défendues par la jurisprudence et la doctrine des pays examinés. En théorie, en effet, la distinction entre l'admissibilité et la formation des conventions d'arbitrage et d'élection de for permet de répartir l'application de la *lex fori* au titre de loi de la compétence et celle des *lex causæ* que désignent les règles de conflit de lois pertinentes. Il semble que ce principe général de scission entre le domaine du conflit de lois et celui que peut revendiquer le conflit de juridictions se retrouve, au moins implicitement, de manière générale pour la convention d'élection de for. Tel n'est pas le cas pour la convention d'arbitrage qui, dans le cadre de l'approche contractuelle dont elle fait traditionnellement l'objet, est soumise essentiellement à des règles de conflit de lois. Cependant la jurisprudence française, rejoignant ainsi des suggestions doctrinales allemandes, se départit, depuis quelques décennies, de cette approche pour lui préférer une optique plus juridictionnelle. Cela se traduit par un retour au principe théorique exposé, c'est-à-dire par l'application de la loi du for saisi, indépendamment de toute règle de conflit de lois, aux aspects qui concernent l'admissibilité de la clause compromissoire.

répond à certaines conditions de fond et de forme. Or, il n'est pas prétendu, dans les arrêts évoqués, que la convention d'arbitrage serait dispensée de répondre à toute exigence (en ce sens, C. BLANCHIN, p. 24 ; H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.* {préc. n. 115}, p. 469 ; P. MAYER, "L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence" {préc. n. 82}, n° 112, p. 433).

¹³¹ V. *infra* n° 350 et s.

¹³² V. par ex. E. LOQUIN, *op. cit.* {préc. n. 78}, p. 1049 : "L'intervention des règles matérielles ne porte que sur des points précis et isolés, ceux qui supposent dans l'intérêt des échanges internationaux des solutions spécifiques et dérogoires des droits internes". V. également P. MAYER, note sous l'arrêt Dalico {préc. n. 82}, p. 670 et 671, qui critique la thèse doctrinale qui voudrait soustraire totalement la convention d'arbitrage du jeu des règles de conflit de lois parce qu'il estime que le recours à celles-ci reste justifié, notamment pour les "conditions ordinaires de validité et d'opposabilité" de la clause, en particulier celles relatives à l'intégrité du consentement, et pour la capacité et le pouvoir des parties.

¹³³ B. GOLDMAN, "La convention d'arbitrage. Généralités. Autonomie et principe de validité. Loi applicable". *J. Cl. Dr. Int.*, fasc. 586-1, n° 18. — Dans le même sens, C. BLANCHIN, p. 33 ; B. OPPETIT, *op. cit.* {préc. n. 70}, p. 514.

SECTION II : LA REPARTITION THEORIQUE ENTRE LES NORMES DE LA CONVENTION DE BRUXELLES ET LE DROIT NATIONAL.

113. La thèse du double rattachement des conventions de juridiction, déduite d'une analyse des différents aspects que celles-ci comportent¹³⁴, n'éclaire pas seulement la question des droits qui leur sont applicables en droit commun. Elle peut également, à notre avis, se révéler utile dans le cadre de diverses discussions relatives à la répartition entre les normes du droit conventionnel issu de la Convention de Bruxelles et celles du droit commun des Etats contractants auxquelles ces clauses sont soumises.

Ainsi observera-t-on d'abord en quoi la distinction "admissibilité/formation" détermine le régime des conventions d'élection de for comprises dans le champ d'application de la Convention de Bruxelles (§1). Il conviendra ensuite d'évoquer le cas des conventions de juridiction qui sont exclues de celui-ci, c'est-à-dire les conventions désignant le for d'un Etat *non* contractant et les conventions d'arbitrage. On peut en effet se demander si, quand elles dérogent à une compétence européenne, celles-ci ne devraient pas être soumises à certaines règles conventionnelles. La distinction entre l'admissibilité et la formation de ces clauses contribuera à éclairer ce débat (§2).

§1 — Les conventions d'élection de for visées par la Convention de Bruxelles.

114. Il convient de préciser qu'il est incontestable que la Convention de Bruxelles régit la *licéité de principe* et les *effets juridictionnels* des conventions d'élection de for tombant dans son champ d'application¹³⁵. Ainsi l'article 17 reconnaît-il la possibilité d'une modification conventionnelle des compétences et considère-t-il que l'effet prorogatoire d'une telle clause est obligatoire, le for désigné étant seul compétent. C'est encore la Convention de Bruxelles qui décide de la portée de l'effet juridictionnel de la clause, par exemple quand le for qui y est confronté tire sa compétence d'une des hypothèses de compétence dérivée énumérées par l'article 6¹³⁶.

¹³⁴ Sur ces questions, v. *supra* n^{os} 39 à 81.

¹³⁵ Sur les effets reconnus par la Convention de Bruxelles à la convention d'élection de for, v. J.-P. BERAUDO, "Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Compétence. Compétences exclusives. Compétences à raison de la matière. Prorogation volontaire de compétence", *J. Cl. Europe*, fasc. 3010, n^{os} 73 à 84 ; H. GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et Lugano*, 2^o éd., L.G.D.J., Paris, 1996, n^o 132 ; P. GOTHOT, D. HOLLEAUX, n^{os} 181 à 187 ; J. LAENENS, "Bevoegdheidsvereenkomsten in Europese context", *Liber amicorum E. Krings*, Story-Scientia, Bruxelles, 1991, n^o 42, p. 650 ; J. SCHAMP, "Het Europees bevoegdheidsrecht inzake overeenkomsten - Een grondige bespreking van de artikelen 5, 1^o en 17 van het Europees Bevoegdheids- en Executieverdrag (EEX)", *R.W.*, 1988-1989, n^{os} 36 à 41, p. 909 à 910.

¹³⁶ Certes, la Convention de Bruxelles ne dit pas explicitement si une prorogation conventionnelle de compétence soumise à l'article 17 doit être respectée par un juge compétent en vertu de ces principes de regroupements de litiges mais il ne fait pas de doute pour les auteurs qui ont étudié la question que c'est à la Convention de régler ce point. Aussi est-ce par interprétation de celle-ci qu'ils proposent leur solution. V. P. GOTHOT, D. HOLLEAUX, n^{os} 115 à 119, qui estiment que la volonté des parties doit l'emporter sur les objectifs de concentration des compétences car l'article 17 ne réserve pas les compétences de l'article 6. Aussi lorsque la convention d'élection de for est rédigée sans spécifier l'exclusion de l'article 6, faut-il présumer que les parties ont entendu faire produire son plein effet à la clause c'est-à-dire tenir en échec les règles de compétence dérivée. Cette présomption ne jouerait toutefois pas quand le procès est indivisible car les parties n'ont pas pu vouloir le dissocier. Dans le même sens H. GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et Lugano* {préc. n. 135}, n^{os} 232 à 237. — *Contra* J. LAENENS. "Bevoegdheidsvereenkomsten in Europese context" {préc. n. 135}, n^o 46, p. 651, qui pense qu'en principe, une convention d'élection de for ne peut perturber les règles de compétence de l'article 6 sauf s'il est expressément prévu dans la clause qu'elle doit jouer dans cette hypothèse.

Il importe peu, dans le cadre de cette étude, d'examiner les solutions concrètes de ces problèmes. Il suffit d'observer que ces derniers sont tranchés par le droit conventionnel. La réflexion entamée consiste, en effet, à déterminer les conséquences générales relatives à la détermination du droit applicable qui se déduisent du double rattachement des conventions de juridiction. Or cette recherche présente surtout de l'intérêt pour les *conditions* des conventions d'élection de for tombant dans le champ d'application de la Convention de Bruxelles, une certaine hésitation pouvant naître quant à leur soumission au droit conventionnel ou au droit national.

En fait, en Allemagne, ce dernier point ne pose guère de problème. La distinction "admissibilité/formation" à laquelle il est couramment fait référence dans le cadre du droit commun¹³⁷ est, de même, habituellement utilisée pour la réflexion sur la répartition entre les normes du droit conventionnel et celles des droits nationaux. Aussi de nombreux auteurs¹³⁸ estiment-ils qu'en principe, les conventions d'élection de for répondant aux conditions d'application de l'article 17 (1) dépendent, pour leur admissibilité et leurs effets, des normes conventionnelles, tandis que leur formation reste soumise aux principes de droit international privé du for saisi¹³⁹.

En France ou en Belgique, ce principe n'est jamais exposé aussi nettement. Certes, il est généralement¹⁴⁰ admis que la Convention de Bruxelles ne régit que certains des aspects des conventions d'élection de for tombant dans son champ d'application et que les autres doivent être tranchés selon les règles de conflit du for saisi¹⁴¹. Mais, il est rare¹⁴² que la distinction entre les deux types de conditions imposées à la clause, "admissibilité" et "formation", soit explicitement mentionnée pour expliquer et préciser cette répartition.

Il est vrai qu'en réalité, la Convention de Bruxelles n'a pas respecté totalement cette répartition théorique des compétences ; elle a réglé certains points relevant de la formation de la convention d'élection de for. La distinction "admissibilité/formation" présente

¹³⁷ V. *supra* nos 50 et 86.

¹³⁸ mais aussi la jurisprudence allemande, ainsi que l'atteste, par exemple, l'arrêt de l'*Oberlandsgericht* de Munich qui rappelle ce principe avant d'appliquer, au point relatif à la formation de la convention de juridiction qui lui était soumis, la règle de conflit de lois allemande (OLG München, 28 septembre 1989, *IPRax*, 1991, p. 46).

¹³⁹ R. GEIMER, R. SCHÜTZE, §96, p. 899 et 934 ; J. KROPHOLLER, p. 191 ; T. RAUSCHER, "Gerichtsstandsbeeinflussende AGB im Geltungsbereich des EuGVÜ", *Z.Z.P.*, 1991, p. 277 et 278 ; G.H. ROTH, "Internationalrechtliche Probleme bei Prorogation und Derogation", *Z.Z.P.*, 1980, p. 161 ; H. SCHACK, nos 469 à 472. — On retrouve la même analyse chez des auteurs suisses : G. KAUFMANN-KOHLER, p. 56 ; L. KILLIAS, p. 12 et 13 ; G. VOLZ, p. 48.

¹⁴⁰ On examinera dans le chapitre V la thèse selon laquelle la Convention de Bruxelles régirait ou devrait régir *tous* les aspects des conventions d'élection de for comprises dans son champ d'application (v. *infra* nos 361 et s.).

¹⁴¹ En ce sens, P. GOTHOT, D. HOLLEAUX, nos 169 à 180 ; J. LAENENS, "Bevoegdheidsovereenkomsten in Europese context" {préc. n. 135}, nos 37 à 40, p. 647 à 649 ; H.E. RAS, "De betekenis van het EEG-Executieverdrag voor de rechter van het land waar een onder het verdrag vallende zaak wordt aangebracht". *T.P.R.*, 1975, p. 890 ; F. RIGAUX, M. FALLON, n° 1316 ; J. SCHAMP. *op. cit.* {préc. n. 135}, nos 31 et 32, p. 907 et 908. — *adde* H. BORN, "Le régime général des clauses attributives de juridiction dans la Convention de Bruxelles", *J.T.*, 1995, nos 20 à 22, p. 357 à 358, qui distingue les conditions de validité intrinsèque de la convention d'élection de for, soumises à la Convention de Bruxelles, et les conditions de validité extrinsèque soumises au droit commun.

¹⁴² V. toutefois H. VAN HOUTTE, "Het recht van toepassing op het bevoegdheidsbeding..." {préc. n. 11}, p. 566, qui, après avoir expliqué dans le cadre du droit commun que la convention d'élection de for doit répondre à deux types de conditions, relatives à sa "*procesrechtelijke geldigheid*" (validité processuelle) et à sa "*contractuele geldigheid*" (validité contractuelle), estime que la même distinction se retrouve dans la Convention de Bruxelles et qu'elle se traduit par un renvoi à la *lex contractus* pour le deuxième type de condition.

cependant un intérêt pour la compréhension des rapports entre le droit conventionnel et le droit national (A) même si elle suscite, en pratique, quelques difficultés d'application (B).

A) L'intérêt de la distinction "admissibilité/formation".

115. On examinera d'abord les diverses conditions qu'impose la Convention de Bruxelles (a), avant d'observer en quoi leur présentation selon la distinction "admissibilité/formation" éclaire la question des rapports entre le droit conventionnel et le droit national (b).

a. Les conditions réglées par la Convention de Bruxelles.

116. Avant de présenter les points d'admissibilité et de formation réglés par la Convention de Bruxelles, il importe de préciser qu'il ne faut pas les confondre avec les conditions dont dépend *l'application* de la Convention de Bruxelles elle-même¹⁴³. Les conséquences du non-respect de ces différents types de conditions sont en effet différentes¹⁴⁴.

On sait que, de manière générale, la Convention de Bruxelles ne s'applique qu'aux causes comprises dans ses champs d'application matériel et temporel définis respectivement par les articles 1 et 54. Quand il s'agit d'une convention d'élection de for, l'application de la Convention de Bruxelles est encore soumise aux conditions particulières prescrites par l'article 17 (1) : au moins une des parties doit avoir son domicile sur le territoire d'un Etat contractant¹⁴⁵ ; elles doivent être convenues d'un tribunal ou des tribunaux d'un Etat contractant. Il est également requis que la situation présente un caractère international¹⁴⁶.

La convention d'élection de for pour laquelle il manque une de ces conditions tombe en dehors du champ d'application de la Convention de Bruxelles ; elle relève donc, en principe¹⁴⁷, pour sa licéité de principe, la portée de son effet juridictionnel, son admissibilité et sa formation, des règles valables dans le cadre du droit commun du for où elle est soulevée. On rejoint alors les réflexions exposées plus haut¹⁴⁸ sur la répartition théorique entre la *lex fori* et les *lex causae* pour décider du régime de la clause. Le fait qu'une des conditions d'application de la Convention de Bruxelles ne soit pas remplie n'implique donc

¹⁴³ V. F. RIGAUX, M. FALLON, n° 783, qui soulignent explicitement cette distinction. Remarquons qu'on la retrouve aussi implicitement chez certains auteurs. V. en ce sens, P. GOTHOT, D. HOLLEAUX, n°s 160 et s., qui distinguent les critères d'application de l'article 17 et les conditions de "validité" de la clause attributive de juridiction.

¹⁴⁴ V. F. RIGAUX, M. FALLON, n° 783.

¹⁴⁵ Remarquons toutefois que la Convention d'adhésion du 9 octobre 1978 a complété l'alinéa 1 de l'article 17 en prévoyant le cas où aucune des parties contractantes n'ayant de domicile dans un Etat contractant, celles-ci ont néanmoins élu un for dans un Etat contractant. L'article 17 garantit l'effet dérogatoire d'une telle clause en stipulant que les tribunaux des autres Etats contractants ne peuvent connaître du différend tant que le tribunal désigné n'a pas décliné sa compétence. L'effet prorogatoire de la clause sera toutefois apprécié selon le droit commun du for choisi (en ce sens, P. JENARD, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et ses prolongements*, Répertoire notarial, t. XI, Larcier, Bruxelles, 1994, n° 104).

¹⁴⁶ Sur cette condition et sur la controverse qui est née du fait qu'elle n'était pas explicitement prévue par l'article 17 de la Convention de Bruxelles, v. H. GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et Lugano* {préc. n. 135}, n°s 113 à 115. Sur le contenu même de cette exigence et le critère d'internationalité qu'elle suppose, v. les développements de B. ANCEL, "La clause attributive de juridiction selon l'article 17 de la Convention de Bruxelles", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, n° 5, p. 267.

¹⁴⁷ Il faut toutefois réserver les nuances qui seront exposées dans le §2 (v. *infra* n°s 128 et s.).

¹⁴⁸ V. *supra* n°s 85 à 90.

pas nécessairement l'inefficacité de la convention d'élection de for. Le sort de celle-ci dépendra des règles que lui appliquera dans le cadre du droit commun le juge saisi¹⁴⁹.

Toute autre est la sanction du non-respect d'une des conditions d'admissibilité ou de formation qu'impose la Convention de Bruxelles : les clauses dérogeant à celles-ci sont en effet *inefficaces*. Il n'y a donc plus lieu de les soumettre au régime de droit commun du for saisi¹⁵⁰.

117. Parmi les diverses conditions auxquelles la Convention de Bruxelles supposée applicable soumet la convention d'élection de for, il convient de mentionner d'abord, quoique ce ne soient pas celles que l'article 17 indique en premier, les conditions *d'admissibilité*. Comme celles-ci, en interdisant ou limitant l'effet juridictionnel de la convention d'arbitrage concernent plus le phénomène de la prorogation ou de la dérogation de compétence que la clause elle-même, elles doivent, en effet, logiquement être vérifiées avant les conditions de formation. Car ce n'est que lorsqu'on est dans une hypothèse où toute clause d'élection de for serait admise qu'on se demande si la clause particulière soumise au for répond aux diverses conditions posées à sa formation en tant que contrat.

Ainsi, dans son troisième alinéa, l'article 17 répute-t-il "sans effet" c'est-à-dire inadmissibles, les conventions d'élection de for contraires aux dispositions des articles 12, 15 et 16¹⁵¹. En effet, comme l'article 16 prévoit la compétence exclusive de certains fors, il interdit par voie de conséquence d'y déroger par des conventions. Par ailleurs, les clauses stipulées en matière d'assurances ou de contrats conclus par les consommateurs doivent respecter les différentes limites prévues respectivement par les articles 12 et 15¹⁵². Il faut mentionner également parmi les conditions d'admissibilité, celle que pose le cinquième alinéa de l'article 17 introduit par la Convention de Saint Sébastien du 26 mai 1989, décidant que la convention attributive de juridiction conclue en matière de contrats individuels n'est admissible "que si elle est postérieure à la naissance du différend ou si le travailleur l'invoque pour saisir d'autres tribunaux que celui du domicile du défendeur ou celui indiqué à l'article 5 point 1".

Or l'article 17 prévoit encore explicitement que la convention d'élection de for doit être conclue à propos d'un rapport de droit déterminé et doit respecter une des *formes* qu'il prescrit. Concernant la clause elle-même, il semble que ces conditions se rattachent plutôt à la *formation* de la convention d'élection de for¹⁵³. A vrai dire, comme on l'a indiqué plus haut, l'analyse de la forme des conventions de juridiction au regard de la distinction

¹⁴⁹ En ce sens, par ex., H. BORN, "Le régime général des clauses attributives de juridiction dans la Convention de Bruxelles" {préc. n. 141}, n° 26, p. 358 ; D. HOLLEAUX, *op. cit.* {préc. n. 13}, p. 95 ; J. SCHAMP, *op. cit.* {préc. n. 135}, n° 23, p. 905.

¹⁵⁰ F. RIGAUX, M. FALLON, n° 783.

¹⁵¹ Parmi les auteurs utilisant la qualification "admissibilité" pour ces règles, on peut citer, par exemple, B. von HOFFMANN, "Das EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen", *A.W.D.*, 1973, p. 63 ; Ch. KOHLER, "Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen : Liberalität und Rigorismus im EuGVÜ", *IPRax*, 1983, p. 267 ; J. KROPHOLLER, p. 213. — Remarquons que l'effet réflexe reconnu généralement à l'article 16 de la Convention (sur cette notion, v. *infra* n° 133) a pour conséquence que les conventions d'élection de for seront inadmissibles quand les critères retenus par cet article se matérialisent à l'étranger (en ce sens, J. KROPHOLLER, p. 164).

¹⁵² Sur la qualification "admissibilité" pour des règles qui, comme celles des articles 12 et 15 de la Convention de Bruxelles, interdisent les clauses de juridiction conclues avant la naissance du différend, v. *supra* n° 61.

¹⁵³ En ce sens, Ch. KOHLER, "Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen : Liberalität und Rigorismus im EuGVÜ" {préc. n. 151}, p. 268 et 269 ; J. KROPHOLLER, p. 191 ; G.H. ROTH, "Internationalrechtliche Probleme bei Prorogation und Derogation" {préc. n. 139}, p. 162.

“admissibilité/formation” est délicate¹⁵⁴. Il paraît toutefois préférable de retenir la qualification “formation” car on considère généralement que les formes prévues par l'article 17 ont pour fonction de garantir la réalité du consentement des parties¹⁵⁵,

Les autres conditions de formation, telles la capacité des parties contractantes, les conditions pour leur représentation et la vérification de l'existence de leur accord, ne sont pas réglées explicitement par la Convention de Bruxelles. Aussi la solution classique consiste-t-elle à les soumettre aux *principes de droit international privé du for saisi*¹⁵⁶. Il convient toutefois de préciser que cette solution ne fait pas l'unanimité en ce qui concerne le consentement des parties. Comme le formalisme requis par la Convention de Bruxelles pour la conclusion des conventions d'élection de for a pour but d'assurer le consentement des parties, on peut, en effet, se demander si, en excluant les droit nationaux pour le premier point, la Convention ne les exclut pas également pour le second. Par ailleurs, la distinction entre les exigences relatives à la forme de la clause et celles qui entendent vérifier la réalité de l'accord des parties se révèle souvent difficile à manier en pratique. Aussi quelques auteurs suggèrent-ils de confier à la Convention de Bruxelles le règlement de larges pans de la “formation” de la convention d'élection de for. Cette proposition et les difficultés qui la motivent seront étudiés quand, dans la deuxième partie de ce travail, on examinera quelques nuances à apporter aux principes théoriques de répartition des normes applicables aux conventions de juridiction déduits de la distinction entre leur “admissibilité” et leur “formation”¹⁵⁷.

118. Ainsi, la Convention de Bruxelles ne régit-elle pas uniquement les aspects de la convention d'élection de for auxquels en tant que “loi unifiée sur la compétence”, elle pouvait tout naturellement s'appliquer. Elle règle non seulement l'admissibilité de cette clause mais aussi cette importante question de formation, la forme. Cette solution s'explique aisément : il fallait, par des formes relativement strictes¹⁵⁸, assurer le consentement des parties à une clause dont l'admissibilité était par ailleurs largement reconnue¹⁵⁹. Et l'uniformisation des règles matérielles s'imposait particulièrement pour ce point autour duquel se focalise généralement le contentieux relatif à cette clause. Elle accroît en effet la sécurité juridique pour les parties qui sont alors en mesure de prévoir les règles auxquelles

¹⁵⁴ V. *supra* n° 60.

¹⁵⁵ J. LAENENS, “Bevoegdheidsovereenkomsten in Europese context” {préc. n. 135}, n° 19, p. 641. V. également, dans le même sens, C.J.C.E., aff. 25/76, 14 décembre 1976 (sté Galeries Segoura c. sté Bonakdarian), *Rec. C.J.C.E.*, 1976, p. 1851, *Rev. crit. DIP*, 1977, p. 581, note E. MEZGER, au point 6 de cet arrêt.

¹⁵⁶ J.-P. BERAUDO, “Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Prorogation volontaire de compétence” {préc. n. 135}, n° 67 ; H. BORN, “Le régime général des clauses attributives de juridiction dans la Convention de Bruxelles” {préc. n. 141}, n° 22, p. 358 ; H. GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et Lugano* {préc. n. 135}, n° 131 ; R. GEIMER, R. SCHÜTZE, §96, p. 934, qui regrettent cependant cette solution étant donné que les principes de droit international privé divergent d'un Etat à l'autre ; P. GOTHOT, D. HOLLEAUX, n°s 176 à 178 ; P. JENARD, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et ses prolongements* {préc. n. 145}, n° 10 ; Ch. KOHLER, “Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen : Liberalität und Rigorismus im EuGVÜ” {préc. n. 151}, p. 268 ; H.E. RAS, *op. cit.* {préc. n. 141}, p. 890 ; T. RAUSCHER, “Gerichtsstandsbeeinflussende AGB im Geltungsbereich des EuGVÜ” {préc. n. 139}, p. 279 ; J. SCHAMP, *op. cit.* {préc. n. 135}, n° 32, p. 908.

¹⁵⁷ V. *infra* n°s 361 et s.

¹⁵⁸ Tel était le cas avant la modification de l'article 17 opérée par la Convention d'adhésion du 9 octobre 1978, qui a justement eu pour but d'assouplir ces exigences formelles dans le cadre des relations du commerce international.

¹⁵⁹ V. dans le même sens Ch. KOHLER, “Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen : Liberalität und Rigorismus im EuGVÜ” {préc. n. 151}, p. 265, qui souligne que l'article 17 est libéral pour l'admissibilité des conventions d'élection de for mais rigoureux dans ses conditions formelles.

elles doivent se plier. Car il faut remarquer que si les règles de forme n'étaient pas uniformisées, il faudrait appliquer les normes désignées par la règle de conflit applicable dans le for saisi. Or en l'absence de règle de conflit uniforme sur ce point, puisque la Convention de Rome exclut de son champ d'application les conventions d'élection de for¹⁶⁰, toute exigence de forme dépendrait finalement du for saisi, point imprévisible lors la conclusion de la clause.

b. Les rapports entre le droit commun et le droit conventionnel.

119. Si la distinction entre l'admissibilité et la formation de la convention d'élection de for n'a pas été rigoureusement suivie par la Convention de Bruxelles pour déterminer les questions qu'elle règle et celles qu'elle laisse au droit national, elle présente néanmoins un grand intérêt pour la compréhension des rapports entre normes nationales et normes conventionnelles.

En effet, en tant que loi sur la compétence, la Convention de Bruxelles régit *exclusivement l'admissibilité* des conventions de juridiction entrant dans son champ d'application. Les auteurs considèrent, en effet, de manière unanime même si ce n'est pas toujours par référence à la notion d'admissibilité, que, dans ce domaine, les droits nationaux ne peuvent intervenir¹⁶¹. Ceux-ci ne peuvent donc ni ajouter ni retrancher aux exigences conventionnelles¹⁶².

Par contre, en matière de *formation* de la convention d'élection, on ne peut partir du principe que la Convention de Bruxelles s'applique à l'exclusion des droits nationaux¹⁶³. En tant que Convention sur la compétence, elle n'a pas pour domaine "naturel" le règlement des questions contractuelles. Le fait qu'un point de formation n'ait pas été réglé par la Convention, ne peut, comme pour les questions d'admissibilité, être interprété comme un refus de l'imposer à la convention d'élection de for ; il faut considérer que la condition de formation concernée existe mais que son contenu sera déterminé par le droit national¹⁶⁴. Ainsi, par exemple, n'est-ce pas parce que la Convention de Bruxelles ne contient aucune indication sur la capacité des contractants que cette condition n'est pas requise pour la formation de la convention d'élection de for. L'application exclusive de la Convention de Bruxelles à la formation ne serait défendable que s'il apparaissait qu'elle a réellement tranché toutes les questions pouvant se poser à cet égard. Remarquons cependant que la forme de la convention d'élection de for étant réglée par la Convention de

¹⁶⁰ Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 19 juin 1980 (*J.O.C.E.*, 9 octobre 1980, n° L 266) dont l'article 1, al. 2 (d) exclut de son champ d'application les conventions d'arbitrage et d'élection de for.

¹⁶¹ H. BORN, "Le régime général des clauses attributives de juridiction dans la Convention de Bruxelles" {préc. n. 141}, n° 20 (pour indiquer que l'article 17 se suffit à lui-même pour les questions qu'il régit, cet auteur parle d'"autosuffisance" de l'article 17) ; R. GEIMER, R. SCHÜTZE, §96, p. 899 ; Ch. KOHLER, "Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen : Liberalität und Rigorismus im EuGVÜ" {préc. n. 151}, p. 267 ; P. JENARD, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et ses prolongements* {préc. n. 145}, n° 114 ; T. RAUSCHER, "Gerichtsstandsbeeinflussende AGB im Geltungsbereich des EuGVÜ" {préc. n. 139}, p. 277 ; G.H. ROTH, "Internationalrechtliche Probleme bei Prorogation und Derogation" {préc. n. 139}, p. 161.

¹⁶² R. GEIMER, R. SCHÜTZE, §96, p. 900 à 905 ; J. LAENENS, "Bevoegdheidsvereenkomsten in Europese context" {préc. n. 135}, n° 37, p. 648.

¹⁶³ Dans le même sens, T. RAUSCHER, "Gerichtsstandsbeeinflussende AGB im Geltungsbereich des EuGVÜ" {préc. n. 139}, p. 280.

¹⁶⁴ Dans un sens analogue, G.H. ROTH, "Internationalrechtliche Probleme bei Prorogation und Derogation" {préc. n. 139}, p. 163.

Bruxelles, il faut reconnaître que *pour ce point de formation particulier*, celle-ci s'applique à l'exclusion des droits nationaux¹⁶⁵.

La distinction "admissibilité/formation" présente donc un intérêt pour décider du *sort des conditions qui ne sont pas prévues par la Convention de Bruxelles*. Ainsi un for européen ne pourra-t-il pas imposer à une convention d'élection de for d'autres conditions d'admissibilité que celles prévues conventionnellement. Mais il pourra la soumettre à d'autres exigences relatives à sa formation.

120. Quelques décisions jurisprudentielles illustreront ces réflexions sur les rapports entre le droit conventionnel et le droit national.

Dans son arrêt *Elefanten Schuh*¹⁶⁶, la Cour de Justice des Communautés européennes a confirmé *le caractère exclusif de l'application de la Convention de Bruxelles pour les questions qu'elle a explicitement réglées*. La convention d'élection de for qui a donné lieu à cet arrêt était contenue dans un contrat de travail rédigé en allemand et liant un représentant de commerce belge à une société allemande. Alors qu'un for allemand avait été élu, les juridictions belges ont été saisies du litige né suite au congédiement sans préavis du représentant. La question s'est posée s'il fallait respecter la convention d'élection de for alors que le contrat de travail était nul aux yeux de la loi belge¹⁶⁷ parce qu'il n'avait pas été rédigé en néerlandais, langue du représentant de commerce. Mais la Cour de Justice déclare que "l'article 17 a pour objet de prévoir lui-même les conditions de forme que doivent réunir les clauses attributives de compétence, et ceci pour garantir la sécurité juridique et pour assurer le consentement des parties. Les Etats contractants n'ont donc pas la liberté de prescrire d'autres exigences de forme que celles prévues par la convention". Par conséquent, "une législation d'un Etat contractant ne saurait faire obstacle à la validité d'une convention au seul motif que la langue utilisée n'est pas celle prescrite par cette législation"¹⁶⁸.

On observera qu'alors que cet arrêt ne prétend concerner que les questions de forme, il décide incidemment d'une règle *d'admissibilité* de la convention d'élection de for. Il reconnaît en effet à celle-ci un sort *indépendant* de celui du contrat principal. Alors que ce dernier était nul selon la loi qui lui était applicable, la convention d'élection de for a été reconnue efficace en vertu du système de compétence dont elle relevait. On sait que la question de l'autonomie d'une convention de juridiction par rapport au contrat principal se rattache à l'admissibilité de celle-ci quand la solution qui lui est donnée a pour but d'en favoriser l'effet juridictionnel¹⁶⁹. On ne s'étonnera pas dès lors que, par la voix de la Cour de Justice, la loi de la compétence, c'est-à-dire la Convention de Bruxelles, ait énoncé cette règle.

121. Pour illustrer *l'application exclusive* de la Convention de Bruxelles aux conditions *d'admissibilité* de la convention d'élection de for, on peut évoquer quelques arrêts rendus par des juridictions nationales. Ainsi, alors que la convention d'élection de for insérée dans un contrat de travail était inadmissible en droit français à l'époque des faits, la

¹⁶⁵ En ce sens par exemple R. GEIMER, R. SCHÜTZE, §96, p. 899 ; J. KROPHOLLER, p. 191 ; H. SCHACK, n° 469 ; Sir G. SLYNN, Conclusions sous C.J.C.E., aff. 150/80, 24 juin 1981 (*Elefanten Schuh GmbH c. P. Jacquain*), *Rec. C.J.C.E.*, 1981, p. 1697.

¹⁶⁶ C.J.C.E., aff. 150/80, 24 juin 1981 (*Elefanten Schuh GmbH c. P. Jacquain*), *Rec. C.J.C.E.*, 1981, p. 1671.

¹⁶⁷ Il s'agissait de l'article 52, §1 de l'arrêté royal du 18 juillet 1966 portant coordination des lois sur l'emploi de langues en matière administrative, et de l'article 10 du décret du 19 juillet 1973 réglant l'emploi des langues.

¹⁶⁸ V. les points 25, 26 et 27 de l'arrêt {préc. n. 166}.

¹⁶⁹ V. *supra* n° 61.

Cour d'appel d'Aix-en-Provence a refusé d'appliquer ce droit et a admis l'efficacité de la clause au motif que l'article 17, dans sa version d'alors, ne l'interdisait pas dans cette matière¹⁷⁰.

Le caractère limitatif des inadmissibilités en raison de la matière prévues par la Convention de Bruxelles est aussi souligné par un arrêt de l'*Oberlandsgericht* de Stuttgart. Cette juridiction se fonde en effet sur l'article 17 pour reconnaître une convention élisant un for italien alors qu'en droit commun, celle-ci aurait été refusée au motif qu'elle violait la compétence exclusive des juridictions allemandes pour les actions relatives au droit allemand de la concurrence¹⁷¹.

122. L'intervention du *droit national des Etats contractants* pour les points de formation non réglés par la Convention de Bruxelles a été soulignée par la Cour de Justice des Communautés européennes dans son arrêt *Tilly Russ*¹⁷². La Cour confie au "droit national applicable" le soin de déterminer si le tiers porteur, en acquérant un connaissance maritime, succède au chargeur dans ses droits et obligations. Dans l'affirmative, la convention d'élection de for conclue entre le transporteur et le chargeur, et qui satisfait aux conditions de forme de l'article 17, liera le tiers porteur. Mais si le droit national applicable décide que celui-ci n'est pas le cessionnaire des droits et obligations du chargeur, la clause ne lui sera pas opposable. Ainsi, sur cette question contractuelle de nature à avoir une incidence sur la portée de la convention d'élection de for, la Cour de Justice n'a pas donné une interprétation autonome de la Convention de Bruxelles. Il paraissait clair que ce point n'était pas compris dans la réglementation réservée à la clause par la Convention ; un renvoi au droit national applicable semblait dès lors naturel¹⁷³.

C'est ce qui fut fait également dans l'arrêt *Iveco Fiat*¹⁷⁴. Pour répondre à la question de la conformité avec l'article 17 d'une clause d'élection de for figurant dans un contrat écrit, venu à expiration, mais suite auquel les parties continuent à entretenir des rapports juridiques conformes à ceux qu'il énonçait, la Cour de Justice répond en distinguant selon que la loi applicable au contrat initial accepte ou non la prorogation tacite. "Si elle

¹⁷⁰ Aix-en-Provence, 10 mai 1974 (sté Naturana c. Varenne), *D.*, 1974, p. 760 et *D.*, 1975, p. 339, note G.A.-L. DROZ. — V., dans le même sens, Conseil des Prud'hommes de Vannes, 19 décembre 1975 (Laforge c. sté Naturana-Miederfabriken), *D.*, 1976, p. 202, note G.A.-L. DROZ.

¹⁷¹ OLG Stuttgart, 9 novembre 1990, *R.I.W.*, 1991, p. 333, *IPRax*, 1992, p. 86. La compétence exclusive en question est déduite de l'article §98 (2) de la GWB (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, loi contre les restrictions de concurrence). *adde* H. ROTH, "Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 17 EuGVÜ und Kartellrechtliches Derogationsverbot", *IPRax*, 1992, p. 67, approuvant la solution retenue par l'arrêt.

¹⁷² C.J.C.E., aff. 71/83, 19 juin 1984 (Partenreederei Tilly Russ c. sté Nova et sté Goeminne Hout), *Rec. C.J.C.E.*, 1984, p. 2417, *Rev. crit. DIP*, 1985, p. 385, note H. GAUDEMET-TALLON. V. également les commentaires de M. EKELMANS, "Les conditions de validité au regard de l'article 17 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 d'une clause attributive de juridiction insérée dans un connaissance maritime", *Cah. dr. eur.*, 1985, p. 426 et s. ; R. ROLAND, "le connaissance et le droit européen", *R.D.C.B.*, 1985, p. 84 et s. — *adde* F. RIGAUX, M. FALLON, n^{os} 1316 et 1368.

¹⁷³ En ce sens, H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.* {préc. n. 172} p. 395. Cet auteur compare cette solution à celle donnée par la Cour de Justice dans l'arrêt *Gerling Konzern* où, pour décider si le bénéficiaire d'un contrat d'assurance, tiers à ce contrat, pouvait se prévaloir de la convention d'élection de for s'y trouvant insérée, il n'a pas été renvoyé au droit national applicable. La solution adoptée par la Cour dans cet arrêt, permettre au tiers bénéficiaire d'invoquer la clause, pouvait en effet se déduire de l'objectif de protection de l'assuré que poursuit la Convention de Bruxelles dans ses articles 7 à 12 (C.J.C.E., aff. 201/82, 14 juillet 1983 (Gerling Konzern c. Amministrazione del Tesoro dello Stato), *Rec. C.J.C.E.*, 1983, p. 2503, *Rev. crit. DIP*, 1984, p. 141, note H. GAUDEMET-TALLON).

¹⁷⁴ C.J.C.E., aff. 313/85, 11 novembre 1986 (sté Iveco Fiat c. sté Van Hool), *Rec. C.J.C.E.*, 1986, p. 3337, *Rev. crit. DIP*, 1987, p. 420, note H. GAUDEMET-TALLON.

l'admet, la clause continue à lier les parties ; si elle ne l'admet pas, la Cour assimile la clause à une simple convention verbale qui nécessite alors une confirmation écrite¹⁷⁵.

La Cour de Justice des Communautés européennes s'est encore référée au "droit national applicable" dans son arrêt *Powell Duffryn*¹⁷⁶. A la question si une clause attributive de juridiction figurant dans les statuts d'une société anonyme constitue une convention au sens de l'article 17, la Cour de Justice déclare qu'il faut répondre par l'affirmative quand la clause est "insérée dans les statuts de cette société et (a été) adoptée conformément aux dispositions du droit national applicable et aux statuts eux-mêmes". Ce faisant, la Cour de Justice tranche, en fait, deux points. Elle estime d'abord, en vertu d'une interprétation autonome de la Convention de Bruxelles, que, pour l'application de celle-ci, les statuts d'une société doivent être considérés comme un contrat régissant à la fois les rapports entre les actionnaires et les rapports entre ceux-ci et la société qu'ils créent. La Cour renvoie ensuite au "droit national applicable" pour les conditions relatives à l'adoption des statuts et des décisions des organes de la société. Par conséquent, si le droit conventionnel décide que le type de convention d'élection de for envisagé constitue bel et bien une "convention" au sens de l'article 17, il charge le droit commun de régler les conditions de cette manière particulière d'exprimer le consentement à la clause qu'est l'insertion de celle-ci dans les statuts d'une société ou son adoption par les organes de cette dernière. Ce renvoi au droit national paraît assez normal étant donné qu'il est difficile de prétendre que la Convention de Bruxelles règle ce point totalement étranger à son objet¹⁷⁷.

B) Difficultés d'application.

123. Théoriquement simple, le principe de répartition entre la compétence du droit conventionnel et celle du droit national fourni par la distinction entre l'admissibilité et la formation de la convention d'élection de for suscite quelques questions en pratique, notamment en Belgique (a). Il semble que des difficultés pour qualifier certaines conditions au regard de cette distinction soient à l'origine du problème (b).

a. L'exemple de la jurisprudence belge relative à l'article 91 de la Loi maritime.

124. On sait que le principe selon lequel la Convention de Bruxelles régit, à l'exclusion du droit commun des Etats contractants, l'admissibilité de la convention d'élection de for a pour conséquence d'interdire l'intervention de restrictions nationales, telle, par exemple, celle qui existe en Allemagne à propos du droit de la

¹⁷⁵ H. GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et Lugano* {préc. n. 135}, n° 119.

¹⁷⁶ C.J.C.E., aff. C-214/89, 10 mars 1992 (*Powell Duffryn c. Wolfgang Petereit*), *Rec. C.J.C.E.*, 1992, p. 1745, *Rev. crit. DIP*, 1992, p. 528, note H. GAUDEMET-TALLON.

¹⁷⁷ On observera toutefois que l'arrêt *Powell Duffryn* illustre les limites du principe théorique proposé pour la répartition entre les compétences du droit conventionnel et du droit commun. On a en effet indiqué qu'en théorie, la Convention de Bruxelles se contentait, en matière de "formation" de la convention d'élection de for, de régler la forme de celle-ci, laissant au droit commun le soin de décider des conditions relatives au consentement des parties. Mais on aperçoit, dans le cadre d'une affaire comme celle qui a donné lieu à cet arrêt, à quel point les questions de forme et de consentement sont liées. En décidant que la clause insérée dans les statuts d'une société était une convention au sens de l'article 17, la Cour de Justice s'est-elle contentée de trancher un point relatif à la forme de la clause, ou n'a-t-elle pas en fait, plus fondamentalement, adopté une conception large de la notion de "contrat", c'est-à-dire décidé d'un point relatif à l'existence du consentement des parties ? C'est, comme on l'a annoncé, ce genre de difficulté qui motive les auteurs qui suggèrent de confier à la Convention de Bruxelles le règlement de l'ensemble des conditions relatives au consentement requis pour la clause (sur cette théorie, v. *infra* n°s 361 et s.)

concurrence. Or le caractère libéral de la réglementation européenne¹⁷⁸ provoque parfois certaines réticences de la part des juridictions nationales¹⁷⁹. La jurisprudence belge relative aux conventions d'élection de for contenues dans des connaissements maritimes en fournit un exemple.

L'article 91 de la Loi maritime belge a introduit en droit interne les règles uniformes adoptées par la Convention du 25 août 1924 "pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement"¹⁸⁰. Cet article, qui a pour objet de fixer les obligations du transporteur maritime et qui interdit les clauses exonérant celui-ci de sa responsabilité, est considéré comme une loi de police¹⁸¹. Pour garantir l'application de cet article, la jurisprudence belge en a renforcé l'efficacité en refusant de reconnaître la convention élisant un for étranger lorsque celle-ci, contribuant à la reconnaissance d'une clause désignant une loi étrangère, permet indirectement d'éviter l'application de la loi belge¹⁸². La clause de juridiction est toutefois admise quand elle comporte l'obligation d'appliquer les dispositions de la loi belge et notamment celles de l'article 91 de la Loi maritime¹⁸³.

Valable en droit commun belge, une telle condition peut-elle aussi être imposée aux conventions d'élection de for tombant dans le champ d'application de l'article 17 de la Convention de Bruxelles ?

Les juridictions anversoises l'ont affirmé dans plusieurs décisions¹⁸⁴. Parmi les divers arguments invoqués en faveur de cette thèse, celui qui intéresse ici consiste à dire que l'article 17 serait une règle de procédure et relèverait du droit "formel" alors que les conditions "matérielles" de la convention d'élection de for seraient soumises au droit commun. L'interdiction de stipuler une telle clause dans un connaissement maritime lorsqu'elle permet d'échapper à l'application de la loi belge serait une règle de nullité issue du droit matériel ; son respect pourrait donc être exigé des conventions d'élection de for soumises à la Convention de Bruxelles¹⁸⁵.

¹⁷⁸ En ce sens, G. VOLZ, p. 104, qui remarque que les compétences exclusives prévues par l'article 16 ne couvrent pas tous les domaines dans lesquels, en droit commun, les Etats interdisent les conventions de juridiction, notamment pour garantir l'application de leurs lois de police.

¹⁷⁹ En ce sens, Ch. KOHLER, "Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen : Liberalität und Rigorismus im EuGVÜ" {préc. n. 151}, p. 266.

¹⁸⁰ M. EKELMANS, "Les conditions de validité au regard de l'article 17 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 d'une clause attributive de juridiction insérée dans un connaissement maritime" {préc. n. 172}, p. 427.

¹⁸¹ V. en ce sens F. RIGAUX, M. FALLON, nos 1321 et 1369.

¹⁸² G. ZORBAS, "L'effacement difficile de l'article 91 de la loi maritime belge face à l'article 17 de la Convention C.E.E. du 27 septembre 1968", *J.T.*, 1982, n° 7, p. 521 ; F. RIGAUX, M. FALLON, n° 1369. — Pour des cas d'application, v. Cass. b. (1° Ch.), 9 juin 1932 (Capitaine Bathe c. Cie d'assurances "la Suisse" e.a.). *Pas.*, 1932, p. 183 ; Cass. b. (1° Ch.), 19 décembre 1946 (societad commercial e industrial Justo hermanos c. capitaine Witt), *Pas.*, 1946, p. 480.

¹⁸³ Cass. b. (1° Ch.), 2 février 1979 (sté Bibby Line c. sté Bibby Bros e.a.), *Pas.*, 1979, p. 634. Il faut remarquer que certaines décisions sont même allées jusqu'à exiger que le juge étranger applique le droit belge "dans le respect des interprétations données par la jurisprudence belge" et, cela n'étant pas établi, en ont tiré prétexte pour refuser de reconnaître la convention d'élection de for (en ce sens, par ex., Comm. Anvers (1° Ch.), 30 mars 1965 (Martroye e.a. c. Capitaine Zomer), *Jur. Anv.*, 1966, p. 46).

¹⁸⁴ V. par ex. Comm. Anvers, 15 avril 1974, *Jur. comm. Belg.*, 1975, p. 398 cité par M. WESER. "L'article 91 de la loi maritime belge et la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968", *Jur. comm. Belg.*, 1976, p. 666 ; Anvers, 15 juin 1977 (GmbH P. c. N.V. D. e.a.), *R.W.*, 1977-1978, col. 1630, note J. LAENENS. — *contra* Comm. Anvers (12° Ch.), 19 novembre 1975 (Hamburger Senator Shipping c. La Générale de Berne), *R.W.*, 1975-1976, col. 2225, note J. LAENENS, où le tribunal estime que depuis l'entrée en vigueur de la Convention de Bruxelles, une telle jurisprudence ne peut plus être maintenue.

¹⁸⁵ En ce sens, par ex., Anvers (4° Ch.), 28 février 1979 (Inparma Shipping c. Portugal Presidente Compania de Seguras), *Jur. Anv.*, 1979-1980, p. 261. — Les deux autres justifications qui sont encore invoquées à l'appui de cette jurisprudence sont les suivantes : le caractère "impératif" de l'article 91 de la loi

Pour critiquer cette jurisprudence, les auteurs belges avancent généralement le fait que l'article 17 n'est pas uniquement une règle de droit formel puisqu'il énonce lui-même des conditions de fond relatives à la convention d'élection de for et que "ses conditions suffisent et ne doivent pas être complétées par des conditions de validité édictées par le droit national"¹⁸⁶. Cette critique n'est toutefois pas dénuée d'ambiguïté car, comme on vient de l'observer¹⁸⁷, il est admis que la Convention de Bruxelles ne régit pas tous les aspects de la formation de cette clause¹⁸⁸. Pourquoi dès lors les juges belges ne pourraient-ils pas imposer, en vertu de leur droit commun, l'exigence qu'ils ont développée pour les conventions d'élection de for insérées dans les connaissements maritimes ?

maritime devrait l'emporter sur la disposition "supplétive" de l'article 17 ; il existerait un conflit de conventions internationales entre celle du 25 août 1924 reproduite dans l'article 91 et la Convention de Bruxelles, et ce conflit devrait être tranché en faveur de la première par application de l'article 57 de la Convention de Bruxelles qui prévoit qu'elle ne déroge pas aux conventions qui règlent la compétence dans des matières particulières. Sur ces justifications et les critiques déterminantes qui leur ont été opposées, v. le résumé de M. EKELMANS, "Les conditions de validité au regard de l'article 17 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 d'une clause attributive de juridiction insérée dans un connaissement maritime" {préc. n. 172}, p. 429 et 430. *adde* M. WESER, "L'article 91 de la loi maritime belge..." {préc. n. 184}, p. 669 ; G. ZORBAS, "L'effacement difficile de l'article 91 de la loi maritime belge..." {préc. n. 182}, p. 522.

¹⁸⁶ M. EKELMANS, "Les conditions de validité au regard de l'article 17 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 d'une clause attributive de juridiction insérée dans un connaissement maritime" {préc. n. 172}, p. 430 ; dans le même sens, J. LAENENS, *op. cit.* {préc. n. 184}, col. 1637. — Il faut observer que suite à cette critique, la Cour d'appel d'Anvers a voulu s'opposer à une telle clause en se fondant sur l'article 17 lui-même. Elle a alors prétendu qu'une convention d'élection de for insérée dans un connaissement maritime serait contraire aux conditions de fond et de forme prévues par cet article. Les stipulations du connaissement étant établies unilatéralement par le transporteur, il n'y aurait pas accord de volontés véritable sur celles-ci car ni le chargeur ni le tiers porteur n'ont la faculté d'en discuter les clauses. Par ailleurs, les conditions de forme prévues par l'article 17 ne seraient pas respectées car les clauses du connaissement ne sont que des conditions générales ne répondant pas aux caractères de la "convention écrite" exigée par cet article (Anvers (4^o Ch.), 21 novembre 1979 (Koninklijke Hollandsche Lloyd Rederij c. The General Accident Fire and Life Ass. Corp.), *Jur. Anv.*, 1979-1980, p. 346 ; dans le même sens, OLG Düsseldorf, 20 novembre 1975 (X. c. Y), *Jur. Anv.*, 1979-1980, p. 81). D'autres arrêts en ce sens suivirent (v. R. ROLAND, "Le connaissement et le droit européen" {préc. n. 172}, p. 85). L'un d'eux a fait l'objet d'un recours en cassation et la Cour suprême belge a alors posé à la Cour de justice la question préjudicielle qui a donné lieu à l'arrêt *Tilly Russ*. Dans cet arrêt, la Cour de justice a précisé que la clause attributive de juridiction figurant dans les conditions imprimées sur un connaissement satisfaisait aux conditions posées à l'article 17 dans les rapports entre le transporteur et le chargeur et qu'il en était de même vis-à-vis du tiers porteur si, en vertu du droit national applicable, celui-ci était considéré comme le cessionnaire des droits et obligations du chargeur. (C.J.C.E., aff. 71/83, 19 juin 1984 (Partenreederei Tilly Russ c. sté Nova et sté Goeminne Hout), *Rec. C.J.C.E.*, 1984, p. 2417). Sur toute cette évolution, v. M. EKELMANS, "Les conditions de validité au regard de l'article 17 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 d'une clause attributive de juridiction insérée dans un connaissement maritime" {préc. n. 172}, p. 430 et s. ; R. ROLAND, *ibidem*, p. 85 et s. ; I. DE WEERDT, "Bevoegdheidsbeding in Cognossementen voor de Belgische Rechter. Artikel 91 van de Belgische zeewet en artikelen 17 en 18 EEG Executieverdrag", *Dr. europ. transp.*, 1987, p. 317 et s., qui expose notamment les arrêts belges qui ont suivi celui de la Cour de Justice.

¹⁸⁷ V. *supra* nos 117 et 119.

¹⁸⁸ V. J. LAENENS, *op. cit.* {préc. n. 184}, col. 1637, qui illustre le caractère contradictoire de cette critique. Dans le même paragraphe, cet auteur dit, d'une part, que les conditions pour que la convention soit "geldig" (c'est-à-dire valide) au regard de la capacité, du dol... sont déterminées grâce au droit international privé du for saisi et, d'autre part, que la convention qui répond aux exigences de l'article 17 de la Convention de Bruxelles doit être considérée comme "geldig", indépendamment de la question si les droits nationaux la considèrent ou non comme telle.

b. La critique sous l'angle de la qualification retenue.

125. En réalité, la critique de ces auteurs doit être précisée par la distinction entre l'admissibilité et la formation de la convention d'élection de for. Si la jurisprudence belge ne peut ajouter aux conditions comprises dans l'article 17, c'est parce que la règle considérée concerne l'*admissibilité* de la clause, domaine dévolu exclusivement à la Convention de Bruxelles. Or l'intervention du droit national pour un point non réglé par la Convention ne peut être admise que si celui-ci concerne la formation de la clause.

Certes, on pourrait douter qu'en faisant dépendre l'efficacité d'une convention élisant un for étranger du choix de la loi belge au fond, les juridictions belges énoncent une condition d'admissibilité. Comme il a déjà été indiqué de manière générale, la qualification de telles conditions au regard de la distinction "admissibilité/formation" est délicate¹⁸⁹. Et effectivement, à l'appui de la qualification "formation", on pourrait dire que l'objectif de cette condition est substantiel et non juridictionnel : il s'agit de garantir au tiers porteur du connaissance¹⁹⁰ le respect par le transporteur des obligations et de la responsabilité que lui impose l'article 91 de la Loi maritime belge. La limitation de la clause de juridiction serait ainsi déduite d'une disposition relative au fond dont, en outre, le caractère d'ordre public est reconnu. La convention d'élection de for serait nulle, conformément aux articles 1131 et 1133 du Code civil belge¹⁹¹, parce que sa cause serait illicite car contraire à l'ordre public.

Un tel raisonnement suppose toutefois que la convention d'élection de for soit un contrat en tous points semblables aux contrats substantiels. Or tel n'est pas le cas. Elle se caractérise en effet par son objectif juridictionnel et toute règle qui a pour fonction de restreindre celui-ci se rapporte à son admissibilité¹⁹². Que la règle en question soit inspirée par des motivations de fond n'y change rien. Ainsi, par exemple, les articles 12 et 15 de la Convention de Bruxelles sont-ils des règles d'admissibilité alors qu'ils ont, eux aussi, pour but de protéger la partie la plus faible¹⁹³.

L'interdiction de conclure une convention d'élection de for dans un connaissance maritime si la loi belge n'est pas choisie comme loi applicable est par conséquent une règle d'*inadmissibilité* qui limite l'effet juridictionnel de la clause en raison de la matière concernée¹⁹⁴.

Remarquons que notre analyse est confirmée indirectement par les auteurs qui, pour critiquer les juridictions belges, tirent argument de l'arrêt *Sanicentral* de la Cour de Justice¹⁹⁵¹⁹⁶. Dans cette affaire, une convention d'élection de for conclue en matière de

¹⁸⁹ V. *supra* n° 63.

¹⁹⁰ Il semble en effet que l'article 91 ne règle que les rapports entre le transporteur et le tiers porteur du connaissance (en ce sens, Cass. b. (1° Ch.), 25 mai 1979 (Ganger Rolf c. Boelwerf), *Jur. Anv.*, 1979-1980, p. 251).

¹⁹¹ A supposer bien sûr que le droit belge soit applicable à la formation de la convention d'élection de for.

¹⁹² V. les développements consacrés à la notion d'"admissibilité" des conventions de juridiction (*supra* n°s 52 à 55).

¹⁹³ V. *supra* n° 117.

¹⁹⁴ Pour une justification plus détaillée de la qualification "admissibilité" pour ce genre de règles, v. *supra* n° 63.

¹⁹⁵ En ce sens, E. KRINGS, "L'application de la Convention de Bruxelles par la Cour de Justice des Communautés européennes", *Cah. dr. eur.*, 1981, p. 179 ; R. ROLAND, "La clause de juridiction du connaissance en droit belge", *Liber amicorum L. Tricot*, Kluwer, Anvers, 1988, p. 445.

¹⁹⁶ V. également la critique de J.-P. BERAUDO, "Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Prorogation volontaire de compétence" {préc. n. 135}, n° 48, qui estime que cette jurisprudence est contraire au principe selon lequel l'article 17 prévaut sur les dispositions des Etats contractants interdisant les conventions de for dans d'autres matières que les cas prévus par la Convention de Bruxelles.

contrat de travail était contraire à une disposition française d'ordre public. La question préjudicielle posée par la Cour de cassation française concernait l'application dans le temps de la Convention. La réponse sur ce point n'intéresse pas ici. Il importe de constater que la disposition française concernée avait un objectif de fond, assurer la protection du travailleur. Cela n'a cependant pas empêché la Cour de Justice, après avoir indiqué que la Convention de Bruxelles était applicable, de décider que le juge français devait respecter la clause de juridiction, car à l'époque la Convention l'admettait sans limitation en matière de contrat de travail¹⁹⁷. Soulignant le caractère exclusif de l'application de la Convention de Bruxelles en ce qui concerne les interdictions de conclure une convention d'élection de for en raison de la matière, cette décision permet de condamner la jurisprudence belge limitant l'admissibilité de ces clauses dans les connaissements maritimes¹⁹⁸.

126. L'exemple tiré de la jurisprudence belge témoigne de l'incidence concrète du principe de l'application exclusive de la Convention de Bruxelles à l'admissibilité des conventions d'élection de for comprises dans son champ d'application. En effet, comme indiqué, la catégorie "admissibilité" est très vaste : elle englobe toutes sortes de limitations de l'effet juridictionnel de ces clauses, y compris, comme on vient de le voir, celles qui ont pour but de garantir l'application d'une loi au fond¹⁹⁹. N'en sont exclues que les conditions de "formation", c'est-à-dire uniquement celles dont le but est de vérifier, dans le cas concret, si les éléments nécessaires à l'existence d'un contrat (consentement, capacité) sont réunis. Les conditions issues du droit commun des Etats contractants que refoule la Convention de Bruxelles sont donc nombreuses.

§2 — Les conventions de juridiction exclues du champ d'application de la Convention de Bruxelles

127. La question de la répartition entre le droit conventionnel et le droit commun des Etats contractants se pose également quand une convention de juridiction non visée par la Convention de Bruxelles est soulevée devant un juge européen. Confronté à une convention d'arbitrage ou à une convention d'élection de for en faveur d'une juridiction d'un Etat tiers, ce juge appréciera-t-il la dérogation de compétence recherchée uniquement en

¹⁹⁷ C.J.C.E., aff. 25/79, 13 novembre 1979 (Sanicentral c. R. Collin), *Rec. C.J.C.E.*, 1979, p. 3423. La disposition française concernée était l'article 81 du décret du 22 décembre 1958 prohibant les clauses dérogeant aux cas de compétence territoriale interne prévus en matière du travail (v. Cass. fr. (Ch. soc.), 10 janvier 1979 (sté Sanicentral c. Collin), *Rev. crit. DIP*, 1979, p. 453, note P. L.). On observe ainsi que si la disposition en question avait un objectif de protection du travailleur, sa qualification comme règle d'inadmissibilité ne faisait pas de doute. En effet, cette règle interdit les clauses de juridiction *quand elles dérogent aux compétences* énoncées par ce décret. Elle vise donc clairement l'effet juridictionnel de la clause. Dès lors, pour une convention d'élection de for comprise dans le champ d'application de la Convention de Bruxelles, une telle règle ne pouvait plus jouer. C'est ce que rappelle la Cour de Justice au point 5 de l'arrêt *Sanicentral* : "les législations procédurales internes applicables aux affaires en cause sont écartées des matières réglées par la convention au bénéfice des dispositions de celle-ci".

¹⁹⁸ Remarquons d'ailleurs que les juridictions belges se sont conformées au principe de l'application exclusive de la Convention de Bruxelles à l'admissibilité des conventions d'élection de for dans le cas de la *résiliation unilatérale d'une concession de vente exclusive à durée indéterminée*. Cette matière est régie par la loi du 27 juillet 1961 qui, pour garantir l'application des dispositions protectrices de la loi belge, interdit dans son article 6 toute clause dérogeant à l'article 4, ce dernier permettant au concessionnaire de toujours assigner le concédant en Belgique. Or les juges belges ont décidé que cette limitation ne s'appliquait pas aux conventions d'élection de for comprises dans le champ d'application de la Convention de Bruxelles (en ce sens, P. JENARD, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et ses prolongements* {préc. n. 145}, n° 124 ; F. RIGAUX, M. FALLON, n° 1341).

¹⁹⁹ Pour des illustrations du contenu de la notion "admissibilité", v. *supra* nos 59 à 63.

vertu de son droit commun ou veillera-t-il à ce qu'elle respecte certaines conditions conventionnelles ?

On peut s'étonner de la question. Puisque la convention d'arbitrage n'est pas explicitement mentionnée par la Convention de Bruxelles et que la clause élisant un for dans un Etat tiers ne rentre pas dans le champ d'application de l'article 17, il semble à première vue que seul s'applique le droit *commun* en vigueur dans l'Etat du for européen où elles sont soulevées.

Et pourtant, de manière assez générale, la doctrine estime que les conventions désignant un for dans un Etat tiers doivent répondre à certaines exigences conventionnelles. A la recherche des principes expliquant et gouvernant la répartition entre l'application du droit conventionnel et celle du droit commun qui est ainsi proposée, on constatera que la distinction entre l'admissibilité et la formation de la convention d'élection de for se révèle une fois encore éclairante (A). Ces réflexions doivent être confrontées au cas de la convention d'arbitrage soulevée devant un for européen compétent en vertu de la Convention de Bruxelles. Généralement, la question de l'application éventuelle de normes conventionnelles dans cette hypothèse est résolue par la négative. Il faudra toutefois observer que telle qu'elle est habituellement posée, la question est différente de celle qui va être envisagée ici, suite à la comparaison avec l'hypothèse de la convention élisant un for dans un Etat tiers (B).

A) Les conventions désignant un for dans un Etat tiers.

128. Il convient de présenter la thèse selon laquelle de telles conventions attributives de juridiction doivent parfois répondre à certaines conditions conventionnelles car elle est assez répandue (a). En fait, elle intéresse surtout notre propos pour les perspectives théoriques qu'elle ouvre. On observera en effet que si le fondement de cette thèse n'est généralement guère étudié, une réflexion générale sur le système de compétence mis en place par la Convention de Bruxelles et sur la notion d'admissibilité des conventions de juridiction peut combler cette lacune (b).

a. La thèse selon laquelle ces clauses devraient respecter certaines normes conventionnelles.

129. On peut penser que le juge européen, constatant que la convention élisant le for d'un Etat tiers ne répond pas à une des conditions d'application de l'article 17 de la Convention de Bruxelles, considérera qu'elle échappe au régime conventionnel et la soumettra uniquement à son droit commun²⁰⁰. Observons toutefois qu'il devra lui imposer le respect d'au moins une exigence conventionnelle : la clause ne peut en effet être reconnue si elle viole les compétences exclusives prévues à l'article 16 de la Convention de Bruxelles²⁰¹, cet article s'imposant à tout juge d'un Etat contractant, qu'il soit compétent en vertu du droit européen ou de son droit commun²⁰².

Mais de nombreux auteurs défendent l'idée selon laquelle une telle clause de juridiction devrait encore répondre aux conditions des articles 12 et 15 de la Convention de

²⁰⁰ En ce sens, J.-P. BERAUDO, "Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Prorogation volontaire de compétence" {préc. n. 135}, n° 70 ; E. JAYME, H. HAACK, "Reziproke Gerichtsstandsklauseln - EuGVÜ und Drittstaaten", *IPRax*, 1985, p. 323.

²⁰¹ En ce sens, H. BORN, "Le régime général des clauses attributives de juridiction dans la Convention de Bruxelles" {préc. n. 141}, n° 26, p. 359 ; W. LORENZ, "Internationaler Filmverleih : Forum Selection, Choice of Law, Unconscionability", *IPRax*, 1989, p. 22.

²⁰² Art. 4 Conv. de Bruxelles

Bruxelles²⁰³. Quoique cela ne soit pas toujours précisé²⁰⁴, cette thèse ne concerne que l'hypothèse où le for européen confronté à la clause aurait été compétent selon le système de compétence prévu par la Convention de Bruxelles, c'est-à-dire quand le défendeur est domicilié dans un Etat contractant (articles 2 et 3)²⁰⁵. Quand tel n'est pas le cas, le juge européen examinera la clause uniquement au regard de son droit commun et de l'article 16²⁰⁶. Alors en effet, la question du respect des articles 12 et 15 ne se pose plus car ceux-ci supposent que la Convention soit applicable puisqu'ils ont pour but de limiter les éventuelles dérogations à des chefs de compétence *conventionnels*, ceux que prévoient, en matière d'assurances et de contrats conclus par les consommateurs, les articles qui les précèdent.

L'intérêt concret de la thèse de la soumission des clauses élisant un for dans un Etat tiers aux articles 12, 15 et 16 paraît évident. La protection du consommateur ou de l'assuré recherchée par la Convention de Bruxelles serait, en effet, illusoire s'il suffisait, pour l'éviter, que les cocontractants imposent le choix d'un for situé dans un Etat non-contractant²⁰⁷. Ainsi par exemple, paraîtrait-il choquant que l'assuré, domicilié en Belgique et qui aurait assigné aux Pays-Bas une compagnie d'assurance américaine sur base de l'article 8 (2) de la Convention attribuant compétence aux juridictions où l'assureur possède une succursale, soit sans défense si l'assureur excipait d'une clause élisant un for californien.

Comme le remarque M. Killias, le souci de protection de la partie réputée faible doit conduire actuellement à élargir cette thèse au cas visé par le cinquième et nouvel alinéa de l'article 17 qui limite les conventions d'élection de for conclues en matière de contrats individuels de travail²⁰⁸.

²⁰³ V. R. GEIMER, R. SCHÜTZE, §29, p. 233 ; P. GOTHOT, D. HOLLEAUX, "La Convention entre les Etats membres de la Communauté économique européenne sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale", *J.D.I.*, 1971, p. 764 ; B. von HOFFMANN, "Das EWG-Übereinkommen..." {préc. n. 151}, p. 63 ; L. KILLIAS, p. 76 ; P. MAYER, n° 350 ; F. RIGAUX, M. FALLON, n° 783.

²⁰⁴ V. toutefois R. GEIMER, R. SCHÜTZE, §29, p. 203, qui font cette précision.

²⁰⁵ Le domicile du défendeur dans un Etat contractant est alors le *lien particulier avec la Communauté* qui justifie l'application de certaines normes conventionnelles à la clause élisant un for dans un Etat tiers, alors même que celle-ci ne répond pas aux conditions d'application de l'article 17. Il faut rapprocher cette hypothèse de celle où des parties, dont aucune n'a son domicile sur le territoire d'un Etat contractant, élisent les tribunaux d'un Etat contractant. Dans ce cas, le lien avec la Communauté étant lâche, la Convention de Bruxelles a peu de titre pour intervenir (en ce sens H. GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et Lugano* {préc. n. 135}, n° 107). Elle le fait toutefois puisque l'article 17 al. 1 2° organise la reconnaissance de l'effet dérogatoire d'une telle convention d'élection de for par les juridictions des autres Etats contractants. En effet, alors que, saisies en violation de la clause, celles-ci doivent apprécier leur compétence au regard de leur droit commun puisqu'aucune partie n'est domiciliée dans un Etat contractant, cette disposition les oblige à attendre, pour connaître du différend, que le tribunal désigné ait décliné sa compétence. Il semble que cette règle ne joue que si la clause répond aux conditions de forme de l'article 17 (en ce sens, J.-P. BERAUDO, "Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Prorogation volontaire de compétence" {préc. n. 135}, n° 70 ; H. GAUDEMET-TALLON, *ibidem*, n° 134). On observe ainsi que la Convention de Bruxelles impose parfois certaines de ses normes à des clauses soulevées dans des situations ne présentant que peu de liens avec la Communauté. Il n'étonne donc pas que l'on soutienne une position semblable dans l'hypothèse où le défendeur est domicilié dans un Etat contractant et où le for d'un Etat tiers a été choisi.

²⁰⁶ V. toutefois la note n° 211 où l'on se demande s'il ne faudrait pas étendre la thèse examinée à cette hypothèse.

²⁰⁷ En ce sens, L. KILLIAS, p. 75 ; F. RIGAUX, M. FALLON, n° 783.

²⁰⁸ L. KILLIAS, p. 75, note 76. Cet auteur indique que si l'article 17 (5) n'est généralement pas mentionné chez les auteurs qui défendent la thèse présentée, c'est parce que leurs écrits sont antérieurs à l'adoption de cette disposition. — Remarquons cependant que Mme Gaudemet-Tallon estime que l'article 17 (5) ne joue *pas vis-à-vis* des clauses attribuant compétence à une juridiction d'un Etat tiers car "l'article 17 ne vise que des clauses désignant un tribunal d'un Etat contractant" (H. GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et Lugano* {préc. n. 135}, n° 142). On peut toutefois douter de la force de cet

Ainsi, pour garantir l'effectivité des politiques communautaires de protection de certaines catégories de personnes, faudrait-il soumettre aux conditions des articles 12, 15 et 17 (5), les conventions élisant un for dans un Etat non-contractant²⁰⁹.

130. Il semble que généralement cette thèse ne soit guère développée ni sous l'angle pratique ni sous l'angle théorique.

Si l'on cherche à en déterminer la portée *pratique*, il faut constater qu'elle ne jouera pas dans beaucoup d'hypothèses. En effet, pour que les objectifs des articles 12, 15 et 17 (5) de la Convention de Bruxelles puissent être compromis par une convention élisant un for dans un Etat non-contractant, il faut qu'un juge européen ait été saisi sur base d'un des chefs de compétence conventionnels et que le défendeur à l'action, mécontent du non-respect de la clause, invoque celle-ci. Or, si le défendeur est l'assuré, le consommateur ou le travailleur et qu'il soulève une convention élisant un for non-européen, ce qui n'est guère probable²¹⁰, cette clause sera reconnue en vertu même des articles 12 (2), 15 (2) et 17 (5) qui admettent les conventions permettant à ces personnes de saisir d'autres tribunaux que ceux que prévoit la Convention de Bruxelles. Le problème du respect des articles 12, 15 et 17 (5) ne se posera donc que lorsque le défendeur invoquant la clause est la partie réputée forte. Mais, à part celles de l'article 9 et de l'article 8 (2), toutes les règles de compétence conventionnelles supposent que le défendeur, assureur, cocontractant du consommateur ou employeur, soit domicilié dans un des Etats contractants. Or on peut penser que, quand la partie réputée forte a son domicile dans un Etat contractant, elle n'a guère intérêt à stipuler le choix d'un for situé dans un Etat tiers. Les cas où un juge compétent en vertu du droit conventionnel devrait imposer le respect des articles considérés à une convention élisant un for dans un Etat tiers risquent dès lors de ne pas être très fréquents²¹¹.

A propos de l'impact concret de cette thèse, on pourrait se demander si elle ne gomme pas les différences de régime d'admissibilité entre les conventions d'élection de for

argument quand on observe que, par ailleurs, cet auteur pense que les articles 12 et 15 s'appliquent aux conventions désignant le for d'un Etat tiers (H. GAUDEMET-TALLON, *ibidem*, n^{os} 111, 252 et 264). Or la raison invoquée pour justifier cette solution est que la protection de la partie faible doit être assurée en toute hypothèse. On ne voit pas pourquoi une telle interprétation extensive ne pourrait pas, pour le même motif de protection, être utilisée dans le cadre de l'article 17 (5).

²⁰⁹ Remarquons que MM. Geimer et Schütze estiment qu'une telle clause devrait également répondre aux conditions de *forme* prévues par l'article 17 (1) car cette solution aurait pour avantage d'assurer une appréciation uniforme de l'effet dérogatoire de la clause dans tous les Etats contractants (R. GEIMER, R. SCHÜTZE, §29, p. 233). Pour le même motif, l'uniformisation des droits, M. Volz propose que l'article 17 soit modifié pour que son application ne soit plus limitée aux seules conventions élisant un for dans un Etat contractant (G. VOLZ, p. 47 à 49 ; dans le même sens, L. KILLIAS, p. 78 ; H. SCHACK, n^o 468).

²¹⁰ On ne voit guère, en effet, pourquoi l'assuré ou le consommateur invoquerait un for non-européen donc probablement éloigné, alors qu'il serait assigné devant un for qui est censé lui être favorable puisque selon les articles 11 et 14, son contractant n'aurait pu l'assigner que devant une juridiction de l'Etat de son domicile. Il en est de même pour le travailleur qui ne peut normalement être assigné que devant le for de son domicile (art. 2) ou celui du lieu de son travail (art. 5 1^o).

²¹¹ On peut d'ailleurs se demander si la thèse de l'application des articles 12, 15 et 17 (5) aux conventions élisant un for dans un Etat tiers ne devrait pas, pour avoir une incidence pratique plus grande, être étendue aux hypothèses où le juge européen serait compétent *en vertu de son droit commun*, c'est-à-dire quand le défendeur n'est pas domicilié dans un Etat contractant. Une telle position permettrait de compléter les droits communs ne connaissant pas de règles de protection des assurés, des consommateurs ou des travailleurs contre les conventions d'élection de for. Il faut cependant constater que cette suggestion impliquerait un changement de philosophie pour les articles 12, 15 et 17 (5). Ils n'auraient plus pour but de limiter les dérogations à des compétences fixées par la Convention de Bruxelles ; ils chercheraient uniquement à protéger la partie réputée faible contre les conventions d'élection de for, quel que soit le fondement, conventionnel ou de droit commun, de la compétence du for auquel elles dérogent. On "*bilatéraliserait*" en quelque sorte les dispositions de ces articles.

tombant dans le champ d'application de la Convention de Bruxelles et celles qui en sont exclues. Il n'en est toutefois rien. Les auteurs qui défendent l'application des articles 12, 15, 16 et 17 (5) aux conventions élisant un for dans un Etat tiers semblent, en effet, considérer que "pour le reste", il faille recourir au droit commun²¹². Autrement dit, l'application de ces normes constituerait, en matière d'admissibilité, un *minimum* que pourraient compléter les exigences du droit commun²¹³. La différence entre les clauses comprises dans le champ d'application de la Convention de Bruxelles et les autres se manifesterait dès lors ainsi : pour les premières et non pour les secondes, l'application de la Convention de Bruxelles à l'admissibilité exclurait celle des droits nationaux²¹⁴. Concrètement, une condition d'admissibilité comme celle développée par les juridictions belges en matière de connaissance maritime continuerait à être imposée aux clauses élisant un for dans un Etat non-contractant, par exemple un tribunal canadien. Mais en matière d'assurances, l'élection d'un for canadien devrait être soumise par le juge belge²¹⁵ au respect de l'article 12 de la Convention de Bruxelles.

131. Les seuls arguments *théoriques* invoqués en faveur de l'application de certaines normes conventionnelles aux conventions élisant un for dans un Etat non-contractant sont tirés du texte de la Convention de Bruxelles. La convention attributive de compétence à un tribunal d'un Etat tiers serait, en effet, visée par le troisième alinéa de l'article 17 dont la formulation générale — "les conventions attributives de juridiction (...) sont sans effet si elles sont contraires aux dispositions des articles 12, 15 et (...) 16" — indiquerait qu'il ne régit pas uniquement les conventions d'élection de for répondant aux conditions du premier alinéa²¹⁶. On invoque aussi parfois les articles 12 et 15, rédigés également sans limitation apparente de leur champ d'application²¹⁷.

A vrai dire, ces arguments ne résistent pas à l'examen. En effet, si la formulation générale des articles invoqués suffisait à justifier leur application à la convention élisant le

²¹² En ce sens, H. GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et Lugano* {préc. n. 135}, n° 111 ; F. RIGAUX, M. FALLON, n° 783. — Il faut remarquer que, souvent, les auteurs qui défendent cette thèse ne précisent pas s'ils admettent l'application concurrente du droit commun en matière d'admissibilité. Il faut probablement penser que ce point est refusé par les auteurs qui invoquent, à l'appui de cette thèse, le souci de garantir une appréciation *uniforme* dans tous les Etats contractants confrontés à une telle dérogation (en ce sens, par ex. L. KILLIAS, p. 75 ; J. KROPHOLLER, p. 188). — On peut toutefois douter que l'application *exclusive* de la Convention de Bruxelles à l'admissibilité des conventions élisant un for dans un Etat tiers soit acceptée par les Etats contractants. Cette position condamnerait, en effet, le recours aux normes du droit commun, souvent plus sévères, et dont le but est de protéger une partie contre les inconvénients de telles clauses, comme l'illustre la jurisprudence belge relative à l'article 91 de la loi maritime (v. *supra* n° 124). Or si le for d'un Etat non-européen est stipulé, ces inconvénients risquent d'être *accentués*, en raison notamment de la distance. Les règles de droit commun relatives à l'admissibilité des conventions d'élection de for prennent alors tout leur sens.

²¹³ En ce sens G. VOLZ, p. 114.

²¹⁴ Comme le remarque M. Basedow, cela signifie que les rapports entre Européens et non-Européens tourneront toujours à l'avantage des premiers. Si, en matière maritime, un transporteur européen stipule le choix d'un for de son pays, il bénéficie vis-à-vis de son cocontractant, asiatique par exemple, du régime libéral de l'article 17. Si par contre, un transporteur asiatique cherche à imposer à un importateur européen le choix d'un for situé en dehors de l'Europe, l'importateur pourra invoquer devant les juridictions européennes les normes de droit commun, souvent plus sévères que les normes conventionnelles, pour s'opposer à la clause de juridiction (J. BASEDOW, "Das *forum conveniens* der Reeder im EuGVÜ", *IPRax*, 1985, p. 135).

²¹⁵ s'il est saisi par un assuré en raison d'une succursale se trouvant en Belgique (article 8 (2) de la Convention).

²¹⁶ V. par exemple R. GEIMER, R. SCHÜTZE, §29, p. 233 ; L. KILLIAS, p. 76 ; J. KROPHOLLER, p. 214 ; F. RIGAUX, M. FALLON, n° 783.

²¹⁷ L. KILLIAS, p. 76 ; J. KROPHOLLER, p. 214.

for d'un Etat tiers, elle devrait également conduire à les appliquer aux conventions d'élection de for conclues en matière *interne*, c'est-à-dire aux clauses pour lesquelles fait défaut cette autre condition d'application de l'article 17 (1) qu'est l'internationalité du litige²¹⁸. Or, personne ne semble défendre ce point de vue.

Une réflexion générale sur la Convention de Bruxelles permet toutefois de fonder la thèse présentée.

b. Eléments théoriques pour fonder cette thèse.

132. Il faut d'abord constater qu'il paraît logique que la Convention de Bruxelles énonce les conditions de la reconnaissance de l'effet dérogatoire de la convention élisant un for dans un Etat non-contractant. En poussant le juge saisi à admettre son incompétence là où le droit conventionnel le considérait apte à régir le litige, la clause va, en effet, modifier le système de compétence mis en place par la Convention. On conçoit donc que celle-ci ait quelque *intérêt* à imposer les conditions d'une telle modification²¹⁹. Dans le cadre des droits communs, il en est d'ailleurs ainsi : la *lex fori*, loi applicable en matière de compétence, régit tout autant les cas de prorogation que de dérogation à la juridiction de ses fors.

Le parallèle avec les droits communs de la compétence permet aussi de conclure que logiquement, c'est surtout à l'"*admissibilité*" de telles clauses que la Convention de Bruxelles doit s'appliquer. Il semble en effet normal qu'en tant que loi unifiée sur la compétence, elle soumette à des conditions l'effet juridictionnel de la clause qui a pour objectif de modifier le système de compétence qu'elle établit. On sait que la "formation" des conventions de juridiction constitue au contraire un domaine étranger à cet effet juridictionnel²²⁰. Il est dès lors théoriquement moins naturel que la loi de la compétence le régit même si elle peut, le cas échéant, estimer opportun de le faire²²¹.

Si la Convention de Bruxelles constitue un "*ordre judiciaire européen*", c'est-à-dire un système juridictionnel aux caractéristiques semblables à celles des ordres juridiques nationaux²²², il est tout à fait naturel qu'elle règle l'*admissibilité* de toutes les conventions dérogeant aux compétences qu'elle édicte. Certes, son application à leur "formation" en général ou à leur forme en particulier est, elle aussi, concevable. Elle s'expliquerait cependant non par la notion d'"ordre judiciaire européen" mais par le souci d'unifier les règles matérielles en ce domaine²²³. Cette idée ne devrait donc être suivie que si l'intérêt d'une telle unification était prouvé. Tandis que l'intérêt de la Convention de Bruxelles à régir l'*admissibilité* de toutes ces clauses *se déduit* de l'effet juridictionnel que celles-ci souhaitent avoir sur le système juridictionnel mis en place.

²¹⁸ En ce sens, G.H. ROTH, "Zur Derogation der deutschen Gerichtszuständigkeit", *IPRax*, 1987, p. 142.

²¹⁹ V., dans un sens analogue, J KROPHOLLER, p. 187, qui remarque qu'il n'y a pas de raison d'apprécier selon des normes différentes la prorogation d'un for européen ou la dérogation en faveur d'un for dans un Etat tiers.

²²⁰ V. les développements relatifs aux notions d'"admissibilité" et de "formation" des conventions de juridiction (*supra* nos 52 à 55).

²²¹ comme ce fut le cas pour la Convention de Bruxelles qui a unifié les conditions de forme des conventions d'élections de for comprises dans son champ d'application.

²²² Le fait que la Convention de Bruxelles constitue un ordre judiciaire européen est présenté sous une forme conditionnelle car cette affirmation, pour être tout à fait fondée, mériterait un examen approfondi qui ne peut être mené dans le cadre de cette étude. On remarquera toutefois que la thèse qui soumet à des conditions conventionnelles les conventions d'élection de for pourtant soustraites au champ d'application explicite de la Convention témoigne de la réalité de cet "ordre judiciaire européen".

²²³ C'est d'ailleurs dans cet esprit que les auteurs cités à la note n° 209 défendent l'application de la Convention de Bruxelles à la forme de toutes les conventions d'élection de for dérogeant aux compétences qu'elle établit.

133. Peut-être pensera-t-on que cette thèse est contraire à la philosophie de la Convention de Bruxelles.

Celle-ci, en effet, ne régit que les relations entre les Etats contractants ; son application n'est pas universelle. Cela signifie qu'elle ne règle l'incompétence d'un for européen que lorsque celle-ci découle de la compétence d'un autre for européen. Et c'est pourquoi d'ailleurs l'article 17, qui en décidant que le tribunal élu sera seul compétent détermine l'incompétence corrélatrice des autres fors européens, ne vise-t-il que l'hypothèse où le for choisi appartient à un Etat contractant²²⁴. Il peut donc paraître peu conforme à l'esprit de la Convention de Bruxelles qu'elle régisse les conditions de l'incompétence d'un juge européen quand celle-ci est due à la compétence élue conventionnellement d'un juge non-européen.

Mais cet argument perd un peu de sa force quand on remarque qu'en reconnaissant à l'article 16 un effet réflexe, la doctrine a ouvert une brèche dans la logique "intra-communautaire" de la Convention de Bruxelles. Ainsi les auteurs admettent-ils que la compétence d'un for d'un Etat tiers fondée sur une règle similaire à celles comprises dans cet article a pour conséquence qu'un juge européen normalement compétent sur base de la Convention se déclare incompétent au profit de ce juge étranger. L'article 16 ne sert dès lors plus seulement à régler les relations entre Etats contractants ; par un effet de miroir, ses dispositions sont utilisées pour les relations entre ceux-ci et les Etats tiers²²⁵.

Un tel *effet réflexe* peut, à notre avis, être suggéré pour les articles 12 et 15 de la Convention de Bruxelles. On observe en effet qu'au sein du système conventionnel, ceux-ci bénéficient, avec l'article 16, d'un statut spécial. Alors qu'en principe, lors de la reconnaissance d'une décision, il ne peut pas être procédé au contrôle de la compétence des juridictions de l'Etat d'origine (article 28 (3)), on vérifie si les dispositions de ces articles ont été respectées (article 28(1)). On peut donc penser que les articles 12, 15 et 16, auxquels, comme on l'a dit plus haut, il faut rajouter l'article 17 (5)²²⁶, constituent une sorte d'"ordre public communautaire"²²⁷, que les juges européens ont pour devoir de faire respecter *en toute hypothèse*. C'est-à-dire au stade de l'appréciation de leur propre compétence comme au stade de la reconnaissance d'une décision étrangère, et ce non seulement dans le cadre du droit conventionnel mais aussi dans celui du droit commun. On rejoint ainsi l'opinion de Madame Gaudemet-Tallon selon laquelle le juge européen qui doit reconnaître un jugement émanant d'un Etat tiers, hypothèse non visée par la Convention de Bruxelles, doit s'assurer que celui-ci n'a pas été rendu en violation d'une des règles de compétence prévues par les articles 7 à 16²²⁸. Aussi, pour revenir à la question envisagée ici, pourrait-on à notre avis, expliquer par l'idée d'"ordre public communautaire" que les articles 12, 15, 16 et 17 (5) soient opposés à la convention attributive de juridiction à un for dans un Etat tiers.

²²⁴ Remarquons que la même philosophie se retrouve à propos de la litispendance ou de la connexité. Les articles 21 et 22 de la Convention de Bruxelles qui déterminent les conditions de la surséance ou du dessaisissement du tribunal saisi en second lieu d'une demande identique ou connexe, ne jouent que lorsque les deux juridictions confrontées à celle-ci appartiennent à des Etats *contractants* différents.

²²⁵ Sur l'effet réflexe de l'article 16, v. par exemple H. GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et Lugano* {préc. n. 135}, n° 84.

²²⁶ V. d'ailleurs G. VOLZ, p. 116, qui estime que la disposition de l'article 17 (5) devrait être reprise dans l'énumération de l'article 28 (1).

²²⁷ En ce sens, P. JENARD, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et ses prolongements* {préc. n. 145}, n° 86, à propos de l'article 16 qu'il considère comme une "véritable loi uniforme d'ordre public communautaire".

²²⁸ H. GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et Lugano* {préc. n. 135}, n° 341.

134. On pourrait objecter qu'il serait paradoxal que la Convention de Bruxelles s'"applique" à des conventions qui, par définition, ne sont pas comprises dans son champ d'application.

Mais il faut, à notre avis, distinguer *deux types d'"application" de la Convention de Bruxelles*. De manière générale en effet il est question de l'application de celle-ci quand c'est dans le cadre conventionnel et non dans celui du droit commun, qu'il faut se situer pour déterminer la compétence du juge saisi. Mais même qu'on est dans le cadre du droit commun, on peut encore parler d'"appliquer" la Convention de Bruxelles. Il ne s'agit plus alors de confier à celle-ci toute la question de la détermination de la compétence mais seulement de constater que certaines de ses règles modifient le droit commun du for saisi. M. Beraudo a observé plusieurs manifestations de ce phénomène²²⁹. Cet auteur en conclut que "la délégation faite par l'article 4 au droit de l'Etat contractant n'est que partielle"²³⁰. Ainsi, même dans les domaines qui lui sont dévolus, le droit commun du for saisi ne peut-il exclure totalement l'application de certaines normes conventionnelles. Avec M. Beraudo, nous pensons que les articles 12 et 15 de la Convention de Bruxelles sont de ceux qui s'imposent même quand le juge apprécie sa compétence selon son droit commun²³¹. Il doit en être de même pour la disposition de l'article 17(5). Ainsi, un juge qui aurait été compétent sur base de la Convention mais qui, confronté à une convention d'élection de for exclue du champ d'application de celle-ci, est normalement obligé d'apprécier la clause, et dès lors sa compétence, selon son droit commun, veillera néanmoins au respect de ces quelques articles conventionnels.

135. En conclusion, la thèse qui soumet aux conditions d'admissibilité conventionnelles les conventions désignant un for dans un Etat tiers doit être approuvée. Les réflexions théoriques qui ont permis de la fonder doivent à présent être confrontées à l'hypothèse où une *convention d'arbitrage* est soulevée devant un for compétent en vertu du droit conventionnel, autre situation pouvant susciter des questions sur la répartition des règles du droit conventionnel et du droit commun.

B) Les conventions d'arbitrage.

136. Eu égard aux ressemblances, sous l'angle de l'effet dérogatoire, entre la convention élisant un for dans un Etat tiers et la convention d'arbitrage, on pourrait s'attendre à ce que la doctrine suggère de soumettre cette dernière également à certaines conditions conventionnelles, en particulier aux articles 12, 15, 16 et 17 (5) de la Convention de Bruxelles. Rares sont pourtant les auteurs qui le soutiennent. Car les discussions sur les liens éventuels entre la Convention de Bruxelles et les conventions d'arbitrage ont été menées dans un autre cadre, celui de l'interprétation de l'article 1 de la Convention, excluant du domaine de celle-ci "l'arbitrage". Selon la distinction qui vient d'être exposée sur les deux types d'"application de la Convention de Bruxelles", ce débat concerne, en fait, le premier d'entre eux : il s'agit de savoir si la Convention permet de déterminer le juge compétent pour apprécier les conventions d'arbitrage et si le jugement que rendra celui-ci

²²⁹ J.-P. BERAUDO, "Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Généralités", *J. Cl. Europe*, fasc. 3000, n^{os} 14 à 20. Cet auteur remarque par exemple que les règles internes de compétence d'un Etat peuvent être écartées par les règles de compétence exclusive posées par l'article 16.

²³⁰ J.-P. BERAUDO, *op. cit.* {préc. n. 229}, n^o 20.

²³¹ J.-P. BERAUDO, *op. cit.* {préc. n. 229}, n^o 19. Cet auteur estime, en réalité, que c'est le cas pour toutes les règles de compétence en matière d'assurance et de contrats pour consommateurs, c'est-à-dire les sections 3 et 4 du titre II de la Convention de Bruxelles.

est susceptible d'être reconnu dans les autres Etats contractants. Or cette discussion n'intéresse que de loin notre démonstration, qui touche aux normes appliquées aux conventions de juridiction elles-mêmes plutôt qu'au juge compétent pour ce faire. Etudiant les conséquences générales du double rattachement de ces clauses, nous nous demandons, en effet, dans quelle mesure la distinction entre leur admissibilité et leur formation peut éclairer la répartition entre les normes de droit conventionnel et les normes de droit commun qui leur sont applicables. Par conséquent, après avoir procédé à cet examen pour les conventions d'élection de for comprises dans le champ d'application de la Convention de Bruxelles et pour celles qui en étaient exclues, se penche-t-on, à présent, sur le cas de la convention d'arbitrage.

Aussi, s'il convient de mentionner les discussions classiques relatives à l'applicabilité de la Convention de Bruxelles aux contestations relatives aux conventions d'arbitrage, est-ce uniquement pour montrer que leur objet est différent de celui de la réflexion entreprise. Cette présentation sera par conséquent brève (a). Dans le cadre de l'autre manière de concevoir que la Convention de Bruxelles "s'applique" à un problème, on s'interrogera ensuite sur la soumission éventuelle de la convention d'arbitrage à certaines exigences conventionnelles (b).

a. La question de l'applicabilité de la Convention de Bruxelles aux contestations concernant les conventions d'arbitrage.

137. La portée à réserver à l'exclusion de l'arbitrage du domaine matériel de la Convention de Bruxelles (article 1(4)) a fait l'objet de longs débats²³². Il n'y a pas lieu d'entrer dans cette discussion à laquelle, au demeurant, la doctrine dominante confère la même conclusion : cette exclusion doit s'entendre très largement²³³. La question à présenter et qui d'ailleurs, de l'avis général, est la plus délicate²³⁴ est la suivante : la Convention de Bruxelles s'applique-t-elle aux contestations relatives à "l'existence et à la validité d'une convention d'arbitrage" ? Deux hypothèses sont à distinguer : la question de l'efficacité de cette clause peut, en effet, constituer l'objet même de l'action intentée, le demandeur entendant en faire constater une fois pour toutes l'invalidité ; ou, et c'est le cas le plus

²³² Outre les références citées à la note suivante, v. M. EKELMANS, "L'exclusion de l'arbitrage du champ d'application de la Convention de Bruxelles", *J.T.*, 1992, p. 495 ; U. HAAS, "Der Ausschluss der Schiedsgerichtsbarkeit vom Anwendungsbereich des EuGVÜ", *IPRax*, 1992, p. 292 ; P. KAYE, "The Judgments Convention and Arbitration : Mutual Spheres of Influence", *Arbitration International*, 1991, Vol. 7, N° 3, p. 289.

²³³ Ainsi l'exclusion joue-t-elle pour les mesures judiciaires qu'en cours d'arbitrage un juge peut être appelé à poser pour en superviser la procédure ; la Convention de Bruxelles ne s'applique pas à la reconnaissance de décisions rendues dans ce cadre ni à celles ayant annulé une sentence ou l'ayant, au contraire, confortée en la fusionnant dans un jugement, mécanisme qui existe en droit anglais. En ce sens, B. AUDIT, "L'arbitre, le juge et la Convention de Bruxelles", *L'internationalisation du droit. Mélanges Y. Loussouarn*, Dalloz, Paris, 1994, p. 19 et s. ; H. GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et Lugano* {préc. n. 135}, n° 37 ; P. JENARD, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et ses prolongements* {préc. n. 145}, n° 29 ; P. MAYER, note sous C.J.C.E., Aff. 190/89, 25 juillet 1991 (Marc Rich c. società Italiana Impianti), *Rev. crit. DIP*, 1993, p. 317 ; R. THOMAS, "The Arbitration Exclusion in the Brussels Convention 1968 : An English Perspective", *J.I.A.*, 1990, n° 3, p. 46. — *contra* P. SCHLOSSER, "The 1968 Brussels Convention and Arbitration", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, p. 546 et s., qui défend l'application de la Convention de Bruxelles dans ces diverses hypothèses. Les arguments de cet auteur ont été réfutés, de manière convaincante, par l'Avocat général M. Darmon dans ses conclusions avant l'arrêt *Marc Rich* de la Cour de justice (M. DARMON, Conclusions avant C.J.C.E., Aff. 190/89, 25 juillet 1991 (Marc Rich c. società Italiana Impianti), *Rec. C.J.C.E.*, 1991, p. 3879 et s.).

²³⁴ En ce sens, par exemple, H. GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et Lugano* {préc. n. 135}, n° 39.

fréquent²³⁵, la convention d'arbitrage est soulevée par le défendeur pour s'opposer à la compétence du juge saisi.

Remarquons que ces problèmes se posent tant au stade de la détermination de la compétence du juge saisi qu'à celui de la reconnaissance et de l'exécution d'un jugement rendu dans un Etat contractant et qui s'est prononcé sur cette question. Ces deux aspects du problème sont liés. Toutefois seul le premier va être envisagé maintenant. On retrouvera le second dans le cadre d'un examen plus général des questions que soulèvent les conventions de juridiction au stade de la reconnaissance des décisions²³⁶.

138. Pour répondre à la question de l'applicabilité de la Convention de Bruxelles à la convention d'arbitrage, la doctrine recourt au schéma de pensée utilisé, de manière générale, pour la mise en œuvre des exclusions visées par l'article 1 de la Convention. L'application de celle-ci dépend de la matière qui fait l'objet *principal* du procès. Elle n'est par conséquent pas remise en cause quand est soulevée, à propos d'une question principale comprise dans son domaine, une question *incidente* qui en est exclue²³⁷. Mais c'est la *lex fori* qui décide si le juge saisi à titre principal et conformément à la Convention peut statuer lui-même sur la question incidente et si celle-ci doit être traitée comme simplement préalable ou préjudicielle²³⁸.

Transposé au cas où l'efficacité de la convention d'arbitrage se pose à titre *incident*, ce raisonnement permet de conclure que le fait de soulever cette clause n'influe pas sur l'applicabilité de la Convention de Bruxelles²³⁹. Il suffit de se reporter à ce qui constitue l'objet principal du litige. Ainsi, par exemple, dans l'arrêt *Marc Rich*, la Cour de Justice ayant constaté que le litige concernait la désignation d'un arbitre, point certainement exclu du domaine de la Convention, a-t-elle déclaré que la question préalable relative à la convention d'arbitrage ne pouvait pas modifier cette conclusion²⁴⁰. A l'inverse, un litige principal relatif à une matière visée par la Convention reste soumis aux règles de compétence que celle-ci énonce même si une convention d'arbitrage est invoquée, le droit commun décidant cependant si le juge saisi, compétent aux yeux de la Convention, peut examiner la clause²⁴¹.

Qu'en est-il toutefois de l'applicabilité de la Convention de Bruxelles si l'efficacité de la convention d'arbitrage constitue l'objet *principal* de l'action intentée ? Il s'agit de savoir si ce cas est visé par l'exclusion de l'arbitrage de l'article 1 alors que dans l'hypothèse précédente, cette réponse n'était pas nécessaire puisque l'examen de la convention d'arbitrage intervenait à titre préalable²⁴². L'opinion dominante considère que la Convention

²³⁵ D. HASCHER, note sous C.J.C.E., Aff. 190/89, 25 juillet 1991 (*Marc Rich c. società Italiana Impianti*), *Rev. arb.*, 1991, p. 701.

²³⁶ V. *infra* nos 196 et s., spéc. nos 203 et 204.

²³⁷ V. par exemple, en ce sens, M. DARMON, *op. cit.* {préc. n. 233}, p. 3875.

²³⁸ P. GOTHOT, D. HOLLEAUX, nos 28 à 30.

²³⁹ En ce sens par exemple, M. DARMON, *op. cit.* {préc. n. 233}, p. 3878 ; H. TAGARAS, "Chronique de jurisprudence de la Cour de Justice relative à la Convention de Bruxelles (1990-1992)". *Cah. dr. eur.*, 1992, p. 670.

²⁴⁰ C.J.C.E., Aff. 190/89, 25 juillet 1991 (*Marc Rich c. società Italiana Impianti*), *Rec. C.J.C.E.*, 1991, p. 3855.

²⁴¹ En ce sens, M. DARMON, *op. cit.* {préc. n. 233}, p. 3878 ; M. EKELMANS, "L'exclusion de l'arbitrage du champ d'application de la Convention de Bruxelles" {préc. n. 232}, p. 496.

²⁴² Dans un sens analogue, l'opinion du gouvernement allemand à propos du cas *Marc Rich*, rapportée par M. ZULEEG, "Report for the Hearing", *Arbitration International*, 1991, Vol. 7, N° 3, p. 191.

de Bruxelles n'est pas applicable²⁴³²⁴⁴. La compétence du juge saisi d'une action principale relative à la validité d'une convention d'arbitrage sera donc déterminée selon les principes de son droit commun.

139. Ainsi résumée, la situation paraît simple. Il semble pourtant que la solution donnée à l'hypothèse d'une convention d'arbitrage soulevée à titre incident suscite de nombreux débats. Après avoir brièvement présenté les questions les plus controversées (aa), nous indiquerons qu'à notre avis, ces difficultés s'expliquent notamment parce que le raisonnement en termes de "question principale" et "question incidente" est problématique quand il est utilisé à propos de la convention d'arbitrage (bb).

140. (aa) Ce qui paraît le plus difficile à accepter dans la solution présentée est qu'elle implique que la décision d'un juge européen rendue au fond, après avoir écarté une convention d'arbitrage, devra être reconnue selon les règles souples de la Convention de Bruxelles si la matière concernée appartient au domaine de celle-ci²⁴⁵. En effet, le raisonnement selon lequel la question incidente relative à la convention d'arbitrage n'a pas pour effet de faire échapper à la Convention de Bruxelles les litiges visés par la clause joue tout autant au stade de la détermination de la compétence qu'à celui de la reconnaissance des décisions²⁴⁶. Cette solution peut paraître critiquable car elle a pour conséquence que le juge requis va devoir reconnaître, après lui avoir imposé un contrôle minimal, une décision judiciaire là où, selon ses propres conceptions, il aurait admis la convention d'arbitrage et donc un arbitrage²⁴⁷. Cette conséquence est vue avec défaveur, particulièrement dans un pays comme la France, où la jurisprudence a développé des principes très libéraux dans sa manière d'apprécier la convention d'arbitrage. Il sera encore question ultérieurement de cette objection²⁴⁸. Il faut cependant constater dès à présent que lorsque le problème des liens entre la Convention de Bruxelles et la convention d'arbitrage est étudié sous l'angle de la distinction "question principale/question incidente", cette conséquence, même néfaste, est inévitable.

141. La solution qui soumet aux règles de la Convention de Bruxelles le litige relatif à une matière qu'elle comprend, même quand une convention d'arbitrage est soulevée, semble susciter un autre problème. Certains auteurs craignent qu'elle remette en question le principe de la *compétence de la compétence*, en vertu duquel l'arbitre est considéré comme l'instance normale pour apprécier la convention d'arbitrage²⁴⁹. A notre

²⁴³ En ce sens, M. DARMON, *op. cit.* {préc. n. 233}, p. 3876 ; H. GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et Lugano* {préc. n. 135}, n° 39 ; D. HASCHER, *op. cit.* {préc. n. 235}, p. 701 ; P. JENARD, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et ses prolongements* {préc. n. 145}, n° 29.

²⁴⁴ Remarquons que la Cour de justice n'avait pas à répondre à cette question dans l'arrêt *Marc Rich* et qu'elle a suivi les conseils de l'Avocat Général Darmon (*op. cit.* {préc. n. 233}, p. 3875) en ne l'abordant pas.

²⁴⁵ En ce sens, D. HASCHER, *op. cit.* {préc. n. 235}, p. 703 ; P. JENARD, "Opinion", *Arbitration International*, 1991, Vol. 7, N° 3, p. 249.

²⁴⁶ C'est ce que confirme d'ailleurs l'article 27 (4) qui vise spécialement cette hypothèse (P. GOTHOT, D. HOLLEAUX, n° 28).

²⁴⁷ B. AUDIT, "L'arbitre, le juge et la Convention de Bruxelles" {préc. n. 233}, p. 25 ; D. HASCHER, *op. cit.* {préc. n. 235}, p. 703.

²⁴⁸ V. *infra* n°s 203 et 204.

²⁴⁹ B. AUDIT, "L'arbitre, le juge et la Convention de Bruxelles" {préc. n. 233}, p. 18 ; D. HASCHER, *op. cit.* {préc. n. 235}, p. 702 et 707. — Sur le principe de la compétence de la compétence, v. *supra* n° 31.

avis, cette crainte n'est pas fondée. En effet, la Convention de Bruxelles n'oblige pas le for saisi à trancher lui-même la question de l'efficacité de la convention d'arbitrage²⁵⁰. Elle est neutre sur ce point. Elle décide seulement qu'à ses yeux, le juge saisi reste compétent pour le litige principal, même si une convention d'arbitrage est alléguée. Mais de même que la Convention n'exclut pas que suite à l'application de son droit commun à la clause, le juge saisi se déclare incompétent, ainsi n'empêche-t-elle pas que le droit commun confie le règlement de cette question incidente à l'arbitre²⁵¹. Autrement dit, une règle comme celle de l'article 1458 du nouveau Code de procédure civile français qui, en prescrivant le dessaisissement du juge face à une convention d'arbitrage, entend favoriser l'appréciation de celle-ci par l'arbitre²⁵² n'est pas remise en cause quand le juge français saisi est compétent selon la Convention de Bruxelles. Les règles conventionnelles de compétence ne reprennent leur empire que si, l'arbitre s'étant estimé incompétent, l'affaire est à nouveau soulevée devant le juge français.

Remarquons que, pour remédier à la crainte qui vient d'être exposée, certains auteurs français suggèrent de sous-entendre dans la Convention de Bruxelles une règle au contenu analogue à celle de l'article 1458 du nouveau Code de procédure civile français : confronté à une convention d'arbitrage qui est *prima facie* valable, le juge européen, compétent selon la Convention, devrait se dessaisir en faveur de l'arbitre²⁵³. Cette solution semble aller trop loin. D'abord parce que, comme il vient d'être indiqué, la Convention de Bruxelles ne remet nullement en cause une telle règle quand elle existe dans le droit commun d'un Etat contractant. Ensuite parce qu'en l'imposant là où elle n'existe pas, le droit conventionnel interférerait avec la conception prévalant, dans l'ordre juridique national concerné, sur les rapports qui doivent exister entre la justice arbitrale et la justice étatique, alors que cette question n'a pas été discutée lors de l'élaboration de la Convention²⁵⁴. Au demeurant, le principe de la compétence de l'arbitre pour apprécier la convention d'arbitrage est déjà souligné par la Convention de New York qui recommande au juge de renvoyer les parties à l'arbitrage à moins que "ladite convention soit caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée"²⁵⁵.

²⁵⁰ Dans un sens analogue, D. HASCHER, *op. cit.* {préc. n. 235}, p. 707.

²⁵¹ V. P. GOTHOT, D. HOLLEAUX, n° 28, qui semblent confirmer ce point de vue quand ils déclarent que la Convention n'intervient pas à propos de la compétence relative à la question incidente et que le juge saisi statuera lui-même sur celle-ci, "si la *lex fori* le lui permet" (c'est nous qui soulignons). Certes, cette opinion n'a pas été énoncée spécifiquement à propos du cas de la convention d'arbitrage, mais on peut penser qu'elle signifie qu'il revient au droit commun de décider si le juge saisi ou l'arbitre doit trancher la question de l'efficacité de celle-ci.

²⁵² Sur l'article 1458 NCPC, v. *supra* n°s 32 et 44.

²⁵³ B. AUDIT, "Arbitration and the Brussels Convention", *Arbitration International*, 1993, Vol. 9, N° 1, p. 10 ; approuvant cette opinion, H. GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et Lugano* {préc. n. 135}, n° 39.

²⁵⁴ V. P. MAYER, *op. cit.* {préc. n. 233}, p. 317, qui utilise cet argument dans un autre contexte. Ainsi cet auteur explique-t-il que c'est notamment pour éviter de telles interférences que les règles de la Convention de Bruxelles sur la reconnaissance simplifiée des décisions n'ont pas à s'appliquer vis-à-vis des jugements annulant une sentence. Remarquons que l'argument de la neutralité de la Convention de Bruxelles sur la question des rapports entre justice étatique et justice arbitrale ne sert pas toujours la cause de l'arbitrage. S'il permet d'éviter qu'un Etat ait à s'incliner devant le refus de l'arbitrage fait par un autre Etat, il conduit, comme cela a été noté dans le texte, à ne pas généraliser, contre l'avis des droits communs concernés, la règle de l'article 1458 NCPC.

²⁵⁵ Art. II (3) Conv. de New York ; v. également, l'article VI (3) de la Convention de Genève qui impose au juge de surseoir à statuer "sauf motif graves" quand il est saisi d'un litige pour lequel une procédure d'arbitrage a été introduite.

142. (bb) Il convient d'indiquer que l'optique classique pour aborder la question de l'applicabilité de la Convention de Bruxelles à la convention d'arbitrage nous paraît insatisfaisante car cette dernière n'est pas une "question incidente" comme les autres. Peut-être même est-ce en partie parce que le raisonnement suivi n'est pas tout à fait adéquat que la solution traditionnelle suscite tellement de discussions dans ses conséquences.

De manière générale, en effet, la dichotomie "question principale-question incidente" est utilisée à propos du *fond* du litige. Ainsi, MM. Gothot et Holleaux définissent-ils la question incidente comme un point qui commande la réponse à la question principale²⁵⁶. Par exemple, si un juge compétent en vertu de l'article 5 (2) de la Convention pour statuer en matière d'obligation alimentaire est confronté à une question relative au lien de filiation entre les parties concernées, il devra résoudre ce problème incident pour pouvoir trancher au fond la question principale qui lui est soumise.

Mais la décision sur l'efficacité de la clause d'arbitrage est, quant à elle, nécessaire pour l'appréciation de la *compétence* du juge pour la question principale. En invoquant cette clause, le défendeur soulève une *exception péremptoire*, c'est-à-dire un moyen de défense tendant à *anéantir* la procédure engagée²⁵⁷. Dès lors, le problème est moins de savoir si le juge compétent pour la question principale l'est aussi pour apprécier la question incidente que de déterminer si suite à la seconde il reste compétent pour la première. Sur le fond, il n'y a donc pas une question principale et une question incidente. Seul un litige est en cause, mais à propos duquel surgit un *conflit de compétences*, entre une instance étatique et une instance arbitrale²⁵⁸. Et la question de l'efficacité de la convention d'arbitrage elle-même n'est qu'un *élément de l'appréciation de sa compétence* par le juge saisi au principal.

Comme le résultat de l'examen de la convention d'arbitrage se traduit sur la compétence et non sur le fond, il a une incidence directe sur *l'applicabilité de la Convention pour le litige principal lui-même*²⁵⁹. Selon que l'arbitrage est ou n'est pas admis par le juge saisi, les règles de compétence conventionnelles et celles qui touchent à la reconnaissance des jugements seront ou ne seront pas écartées.

Cette analyse indique que lorsqu'une convention d'arbitrage est soulevée dans un litige appartenant au domaine de la Convention de Bruxelles, l'applicabilité de celle-ci se pose dans des termes plus complexes que lorsqu'il s'agit d'une question incidente relative au fond²⁶⁰. Comme cette clause a en réalité pour *but d'exclure l'application de la Convention de Bruxelles*, il peut paraître difficile d'accepter que la Convention continue de s'appliquer alors même que cette exception a été soulevée²⁶¹. Cette difficulté pourrait expliquer l'abondance des débats sur ce point. Mais, à vrai dire, comme on ne peut pas non plus admettre que le simple fait d'invoquer une telle clause suffise à écarter la Convention²⁶², il faut constater que la solution traditionnelle, même imparfaite dans sa motivation, doit être

²⁵⁶ P. GOTHOT, D. HOLLEAUX, n° 28.

²⁵⁷ A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2° éd., Faculté de droit de Liège, Liège, 1987, n°s 107 et 110.

²⁵⁸ En ce sens, P. KAYE, "The Judgments Convention and Arbitration..." {préc. n. 232}, p. 292.

²⁵⁹ En ce sens, P. KAYE, "The Judgments Convention and Arbitration..." {préc. n. 232}, p. 292.

²⁶⁰ Dans un sens analogue, D. HASCHER, *op. cit.* {préc. n. 235}, p. 707, qui remarque que "l'exclusion de l'arbitrage, en comparaison des autres matières exclues de l'article 1, est d'un type particulier en ce qu'elle porte à la fois sur des questions de compétence et du fond du litige".

²⁶¹ Il semble d'ailleurs que, dans l'affaire *Marc Rich*, le gouvernement français ait suggéré que l'exclusion de l'arbitrage couvre le cas où la convention d'arbitrage est soulevée devant le juge saisi en violation de cette clause. En ce sens, M. ZULEEG, *op. cit.* {préc. n. 242}, p. 190.

²⁶² En ce sens, U. HAAS, "Der Ausschluss der Schiedsgerichtsbarkeit vom Anwendungsbereich des EuGVÜ" {préc. n. 232}, p. 296 ; P. KAYE, "The Judgments Convention and Arbitration..." {préc. n. 232}, p. 296.

suivie, c'est-à-dire que la Convention s'appliquera même si, à propos du litige pour lequel est saisi le juge, est soulevée une convention d'arbitrage.

L'intérêt de l'analyse que nous proposons se manifeste ailleurs : celle-ci permet en effet d'aborder sous un autre angle la question de l'éventuelle application de certaines normes conventionnelles à la convention d'arbitrage.

b. La question de la soumission de la convention d'arbitrage à certaines conditions conventionnelles.

143. La seule hypothèse à envisager maintenant est celle où une convention d'arbitrage est soulevée dans le cadre d'un *déclinatoire de juridiction du juge saisi*. Car ce cas, et non celui où la convention d'arbitrage constitue l'objet principal du litige²⁶³, présente une certaine ressemblance avec celui, examiné précédemment, de la convention attribuant juridiction à un for dans un Etat tiers. En effet quand le juge saisi est normalement compétent selon la Convention, on peut se demander s'il ne doit pas, avant de reconnaître son incompétence, veiller à ce que la convention d'arbitrage respecte certaines exigences conventionnelles, par exemple celles qui ont été qualifiées d'"ordre public communautaire"²⁶⁴, les articles 12, 15, 16 et 17 (5). Il s'agit alors de la deuxième manière de concevoir l'"application de la Convention de Bruxelles" à un phénomène, c'est-à-dire non pour la détermination de l'instance compétente pour en juger, mais pour la soumission de celui-ci à des normes conventionnelles.

144. La thèse selon laquelle la convention d'arbitrage soulevée devant un juge compétent selon la Convention devrait respecter les articles 12, 15 et 17 (5)²⁶⁵ est défendue par quelques auteurs²⁶⁶. Cette idée est présentée comme une suggestion *de lege ferenda*²⁶⁷ et non, ainsi que c'était le cas pour la convention élisant un for dans un Etat tiers, comme une solution suggérée par la Convention elle-même. Mais l'intérêt pratique de cette position

²⁶³ Remarquons d'ailleurs, avec M. Kaye, que les jugements ayant pour objet principal la validité d'une convention d'arbitrage n'ont en fait aucune signification indépendante : ils n'ont de l'intérêt *que pour d'autres procédures*, par exemple celles où il est demandé à un juge d'ordonner des mesures de soutien à un arbitrage (P. KAYE, "The Judgments Convention and Arbitration..." {préc. n. 232}, p. 295).

²⁶⁴ V. *supra* n° 133.

²⁶⁵ Il faut observer qu'il peut paraître bizarre d'envisager l'application de l'article 17 (5) à une convention d'arbitrage alors que cette disposition est insérée dans un article entièrement et explicitement consacré aux conventions d'élection de for. L'idée de l'application à la convention d'arbitrage des articles 12 et 15 est, quant à elle, moins étonnante puisque ces articles mentionnent, sans autre précision, les "dérogations conventionnelles" aux chefs de compétence énoncés par les articles qui les précèdent. Etant donné toutefois que l'article 17 (5) s'inspire de la même philosophie que les articles 12 et 15, il semble qu'il faille logiquement lui reconnaître le même champ d'application que ceux-ci, c'est-à-dire, si cette thèse était admise, y compris vis-à-vis des conventions d'arbitrage.

²⁶⁶ Dans le sens de l'opinion inverse, v. toutefois D. HASCHER, *op. cit.* {préc. n. 235}, p. 705.

²⁶⁷ L. KILLIAS, p. 27 ; G. VOLZ, p. 121 à 131. Remarquons que cet auteur fait cette suggestion à la suite d'une analyse intéressante. Il observe en effet que traditionnellement, les interdictions opposées aux conventions d'arbitrage sont dues à des motifs touchant à l'"organisation politique" de l'Etat (*Ordnungspolitischen Interessen des Staates*) tandis qu'on s'oppose aux conventions d'élection de for surtout pour des motifs de protection individuelle. Or il constate qu'on a besoin de tout autant de protection lorsqu'il s'agit de conclure un arbitrage. Celui-ci n'est en effet pas sans dangers car on peut craindre que l'arbitre cherche à satisfaire la partie la plus forte qui est aussi celle qui est susceptible de le désigner à nouveau comme arbitre dans une affaire ultérieure. Par contre, contrairement à l'optique traditionnelle, les arbitres sont parfois mieux placés que les juges pour garantir certaines politiques étatiques, notamment celles qui sont contenues dans des lois de police. C'est dès lors pour garantir la protection de la partie faible qui pourrait convenir d'un arbitrage, que M. Volz suggère d'appliquer les articles 12, 15 et 17 (5) aux conventions d'arbitrage, tandis qu'il juge inutile de soumettre celles-ci à l'article 16.

est toujours le même : il s'agit d'assurer l'effectivité des politiques de protection que recherchent ces articles²⁶⁸.

Ces auteurs ne préconisent pas l'application de l'article 16 à la convention d'arbitrage car le rapport de M. Schlosser précise expressément que cette disposition ne limite pas la liberté des parties de conclure une convention d'arbitrage²⁶⁹. Mais il faut remarquer avec M. Audit que les matières pour lesquelles cet article détermine des compétences exclusives correspondent à des matières traditionnellement considérées comme inarbitrables par les droits communs²⁷⁰. Aussi importe-t-il peu que le respect de l'article 16 de la Convention de Bruxelles soit effectivement imposé aux conventions d'arbitrage.

145. Etant donné que la thèse de l'application de certaines dispositions conventionnelles à la convention d'arbitrage est une proposition *de lege ferenda*, on se contentera de livrer quelques éléments susceptibles de nourrir la réflexion en vue d'une éventuelle modification de la Convention de Bruxelles.

Il importe d'abord de remarquer que la portée *concrète* de cette thèse risque, comme on l'a observé à propos de la convention élisant un for dans un Etat tiers, d'être limitée²⁷¹. Loin de révolutionner le droit commun relatif à la convention d'arbitrage, elle ajouterait simplement, là où celle-ci n'existerait pas, une protection contre la clause d'arbitrage convenue en matière d'assurances, de contrats individuels de travail ou à propos de contrats conclus par les consommateurs²⁷² et dérogeant aux compétences établies conventionnellement.

Sous l'angle *théorique*, cette thèse a l'intérêt de traduire la parenté existant entre les problématiques que soulèvent les conventions d'élection de for et d'arbitrage. C'est ce qu'indiquait déjà l'analyse faite précédemment et qui soulignait que, pour le juge qui y est confronté, la convention d'arbitrage se présente plus comme une dérogation aux compétences conventionnelles que comme une question incidente dont dépend la réponse à la question principale²⁷³.

Cela signifie que, pour reprendre la distinction qui est le fil conducteur de nos réflexions, l'application de normes conventionnelles à la convention d'arbitrage se concevrait plus aisément à propos de l'"*admissibilité*" de celle-ci qu'à propos de sa "formation". En tant qu'"ordre judiciaire européen", en effet, la loi unifiée sur la compétence qu'est la Convention de Bruxelles pourrait décider de régler tout ou partie des conditions auxquelles soumettre l'effet juridictionnel des dérogations conventionnelles aux compétences qu'elle a établies.

²⁶⁸ L. KILLIAS, p. 27, note 104. — *adde* F. RIGAUX, M. FALLON, n° 877, qui remarquent que l'exclusion de l'arbitrage par la Convention "comporte le risque de permettre aux parties de contourner par une clause d'arbitrage valable selon le droit national, les conditions que la Convention met à l'efficacité des clauses de juridiction".

²⁶⁹ P. SCHLOSSER, "Rapport sur la Convention relative à l'adhésion du royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord à la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale", *J.O.C.E.*, C 59, 5 mars 1979, p. 93, n° 63. Dans le même sens, L. KILLIAS, p. 26 ; J. KROPHOLLER, p. 62.

²⁷⁰ B. AUDIT, "L'arbitre, le juge et la Convention de Bruxelles" {préc. n. 233}, p. 17.

²⁷¹ V. *supra* n° 130.

²⁷² A l'appui du caractère limité de la portée de cette thèse, on mentionnera la remarque de M. Jarrosson, émise lors d'un examen général sur les liens entre l'arbitrage international et le droit de la consommation. Cet auteur constate qu'il y a peu d'arbitrages en ce domaine notamment parce qu'en raison de son coût, l'arbitrage est peu adapté à ces petits litiges (Ch. JARROSSON, note sous Paris (1^o Ch. D), 7 décembre 1994 (Sté V 2000 c. sté Project XJ 220 ITD), *Rev. arb.*, 1996, N° 2, p. 77).

²⁷³ V. *supra* n° 142.

Ainsi les mêmes considérations que celles qui ont permis de fonder l'application de certaines normes conventionnelles à la convention élisant un for dans un Etat tiers pourraient-elles justifier une certaine emprise de la Convention de Bruxelles sur la convention d'arbitrage.

146. Mais, dès lors qu'on est dans l'ordre du "*de lege ferenda*", il faut continuer la réflexion et remarquer que la soumission de l'admissibilité de la convention d'arbitrage à la Convention de Bruxelles ne devrait pas nécessairement avoir pour conséquence que soient imposées à cette clause les mêmes normes que celles qui valent pour les conventions d'élection de for. De même qu'un ordre juridique étatique tient compte des différences entre les instances désignées par ces deux types de convention de juridiction pour les soumettre à des conditions d'admissibilité différentes, ainsi l'ordre judiciaire européen, s'il décidait explicitement d'intervenir dans les rapports entre la justice étatique et la justice arbitrale, pourrait-il traduire la spécificité de la convention d'arbitrage par le contenu des normes d'admissibilité qu'il lui réserverait.

Par conséquent, il nous paraît plus intéressant et plus respectueux de l'identité de chacune des conventions de juridiction de souligner l'intérêt théorique de la Convention de Bruxelles à régler l'admissibilité de la convention d'arbitrage que de défendre concrètement l'application à celle-ci des dispositions des articles 12, 15 et 17 (5).

Or il importe de remarquer que si, pour répondre à l'intérêt théorique de l'"ordre judiciaire européen" de régir l'admissibilité de la convention d'arbitrage, on décidait de confier à la Convention de Bruxelles *l'ensemble* de cette question, la Convention s'appliquerait à l'exclusion du droit des Etats contractants²⁷⁴. Ainsi pourrait-on *uniformiser* les droits communs, par exemple sur le contenu de l'"*arbitrabilité*" des litiges qui constitue le problème essentiel en matière d'admissibilité de la convention d'arbitrage²⁷⁵ et que les Conventions de New York et de Genève n'ont pas unifié²⁷⁶.

On reprochera peut-être à cette suggestion son caractère un peu artificiel. Se fondant, en effet, sur l'idée d'une dérogation à une compétence conventionnelle pour confier le règlement de l'admissibilité de la convention d'arbitrage à la Convention de Bruxelles, elle prend pour principe ce qui doit rester l'exception, le non-respect de la clause et la saisine d'une juridiction étatique. Cet argument n'est cependant pas convaincant. Car cette hypothèse est justement celle qui suscite des difficultés, notamment si le juge saisi estime la clause inefficace et statue au fond. Comme on l'a annoncé, un tel jugement doit, si la matière en litige est comprise dans le domaine de la Convention, être reconnu selon les normes conventionnelles, c'est-à-dire sans possibilité de révision de la décision du juge d'origine sur la convention d'arbitrage²⁷⁷. En unifiant les normes applicables à la convention d'arbitrage soulevée au stade de l'appréciation par un juge de sa propre compétence, on

²⁷⁴ Dans un sens analogue, D. HASCHER, *op. cit.* {préc. n. 235}, p. 702, qui remarque que "si l'on admettait que la décision du juge sur l'existence et la validité d'une convention d'arbitrage relève du champ d'application de la Convention de Bruxelles, il serait souhaitable que la Cour de Justice entreprenne de donner une définition autonome de l'arbitrage au sens de l'article I alinéa 2(4) afin d'éviter que la validité de la convention d'arbitrage ne soit jugée d'après des critères différents à travers les Etats contractants".

²⁷⁵ Comme on l'indiquera plus loin dans le cadre du chapitre consacré à l'arbitrabilité (*infra* n^{os} 207 et s.), le terme "arbitrabilité" est utilisé dans de nombreux contextes et il recouvre, en fin de compte, la plupart des conditions d'"admissibilité" qui peuvent être imposées à la convention d'arbitrage.

²⁷⁶ Dans un sens analogue, D. HASCHER, *op. cit.* {préc. n. 235}, p. 702. Précisons en effet que la Convention de New York n'a unifié que les conditions de forme de la convention d'arbitrage (article II (2)) tandis que pour les autres conditions de cette clause, elle s'est contentée d'uniformiser les règles de conflit applicables (article V). La Convention de Genève a fait de même (v. respectivement les articles I et VI).

²⁷⁷ Pour une explication de cette solution, v. *infra* n^{os} 203 et 204.

éviterait l'intervention de particularités du droit du juge d'origine auxquelles ne pourrait s'opposer ultérieurement le juge requis.

En réalité, le véritable argument qui pourrait être opposé à une telle emprise de la Convention de Bruxelles sur l'admissibilité de la convention d'arbitrage semble être le suivant. Il apparaît, en effet, que dans certains droits communs, sous l'influence des principes développés par les juridictions arbitrales, le contenu des conditions d'admissibilité de la convention d'arbitrage conclue en matière internationale soit *en constante évolution*. Ainsi par exemple, comme on l'observera²⁷⁸, les juridictions françaises sont très sensibles aux normes arbitrales sur ce point et répercutent celles-ci dans leur manière d'aborder la convention d'arbitrage. Dans un pays comme la France, on pourrait dès lors critiquer l'idée d'une définition conventionnelle des conditions d'admissibilité de la convention d'arbitrage au motif qu'elle conférerait à celles-ci un caractère *figé*, au mépris de la dynamique évolutive que donne à cette matière la jurisprudence arbitrale.

Nous ne trancherons pas s'il est préférable de sacrifier l'uniformisation des droits communs à la souplesse que connaît, dans certains Etats, la question de l'admissibilité de la convention d'arbitrage, ou le contraire. Du point de vue de notre étude, il importait surtout de mettre en évidence le caractère semblable des problématiques suscitées par les conventions d'arbitrage et d'élection de for dans leur incidence sur le système juridictionnel mis en place par la Convention de Bruxelles, et dès lors l'intérêt que pourrait avoir celle-ci, en tant qu'"ordre judiciaire européen", à les régler²⁷⁹.

147. Si le chapitre précédent avait pour objet de mettre en évidence que les conventions d'arbitrage et d'élection de for se rattachent non seulement à la matière du conflit de lois mais aussi à celle des conflits de juridictions, c'est parce que, soulignant la spécificité de ces clauses par rapport aux contrats substantiels, ce double rattachement leur confère une *place originale en droit international privé*.

Le chapitre qui se termine en a abordé le premier volet, celui qui concerne les principes influençant *la détermination des lois applicables* aux conventions de juridiction.

Il a été indiqué que les conventions d'arbitrage et d'élection de for ne sont pas soumises uniquement à des *lex causæ* que désignent, pour leurs divers aspects, les règles de conflit pertinentes ; elles dépendent encore, indépendamment de tout conflit de lois véritable, de la *loi du for saisi*, loi compétente en matière de conflits de juridictions, la distinction entre leur "formation" et leur "admissibilité" donnant la ligne de répartition entre ces deux solutions de droit applicable. On a observé que cette démonstration théorique contribuait à expliquer les conceptions doctrinales et jurisprudentielles actuelles relatives aux conventions étudiées.

Par ailleurs, le double rattachement des conventions de juridiction et sa traduction par la distinction "admissibilité/formation" a également permis d'éclairer diverses questions relatives à la répartition entre les normes conventionnelles posées par la Convention de Bruxelles et celles des droits nationaux des Etats contractants. Ainsi la Convention de Bruxelles, en tant que loi unifiée sur la compétence, est-elle en droit de régler l'admissibilité

²⁷⁸ V. *infra* nos 192 à 194.

²⁷⁹ On remarquera d'ailleurs que l'article 220 du Traité de Rome recommandait aux Etats membres de tout mettre en œuvre pour simplifier les formalités de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers *et des sentences arbitrales*. Si la Convention de Bruxelles n'a répondu qu'au premier volet de cet article, la mention des sentences arbitrales prouve que l'ordre européen n'est pas indifférent au phénomène arbitral.

de toutes les dérogations conventionnelles aux compétences qu'elle édicte, que celles-ci découlent d'une convention d'élection de for comprise dans le champ d'application de la Convention ou d'une clause qui en est exclue, telles la convention désignant un for dans un Etat tiers et la convention d'arbitrage. La formation des conventions de juridiction reste, quant à elle, soumise au droit commun, dans la mesure toutefois où le droit conventionnel n'en a pas expressément décidé autrement.

CHAPITRE III

CONSEQUENCES SUR LA DETERMINATION DES REGLES DE DROIT APPLICABLES

148. Dans ses conséquences sur le droit applicable, la thèse du double rattachement des conventions d'arbitrage et d'élection de for peut paraître regrettable. Eu égard à l'"ancrage" de ces clauses dans la matière des conflits de juridictions, elle conduit en effet, comme il vient d'être expliqué, à une large emprise théorique de la *lex fori*. Or cette solution n'est pas sans inconvénients. Ainsi rend-elle imprévisible pour les parties le régime auquel sera soumise ultérieurement la clause, puisqu'au moment de la conclusion de celle-ci, il est difficile de prévoir le for qui sera saisi du litige. Ne pouvant anticiper les conditions auxquelles doit répondre la clause, les parties ne pourront pas toujours s'y conformer, ce qui risque de nuire à l'efficacité de celle-ci.

La thèse examinée présente cependant également des avantages. C'est ce que va indiquer le présent chapitre, consacré à ses conséquences sous l'angle des *règles de droit applicables* aux clauses considérées.

En effet, il arrive que certaines circonstances suggèrent que le régime normal des conventions d'arbitrage et d'élection de for — c'est-à-dire les "règles de droit qui leur sont applicables" — soit modifié. Ainsi, quand elles ont été conclues dans le cadre d'une situation particulièrement *internationale*, peut-il paraître inadéquat de les soumettre à des règles prévues pour les situations internes. Par ailleurs, quand leur appréciation a lieu *au stade de la reconnaissance d'une décision*, il peut sembler opportun de leur réserver un contrôle différent de celui qui intervient quand elles sont soulevées lors de l'appréciation par un juge de sa propre compétence.

De manière générale, le droit international privé tient compte des objectifs propres de ces deux hypothèses pour énoncer des règles spécifiques, mais il le fait différemment selon qu'il est question d'un point relevant du conflit de juridictions ou d'un problème soumis au conflit de lois. Dès lors que l'on soutient que les conventions de juridiction se rattachent à ces deux domaines, on doit se demander si, lorsqu'elles sont soulevées dans les situations mentionnées, ces différents principes se répercutent sur le contenu des normes appliquées à leurs divers aspects. La thèse selon laquelle les clauses étudiées ne dépendent pas uniquement du conflit de lois mais se rattachent également à la matière des conflits de juridictions va, par conséquent, permettre de suggérer que ces clauses bénéficient des principes valables en cette matière. Or il semble que cette suggestion ouvre des perspectives intéressantes en ce qui concerne les règles de droit auxquelles elles peuvent être soumises :

C'est ce que nous tenterons de démontrer en examinant, pour continuer notre réflexion générale sur les conventions de juridiction en droit international privé, dans quelle mesure leur double rattachement permet d'expliquer ou de proposer que des normes au contenu particulier leur soient appliquées soit pour tenir compte du caractère international du litige (Section I) soit au stade de la reconnaissance d'une décision (Section II).

SECTION I : FACE À UNE SITUATION INTERNATIONALE.

149. Après avoir exposé les principes théoriques que le double rattachement des conventions de juridiction suggère pour l'élaboration de règles de droit spécifiquement adaptées aux relations internationales (§1), on observera, lors d'un examen plus détaillé de chacune des clauses, en quoi ils peuvent éclairer les approches dont ces dernières font habituellement l'objet (§2).

§1 — Principes théoriques.

150. En droit international privé, selon qu'il est question du conflit de juridictions ou du conflit de lois, le phénomène d'adaptation des règles de droit aux situations internationales s'explique différemment. La thèse du double rattachement des conventions de juridiction implique, par conséquent, que l'on distingue *deux mécanismes* par lesquels leur régime est susceptible d'être modifié : pour tous leurs aspects relatifs aux conflits de juridictions, en effet, il faut se référer aux principes qui, de manière générale, gouvernent la détermination de la *compétence internationale* (A) ; ce n'est que pour les questions soumises au conflit de lois que l'on peut parler à leur propos, comme à propos des contrats substantiels, de "*règles matérielles de droit international privé*" (B).

Pour procéder à l'examen de ces divers principes, il importe de se reporter aux concepts proposés pour concrétiser le double rattachement des conventions de juridiction, c'est-à-dire leur "licéité de principe", la "portée de leur effet juridictionnel" et leur "admissibilité" d'une part, leur "formation" de l'autre¹. Par simplicité, mais aussi parce que ce sont les points qui peuvent donner lieu à des difficultés en droit international privé, on n'évoquera, dans les lignes qui suivent, que les éléments relevant de la distinction "admissibilité/formation".

A) "Admissibilité" et "règles matérielles relatives à la compétence internationale".

151. On rappellera brièvement les principes inspirant la détermination des règles de compétence internationale, avant d'en conclure que les questions touchant à l'admissibilité des conventions de juridiction, du fait de leur rattachement à la matière de la compétence², sont influencées par ceux-ci.

152. On sait que les tribunaux d'un Etat sont soumis à la loi de celui-ci en ce qui concerne leur fonctionnement et donc notamment pour leur compétence. Ces questions ne suscitant pas de véritables problèmes de conflit de lois³, elles sont soumises, par principe, à des "*règles matérielles*" de la *lex fori*, c'est-à-dire des règles qui donnent *directement* la solution d'un problème, par opposition aux "règles de conflit de lois" qui ne la donnent que de manière indirecte, par la désignation de la loi d'un Etat.

Qu'un litige soit interne ou international ne modifie nullement le titre d'application de la *lex fori* en matière de compétence juridictionnelle⁴. La différence entre ces deux hypothèses se manifeste cependant dans le *contenu* des règles auxquelles elles sont soumises⁵, règles de compétence territoriale ou matérielle *interne* ou règles de compétence *internationale*. Quand la situation présente des liens avec plusieurs pays, elle pourrait en effet, le cas échéant, être jugée par les juridictions de ces différents Etats, chacune d'elles s'estimant compétente en vertu de ses propres règles de compétence. Les règles de compétence internationale ont pour but de tenir compte d'un tel conflit potentiel de juridictions, en modifiant, supprimant ou remplaçant les règles qui déterminent la

¹ Sur ces notions, v. *supra* nos 39 à 47 et 52 à 55.

² On sait en effet que la catégorie "admissibilité" comprend toutes les conditions et règles imposées aux conventions de juridiction pour limiter, interdire ou favoriser l'*effet juridictionnel* de celles-ci, ce qui explique son rattachement à la matière de la compétence. Sur ce point, v. *supra* nos 55 et 68.

³ V. A. MIAJA de la MUELA, "Compétence territoriale et litiges à élément international", *Rec. des cours*, 1972, t. 135, p. 55. Sur le principe de la soumission de la matière de la compétence à la *lex fori* et l'absence de problèmes de conflit de lois en cette matière, v. *supra* n° 73.

⁴ En ce sens, par ex., A. MIAJA de la MUELA, *op. cit.* {préc. n. 3}, p. 21.

⁵ En ce sens, A. MIAJA de la MUELA, *op. cit.* {préc. n. 3}, p. 46 ; F. RIGAUX, M. FALLON, n°

compétence des juges pour des situations purement internes. Ainsi la compétence internationale relève-t-elle de la matière des conflits de juridictions⁶.

Le droit belge illustre la *spécificité* des règles de compétence internationale⁷. Cette question fait en effet l'objet de dispositions différentes de celles qui règlent la compétence interne. Ainsi les articles 635 à 638 du Code judiciaire déterminent-ils la compétence des tribunaux belges quand le défendeur est étranger, c'est-à-dire quand, par cet aspect là au moins, la situation est internationale. Mais en France, la compétence internationale se détermine essentiellement⁸ par extension des règles de compétence territoriale interne⁹, c'est-à-dire que les critères qui déterminent la seconde sont utilisés comme critères pour décider de la première. "Dès lors que le litige présente avec la France l'un des liens qui permettent, dans la matière en cause, d'attribuer compétence à une juridiction française déterminée, l'ordre juridictionnel français est suffisamment concerné pour en connaître"¹⁰. Ainsi, par exemple, "à la règle "le tribunal du domicile du défendeur" répond la règle "l'ordre juridictionnel français est compétent si le défendeur est domicilié en France"¹¹. Cependant, comme un tel système ne permet pas toujours de tenir compte de la spécificité des situations internationales, il est admis que les règles internes puissent, le cas échéant, être *adaptées* quand elles ont pour fonction de régler une question de compétence internationale¹². Le même principe de transposition des règles de compétence territoriale interne est suivi en Allemagne¹³. Le législateur allemand a également énoncé récemment quelques règles spécifiques à la compétence internationale¹⁴. Pour le reste, on considère, comme en France, que le principe de l'extension à l'ordre international des règles de compétence territoriale interne ne doit pas être appliqué avec trop de rigueur mais est susceptible d'être adapté pour les affaires internationales¹⁵.

⁶ A. MIAJA de la MUELA, *op. cit.* {préc. n. 3}, p. 12.

⁷ Pour d'autres exemples de systèmes juridiques établissant un catalogue autonome de règles de compétence internationale, v., par ex., G.A.L. DROZ, "Regards sur le droit international privé comparé", *Rec. des cours*, 1991-IV, t. 229, n° 35, p. 49.

⁸ En France, la compétence internationale se détermine encore par des règles de compétence fondées sur la *nationalité française* du demandeur (art. 14 C.c.) ou du défendeur (art. 15 C.c.). Ces règles ayant pour effet de rendre compétent l'ordre juridictionnel français dans les cas où il ne le serait pas par application des règles ordinaires de compétence internationale, il ne paraît pas nécessaire de les mentionner dans notre présentation succincte des grands traits de quelques systèmes de détermination de la compétence internationale. V. pour un exposé complet sur la question, P. MAYER, n°s 290 et s. — Remarquons que le droit français connaît aussi une règle autonome de compétence internationale, fondée sur le risque de déni de justice (sur ce point, v. P. MAYER, n° 288).

⁹ Cass. fr. (Ch. civ. 1° Sect.), 30 octobre 1962 (Dame Scheffel c. Scheffel), *Rev. crit. DIP*, 1963, p. 387, note Ph. FRANCESCOAKIS. V. déjà en ce sens, Paris (1° Ch.), 26 avril 1952 (Epoux Franchini), *Rev. crit. DIP*, 1952, p. 348, note Ph. FRANCESCOAKIS. *adde* Cass. fr. (1° Ch. civ.), 13 janvier 1981 (Dame de B... c. de B...), *Rev. crit. DIP*, 1981, p. 331, note H. GAUDEMET-TALLON, *J.D.I.*, 1981, p. 360, note A. HUET.

¹⁰ P. MAYER, n° 284.

¹¹ P. MAYER, n° 284.

¹² B. ANCEL, Y. LEQUETTE, n° 8, p. 298 (note sous l'arrêt Dame Scheffel). Pour des exemples de telles adaptations, v. H. BATIFFOL, P. LAGARDE, n° 674 ; P. MAYER, n° 287.

¹³ V., par ex., B. von HOFFMANN, "Gegenwartsprobleme internationaler Zuständigkeit", *IPRax*, 1982, p. 218. — On parle en Allemagne du principe de la "*Doppelfunktionalität*" ("double fonction") des règles de compétence territoriale interne (sur ce point, v. K. FIRSCHING, B. von HOFFMANN, *Internationales Privatrecht einschliesslich der Grundzüge des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, 4° éd., Verlag C.H.Beck, Munich, 1995, n°s 37 et 38, p. 72 ; H. SCHACK, n° 236).

¹⁴ V. les articles §§606a I et 640 a II ZPO qui admettent, respectivement en matière de mariage et de filiation, que les tribunaux allemands soient internationalement compétents sur base de la nationalité allemande ou de la résidence habituelle en Allemagne d'une des parties.

¹⁵ Ainsi par ex. H. SCHACK, n° 236.

Pour notre démonstration, il importe seulement de retenir que dans le domaine de la compétence, pour tenir compte des particularités des situations internationales, on recourt à des *règles matérielles du for différentes de celles qui jouent dans l'ordre interne*¹⁶.

153. Si l'on considère, comme nous avons tenté de le démontrer, que les *règles d'admissibilité* des conventions de juridiction se rattachent à la matière de la compétence, il faut, à notre avis, en conclure qu'elles sont régies par les *mêmes* principes que ceux qui viennent d'être présentés.

Ainsi, quand une convention d'arbitrage ou une convention d'élection de for est soulevée devant un juge, le caractère international du litige ne remettrait-il pas en question le principe de la soumission de l'admissibilité de celle-ci à la *lex fori*¹⁷. Cependant, dans le cadre de la thèse que nous défendons, il faudrait observer que, dans une telle hypothèse, les règles d'admissibilité concernées participent à la détermination de la compétence *internationale* du for saisi. En effet, qu'elles limitent ou qu'elles favorisent l'admissibilité des clauses, en matière internationale elles contribuent à déterminer les cas où, suite à la prorogation ou à la dérogation de compétence recherchée, le juge doit être reconnu internationalement compétent ou incompétent. Par conséquent, à notre avis, les *principes relatifs à la détermination des règles de compétence internationale* pourraient expliquer que, pour faire face à la spécificité d'une situation internationale, la loi du for saisi décide de *modifier* les conditions d'admissibilité qu'elle impose aux clauses conclues en matière interne¹⁸.

La théorie qui souligne les liens entre l'admissibilité des conventions de juridiction et la matière de la compétence a ainsi l'intérêt d'indiquer qu'à propos des conditions relatives à cet aspect des clauses étudiées, la création de *règles matérielles du for spécifiques* constitue la réaction *normale* pour tenir compte de l'internationalité d'une situation.

B) "Formation" et "règles matérielles de droit international privé".

154. Si la thèse du double rattachement des conventions de juridiction permet de proposer que les principes de détermination des règles de compétence internationale se répercutent sur leur "admissibilité", elle suggère, par ailleurs, que leur "formation" puisse être influencée par certains mécanismes issus du conflit de lois.

Or, on sait que, dans le cadre du conflit de lois, la réaction "normale" face à une situation internationale est le recours à des règles de conflit de lois et dès lors, le cas échéant, l'application d'une loi étrangère. Il arrive toutefois parfois que l'on estime inadéquate la méthode conflictuelle. En effet, les normes de l'ordre juridique désigné sont, le plus souvent, prévues pour régir des situations *internes*. Elles risquent, par conséquent, de ne pas prendre suffisamment en compte le caractère spécifiquement international du litige. Aussi existe-t-il encore une technique qui consiste à énoncer directement des règles

¹⁶ En ce sens, par exemple, A.E. VON OVERBECK, "Les règles de droit international privé matériel". *De Conflictu Legum. Mélanges R. Kollewijn, J. Offerhaus*, Leiden, 1962, p. 362.

¹⁷ Rappelons que pour expliquer le titre de la *lex fori* pour régir l'admissibilité des conventions de juridiction, il est inutile de se référer à une règle de conflit de lois. Car l'admissibilité des conventions de juridiction ne suscite aucune concurrence de lois véritable : en ce domaine, la compétence de la loi du for saisi constitue le principe. Sur ces questions, v. *supra* nos 68, 73 et 74.

¹⁸ V., déjà en ce sens, E. BARTIN, *Etudes sur les effets internationaux des jugements*, L.G.D.J., Paris, 1907, p. 76, qui remarque qu'il n'y a pas correspondance absolue entre les cas où la prorogation volontaire de juridiction est possible en matière de compétence interne et ceux où elle est admise en matière de compétence internationale.

spécialement destinées aux situations internationales¹⁹. De telles “*règles matérielles de droit international privé*” se rencontrent dans des conventions internationales²⁰, dans certains textes nationaux ou peuvent avoir une origine jurisprudentielle²¹.

Il importe de préciser qu'à la différence des “*règles matérielles*” dont il vient d'être question à propos de la compétence internationale, les “*règles matérielles de droit international privé*” dont il s'agit à présent interviennent *dans le cadre du conflit de lois*, c'est-à-dire à propos de problèmes pour lesquels le recours à la règle de conflit constitue la norme²²²³. En ce qui concerne les conventions de juridiction, pareil phénomène ne paraît donc envisageable qu'à propos de points relevant de leur “*formation*”. Car, comme on a essayé de l'expliquer, ce n'est que pour ces questions que les conventions d'arbitrage et d'élection de for dépendent, en principe, de la méthode des conflits de lois²⁴.

§2 — Applications.

155. Il convient de confronter les principes théoriques qui viennent d'être dégagés à la situation de la convention d'élection de for (A) et à celle de la convention d'arbitrage soulevée devant un juge étatique (B).

A) La convention d'élection de for.

156. Il est intéressant de commencer par la convention d'élection de for car sa situation illustre, de manière plus claire que celle de la convention d'arbitrage, le *premier type* de règles matérielles présenté. Or, celui-ci intéresse particulièrement notre étude puisque, lié à la matière de la compétence internationale, il souligne la *spécificité juridictionnelle* des conventions de juridiction par rapport aux contrats substantiels qui, quant à eux, ne peuvent être concernés que par les “*règles matérielles de droit international privé*”.

Conformément à l'analyse théorique qui précède, pour adapter le régime d'admissibilité des conventions d'élection de for aux situations internationales, des “*règles matérielles de compétence internationale*” ont été développées par les juridictions françaises (a). Nous pensons qu'un tel raisonnement permet également d'éclairer la situation belge (b).

¹⁹ M. FALLON, “Les règles d'applicabilité en droit international privé”, *Mélanges Vander Elst*, Nemesis, 1986, t. I, n° 20, p. 300 ; M. SIMON-DEPITRE, “Les règles matérielles dans le conflit de lois”, *Rev. crit. DIP*, 1974, p. 591. Sur cette technique, v. également P. MAYER, n° 19 et nos 135 et s.

²⁰ Sur cette question, v. H. BAUER, “Les traités et les règles de droit international privé matériel”, *Rev. crit. DIP*, 1966, p. 550 à 574.

²¹ En ce sens, M. SIMON-DEPITRE, “Les règles matérielles dans le conflit de lois” {préc. n. 19}, p. 594 et s., qui donne des exemples de textes internes français consacrant des règles matérielles.

²² Remarquons qu'on abordera plus loin la question des rapports entre la règle matérielle de droit international privé et la règle de conflit de lois. V. *infra* n° 164.

²³ La compétence des juridictions n'est pas la seule matière où l'application de “*règles matérielles*” constitue le principe en l'absence de véritables problèmes de conflits de lois. Il en est également ainsi pour la nationalité et la condition des étrangers (sur ce point, v., par ex., P. MAYER, n° 19). C'est pour éviter toute confusion avec les règles matérielles applicables à ces questions qu'il faut souligner que lorsque nous parlons de “*règles matérielles de droit international privé*”, nous visons celles qui interviennent dans le domaine dévolu au conflit de lois.

²⁴ V. *supra* nos 80 et 81.

a. La jurisprudence française.

157. Il semble admis, en France, que les liens qu'entretient avec la matière de la compétence la convention d'élection de for permettent de concevoir que les règles internes la concernant soient, le cas échéant, adaptées à la spécificité des relations internationales²⁵, à l'instar de ce qui se passe, de manière générale, pour les règles de compétence territoriale interne quand elles sont transposées à l'ordre international²⁶.

La Cour de cassation a eu l'occasion d'illustrer cette idée à propos de l'article 333 du nouveau Code de procédure civile. Relatif aux cas d'intervention forcée, celui-ci dispose que le tiers mis en cause devant la juridiction saisie de la demande originaire ne peut décliner la compétence territoriale de cette juridiction "même en invoquant une clause attributive de compétence". Ainsi, la règle de compétence dérivée²⁷ prévaut-elle sur une éventuelle convention d'élection de for conclue entre le tiers et une des parties à l'instance originaire. Transposé dans l'ordre international, cet article impliquerait que l'effet de la clause doive être refusé^{28,29}. Pour s'opposer à une telle conséquence, les auteurs français ont mis en évidence qu'en matière internationale, la convention d'élection de for touche à la compétence internationale. Or celle-ci n'a pas la même nature que la compétence territoriale, même si elle se détermine par les mêmes règles³⁰ ; aussi ces dernières peuvent-elles, le cas échéant, être adaptées³¹. Ce raisonnement, qui est conforme à celui que nous avons déduit du rattachement de la convention d'élection de for à la matière des conflits de juridictions³², a été suivi par la Cour de cassation française qui a récemment procédé à une telle *adaptation* en déclarant l'article 333 du nouveau Code de procédure civile inapplicable aux litiges d'ordre international³³.

²⁵ V., pour une prise de position générale, D. HOLLEAUX, n° 192, et, pour un cas particulier, H. BAUER, n° 192, p 176, qui soulevait la question d'une possible adaptation à la spécificité des relations internationales de l'article 171 al 3 de l'ancien Code de procédure civile qui prévoyait, en droit interne, l'interdiction des dérogations de compétence relatives à des matières patrimoniales où les parties ne peuvent transiger sur leurs droits.

²⁶ D. HOLLEAUX, note sous Cass. fr. (Ch. mixte), 28 juin 1974 (Sté Industrielle de Boulangerie c. Demoiselle L'Abbé), Aix-en-Provence, 10 mai 1974 (Sté Naturana c. Varenne), Trib. gde instance Paris (référés), 7 juin 1974 (Dame Schuhmann c. Halphen), *J.D.I.*, 1975, p. 92.

²⁷ Sur cette notion, v. *supra* n° 47.

²⁸ En ce sens, A. HUET, "Le nouveau Code de Procédure civile du 5 décembre 1975 et la compétence internationale des tribunaux français", *J.D.I.*, 1976, p. 357 note 54.

²⁹ On remarquera que les relations entre les conventions de juridiction et les règles de compétence dérivée ont été présentées dans le cadre de la "portée des effets juridictionnels" de celles-ci (*supra* n° 47) alors qu'on a annoncé que, dans le cadre de ce chapitre, il serait surtout question de l'admissibilité ou de la formation de ces clauses. En réalité, dès lors que l'"admissibilité" se définit comme l'ensemble des conditions ayant pour objectif de limiter, interdire ou favoriser l'effet juridictionnel des conventions de juridiction, il devient indifférent de soumettre dans l'une ou l'autre catégorie la question des liens entre ces clauses et les compétences dérivées. Or l'exemple de l'article 333 NCPC intéresse car il indique clairement que c'est en raison du rattachement des conventions de juridiction à la matière de la compétence que la règle qui leur était applicable a été adaptée.

³⁰ V. J. BUHART, note sous Cass. fr. (Ch. com. et fin.), 8 novembre 1982 (Sté Burmeister et Wain Engineering c. Sté Creusot Loire et autres), *J.D.I.*, 1984, p.159, citant MM. Solus et Perrot "la règle de compétence internationale (...) a le même objet et le même but que les règles de compétence d'attribution de droit interne" (c'est nous qui soulignons).

³¹ J. BUHART, *op. cit.* {préc. n. 30}, p. 158 ; H. GAUDEMET-TALLON, "La compétence internationale à l'épreuve du nouveau Code de procédure civile : aménagement ou bouleversement ?", *Rev. crit. DIP.* 1977, p. 40.

³² V. *supra* n° 153.

³³ Cass. fr. (Ch. com.), 30 mars 1993 (sté COMANAV e.a. c. Cie S.R.O.R. e.a.), *Rev. crit. DIP.* 1993, p. 680. note H. GAUDEMET-TALLON.

La même démarche avait été suivie³⁴ à propos de l'article 48 du nouveau Code de procédure civile français pour la prohibition des conventions d'élection de for qu'il édicte³⁵. La question s'était en effet posée si cet article, qui interdit les clauses qui directement ou indirectement dérogent aux règles de compétence territoriale, à moins qu'elles n'aient été convenues entre commerçants et n'aient été spécifiées de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elles sont opposées, jouait également en matière internationale³⁶. Mais dans l'arrêt *Sorelec*³⁷, la Cour de cassation française a décidé de ne pas le transposer dans l'ordre international.

158. Il convient de remarquer qu'en France, le problème de *l'admissibilité d'une convention d'élection de for dans un contrat de travail international* est également étudié au regard de la question de la transposition ou de l'adaptation en matière internationale des compétences impératives qui, sur le plan interne, interdisent la clause.

En droit interne français, en effet, l'article R. 517-1 du Code du travail retient, comme critères de la compétence territoriale du conseil de prud'hommes, le lieu d'établissement où est effectué le travail et si le travail est effectué en dehors de tout établissement, le domicile du salarié ; il ajoute que le salarié peut toujours saisir le conseil de prud'hommes du lieu où l'engagement a été contracté ou celui du lieu où l'employeur est établi. Comme ils sont impératifs³⁸, ces divers chefs de compétence impliquent l'inadmissibilité de la convention d'élection de for. Mais la doctrine se demande si ces règles de compétence ne devraient pas être adaptées lorsqu'il s'agit de déterminer l'admissibilité de la clause en matière internationale. Comme le remarque M. Mayer, en l'occurrence, l'adaptation ne doit pas porter sur les critères de compétence eux-mêmes mais uniquement sur leur *impérativité*. Il paraît, en effet, indiqué de conserver tous les chefs de compétence de l'article R. 517-1 pour déterminer dans quels cas les tribunaux français peuvent être saisis d'un litige international relatif à un contrat de travail. Mais en matière internationale, il n'est pas souhaitable que tous s'opposent à l'effet dérogatoire de la convention d'élection de for³⁹.

Comme le débat doctrinal n'est pas clos⁴⁰ et que la jurisprudence⁴¹ n'est pas unanime⁴², nous ne nous pencherons pas sur la solution à réserver à cette question.

³⁴ En ce sens, H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.* {préc. n. 33}, p. 682.

³⁵ La question de la portée de ce texte relatif à la convention d'élection de for se posait dans les mêmes termes que celle concernant l'article 333 NCPC — transposition à l'ordre international ou adaptation — ainsi que l'attestent les auteurs qui l'ont étudiée : v. H. GAUDEMET-TALLON, "La compétence internationale à l'épreuve du nouveau Code de procédure civile..." {préc. n. 31}, p. 31 ; A. HUET, n° 10.

³⁶ En faveur de la portée purement interne cet article, v. H. GAUDEMET-TALLON, "La compétence internationale à l'épreuve du nouveau Code de procédure civile..." {préc. n. 31}, p. 30 ; en faveur de sa portée internationale, A. HUET, "Le nouveau Code de Procédure civile du 5 décembre 1975..." {préc. n. 28}, p. 356.

³⁷ Cass. fr. (1° Ch. civ.), 17 décembre 1985 (Cie de signaux et d'entreprises électriques c. sté Sorelec), *Rev. crit. DIP*, 1986, p. 537, note H. GAUDEMET-TALLON.

³⁸ L'alinéa 4 de l'article R. 517-1 du Code du travail précise en effet que "toute clause qui directement ou indirectement déroge aux dispositions qui précèdent est réputée non écrite".

³⁹ P. MAYER, "Les clauses relatives à la compétence internationale insérées dans les contrats de travail", *Mélanges D. Holleaux*. Litec, Paris, 1990, p. 270.

⁴⁰ V. par exemple, M. Lyon-Caen qui semble favorable, au vu des dangers des prorogations de compétence dans les relations de travail, à la transposition intégrale du système valable en droit interne (A. LYON-CAEN, note sous Cass. fr. (1° Ch. civ.), 16 juin 1987 (C^{ie} Air Afrique c. Sylvestre e.a.) et Cass. fr. (1° Ch. civ.), 8 mars 1988 (C^{ie} Air Zaïre c. Restout), *J.D.I.*, 1988, p. 1048). Cette position revient à interdire toute convention d'élection de for dérogeant à la compétence internationale des juges français fondée sur un de ces facteurs. Elle est toutefois isolée, un accord semblant régner sur la nécessité d'adapter ce système. Il reste alors à déterminer les chefs de compétence qui deviennent facultatifs et ceux qui

Dans le cadre de notre étude, il suffit de souligner que la jurisprudence et la doctrine françaises confirment la pertinence de la thèse selon laquelle les principes inspirant la

conservent leur impérativité en matière internationale. Mme Gaudemet-Tallon a suggéré de faire du *lieu d'exécution* du contrat le facteur déterminant dans cette problématique : situé en France, il conduirait à la compétence internationalement impérative du juge français ; dès lors toutefois qu'il se concrétiserait à l'étranger, le juge français saisi sur base d'un autre chef de compétence devrait admettre la clause dérogeant à cette compétence (H. GAUDEMET-TALLON, note sous Cass. fr. (Ch. soc.), 7 mai 1987 (sté des travaux d'outre-mer c. Wraber), et Cass. fr. (1^o Ch. civ.), 16 juin 1987 (C^{ie} Air Afrique c. Sylvestre e.a.), *Rev. crit. DIP*, 1988, p. 83). Autrement dit, seule l'exécution du contrat en France constituerait un cas de compétence internationalement impérative des juridictions françaises ; les autres chefs de compétence seraient facultatifs.

⁴¹ Pour un résumé de la jurisprudence française, prolix en cette matière, v. H. GAUDEMET-TALLON, note sous Cass. fr. (Ch. soc.), 8 juillet 1985 (Allard c. sté Construcciones Tissot), *Rev. crit. DIP*, 1986, p. 115 et s. ; G. LYON-CAEN, *Les relations de travail internationales*, éd. Liaisons, Paris, 1991, n^{os} 179 à 188, p. 97 à 103 ; P. MAYER, "Les clauses relatives à la compétence internationale insérées dans les contrats de travail" {préc. n. 39}, p. 263 et s.

⁴² Il convient toutefois de remarquer qu'à notre avis, la jurisprudence française n'adopte *pas toujours la même démarche* que celle des auteurs, ce qui expliquerait qu'elle paraisse parfois "contradictoire" (en ce sens, H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.* {préc. n. 40}, p. 81) et difficile à interpréter. Parfois certes, il semble qu'elle décide effectivement de l'admissibilité d'une convention d'élection de for dans un contrat de travail en se fondant sur le caractère *facultatif ou impératif* du chef de compétence concerné. Ainsi les arrêts *Air Afrique* et *Air Zaïre* de la première Chambre civile de la Cour de cassation française précités (*supra* note 40) peuvent-ils être interprétés dans le sens de la reconnaissance du caractère facultatif de la compétence française fondée sur le domicile du salarié. Cependant, dans ces arrêts, la Chambre civile de la Cour de cassation a également relevé que l'exécution du contrat de travail se faisait à l'étranger, comme s'il s'agissait d'un élément supplémentaire sur lequel se fonder pour ne pas reconnaître la compétence française. De même dans son arrêt *Allard* précité (*supra* note 41), la Chambre sociale de la Cour de cassation relève le lieu d'exécution à l'étranger du contrat de travail concerné, la nationalité différente des parties, française et colombienne, et leur intention de soumettre leur contrat à la loi colombienne avant de déduire que les parties ont pu valablement déroger aux règles de l'article R. 517-1 du code du travail.

Or, en relevant ainsi les divers éléments qui rattachent un litige avec l'étranger pour en tirer des conclusions sur l'admissibilité d'une convention d'élection de for dérogeant aux compétences françaises, la jurisprudence française semble s'éloigner d'un raisonnement prenant uniquement en compte le caractère impératif ou facultatif des chefs de compétence français. Dans le cadre d'un tel raisonnement, on ne devrait en effet se pencher que sur *le rattachement énoncé par la règle de compétence pour décider si, dans l'ordre international, il est suffisant pour admettre ou refuser la clause de juridiction qui y déroge*. Mais la jurisprudence française a tendance à examiner, *de manière globale*, la situation juridique concernée, énumérant *les liens* qu'elle présente avec l'étranger ou avec la France. Par conséquent, dans cette optique, ce qui conduit au refus de la clause dérogatoire de compétence n'est pas le caractère impératif d'un certain lien, celui qu'énonce le chef de compétence en vertu duquel une juridiction française a été saisie, mais *l'addition des rattachements* avec la France. Ainsi, la jurisprudence française semble-t-elle se fonder surtout sur le *degré de proximité ou d'éloignement* entre la situation considérée et la France. Que les divers paramètres pris en considération pour cet examen, tels le lieu d'exécution du contrat, le domicile du salarié, etc., soient également ceux dont découlent les chefs de compétence des juridictions françaises, ne signifie rien quant au caractère impératif ou facultatif de chacun de ceux-ci pris séparément. Ce raisonnement explique, à notre avis, les contradictions apparentes entre les jugements français : ainsi par exemple, si les arrêts *Air Afrique* et *Air Zaïre* ont estimé que la compétence française fondée sur le domicile du salarié ne suffisait pas pour s'opposer à la convention dérogatoire de compétence tandis que l'arrêt *Wraber* (*supra* note 40) a admis la solution contraire, ce n'est pas parce que ce facteur de compétence serait tantôt facultatif tantôt impératif, mais parce que l'examen des situations globales a conduit dans un cas mais pas dans l'autre à l'admissibilité de la clause de juridiction.

Nous pensons par conséquent que la jurisprudence française adopte un *autre type de règle d'admissibilité* que celui découlant du caractère impératif ou facultatif du chef de compétence concerné : une règle liée directement à la proximité ou l'éloignement de la situation avec l'ordre juridique du for saisi. Cette règle permet des solutions *plus nuancées* que, par exemple, celle qui postulerait uniquement l'impérativité de la compétence française du lieu d'exécution du contrat de travail et le caractère facultatif des autres chefs de compétence.

matière de la compétence internationale sont susceptibles de se répercuter sur le régime d'admissibilité de la convention d'élection de for conclue en matière internationale.

b. La situation belge.

159. Si le droit belge possède un catalogue de règles spécialement prévues pour la compétence internationale⁴³, il ne comprend *aucune disposition de portée générale* relative au régime des conventions d'élection de for conclues en matière internationale⁴⁴.

Les seules règles concernant ces clauses sont celles que, *dans certaines matières particulières*, la jurisprudence a déduites du caractère impératif des lois concernées. Ainsi, par exemple, comme on l'a déjà indiqué, les juridictions anversoises considèrent-elles que le caractère de loi de police de l'article 91 de la Loi maritime relatif à la responsabilité du transporteur interdit, en matière de connaissance maritime, la conclusion de clauses élisant un for étranger si celles-ci ont pour conséquence de faire échapper le litige à l'application de la loi belge⁴⁵. Une telle règle d'"inadmissibilité" de la convention d'élection de for internationale en raison de son incidence sur le droit applicable a également été développée par la jurisprudence belge pour les litiges relatifs à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée, matière réglée par la Loi du 27 juillet 1961⁴⁶. Parfois, le législateur belge lui-même interdit explicitement les conventions désignant une juridiction étrangère. C'est ce que fait, par exemple, l'article 3 de la Loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire qui dispose que "sans préjudice de l'application des traités et accords internationaux, sont nuls toutes clauses et tous accords de droit privé accordant aux tribunaux étrangers, à l'exclusion du juge belge, compétence pour connaître de toutes contestations relatives aux contrats de crédit hypothécaire"⁴⁷.

Mais ces quelques règles ne renseignent pas sur le régime des conventions d'élection de for internationales conclues dans d'*autres* domaines. Quid dès lors des matières qui, en droit *interne*, conduisent à des règles d'inadmissibilité de la clause attributive de juridiction en raison du caractère impératif des règles de compétence qui les régissent, telles, par exemple, les questions de succession, divorce, expropriation pour cause d'utilité publique, faillite ou impôt que règlent les articles 627 à 633 du Code judiciaire ? Quand la situation est internationale, ces questions sont normalement soumises aux règles de compétence internationale prévues par les articles 635 à 638 du Code judiciaire. Or celles-ci

⁴³ V. les art. 635 à 638 C. Jud. qui envisagent les hypothèses où les étrangers peuvent être assignés devant les tribunaux belges.

⁴⁴ J. LAENENS, p. 167 ; F. RIGAUX, M. FALLON, n° 821.

⁴⁵ V. *supra* n° 124. La clause de juridiction n'est admise que si elle comporte l'obligation d'appliquer les dispositions de la loi belge.

⁴⁶ Il faut toutefois préciser que si la convention d'élection de for tombe dans le champ d'application de l'article 17 de la Convention de Bruxelles, il est admis qu'elle échappe à cette règle d'inadmissibilité (en ce sens, F. RIGAUX, M. FALLON, n° 1341). En fait, actuellement, c'est *surtout à propos de la convention d'arbitrage*, qu'il est question en Belgique de cette règle d'inadmissibilité en matière de litiges relatifs aux résiliations de concessions de vente exclusive à durée indéterminée. Cette problématique sera dès lors étudiée de manière plus détaillée dans le cadre du chapitre sur l'"inarbitrabilité" (v. *infra* nos 218 et s.).

⁴⁷ *M.B.*, 19 août 1992. On peut penser que la Loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale interdit de même les conventions d'élection de for quand elle déclare, dans son article 27, que "sous réserve de l'application des conventions internationales auxquelles la Belgique est partie, toute activité d'un agent commercial ayant son établissement principal en Belgique relève de la loi belge et de la compétence des tribunaux belges". Pour une analyse de cette loi et de ses répercussions sur la possibilité de conclure une convention d'arbitrage, v. A. NUYS, *La concession de vente exclusive et l'agence commerciale et l'arbitrage*, Coll. Fac. droit ULB, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 61 et s.

sont toutes *facultatives*⁴⁸. Cela signifie-t-il que les conventions d'élection de for internationales sont admissibles dans *toutes* ces matières, à défaut de règles explicites d'"inadmissibilité" ? Cette conclusion semble improbable.

Aussi proposons-nous de soumettre l'admissibilité de la convention d'élection de for internationale en droit belge à un système s'inspirant des principes théoriques qui ont été développés. Ainsi faudrait-il partir du même principe qu'en France, c'est-à-dire la *transposition* des règles internes dans l'ordre international. Le caractère éventuellement inadéquat de cette solution pourrait toutefois être corrigé par la possibilité *d'adapter* aux situations internationales les règles en question⁴⁹. Ainsi est-il probable qu'il ne soit pas nécessaire, en matière internationale, de maintenir la disposition de l'article 630 du Code judiciaire dans toute sa rigueur. Celui-ci interdit en effet les conventions contraires aux articles 627, 628 et 629 si elles sont antérieures à la naissance du litige. Or les articles considérés énoncent des règles de compétence territoriale impérative pour plus de trente questions ! Dans le système que nous suggérons d'adopter, ces diverses règles d'inadmissibilité du droit interne pourraient, par application des principes généraux valables en matière de compétence internationale, recevoir un contenu *spécifique* lorsque l'internationalité de la situation le requerrait. On observe que cette suggestion a l'intérêt de permettre une appréciation, matière par matière, de l'admissibilité de la convention d'élection de for internationale.

160. A l'appui de notre position, on observera que MM. Rigaux et Fallon considèrent que les compétences exclusives du droit interne que prévoient les articles 631 à 633 du Code judiciaire en matière de faillite, en matière fiscale et en matière de voies d'exécution et de saisies conservatoires valent également pour la compétence internationale et s'opposent dès lors à l'efficacité des conventions d'élection de for. Il convient cependant de préciser que ces auteurs refusent le principe de l'application dans l'ordre international des règles internes en ce qui concerne l'article 630 du Code judiciaire interdisant de conclure une clause attributive de juridiction avant la naissance du différend dans les matières régies par les articles 627 à 629⁵⁰.

La transposition de principe de ces règles internes d'inadmissibilité paraît toutefois plus acceptable si l'on admet, comme nous l'avons proposé, qu'elle puisse, le cas échéant, être assouplie pour faire face à l'internationalité d'une situation. Il semble d'ailleurs

⁴⁸ M. FALLON, "Autonomie de la volonté et rattachement du contrat international de travail en droit belge", *J.T.T.*, 1984, n° 5, p. 266.

⁴⁹ Remarquons qu'à notre avis, la même suggestion devrait être suivie en Allemagne. En effet, si, comme on l'a vu, dans ce pays la notion d'admissibilité de la convention d'élection de for est connue et sa conséquence de droit applicable unanimement admise (*supra* n° 86), l'idée selon laquelle les liens entre cette question et la matière de la compétence pourraient conduire à des règles spécifiques quand il est question de compétence internationale n'a pas encore fait son chemin. Les conditions d'admissibilité imposées à la convention d'élection de for interne sont appliquées aux situations internationales (en ce sens R. HAUSMANN, n° 1226 ; H. SCHACK, n° 435) sans que, semble-t-il, la jurisprudence allemande ait cherché à en adapter le contenu. Ainsi, en 1980, M. Roth déplorait l'absence d'un régime propre aux conventions d'élection de for relatives à la compétence internationale et remarquait notamment que la doctrine n'était pas d'accord sur manière dont devait être transposé au niveau international l'art. §40 2 ZPO qui fixe les conditions auxquelles est reconnue, en matière interne, la dérogation conventionnelle de compétence (G.H. ROTH, "Internationalrechtliche Probleme bei Prorogation und Derogation", *Z.Z.P.*, 1980, p. 171). Onze ans plus tard, M. Schack constate le même genre de divergences doctrinales : la jurisprudence n'a pas pris position (H. SCHACK, n° 440).

⁵⁰ F. RIGAUX, M. FALLON, n° 1321.

que ce soit le système qu'a adopté la Cour du Travail de Bruxelles dans un arrêt du 4 juillet 1973⁵¹.

La Cour du Travail de Bruxelles devait se prononcer sur l'effet dérogatoire d'une convention élisant un for français et relative à un contrat de travail exécuté en Belgique. En droit interne belge, la convention était inadmissible parce que l'article 627 9° du Code judiciaire attribue en cette matière une compétence impérative au juge de l'endroit affecté à l'exploitation de l'entreprise. Face à la situation internationale à laquelle elle était confrontée, la Cour du Travail de Bruxelles rappelle d'abord que l'article 627 9° concerne la compétence territoriale interne et non la compétence internationale. Observant cependant que la prorogation volontaire de juridiction à un tribunal étranger n'est, en cette matière, réglée par aucun texte, elle estime que celle-ci "peut être appréciée par référence à l'article 630, sans toutefois que celui-ci doive recevoir une application automatique". La Cour admet ainsi que les règles d'inadmissibilité du droit interne puissent être *transposées* aux situations internationales.

Mais la Cour du Travail de Bruxelles reconnaît également que ce système de transposition peut, le cas échéant, être *adapté* à la spécificité des relations internationales. Elle poursuit, en effet, en indiquant qu'"en matière de louage de service, lorsqu'une telle clause est antérieure à la naissance du litige, sa validité dépend notamment du pays dont le tribunal se voit attribuer juridiction, de la nationalité des parties et de la loi régissant le contrat". Appliquant cette idée, la Cour constate que l'employé et la société qui l'avait engagé étaient tous deux français et que la loi applicable à leur contrat était la loi française et elle conclut que les parties "ont pu valablement charger un tribunal français de trancher leurs litiges relatifs à un engagement de travail qui a été exécuté pour partie en Belgique et qui est régi par la loi française".

Ainsi, la Cour du Travail de Bruxelles a-t-elle adapté la règle d'inadmissibilité à cause du caractère international du contrat. Comme l'explique M. Fallon, la Cour crée ainsi "une règle de droit international privé matériel n'admettant (...) la validité des clauses de compétence (...) que lorsque la relation individuelle, de nature internationale, ne présente pas de liens suffisants avec l'ordre juridique du for"⁵². Il convient de préciser qu'à notre avis, étant donné que la question soulevée, relative à *l'admissibilité* d'une convention d'élection de for internationale, concernait la compétence internationale, la règle matérielle ainsi créée n'est pas une "règle matérielle de droit international privé" au sens strict mais une "règle matérielle relative à la compétence internationale"⁵³.

161. Pour *conclure* cet examen de la situation de la convention d'élection de for, il faut constater que dans les exemples français et belge mentionnés, les textes dont la portée était controversée faisaient visiblement partie des dispositions relatives à la *compétence interne* ; il peut dès lors paraître naturel que ce soit par application des principes valables pour la détermination des règles de compétence internationale qu'on ait décidé s'ils jouaient face à une convention d'élection de for internationale.

Mais, il importe, à notre avis, de souligner que ce raisonnement est *concevable pour n'importe quelle condition d'admissibilité* de la convention d'élection de for, c'est-à-dire même pour celles dont le lien avec la matière de la compétence est moins évident. Imaginons

⁵¹ Cour Trav. Bruxelles (4° Ch.), 4 juillet 1973 (S.A. de droit français Flambo c. de la Brière). *J.T.*, 1973, p. 553.

⁵² M. FALLON, "Autonomie de la volonté et rattachement du contrat international de travail en droit belge" {préc. n. 48}, n° 5, p. 266 ; du même auteur, "L'appréciation, par le juge, de la compétence internationale en matière civile et commerciale", *Ann. Dr.*, 1994, n° 20, p. 388.

⁵³ Sur cette distinction, v. *supra* nos 150 à 154.

par exemple qu'une loi sur les baux à loyer interdise au locataire de conclure avant la naissance du litige toute clause susceptible de nuire à ses intérêts et qu'en droit interne, on ait déduit de cette disposition l'interdiction des conventions d'élection de for. A l'appui d'une éventuelle adaptation de cette règle en matière internationale, il suffirait, à notre avis, de remarquer qu'il s'agit d'un point touchant à l'admissibilité de la clause de juridiction⁵⁴ et qu'il peut dès lors, en raison de ses liens avec la matière de la compétence, être soumis à une "règle matérielle de compétence internationale". La qualification "admissibilité" permet ainsi de justifier tout à la fois l'application de la loi du for saisi à cette question et la possibilité d'une adaptation de son contenu en raison du caractère international de la situation.

Remarquons, par ailleurs, que, si les exemples jurisprudentiels évoqués ont assoupli le régime d'admissibilité de la convention d'élection de for conclue en matière internationale, il serait envisageable que la spécificité des relations internationales pousse, au contraire, la loi du for saisi à *aggraver* celui-ci par rapport au régime de droit interne.

On n'envisagera pas ici d'exemple du second type de règles matérielles, les "règles matérielles de droit international privé". Comme on l'observera plus loin, ce n'est que très récemment que certains auteurs français ont suggéré d'y recourir pour la convention d'élection de for⁵⁵. A propos de la convention d'arbitrage, en revanche, l'idée d'un recours à des "règles matérielles de droit international privé" est, comme on va l'indiquer, très répandue en France. Il s'agit même du seul type de règles matérielles évoqué, alors que, selon notre analyse, il faudrait en distinguer deux.

B) La convention d'arbitrage soulevée devant un juge étatique.

162. Avant de confronter à la convention d'arbitrage international les principes théoriques déduits de la thèse de son double rattachement, il faut préciser qu'en réalité, notre analyse n'aura guère l'occasion de jouer. Pour expliquer les éventuelles adaptations des règles d'admissibilité imposées aux conventions de juridiction, on s'est, en effet, référé aux principes inspirant la détermination des règles de compétence internationale. Cette explication suppose donc que l'on se trouve dans l'hypothèse où un juge doit apprécier sa propre compétence. Or dans cette situation, si un juge est confronté à une convention d'arbitrage, il ne pourra, dans le cadre des droits belge, français et allemand, la soumettre qu'à un contrôle très limité, voire inexistant. Les articles 1679 du Code judiciaire belge, 1458 du nouveau Code de procédure civile français et §1027a de la *Zivilprozessordnung* ont en effet pour objectif d'éviter les manœuvres dilatoires de la partie se refusant à un arbitrage convenu et de renforcer le principe de l'appréciation par l'arbitre de sa propre compétence. Aussi, selon des modalités diverses, organisent-ils le renvoi par le juge des parties à l'arbitrage. L'article 1458 du nouveau Code de procédure civile français va, à cet égard, particulièrement loin puisqu'il prévoit que le juge français ne peut refuser de se déclarer incompétent que si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et que la convention d'arbitrage est manifestement nulle⁵⁶. Par conséquent, seuls les cas où, conformément à ces articles, un contrôle est imposé à la convention d'arbitrage, peuvent donner lieu à l'analyse proposée pour expliquer l'adaptation, en matière internationale, des conditions d'admissibilité de cette clause⁵⁷.

⁵⁴ La qualification "admissibilité" s'explique parce qu'il y a interdiction de l'effet juridictionnel de la clause en raison de la matière. Certes, eu égard aux motivations de fond de ce genre de règle, on pourrait douter de cette qualification. De telles difficultés ont déjà été mentionnées (v. *supra* n° 61).

⁵⁵ V. *infra* n°s 350 et s.

⁵⁶ Sur l'article 1458 NCPC, v. *supra* n°s 32 et 44.

⁵⁷ Comme on l'observera plus loin, les nombreuses règles de droit destinées à l'arbitrage international auxquelles recourent les juridictions françaises sont appliquées à des conventions d'arbitrage auxquelles celles-ci sont confrontées *lors de la reconnaissance ou de l'exécution d'une sentence*. Le recours

La thèse selon laquelle des mécanismes différents inspirent les règles matérielles appliquées aux conventions de juridiction selon qu'est en cause leur admissibilité ou leur formation mérite cependant d'être reprise ici. D'abord parce que notre réflexion peut contribuer à éclairer des arrêts français rendus avant l'adoption, en 1980, de l'article 1458 du nouveau Code de procédure civile, et qui ont énoncé, à propos de l'admissibilité de la convention d'arbitrage, des "règles adaptées à l'arbitrage international"⁵⁸. Ensuite et surtout, parce que notre analyse présente un intérêt *théorique*. En effet, en France, le recours à des règles matérielles spécifiques aux situations internationales est effectivement actuellement très répandu pour la convention d'arbitrage. Alors que l'explication traditionnelle donnée à cette jurisprudence ne se réfère qu'à un type de règles matérielles (a), en en distinguant *deux*, notre analyse permet de répondre à certaines objections que pourrait soulever ce mouvement jurisprudentiel, tout en ouvrant des perspectives pour d'autres droits que le droit français (b).

a. L'explication classique pour les "règles matérielles" françaises.

163. On a déjà mentionné brièvement l'explication donnée aux nombreux arrêts français appliquant à la convention d'arbitrage international des normes au contenu adapté aux situations internationales. Traditionnellement, en effet, l'application de normes françaises est justifiée par l'idée qu'il s'agit de "*règles matérielles de droit international privé*"⁵⁹ qui prennent la place de la règle de conflit de lois normalement compétente⁶⁰. En donnant directement et concrètement une solution prévue pour les relations internationales, elles permettent d'éviter l'application d'une loi interne peu adaptée aux exigences de l'arbitrage commercial international⁶¹ ou d'écarter des interdictions nationales mal connues des parties⁶². Autrement dit, ces règles ont pour but de remédier aux insuffisances de la méthode conflictuelle.

Pour montrer que le recours à de telles règles matérielles de droit international privé n'est pas nouveau, les auteurs français qui étudient la convention d'arbitrage invoquent généralement le précédent que constituerait l'arrêt *Messageries maritimes* rendu en 1950 par

à de telles règles s'explique alors par d'autres principes, ceux qui, de manière générale, inspirent le contrôle de la régularité des décisions qu'un juge doit insérer dans son ordre juridique (v. *infra* nos 175 et s.).

⁵⁸ Il faut, par ailleurs, observer que l'article 1458 n'étant pas toujours invoqué, il arrive encore que les juridictions françaises statuent, au stade de la prise de décision, sur une convention d'arbitrage. V. en ce sens, par ex., Paris (5^o Ch.), 9 novembre 1984 (Berlaty c. stés Esselte), *J.D.I.*, 1986, p. 1039, note E. LOQUIN ; Paris (1^o Ch. urg.), 30 novembre 1988 (sté Kornas Marma c. sté Durand-Auzias), *Rev. arb.*, 1989, p. 691, note P.-Y. TSCHANZ, où comme le remarque M. Tschanz (*ibidem*, p. 700), la Cour n'a pas appliqué l'article 1458 qui l'aurait limitée à un contrôle de la nullité manifeste.

⁵⁹ V. par ex. B. GOLDMAN, "Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international", *Trav. Com. fr. DIP*, 1966-1969, 1970, p. 135 ; E. LOQUIN, note sous Paris (4^o Ch.), 13 décembre 1975 (Menicucci c. Mahieux), *J.D.I.*, 1977, p. 112 ; E. MEZGER, note sous Cass. fr. (1^o Ch. civ.), 18 mai 1971 (sté Impex c. stés P.A.Z.), *Rev. crit. DIP*, 1972, p. 130 ; H. MOTULSKY, note sous Cass. civ., 7 mai 1963 (Établissements R. Gosset c. sté Carapelli), *Rev. crit. DIP*, 1963, p. 622.

⁶⁰ En ce sens, par exemple, E. LOQUIN, *op. cit.* {préc. n. 59}, p. 112 ; M. SIMON-DEPITRE, "Les règles matérielles dans le conflit de lois" {préc. n. 19}, p. 598.

⁶¹ V. par ex. Ph. FRANCECAKIS, "Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire après l'arrêt Hecht de la Cour de cassation", *Rev. arb.*, 1974, nos 17 et 21, p. 76 et 79 ; B. GOLDMAN, note sous Cass. fr. (Ch. civ. 1^o Sect.), 2 mai 1966 (Trésor public c. Galakis), *Rev. crit. DIP*, 1967, p. 555.

⁶² Ph. FOUCHARD, note sous Paris (4^o Ch.), 13 décembre 1975 (Menicucci c. Mahieux), *Rev. arb.*, 1977, p. 150.

la Cour de cassation française⁶³ à propos d'une clause valeur-or⁶⁴. Dans cette affaire, la clause litigieuse était interdite par toutes les lois internes en présence. Mais la Cour de cassation, constatant le caractère international du contrat, estime "qu'il appartient aux parties, en un tel contrat, de convenir, même contrairement aux règles impératives de la loi interne appelée à régir leur convention, une clause-or". Ainsi la Cour de cassation édictait-elle une règle matérielle française⁶⁵, s'appliquant sans référence à une règle de conflit⁶⁶, et au contenu différent de celui des règles internes susceptibles d'être désignées. C'est le même phénomène qu'illustrerait la jurisprudence française moderne relative à la convention d'arbitrage.

164. Cette analyse soulève toutefois des questions.

On pourrait s'étonner qu'en France, le recours de plus en plus fréquent à des "règles matérielles de droit international privé" d'origine jurisprudentielle tende à faire de celles-ci le principe normal d'appréciation de la convention d'arbitrage alors que, de manière générale en droit international privé, la solution de l'arrêt *Messageries maritimes* est restée isolée⁶⁷. En effet, pour les matières relevant du conflit de lois, la réaction habituelle face au caractère international d'une situation est la soumission éventuelle de celle-ci à une loi étrangère par le biais de la règle de conflit de lois⁶⁸. L'application de normes de la loi du for saisi fournissant directement une solution spécifiquement internationale est considérée comme un phénomène exceptionnel⁶⁹, qui ne doit intervenir que lorsque la règle de rattachement conduirait à la mise en œuvre d'une loi étrangère dont les dispositions seraient en opposition avec les conceptions fondamentales du for⁷⁰.

⁶³ Cass. fr. (Ch. civ., Sect. civ.), 21 juin 1950 (Etat français c. Comité de la Bourse d'Amsterdam et de Mouren), *Rev. crit. DIP*, 1950, p. 609, note H. BATIFFOL. — Comme auteurs citant cet arrêt comme un précédent pour la jurisprudence relative à la convention d'arbitrage, v. par exemple F. DEBY-GERARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Dalloz, Paris, 1973, nos 128 à 147 ; B. GOLDMAN, note sous Paris (5^o Ch.), 19 juin 1970 (Hecht c. sté Buisman's), *J.C.P.*, 1971, II, 16927 ; E. MEZGER, *op. cit.* {préc. n. 59}, p. 130 ; H. MOTULSKY, *op. cit.* {préc. n. 59}, p. 622 ; M. SIMON-DEPITRE, "Les règles matérielles dans le conflit de lois" {préc. n. 19}, p. 596.

⁶⁴ C'est-à-dire une clause relative à la monnaie de compte d'un contrat et décidant que le paiement de celui-ci doit se faire en "monnaie-or". Ce mécanisme permet d'éviter les inconvénients d'une dépréciation des monnaies car il oblige à payer le montant qui, au moment du paiement, équivaut à la quantité d'or prédéfinie.

⁶⁵ En fait, pour fonder cette solution, la Cour de cassation a fait appel à la notion d'ordre public international français. Mais comme le remarquent MM. Ancel et Lequette, le recours à l'exception d'ordre public était malencontreux car il rappelait son rôle d'éviction de la loi normalement applicable alors qu'il était utilisé, dans cet arrêt, pour régir directement et positivement une situation. Cette expression masquait donc, en réalité, la naissance d'une règle matérielle de droit international privé (B. ANCEL, Y. LEQUETTE, n^o 15, p. 191 et s. (note sous l'arrêt Etat français c. Comité de la Bourse d'Amsterdam et de Mouren).

⁶⁶ En ce sens, B. ANCEL, Y. LEQUETTE, n^o 15, p. 192 (note sous l'arrêt Etat français c. Comité de la Bourse d'Amsterdam et de Mouren) ; M. SIMON-DEPITRE, "Les règles matérielles dans le conflit de lois" {préc. n. 19}, p. 598. *Contra* J.-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Economica, Paris, 1982, nos 66 à 82, p. 54 à 65, qui estime que l'arrêt *Messageries maritimes* a fait application de la méthode conflictuelle.

⁶⁷ V. P. MAYER, n^o 19 ; A.E. VON OVERBECK, "Les règles de droit international privé matériel". *De Conflictu Legum. Mélanges R. Kollewijn, J. Offerhaus*, Leiden, 1962, p. 363.

⁶⁸ P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, "A propos du contrat international", *J.D.I.*, 1951, p. 12.

⁶⁹ En ce sens. H. BAUER. "Les traités et les règles de droit international privé matériel" {préc. n. 20}, p. 544.

⁷⁰ En ce sens, P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, "A propos du contrat international" {préc. n. 68}, p. 12. qui explique ainsi que la Cour de cassation française ait, dans l'arrêt *Messageries maritimes*, fait

S'il y a pléthore de "règles matérielles de droit international privé" à propos de la convention d'arbitrage, n'est-ce pas parce que, dans cette matière, elles ne s'expliquent pas de la même manière que pour l'arrêt *Messageries maritimes* ?

On observera, par ailleurs, que, de manière générale, les liens qu'entretient la règle matérielle de droit international privé avec la règle de conflit de lois sont discutés⁷¹. Contrairement à l'interprétation donnée à la jurisprudence française relative à la convention d'arbitrage⁷², il n'est pas toujours admis que les règles matérielles de droit international privé *remplacent* la règle de conflit de lois. Plusieurs auteurs soutiennent au contraire que ces règles n'interviennent *qu'après la désignation, par une règle de conflit de lois*, de l'ordre juridique auquel elles appartiennent⁷³. Ainsi, pour M. Fallon, dans la règle jurisprudentielle de l'arrêt *Messageries maritimes*, il faut distinguer une règle matérielle de droit international privé autorisant la clause-or *et* une règle d'applicabilité désignant l'ordre juridique français⁷⁴.

Ne peut-on réconcilier ces différents points de vue en constatant que, dans la plupart des cas, les juridictions françaises ont énoncé des règles matérielles pour des questions où, en réalité, le recours à la règle de conflit de lois ne s'imposait pas et où la compétence de la loi du for saisi était normale eu égard à la matière concernée ?

b. L'intérêt de l'explication proposée.

165. Après avoir indiqué que les objections évoquées tombent en grande partie dans le cadre de l'analyse que nous proposons (aa), on remarquera que celle-ci peut également être utile pour les situations belge et allemande (bb).

166. (aa) Il semble qu'en rapprochant la distinction exposée sur les deux types de règles matérielles susceptibles d'être imposées aux conventions de juridiction et l'interprétation générale qui a déjà été donnée à la jurisprudence française, on puisse

référence à l'exception d'ordre public international. *adde* B. ANCEL, Y. LEQUETTE, n° 3, p. 360 (note sous l'arrêt Galakis).

⁷¹ En ce sens, D. HOLLEAUX, J. FOYER, G. de GEOUFFRE de LA PRADELLE, *Droit international privé*, Masson, Paris, 1987, n° 693, p. 340. V. sur l'ensemble de cette question, H. BAUER, "Les traités et les règles de droit international privé matériel" {préc. n. 20}, p. 539 à 545 ; F. DEBY-GERARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux* {préc. n. 63}, n°s 156 à 164 ; Ph. FRANCESKAKIS, "Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissaire..." {préc. n. 61}, n° 28, p. 83 ; M. SIMON-DEPITRE, "Les règles matérielles dans le conflit de lois" {préc. n. 19}, p. 598 à 606.

⁷² V., par ex., M. SIMON-DEPITRE, "Les règles matérielles dans le conflit de lois" {préc. n. 19}, p. 598, qui estime que les règles matérielles dégagées par la jurisprudence française à propos de la clause compromissaire sont indépendantes de la règle de conflit de lois puisqu'elles sont intervenues dans des cas où la règle de conflit de lois aurait donné compétence à une loi étrangère. Dans le même sens, H. BAUER, "Les traités et les règles de droit international privé matériel" {préc. n. 20}, p. 541.

⁷³ En ce sens, M. FALLON, "Les règles d'applicabilité en droit international privé" {préc. n. 19}, p. 301 ; P. MAYER, n° 19 ; F. RIGAUX, n° 268.

⁷⁴ M. FALLON, "Les règles d'applicabilité en droit international privé" {préc. n. 19}, p. 301, note 36. — Dans un sens analogue, P. MAYER, n° 136, qui remarque que de telles règles matérielles supposent au moins "l'intervention d'une règle de compétence législative qui pourrait s'énoncer ainsi : "En toute matière où existe une règle française propre aux relations internationales, cette règle doit être appliquée par le juge français, à l'exclusion de toute règle étrangère". (...) Le procédé direct pur ne se suffit pas à lui-même, il doit être combiné avec le procédé indirect, même si celui-ci se réduit à donner automatiquement compétence à la loi du for". — On peut d'ailleurs remarquer, avec M. Schlosser, que pour les autres Etats, l'application des règles matérielles de droit international privé françaises dégagées à propos de la convention d'arbitrage ne se fera *qu'après désignation*, par leurs règles de conflit de lois, de l'ordre juridique français (P. SCHLOSSER, n° 227).

expliquer le fréquent recours par celle-ci à des règles matérielles de l'arbitrage international dans son appréciation de la convention d'arbitrage⁷⁵.

Il convient, à cet égard, de rappeler l'approche juridictionnelle de la convention d'arbitrage qui a été proposée dans cette étude. Alors que l'approche contractuelle traditionnelle considère que cette clause se situe exclusivement dans le cadre du conflit de lois, nous pensons que par ses aspects juridictionnels, elle se rattache à la matière des conflits de juridictions. Cela implique que son "*admissibilité*" notamment dépend normalement, et sans conflit de lois véritable, de la compétence de la loi du for saisi. Si celle-ci peut, pour diverses raisons, déroger à ce principe par le recours à la méthode conflictuelle, il n'en reste pas moins que, théoriquement, cette question *ne relève pas du conflit de lois*⁷⁶.

L'approche juridictionnelle de la convention d'arbitrage conduit, par conséquent, à donner à la jurisprudence française une interprétation nouvelle. Elle signifie en effet que lorsque, à propos d'un aspect relatif à l'admissibilité de cette clause, les juridictions françaises énoncent une règle matérielle de l'arbitrage international, celle-ci *ne remplace pas* une règle de conflit de lois qui serait normalement applicable ; elle exprime simplement la compétence de principe qui revient à la loi du for saisi en cette matière⁷⁷.

On observe ainsi que, dans la mesure où les arrêts français considérés concernent l'admissibilité de la convention d'arbitrage, on ne peut reprocher aux règles matérielles françaises de "prendre la place" de la règle de conflit de lois normalement applicable. L'ordre juridique français a bel et bien un titre pour appliquer les normes qu'il estime adaptées⁷⁸ : celui-ci est indépendant d'une véritable règle de conflit de lois ; il provient de la règle de droit international public qui reconnaît à chaque Etat la compétence législative pour s'organiser⁷⁹.

⁷⁵ Si l'analyse qui va être donnée à présent pour le recours en France à des règles matérielles est avant tout théorique, il convient d'annoncer qu'en étudiant plus loin les principes spécifiques inspirant l'hypothèse de la reconnaissance d'une décision déjà rendue, on éclairera, sous un angle plus pratique, les raisons qui peuvent motiver l'application de ces règles (v. *infra* n^{os} 175 et s.).

⁷⁶ Sur ces questions, v. *supra* n^{os} 105 et 106.

⁷⁷ V. *supra* n^{os} 73 et 74. Comme on l'a déjà remarqué plus haut (*supra* n^o 106), on objectera peut-être que ces règles matérielles françaises prennent bel et bien la place de la règle de conflit de lois puisqu'avant leur création, le recours à une règle de conflit de lois était préconisé pour le même problème. Ainsi, par exemple, l'arrêt *Galakis* précité (*supra* note 61) a-t-il créé une règle matérielle de l'arbitrage international à propos de l'aptitude à compromettre de l'Etat français alors que la même question avait antérieurement été soumise à la loi du contrat par l'arrêt *San Carlo* (Cass. fr. (Ch. civ. 1^o Sect.), 14 avril 1964 (O.N.I.C. c. capitaine du San Carlo), *J.D.I.*, 1965, p. 646, note B. GOLDMAN, *Rev. crit. DIP*, 1966, p. 68, note H. BATIFFOL). Mais en réalité, le recours à des règles de conflit de lois pour des questions relevant de l'admissibilité de la convention d'arbitrage a été utilisé pour nuancer le principe de l'application de la loi du for saisi et éviter ainsi les règles d'inadmissibilité prévues par la *lex fori*. Il n'a pas remis en question la compétence de principe de la loi du for saisi. La situation française actuelle traduit d'ailleurs un retour à ce principe parce que lorsqu'elle s'accompagne de règles adaptées à l'arbitrage international, cette solution paraît actuellement la plus favorable à l'arbitrage.

⁷⁸ Dans un sens analogue, F. RIGAUX, "Souveraineté des Etats et arbitrage transnational", *Mélanges Goldman*, n^o 10, p. 265, qui, s'interrogeant sur la compétence de l'ordre juridique français pour régler de manière unilatérale les arbitrages internationaux avec lesquels il entre en contact alors qu'il s'agit de phénomènes qui par définition excèdent en partie les bornes de sa compétence, remarque cependant que "le droit français peut, comme tout système étatique, apprécier les conventions d'arbitrage qui ne lui appartiennent pas exclusivement, à la condition qu'il se limite à en régler la validité et les effets de son point de vue et dans les limites de sa compétence internationale". On observe que, pour cet auteur également, c'est l'effet juridictionnel de la convention d'arbitrage sur le for saisi qui justifie l'application de la *lex fori*.

⁷⁹ Sur ce principe, v. *supra* n^o 73.

167. Par ailleurs, il a été expliqué que l'admissibilité des conventions de juridiction, par ses liens avec la matière de la compétence, pouvait "naturellement" faire l'objet de règles matérielles adaptées aux situations internationales. Ce phénomène s'explique en effet par les principes relatifs à la détermination des règles de compétence internationale⁸⁰. On comprend dès lors qu'il puisse y avoir, dans le cadre de la jurisprudence française, plus de règles matérielles spécifiques aux relations internationales à propos de la convention d'arbitrage qu'à propos de questions se rattachant au conflit de lois. Car il s'agit, en réalité, non de "règles matérielles de droit international privé" mais de "règles matérielles relatives à la compétence internationale"⁸¹.

A l'appui de cette analyse en termes de "règles matérielles de compétence internationale", on peut avancer les décisions qui ont procédé de manière analogue à celles qui ont été présentées à propos de la convention d'élection de for⁸², c'est-à-dire celles qui ont limité à l'ordre interne la portée de certains articles de l'ancien Code de procédure civile. On rappellera, à cet égard, les arrêts *Mardelé* et *Dambricourt*, datant respectivement de 1930 et de 1931, où la Cour de cassation française a décidé que la prohibition de la clause compromissoire prévue par l'article 1006 de l'ancien Code de procédure civile n'était pas applicable dans l'ordre international et que les parties pouvaient, par conséquent, choisir une loi étrangère admettant cette clause⁸³. Dans ces arrêts, la convention d'arbitrage était soulevée au stade de l'appréciation de sa compétence par le juge saisi ; par ailleurs, les textes considérés, par leur insertion dans le Code de procédure civile, trahissaient leurs liens avec la matière de la compétence. Aussi, peut-on dire qu'en levant la prohibition de la clause compromissoire pour les contrats internationaux, la Cour de cassation a adapté, en se fondant sur les principes relatifs à la compétence internationale, une règle d'inadmissibilité de la convention d'arbitrage. Il faut toutefois *préciser* que la démarche adoptée par la Cour de cassation est un peu spéciale. Dès lors qu'elle modifiait la règle d'inadmissibilité du droit interne en la supprimant dans l'ordre international, la Cour aurait pu créer une règle matérielle française reconnaissant la clause compromissoire internationale. Le titre d'application du droit français pour une telle règle positive d'admissibilité de la convention d'arbitrage aurait été déduit des liens entre cette question et la matière de la compétence, soumise par principe à la loi du for saisi. Ce n'est pourtant pas ce qu'a fait la Cour de cassation. La règle énoncée pour les situations internationales est une *règle de conflit de lois* confiant à la loi choisie par les parties le règlement de cette question d'admissibilité. Cette solution s'explique probablement par le contexte purement conflictuel dans le cadre duquel la convention d'arbitrage était abordée à cette époque et qui avait pour conséquence, comme on l'a déjà indiqué, que même les questions d'admissibilité de la clause étaient régies par des règles de conflit de lois⁸⁴.

⁸⁰ V. *supra* nos 152 et 153.

⁸¹ Remarquons que le fait qu'il ait néanmoins toujours été question, à propos de cette jurisprudence, de "règle matérielle de droit international privé" ne suffit pas à condamner notre position. Cette expression est, en effet, parfois utilisée pour les règles développées à propos de la convention d'élection de for dans des hypothèses où il n'est pas contesté que l'adaptation qui conduit à des règles matérielles pour les cas internationaux résulte des principes relatifs aux conflits de juridictions (v. par exemple A. HUET, n° 16, à propos de l'arrêt *Sorelec* de la Cour de cassation relatif à la limitation de la portée de l'article 48 NCPC).

⁸² V. *supra* n° 157.

⁸³ Cass. fr. (Ch. civ.), 19 février 1930 (*Mardelé c. Muller*), 27 janvier 1931 (*Dambricourt c. Rossard*). *Rev. crit. DIP.* 1931, p. 514.

⁸⁴ et c'est pourquoi nous avons déjà évoqué les arrêts *Mardelé* et *Dambricourt* dans le cadre de notre présentation de l'approche conflictuelle traditionnelle de la convention d'arbitrage (v. *supra* nos 92 à

L'explication selon laquelle l'adaptation aux situations internationales des règles d'admissibilité de la convention d'arbitrage est due aux liens entre cette question et la matière des conflits de juridictions est, à notre avis, valable pour *toutes* les conditions d'admissibilité de la convention d'arbitrage, même quand leur parenté avec les questions de compétence ne se manifeste pas, comme c'était le cas dans le cadre des arrêts *Mardelé* et *Dambricourt*, par leur insertion dans le Code de procédure civile. Ainsi, par exemple, peut-elle justifier que, dans l'arrêt *Hecht* rendu le 4 juillet 1972 par la Cour de cassation française⁸⁵ ou dans l'arrêt *Menicucci* prononcé le 13 décembre 1975 par la Cour d'appel de Paris⁸⁶, fut levée, en matière internationale, la règle d'inadmissibilité de la clause compromissoire fondée sur le caractère mixte du contrat principal⁸⁷. On ne peut guère donner d'exemple de décisions plus actuelles puisque, comme on l'a dit, depuis l'adoption de l'article 1458 du nouveau Code de procédure civile, les juridictions françaises ne sont, le plus souvent, confrontées à des conventions d'arbitrage qu'au stade de la reconnaissance d'une sentence⁸⁸ et les règles matérielles qu'elles énoncent en matière d'admissibilité ne peuvent dès lors être expliquées par les principes de détermination de la compétence internationale.

168. Aussi, faut-il constater que, pour les règles matérielles de l'arbitrage international qui ont été élaborées par les juridictions françaises à propos de *l'admissibilité* de la convention d'arbitrage, les deux objections évoquées tombent. Ces règles françaises ne prennent pas la place d'une règle de conflit de lois ; elles traduisent la compétence de principe de la *lex fori* en cette matière. Et les principes de détermination de la compétence internationale contribuent à expliquer qu'elles se rencontrent plus fréquemment que dans les matières relevant uniquement du conflit de lois⁸⁹.

Les objections soulevées par l'explication classique de la jurisprudence française n'interviennent donc que lorsque celle-ci crée des règles matérielles relatives à la "*formation*" de cette clause qui est le domaine pour lequel cette dernière est soumise normalement à la méthode du conflit de lois⁹⁰. Ce n'est en effet que dans ce cadre qu'il peut réellement être question de "règles matérielles de droit international privé"⁹¹.

Or, comme on l'a indiqué, jusqu'il y a peu, les juridictions françaises n'ont eu recours à des règles matérielles françaises que pour assouplir les conditions d'admissibilité de la convention d'arbitrage ; elles n'ont que très récemment commencé à utiliser cette méthode

95). — Sur la qualification "admissibilité" pour les règles qui interdisent la clause compromissoire, v. *supra* nos 55 et 61.

⁸⁵ Cass. fr. (1^o Ch. civ.), 4 juillet 1972 (Hecht c. sté Buisman's), *J.D.I.*, 1972, 843, note B. OPPETIT, *Rev. arb.*, 1974, p. 89, *Rev. crit. DIP*, 1974, p. 82, note P. LEVEL. Pour l'arrêt d'appel, v. Paris (5^o Ch.), 19 juin 1970 (Hecht c. sté Buisman's), *J.C.P.*, 1971, II, 16927, note B. GOLDMAN.

⁸⁶ Paris (4^o Ch.), 13 décembre 1975 (Menicucci c. Mahieux), *Rev. crit. DIP*, 1976, p. 507, note B. OPPETIT, *J.D.I.*, 1977, p. 106, note E. LOQUIN, *Rev. arb.*, 1977, p. 147, note Ph. FOUCHARD.

⁸⁷ c'est-à-dire un contrat conclu entre un commerçant et un non-commerçant.

⁸⁸ Remarquons cependant que l'arrêt *Société Korsnas Marma* de la Cour d'appel de Paris a été rendu au stade de l'appréciation par le juge français de sa propre compétence (Paris (1^o Ch. urg.), 30 novembre 1988 (sté Kornas Marma c. sté Durand-Auzias), *Rev. arb.*, 1989, p. 691, note P.-Y. TSCHANZ). La règle matérielle qu'il énonce ne peut toutefois pas illustrer notre propos relatif aux règles d'"admissibilité" de la convention d'arbitrage car, comme on l'indiquera plus loin (*infra* nos 335 et s.), elle concerne sa "formation".

⁸⁹ On observera dans la section suivante que lorsque la convention d'arbitrage est soulevée au stade de la reconnaissance d'une décision, d'autres éléments expliquent la pléthore de règles matérielles appliquées à cette clause. (V. *infra* n^o 194).

⁹⁰ V. *supra* nos 80 et 81.

⁹¹ V. *supra* nos 154.

dans le domaine de sa formation⁹². La portée réelle de l'interprétation traditionnelle de la jurisprudence française et des interrogations qu'elle suscite est dès lors *limitée*.

Il convient de préciser qu'on n'examinera pas ici les véritables "règles matérielles de droit international privé" qui sont développées en France à propos de la convention d'arbitrage. S'agissant d'exceptions par rapport au principe du recours à des *lex causæ* en matière de formation des conventions de juridiction, ces hypothèses seront abordées dans le cadre d'un examen plus approfondi des dérogations susceptibles d'être apportées aux principes dégagés dans cette première partie de ce travail⁹³.

169. (bb) On observera que la mise en évidence de la possibilité d'adaptation des règles d'admissibilité relatives à la convention d'arbitrage dans les situations impliquant la compétence internationale du juge saisi peut être utile dans d'autres cadres que celui de l'ordre juridique français.

Ainsi cette analyse donne-t-elle, en Allemagne, des arguments à la doctrine qui encourage les juridictions de ce pays à adapter certaines règles d'inadmissibilité relatives à la convention d'arbitrage en décidant, par une "*teleologische Reduktion*", qu'elles ne s'appliquent pas dans l'ordre international⁹⁴. Or jusqu'à présent, cette suggestion n'a été que rarement suivie⁹⁵.

En Belgique, cette présentation peut *contribuer à l'émergence d'un statut propre à la convention d'arbitrage conclue en matière internationale*. Actuellement, en effet, la matière de l'arbitrage est régie par les articles 1676 à 1723 du Code judiciaire. Mais, ceux-ci étant applicables à tous les arbitrages qui ont leur siège en Belgique, ils ne distinguent pas selon que l'arbitrage considéré se rapporte à un litige interne ou à une situation internationale⁹⁶.

En ce qui concerne la convention d'arbitrage, la jurisprudence belge pourrait, à notre avis, se fonder sur les liens entre les conditions imposées à son admissibilité et la matière de

⁹² V. *supra* nos 110 et 111.

⁹³ V. *infra* nos 326 et s.

⁹⁴ V. P. SCHLOSSER, nos 273 et 291, qui suggère une "réduction téléologique" d'interdictions qui touchent la convention d'arbitrage dans certaines matières. *adde* H. BARBER, *Objektive Schiedsfähigkeit und ordre public in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, Peter Lang, Europäischer Verlag der Wissenschaften, 1994, p. 146.

⁹⁵ On peut penser que cette suggestion a été suivie en matière de bourse à terme. On sait que pour assurer l'application effective de certaines dispositions protégeant les non-professionnels qui se livrent à de telles opérations, la jurisprudence allemande a décidé de ne pas reconnaître les conventions d'arbitrage ayant pour effet indirect de permettre l'application d'une autre loi que la loi allemande (v. *supra*, Chapitre I, note n° 102). Or le *Bundesgerichtshof* a récemment décidé que les dispositions en question ne faisaient plus partie des principes essentiels du droit allemand susceptibles de s'opposer à la reconnaissance d'une sentence étrangère au regard de l'article §1044, al. 2, n° 2 ZPO (BGH, 26 février 1991, *R.I.W.*, 1991, p. 420). Il faut savoir que l'article §1044 ZPO, qui règle les contrôles auxquels sont soumises les sentences étrangères dans le cadre de l'exequatur, ne comprend aucune règle spécifique à la convention d'arbitrage. Aussi est-ce dans le cadre de son alinéa 2, n° 2, que certaines exigences peuvent être imposées à cette clause. Par conséquent, dès lors que vis-à-vis des sentences étrangères les dispositions allemandes relatives aux opérations de bourse à terme ne relèvent plus de l'article §1044, al. 2, n° 2, on constate que vis-à-vis de ces situations internationales, l'interdiction de conclure la convention d'arbitrage est tombée. Il convient d'observer pour expliquer cet arrêt qu'au désir du *Bundesgerichtshof* d'adapter, en matière internationale, le régime de la convention d'arbitrage vient probablement s'ajouter celui de favoriser l'efficacité de la sentence. Comme on l'indiquera dans la section suivante, cet objectif contribue, lui aussi, à modifier dans le sens d'un assouplissement les règles applicables aux conventions de juridiction (v. *infra* n° 193).

⁹⁶ En ce sens, B. HANOTIAU, "L'arbitrage international en Belgique", *L'arbitrage. Travaux offerts au professeur A. Fettweis*, Story-Scientia, Bruxelles, 1989, n° 111, p. 147, qui esquisse toutefois, dans la suite de son exposé, en s'inspirant de la jurisprudence arbitrale internationale, les grands traits d'un statut spécifique de l'arbitrage international que pourraient reprendre à leur compte les juridictions belges.

la compétence pour, sans attendre une réforme législative⁹⁷, adapter les règles valables en droit interne quand elle l'estime nécessaire eu égard au caractère international du litige⁹⁸. Ainsi pourrait-elle, par exemple, décider de ne pas appliquer en matière internationale l'article 1676 (2) du Code Judiciaire qui interdit aux personnes morales de droit public de conclure une convention d'arbitrage⁹⁹.

Il convient de remarquer que, pour s'engager sur cette voie, les juridictions belges auront à déterminer le *critère d'internationalité* requis pour ces adaptations. On peut, à cet égard, s'inspirer de la situation française. On considère, dans ce pays, qu'il ne suffit pas, pour adapter les normes relatives à la convention d'arbitrage, que la situation se rattache à plusieurs ordres juridiques, ce qui, dans la terminologie française, constitue une "internationalité juridique". Il faut, en outre, qu'elle présente une "internationalité économique", c'est-à-dire qu'elle mette en cause les intérêts du commerce international¹⁰⁰. Ce critère présente l'intérêt de correspondre aux cas où il y a *arbitrage commercial international* et où les arbitres vont ressentir le besoin de développer, dans leurs sentences, des normes spécifiques aux relations commerciales internationales. La souplesse des ordres étatiques dans la reconnaissance de tels arbitrages favorise, dès lors, un règlement des litiges mieux adapté à de telles situations que les droits internes. Mais, on pourrait également choisir un critère d'internationalité fondé sur *l'éloignement* de la situation considérée par rapport à l'ordre juridique belge. Cette optique serait conforme à celle qui inspire l'article 1717 (4) du Code judiciaire, qui ne permet d'intenter un recours en annulation contre les sentences arbitrales rendues en Belgique que lorsque celles-ci, par la nationalité ou

⁹⁷ Remarquons que dans le conflit de lois, la spécificité des relations internationales est reconnue par l'usage de la notion d'"ordre public international", moins sévère que l'ordre public national. Pourquoi cette spécificité ne serait-elle pas reconnue de même, *et par la jurisprudence également*, quand il y a matière à conflits de juridictions ? V. d'ailleurs G. HORSMANS, "Actualité et évolution du droit belge de l'arbitrage", *Rev. arb.*, 1992, p. 452, qui estime que "les juges belges, de plus en plus attentifs aux réalités et aux exigences internationales, paraissent bien être prêts, quant à eux, à reconnaître et à consacrer ces spécificités".

⁹⁸ Certes, comme on l'a dit, la compétence internationale étant réglée en Belgique par des normes spécifiques, les articles 635 à 638 du Code judiciaire, on ne peut, à la différence de ce qu'il se passe dans le droit français, considérer comme un principe que la jurisprudence adapte, comme elle l'entend, les normes en ce domaine. Dès lors toutefois que le droit belge est muet sur le cas de la convention d'arbitrage international (si ce n'est dans certaines matières particulières comme les concessions de vente exclusive, point qui sera étudié en détails plus loin, *infra* n^{os} 218 et s.), on peut suggérer, comme on l'a fait pour la convention d'élection de for internationale (v. *supra* n^o 159), que la jurisprudence procède à de telles adaptations. Car, dans le cas contraire, les règles relatives aux conventions de juridiction conclues en matière interne devraient être transposées aux hypothèses internationales. Cette position impliquerait, dans certains cas, la négation du caractère spécifique des relations internationales. Ce serait regrettable et illogique puisque l'ordre juridique belge a reconnu cette spécificité en énonçant des règles particulières pour la compétence internationale.

⁹⁹ V., sur ce sujet, P. LAMBERT, "L'arbitrage et les pouvoirs publics", in *L'arbitrage, Journée d'étude du Barreau de Bruxelles*, Ed. du Jeune Barreau, 1983, p. 23 à 37. — On remarquera que lorsque la Convention de Genève est applicable, l'article 1676 (2) du Code judiciaire ne peut pas être invoqué par l'Etat belge pour se soustraire après coup à un arbitrage relatif à des opérations du commerce international auquel il aurait consenti. En effet, l'article II (1) de cette Convention prévoit que les "personnes morales de droit public ont la faculté de conclure valablement des conventions d'arbitrage". Il faut toutefois préciser que la Belgique, en ratifiant cette Convention, a fait usage de la réserve prévue par le deuxième alinéa de cet article et a limité cette faculté aux conventions d'arbitrage *conclues par l'Etat*. — Pour un cas d'application de la Convention de Genève à une convention d'arbitrage conclue par l'Etat belge, v. la Sentence arbitrale *ad hoc* rendue à Lausanne, 18 novembre 1983 (Benteler e.a. c. Etat Belge), *Rev. arb.*, 1989, p. 339, note D. HASCHER. — Sur le problème général de l'aptitude des personnes morales de droit public à conclure une convention d'arbitrage, v. encore *infra* n^{os} 249 et 250.

¹⁰⁰ V. sur ces différents critères Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, n^{os} 81 et s., p. 48 et s.

la résidence d'une des parties, présentent un certain lien avec ce pays¹⁰¹. Il resterait alors à déterminer les éléments à prendre en considération pour décider si un litige est éloigné ou proche de l'ordre juridique belge et si par conséquent, la convention d'arbitrage soulevée peut ou ne peut pas être soumise à des normes différentes de celles du droit interne belge.

170. En conclusion, le double rattachement des conventions de juridiction conduit à distinguer *deux mécanismes différents susceptibles d'expliquer une adaptation de leur régime face aux situations internationales*. Pour leurs aspects qui relèvent des conflits de juridictions, c'est-à-dire leur "licéité de principe", la "portée de leur effet juridictionnel" et leur "admissibilité", ce phénomène s'explique par les principes relatifs à la compétence internationale, explication qui a l'intérêt de souligner le caractère "normal" de telles adaptations. Seuls les points des clauses étudiées se rattachant au conflit de lois, c'est-à-dire ceux qui touchent à leur "formation", peuvent, le cas échéant, être soumis aux "règles matérielles de droit international privé" dont il est question pour les contrats substantiels mais qui, en réalité, constituent un phénomène assez rare.

Il importe de rappeler que la possibilité d'adaptation aux situations internationales des règles relatives aux conventions d'arbitrage et d'élection de for ne doit pas nécessairement se traduire par des règles favorisant leur efficacité. Il se pourrait en effet qu'on estime que les dangers qu'elles représentent sont plus importants justement parce qu'il s'agit d'une situation internationale et qu'on décide d'adopter des règles matérielles destinées à en *limiter* les effets¹⁰². C'est ce qui distingue l'hypothèse où un juge est confronté à une convention de juridiction lors de l'appréciation de sa propre compétence de celle où la clause est soulevée dans le cadre d'une procédure de reconnaissance d'une décision déjà rendue. Comme on va l'observer dans la section suivante, dans ce dernier cas, la modification des règles internes pour tenir compte des situations internationales doit, au contraire, se traduire toujours par des règles *plus souples*, car il s'agit alors de favoriser l'efficacité de la décision qui existe.

¹⁰¹ Pour une présentation plus détaillée de l'article 1717 (4) du Code judiciaire belge, v. *infra* n^{os} 180 et 198.

¹⁰² Telle peut être, à notre avis, une explication pour l'arrêt *Société British Leyland* dont les commentateurs ont observé qu'il offrait un rare exemple d'adoption de règle matérielle ayant pour but d'*invalidier* la convention d'arbitrage. Or il faut remarquer que cet arrêt a été rendu alors qu'il n'y avait pas encore eu arbitrage, c'est-à-dire au stade du déclinatoire de juridiction (Cass. fr. (1^o Ch. civ.), 6 juin 1978 (sté British Leyland c. sté d'exploitation des Etablissements Richard), *J.D.I.*, 1978, p. 907, note B. OPPETIT, *Rev. arb.*, 1979, p. 230, note P. LEVEL ; sur cet arrêt, v. également les notes n^o 27 et 29 du Chapitre I).

SECTION II : AU STADE DE LA RECONNAISSANCE D'UNE DÉCISION.

171. Il est une autre hypothèse susceptible de conduire à une modification du régime des conventions d'arbitrage et d'élection de for : quand elles sont soulevées devant un juge confronté à une décision, sentence ou jugement, qui a été rendue en conformité ou en violation de la clause. On peut, en effet, se demander si les objectifs du contrôle de régularité que subissent, avant d'être reconnues, les décisions provenant d'une instance étrangère se traduisent, à propos des conventions de juridiction, par des règles différant sur certains points de celles que le juge leur applique au stade de l'appréciation de sa propre compétence.

Il semble qu'il soit rare d'étudier cette hypothèse¹⁰³. Nous pensons toutefois que cette situation mérite un examen particulier. En effet, des principes spécifiques régissent les règles de droit applicables au stade de la reconnaissance d'une décision et ceux-ci diffèrent selon que la question considérée relève des conflits de juridictions ou du conflit de lois. Dès lors que l'on soutient que les conventions étudiées se rattachent à ces deux domaines, il importe d'étudier si et dans quelle mesure ces divers principes se répercutent sur les différents aspects de leur régime. Ainsi, après avoir examiné les conséquences du double rattachement des conventions de juridiction quant au droit applicable et quant à la détermination des règles de droit qui leur sont applicables dans les situations internationales, convient-il de continuer l'esquisse d'une approche générale de ces clauses en droit international privé en étudiant à présent l'hypothèse où elles sont soulevées au stade de la reconnaissance d'une décision.

172. Après avoir exposé les principes théoriques que le double rattachement des conventions de juridiction suggère pour les règles de droit applicables à celles-ci au stade de la reconnaissance d'une décision (§1), on observera qu'ils peuvent contribuer à éclairer les deux hypothèses susceptibles de se présenter et qui, dans la réalité, suscitent parfois des questions : la reconnaissance d'une décision fondée sur une de ces clauses et celle d'un jugement l'ayant méconnue (§2).

§1 — Principes théoriques.

173. Si jusqu'à présent dans cette étude, on a mis en avant les ressemblances entre la convention d'arbitrage et la convention d'élection de for conclues en matière internationale en soulignant leur commun effet sur la juridiction du for qui y est confronté, il faut constater qu'au stade de la reconnaissance des décisions auxquelles elles ont donné lieu, ce sont surtout leurs dissemblances qui sont manifestes. Les différences entre les mécanismes de règlement des litiges qu'elles mettent en place se traduisent alors dans le type même de décision à reconnaître, sentence ou jugement, et dans les règles applicables dans l'un et l'autre cas. Il peut paraître étonnant que pour poursuivre la comparaison entre la convention d'arbitrage et

¹⁰³ V. cependant A.E. VON OVERBECK, "Les élections de for selon la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987", *Festschrift M. Keller*, Zürich, 1989, p. 623 et s., qui envisage explicitement le cas d'une convention d'élection de for soulevée au stade de la reconnaissance d'une décision et qui distingue les deux situations pouvant se présenter, "l'exécution des décisions rendues au for contractuel étranger" et "la reconnaissance et l'exécution en Suisse d'une décision rendue à un for étranger en violation d'une prorogation en faveur d'un tribunal suisse". — Il convient d'observer que Mme Kaufmann-Kohler envisage le cas de la convention d'élection de for soulevée au stade de la reconnaissance d'une décision mais uniquement pour évoquer, de manière générale, les liens qu'il entretient avec la compétence indirecte. Cet auteur n'en tire aucune conclusion relative au régime de la clause d'élection de for (G. KAUFMANN-KOHLER, p. 68 à 70). Quant à Mme Gaudemet-Tallon, elle aborde cette hypothèse pour déterminer la règle de conflit de lois particulière qu'il faudrait appliquer alors à la convention d'élection de for (v. sur ce point *infra* note n° 140) mais elle ne déduit pas de la spécificité de cette hypothèse des réflexions relatives aux règles de droit appliquées à la clause.

la convention d'élection de for, on soit amené à rapprocher des questions aussi différentes que la reconnaissance des sentences arbitrales et celle des jugements.

En réalité, cette démarche est fidèle à l'acception large de l'expression "conflits de juridictions" qui a été choisie dans ce travail¹⁰⁴. Englobant les conflits entre juridictions étatiques et ceux qui naissent entre ces dernières et la juridiction arbitrale, celle-ci vaut non seulement pour l'hypothèse où les conflits de compétence sont seulement potentiels mais aussi pour le cas où un juge étatique doit accueillir dans son ordre juridique une décision rendue par une "juridiction étrangère"¹⁰⁵, c'est-à-dire soit un juge étranger, soit un arbitre. Il faut observer, par ailleurs, que, dans ce dernier cas, cette expression joue tout autant si le juge est confronté à une sentence lors d'un recours en annulation dirigé contre celle-ci ou dans le cadre d'une procédure relative à son exécution forcée.

Puisque, semble-t-il, le cas des conventions de juridiction soulevées dans le cadre de la reconnaissance d'une décision est rarement étudié comme tel, il importe de suggérer quelques principes pouvant inspirer un contrôle de celles-ci qui soit spécifique à cette hypothèse. La démarche proposée est la suivante : après avoir rappelé, de manière générale, les objectifs et les paramètres du contrôle de régularité auxquels sont soumis les jugements étrangers et les sentences arbitrales (A), on les confrontera aux conventions de juridiction afin d'en tirer quelques conclusions théoriques relatives à l'examen dont elles doivent faire l'objet quand elles sont soulevées dans ce contexte (B).

A) Les objectifs et les paramètres du contrôle de régularité des "décisions issues d'une juridiction étrangère".

174. Après avoir rappelé les grands traits du contrôle des jugements étrangers (a), on constatera qu'ils présentent une certaine ressemblance avec ceux du contrôle des sentences arbitrales (b).

a. La reconnaissance des jugements étrangers.

175. Il semble que, de manière générale, le contrôle de la régularité des jugements étrangers s'articule essentiellement autour de *trois axes* : le contrôle de la compétence du juge étranger, de la procédure qu'il a suivie et de sa décision au fond. Certes, des nuances apparaissent d'un pays à l'autre, selon l'importance et le contenu exact reconnu à chacun de ces contrôles. On ne s'y attardera toutefois guère car ce qui intéresse surtout notre réflexion relative aux conventions de juridiction sont les principes qui inspirent le contrôle de la compétence du juge d'origine, ce qu'on appelle la *compétence indirecte*¹⁰⁶.

176. Ainsi, en ce qui concerne le *droit commun*, les conditions imposées aux jugements étrangers ont été élaborées, en France, par la jurisprudence tandis qu'en Belgique, elles font l'objet de l'article 570 du Code judiciaire. Ainsi l'arrêt *Munzer* rendu le 7 janvier 1964 par la Cour de cassation française a-t-il imposé la vérification des cinq points suivants : la compétence du tribunal étranger, la régularité de la procédure suivie devant le tribunal étranger, l'application de la loi compétente d'après les règles françaises de conflit, la

¹⁰⁴ V. *supra* n° 70.

¹⁰⁵ En ce sens, G.H. ROTH, *Der Vorbehalt des Ordre Public gegenüber fremden gerichtlichen Entscheidungen*, Ernst und Werner Giesecking, Bielefeld, 1967, p. 136, qui choisit de regrouper sous l'expression "*Gerichtsentscheidungen einer fremden Gerichtsbarkeit*" les sentences et les jugements étrangers et compare, dans la suite de son étude, le contrôle d'ordre public imposé à l'une et à l'autre de ces catégories de décisions.

¹⁰⁶ Sur cette notion, v. C.N. FRAGISTAS, "La compétence internationale exclusive en droit privé". *Studi in onore di Antonio Segni*, t. II, Ed. A. Giuffrè, Milan, 1967, p. 200.

conformité du jugement à l'ordre public international français et l'absence de fraude à la loi¹⁰⁷. L'article 570 du Code judiciaire rencontre des préoccupations analogues à celles du droit français quand il prescrit au juge belge de vérifier "si le juge étranger n'est pas uniquement compétent à raison de la nationalité du demandeur", "si les droits de la défense ont été respectés" et "si la décision ne contient rien de contraire aux principes d'ordre public, ni aux règles du droit public belge". Il prévoit encore la révision du fond du litige¹⁰⁸ par le juge belge ainsi que la vérification "si d'après la loi du pays où la décision a été rendue, elle est passée en force de chose jugée" et "si d'après la même loi, l'expédition qui en est produite réunit les conditions nécessaires à son authenticité"¹⁰⁹.

Si la *Convention de Bruxelles* soumet à des paramètres semblables la reconnaissance des jugements rendus dans un Etat contractant, elle en libéralise le contenu. Ainsi l'article 29 interdit-il la révision au fond tandis que l'article 27 4° limite à quelques matières exclues du champ matériel de la Convention la possibilité de contrôler la règle de droit international privé utilisée par le juge d'origine. Quant au contrôle de la compétence indirecte, il est extrêmement limité. L'article 28 ne l'autorise, en effet, que pour vérifier si les dispositions des articles 7 à 16 ont été respectées. Ainsi, M. Huet constate-t-il qu'hormis ces exceptions, dans le cadre de la Convention de Bruxelles, la compétence du tribunal d'origine est en quelque sorte irréfragablement présumée¹¹⁰.

177. En France, les objectifs du contrôle de la *compétence du juge étranger* ont fait l'objet de beaucoup de débats. Il convient d'en rappeler brièvement les données car elles éclairent sur les principes qui animent la reconnaissance d'un jugement étranger.

Comme l'arrêt *Munzer* n'avait pas indiqué comment déterminer si le juge étranger était compétent, on s'est demandé s'il fallait, pour ce faire, recourir aux règles régissant la compétence des fors français, à celles valables dans le for d'origine lui-même ou à des règles qui seraient élaborées pour l'hypothèse de la reconnaissance d'un jugement étranger¹¹¹. Remarquons que la discussion ne portait pas sur le droit applicable. "La règle

¹⁰⁷ Cass. fr. (1° Ch. civ.), 7 janvier 1964 (*Munzer c. Dame Munzer*), *Rev. crit. DIP*, 1964, p. 344, note H. BATIFFOL. V. également J.-D. BREDIN, "Le contrôle du juge de l'exequatur au lendemain de l'arrêt *Munzer*", *Trav. Com. fr. DIP*, (1964-1966), Dalloz, Paris, 1967, p. 19 et s. — Les paramètres énoncés par l'arrêt *Munzer* ont été récemment rappelés par la Cour d'appel de Paris qui en a toutefois regroupé deux sous un seul intitulé : "la conformité à l'ordre public international tant en ce qui concerne la régularité de la procédure suivie qu'en ce qui concerne le fond" (Paris (1° Ch. civ.), 25 mars 1994 (*sté Falcor Cement c. M. G. Pharaon*), *Rev. crit. DIP*, 1996, p. 119, note H.M.W.). Cet artifice permet à la Cour de dire que seules quatre conditions sont à vérifier pour accorder l'exequatur. L'annotateur de cet arrêt y voit une valeur de symbole : la synthèse entre ces deux conditions de l'arrêt *Munzer* témoignerait de ce que le droit commun s'engage dans la voie déjà largement ouverte par le droit conventionnel d'un assouplissement des conditions imposées aux jugements étrangers (H.M.W., *ibidem*, p. 125).

¹⁰⁸ Il convient de remarquer que la jurisprudence belge a écarté le révision au fond pour la reconnaissance des jugements en matière d'état et de capacité. Pour plus de détails sur ce point et les discussions qui l'entourent, v. F. RIGAUX, M. FALLON, n°s 861 et s. — V. également G. VAN HECKE, "Le contrôle de la loi applicable par le juge requis", *Rev. b. dr. intern.*, 1991, p.412, qui propose de limiter l'application de ce contrôle aux cas où les parties ont été prendre jugement à l'étranger dans l'intention délibérée d'échapper aux règles de leur loi nationale.

¹⁰⁹ Sur les principes généraux inspirant cet article, v. F. RIGAUX, n°s 221 à 224. Sur l'article 570 C.Jud. lui-même, v. F. RIGAUX, M. FALLON, n°s 854 et 855.

¹¹⁰ A. HUET, "Les procédures de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers et des sentences arbitrales en droit international privé français", *Diritto del Commercio Internazionale*, 1987, p. 27.

¹¹¹ Sur l'ensemble de cette question, v. D. HOLLEAUX, J. FOYER, G. de GEOUFFRE de LA PRADELLE. *Droit international privé* {préc. n. 71}, n°s 944 à 949, p. 433 et 434. — V. également J.-D. BREDIN. "Le contrôle du juge de l'exequatur au lendemain de l'arrêt *Munzer*" {préc. n. 107}. p. 22 à 26 ; Ph. FRANCESKAKIS. "Compétence étrangère et jugement étranger", *Rev. crit. DIP*, 1953, p. 1 à

de compétence internationale indirecte est, en raison du fait qu'elle conditionne exclusivement et directement l'efficacité en France des décisions étrangères et non leur validité, nécessairement une règle française¹¹². C'est le contenu de la règle française qui était problématique ; il n'était pas clair si celle-ci devait bilatéraliser les règles de compétence directe françaises, prescrire la vérification du respect des règles de compétence directe étrangères, ou énoncer des exigences spécifiques au problème de la compétence indirecte. Le droit allemand a explicitement choisi la première de ces options, en exigeant, dans l'article §328 de la *Zivilprozessordnung* que le for étranger ait été compétent selon les règles allemandes de compétence¹¹³. Mais en France, une telle thèse a été combattue par la mise en évidence que les objectifs des règles qui déterminent la compétence des juridictions françaises pour trancher un litige ne sont pas les mêmes que ceux des règles qui décident des conditions auxquelles reconnaître un jugement étranger¹¹⁴. Car dans cette dernière hypothèse, un juge a exercé son pouvoir et une décision existe. Or le respect des prévisions légitimes des parties plaide en faveur de l'efficacité de celle-ci¹¹⁵. Par ailleurs, l'intérêt de l'ordre juridique français n'exige pas que le for étranger ne soit reconnu compétent que lorsque pour une hypothèse analogue un juge français aurait été compétent¹¹⁶. Seul importe que la compétence du juge étranger n'ait pas privé un juge français de la compétence exclusive que lui reconnaissait le droit français¹¹⁷.

Des motivations différentes animant les contrôles de compétence indirecte et de compétence directe, il faut en conclure qu'il n'est pas nécessaire ni souhaitable que les mêmes règles les déterminent¹¹⁸. Comme le résume M. Mayer, au stade de la reconnaissance, il importe moins d'édicter des règles relatives à l'efficacité des jugements étrangers que de repérer les motifs de leur inefficacité¹¹⁹, philosophie qui doit se traduire par des règles plus souples que celles qui concernent la compétence directe.

35, tous deux favorables au contrôle conformément aux règles françaises de compétence directe car celles-ci expriment quand, aux yeux de l'ordre juridique français, un juge doit être considéré comme ayant une vocation objective pour connaître d'un litige déterminé. — *Contra* la thèse de M. Holleaux qui étudie dans le détail cette problématique et prône l'adoption de règles propres au contrôle de la compétence indirecte (D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz, Paris, 1970). Dans le même sens, P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, Paris, 1973, n^{os} 146 et 227.

¹¹² P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé* {préc. n. 111}, n^o 152. Dans le même sens, de manière générale, C.N. FRAGISTAS, "La compétence internationale exclusive en droit privé" {préc. n. 106}, p. 201.

¹¹³ Sur ce point, v., par ex., B. von HOFFMANN, "Gegenwartsprobleme internationaler Zuständigkeit" {préc. n. 13}, p. 217.

¹¹⁴ V. par exemple P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé* {préc. n. 111}, n^o 233. — En Allemagne, M. Geimer a fait le même genre de critique (R. GEIMER, *Zur Prüfung der Gerichtsbarkeit und der internationalen Zuständigkeit bei der Anerkennung ausländischer Urteile*, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1966, p. 118 et s., et le compte-rendu de H. BAUER, *Rev. crit. DIP*, 1967, p. 226 et s.)

¹¹⁵ P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé* {préc. n. 111}, n^o 215.

¹¹⁶ Dans le même sens, R. GEIMER, *Zur Prüfung der Gerichtsbarkeit und der internationalen Zuständigkeit bei der Anerkennung ausländischer Urteile* {préc. n. 114}, p. 120. Plus loin, cet auteur remarque qu'un ordre juridique a, en fait, intérêt à reconnaître les jugements étrangers. Cela décharge en effet ses propres tribunaux tout en évitant que soient rendues des décisions contradictoires (*ibidem*, p. 147).

¹¹⁷ Dans le même sens, R. GEIMER, *Zur Prüfung der Gerichtsbarkeit und der internationalen Zuständigkeit bei der Anerkennung ausländischer Urteile* {préc. n. 114}, p. 107.

¹¹⁸ Sur l'indépendance entre ces deux problèmes, v., par ex., B. ANCEL, Y. LEQUETTE, n^o 6, p. 543 (note sous l'arrêt Simitch).

¹¹⁹ P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé* {préc. n. 111}, n^o 233.

Dans son arrêt *Simitch* du 6 février 1985, la Cour de cassation française a confirmé ce point de vue en limitant les griefs susceptibles d'être opposés à la compétence du juge étranger : "toutes les fois que la règle française de solution des conflits de juridictions n'attribue pas compétence exclusive aux tribunaux français, le tribunal étranger doit être reconnu compétent, si le litige se rattache d'une manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux"¹²⁰.

178. Ce qui intéressera plus loin l'examen des conventions de juridiction est la constatation que les droits belge et français reconnaissent *l'indépendance* entre le problème de l'appréciation par un juge de sa propre compétence et celui du contrôle de la compétence du juge ayant prononcé le jugement à reconnaître. Aussi les règles relatives à la compétence indirecte diffèrent-elles des règles de compétence directe et, vu l'importance de favoriser l'efficacité de la décision rendue, tendent à *limiter les cas de non-reconnaissance* de celle-ci¹²¹.

b. La reconnaissance des sentences arbitrales.

179. Si l'on observe les articles 1704 du Code judiciaire belge¹²² et 1502 du nouveau Code de procédure civile français, on constate que l'efficacité des sentences arbitrales est soumise aux mêmes types de contrôles que celle des jugements étrangers¹²³. La reconnaissance de la sentence est accordée si l'arbitre était compétent, s'il a suivi une procédure répondant à certains principes fondamentaux et si la décision au fond énoncée par la sentence n'est pas contraire à l'ordre public du pays où elle est invoquée. Il semble que la *spécificité de l'arbitrage* se traduise par cette exigence supplémentaire, qui n'est pas imposée aux jugements étrangers : l'arbitre doit s'être conformé à la mission qui lui a été conférée¹²⁴. En effet, phénomène contractuel puisant sa source dans la volonté des

¹²⁰ Cass. fr. (1^o Ch. civ.), 6 février 1985 (Mme Fairhurst c. Simitch), *Rev. crit. DIP* 1985, p. 369. Sur cet arrêt, v., par ex., B. ANCEL, Y. LEQUETTE, p. 538 et s.; Ph. FRANCESKAKIS, "Le contrôle de la compétence du juge étranger après l'arrêt "Simitch" de la Cour de cassation", *Rev. crit. DIP*, 1985, p. 244 et s. — Déjà en ce sens, Paris (1^o Ch.), 10 novembre 1971 (stés Mack Worldwide et Mack Trucks c. COFICOMEX), *J.D.I.*, 1973, p. 239, note A. HUET.

¹²¹ Observons que le même souci de limiter les cas de non reconnaissance de la décision a conduit la jurisprudence française à assouplir petit à petit le contenu des autres conditions posées par l'arrêt *Munzer*. Pour un résumé de cette évolution, v. A. HUET, "Les procédures de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers et des sentences arbitrales..." {préc. n. 110}, p. 14 à 17; H.M.W., *op. cit.* {préc. n. 107}, p. 125.

¹²² Remarquons que cet article ne concerne explicitement que le recours en annulation contre une sentence. Mais l'article 1723 du Code judiciaire, applicable à l'exequatur des sentences rendues à l'étranger, renvoie à cet article pour les griefs pouvant être soulevés dans cette dernière hypothèse. L'article 1704 est donc celui qui, en Belgique, décide des conditions d'efficacité des sentences.

¹²³ Sur les procédures applicables à ces deux types de contrôles en droit international privé français, A. HUET, "Les procédures de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers et des sentences arbitrales..." {préc. n. 110}, p. 5 et s.

¹²⁴ V. également, reprenant des contrôles analogues. l'article V de la Convention de New York. Cet article comprend cependant un contrôle absent des droits belge et français : il prévoit que la reconnaissance et l'exécution de la sentence seront refusées s'il est prouvé que la sentence a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue (art. V 1. (e)). Sur les conséquences tirées par la jurisprudence française de l'absence de ce contrôle en droit français, v. *infra* n^o 198.

parties, l'arbitrage y trouve également ses limites¹²⁵. L'arbitre est donc lié *ratione materiae* par la convention d'arbitrage¹²⁶.

Certes, les droits belge et français ne sont pas en tous points identiques. On ne s'attardera pas sur cette question. On remarquera seulement qu'à partir de ces quatre idées, le droit belge a tiré treize motifs d'annulation possibles tandis que le droit français n'en connaît que cinq¹²⁷. Il convient par ailleurs d'observer que le contrôle de fond imposé à la sentence est moins étendu que celui qui est réservé, dans le cadre du droit commun, aux jugements étrangers. Ainsi ne retrouve-t-on pas, en Belgique, le principe de la révision au fond, ni en France, celui du contrôle de la règle de conflit appliquée¹²⁸. Il est seulement vérifié si la sentence ou son exécution¹²⁹ est contraire à l'ordre public en droit belge¹³⁰, à l'ordre public international en droit français.

180. Il importe de souligner que la Belgique comme la France ont cherché à *favoriser l'efficacité des sentences arbitrales* invoquées dans leur ordre juridique.

La Loi du 27 mars 1985 a ajouté à l'article 1717 du Code judiciaire belge un quatrième alinéa qui décide que les tribunaux belges ne sont compétents pour connaître d'une demande en annulation que "lorsqu'au moins une partie au différend tranché par la sentence arbitrale est soit une personne physique ayant la nationalité belge ou une résidence en Belgique, soit une personne morale constituée en Belgique ou y ayant une succursale ou un siège quelconque d'opération". Cette loi a pour objectif d'exclure la possibilité d'un recours en annulation contre les sentences rendues en Belgique mais ne présentant, en fait, que peu de lien avec ce pays. Souvent, en effet, ces sentences ne doivent pas être exécutées en Belgique : la suppression du recours en annulation permet d'éviter que celui-ci soit utilisé à des fins purement dilatoires¹³¹ ; elle peut également contribuer à réduire l'arriéré judiciaire¹³². Et si de telles sentences sont néanmoins mises à exécution en Belgique, elles n'échapperont pas à tout contrôle juridictionnel puisqu'elles seront soumises à celui que prévoit la procédure d'exequatur¹³³. En augmentant ainsi l'efficacité des sentences rendues en

¹²⁵ En ce sens, P. MAYER, "L'insertion de la sentence dans l'ordre juridique français", in *Droit et Pratique de l'arbitrage international en France*, Feduci, 1984, n° 26, p. 93.

¹²⁶ V. sur ce point *supra* n° 20.

¹²⁷ Pour plus de détails sur l'article 1704 C.Jud., v. M. HUYS, G. KEUTGEN, n°s 518 à 544 ; J. LINSMEAU, "L'annulation des sentences arbitrales en droit belge", *L'arbitrage. Travaux offerts au professeur A. Fettweis*, Story-Scientia, Bruxelles, 1989, p. 91 et s. ; M. STORME, B. DEMEULENAERE, *International Commercial Arbitration in Belgium. A Handbook*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer - Boston, 1989, p. 96 à 103. — Sur l'article 1502 NCPC, v. P. BELLET, E. MEZGER, "L'arbitrage international dans le nouveau Code de procédure civile", *Rev. crit. DIP*, 1981, p. 643 à 649 ; Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, n°s 1601 et s., p. 935 et s. ; P. MAYER, "L'insertion de la sentence dans l'ordre juridique français" {préc. n. 125}, n°s 25 à 31, p. 92 à 96.

¹²⁸ En ce sens, par exemple, A. HUET, "Les procédures de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers et des sentences arbitrales..." {préc. n. 110}, p. 20.

¹²⁹ Remarquons qu'en droit français, on vérifie uniquement si la reconnaissance ou l'exécution, et non la sentence elle-même, sont contraires à l'ordre public international (article 1502 (4) NCPC).

¹³⁰ Il convient d'observer que certains auteurs estiment que la référence à l'"ordre public" faite par l'article 1723 du Code Judiciaire relatif à l'exequatur des sentences étrangères doit s'entendre dans le sens d'"ordre public international". En ce sens, L. MATRAY, "Le droit belge de l'arbitrage", *L'arbitrage. Travaux offerts au professeur A. Fettweis*, Story-Scientia, Bruxelles, 1989, n° 199, p. 240.

¹³¹ L. MATRAY, *op. cit.* {préc. n. 130}, n° 205, p. 245.

¹³² G. HORSMANS, "Actualité et évolution du droit belge de l'arbitrage", *Rev. arb.*, 1992, n° 34, p. 439.

¹³³ V. F. DE LY, "De liberalisering van de internationale arbitrage", *T.P.R.*, 1985, n°s 21 à 29, p. 1038 à 1043, qui s'interroge sur les conséquences concrètes de ce déplacement du contrôle de la sentence

Belgique et qui ne concernent pas ce pays, la Loi du 27 mars 1985 entend également accroître l'attrait de la Belgique comme centre international d'arbitrage¹³⁴.

Selon la doctrine belge, cette loi s'inscrit dans le mouvement plus général qui, sous diverses formes en Europe, tend à favoriser l'"arbitrage international"¹³⁵. Si l'on vise généralement par cette expression les arbitrages relatifs aux différends du commerce international, il convient de remarquer que tel n'est pas le cas dans le cadre du droit belge. L'article 1717 (4) fait en effet dépendre la compétence des tribunaux belges, non de certaines caractéristiques de l'objet du litige, mais de critères *subjectifs* de rattachement avec l'ordre juridique belge, tels la nationalité belge ou le domicile en Belgique¹³⁶. Cela signifie qu'on ne pourra pas intenter de recours en annulation contre une sentence rendue en Belgique entre deux Français, même si le litige qui les oppose est purement interne. Par contre, une sentence prononcée en Belgique dans une affaire où un Belge est impliqué est susceptible d'être annulée en Belgique alors même qu'elle concerne un litige du commerce international. Il semble dès lors que cette loi favorise plutôt l'"arbitrage entre étrangers" que l'"arbitrage international". Il faut encore observer que l'article 1717 (4) du Code judiciaire ne précise pas à *quel moment* doivent être vérifiés les rattachements avec la Belgique qu'il énumère. On peut hésiter entre le moment où le recours en annulation est intenté et celui du déroulement de la procédure arbitrale. En faveur de la première solution, on invoquera le fait que cet article contribue à la détermination de la compétence des juridictions belges et que, de manière générale, cette question dépend des caractéristiques d'un litige au moment de l'introduction de l'instance¹³⁷. La seconde solution apparaît toutefois préférable car les rattachements énoncés dans cet article sont surtout destinés à opérer *un choix entre les différents types arbitrages susceptibles de se présenter*. Ce n'est que par voie de conséquence qu'ils déterminent la compétence des juridictions belges pour exercer le recours en annulation¹³⁸. On remarquera, par ailleurs, que le choix de la première solution "pourrait inciter à des manœuvres qui permettraient à une partie de se créer le moyen d'introduire le

arbitrale en comparant les griefs qui peuvent être invoqués à l'encontre de celle-ci dans le cadre d'un recours en annulation et dans celui d'une procédure d'exequatur.

¹³⁴ G. HORSMANS, *op. cit.* {préc. n. 132}, n° 34, p. 439. V. toutefois B. LEURENT, "Réflexions sur l'efficacité internationale des sentences arbitrales, *Trav. Com. fr. DIP*, 1994-1995, éd. Pedone, Paris, 1996, p. 184, qui estime que "les utilisateurs de l'arbitrage souhaitent avoir l'assurance de la possibilité d'un contrôle juridictionnel de la régularité du processus arbitral, une fois celui-ci conduit à son terme". Et c'est pourquoi, de l'avis de cet auteur, la Loi belge du 27 mars 1985 a, en réalité, *détourné* les arbitrages internationaux de la Belgique.

¹³⁵ V., par exemple, F. DE LY, *op. cit.* {préc. n. 133}, n°s 2 et s., p. 1025 et s., et L. MATRAY, "La loi belge du 27 mars 1985 et ses répercussions sur l'arbitrage commercial international", *Rev. dr. intern. comp.*, 1987, p. 243 et s., qui présentent la Loi belge du 27 mars 1985 après avoir rappelé les diverses évolutions législatives qu'a subies la matière de l'arbitrage international en Europe de l'Ouest. *adde* G. HORSMANS, *op. cit.* {préc. n. 132}, n° 35, p. 440, qui estime que cette loi a pour objectif de favoriser l'arbitrage international et invoque en ce sens l'exposé de ses motifs et sa *ratio legis*. Dans le même sens, N. WATTÉ, "Le sort des sentences arbitrales en droit belge depuis la loi du 27 mars 1985", *Rev. b. dr. intern.*, 1988, n° 29, p. 507.

¹³⁶ Il semble que ces critères s'alignent sur ceux retenus par l'*Arbitration Act 1979*, qui prévoit que le droit d'appel ne peut pas être exercé devant la High Court à l'encontre des "sentences internationales" (en ce sens N. WATTÉ, *op. cit.* {préc. n. 135}, n° 30, p. 508). C'est probablement ce qui explique que, pour définir la nationalité des sociétés, la Loi du 27 mars 1985 ait utilisé le critère du lieu de constitution — qui est celui qui est appliqué dans les pays de Common Law — alors que le critère retenu par le droit belge des sociétés pour désigner la *lex societatis*, la loi qui régit le statut des personnes morales, se réfère au lieu du principal établissement de celles-ci (N. WATTÉ, *ibidem*, n° 32, p. 509).

¹³⁷ En ce sens, F. DE LY, *op. cit.* {préc. n. 133}, n° 20, p. 1038, qui cependant regrette cette solution.

¹³⁸ V., dans un sens analogue, L. MATRAY, *op. cit.* {préc. n. 135}, p. 254 ; N. WATTÉ, *op. cit.* {préc. n. 135}, n° 33, p. 510.

recours que la loi lui refuse. Il lui suffirait d'établir postérieurement à la sentence une résidence ou un siège d'opération en Belgique !"¹³⁹.

Alors que l'article 1717 (4) du Code judiciaire entend favoriser la reconnaissance des sentences rendues entre étrangers, on s'est interrogé sur sa *compatibilité avec la Convention de New York*. Certains ont prétendu que, dépourvues de contrôle étatique, de telles sentences seraient a-nationales et ne pourraient être régies par la Convention qui ne s'appliquerait qu'aux décisions arbitrales régies par un droit national¹⁴⁰. On pourrait encore se demander si l'efficacité de telles sentences n'est pas compromise par l'article V 1. (e) de la Convention de New York qui décide que l'on peut s'opposer à la reconnaissance des sentences qui ne sont pas devenues "obligatoires pour les parties". La doctrine belge a toutefois réfuté le premier de ces arguments en observant qu'en réalité, le système juridique belge maintenait son emprise à l'égard des sentences pour lesquelles l'article 1717 (4) exclut le recours en annulation¹⁴¹. Rendues en Belgique, ces sentences restent "nationales" aux yeux du droit belge¹⁴², ce qui justifie notamment l'éventuelle intervention des juridictions belges aux différents stades du déroulement des arbitrages dont elles sont issues, pour désigner un arbitre ou ordonner une expertise par exemple¹⁴³. Il faut par ailleurs préciser que l'article 1717 (4) du Code judiciaire n'a pas supprimé l'application de l'article 1703 déterminant les conditions selon lesquelles une sentence est censée avoir l'autorité de la chose jugée¹⁴⁴. La sentence qui, conformément à ce dernier article, n'est pas contraire à l'ordre public et concerne un litige susceptible d'être réglé par la voie de l'arbitrage, peut donc être considérée comme "obligatoire" au sens de l'article V 1 (e) de la Convention de New York¹⁴⁵.

Si le système organisé par le **droit français** est différent, il traduit, comme le droit belge, la volonté de garantir l'efficacité des sentences. On le résumera grossièrement¹⁴⁶ en indiquant que, pour que les sentences arbitrales rendues à l'étranger ou en matière d'arbitrage international au sens de l'article 1492 du nouveau Code de procédure civile — c'est-à-dire à propos d'un litige mettant en cause les intérêts du commerce international — soient reconnues ou déclarées exécutoires en France, il *suffit* que leur existence soit établie par celui qui s'en prévaut et que cette reconnaissance ou cette exécution ne soit pas manifestement contraire à l'ordre public international (article 1498). Un contrôle plus approfondi de la sentence au regard des moyens prévus par l'article 1502 n'intervient qu'*a posteriori*, dans le cadre des voies de recours ouvertes contre cette décision de reconnaissance ou d'exécution, c'est-à-dire un appel si la sentence a été rendue à l'étranger ou un recours en annulation s'il s'agit d'une sentence rendue en France en matière d'arbitrage

¹³⁹ L. MATRAY, *op. cit.* {préc. n. 135}, p. 254, qui rapporte de cette manière l'opinion de M. Van Houtte.

¹⁴⁰ Sur ce débat, v. L. MATRAY, *op. cit.* {préc. n. 135}, p. 256 et les références aux auteurs ayant défendu cette position. *adde* F. DE LY, *op. cit.* {préc. n. 133}, n^{os} 31 à 33, p. 1044 à 1046.

¹⁴¹ En ce sens, B. HANOTIAU, "L'arbitrage international en Belgique", *L'arbitrage. Travaux offerts au professeur A. Fettweis*, Story-Scientia, Bruxelles, 1989, p. 154.

¹⁴² L. MATRAY, *op. cit.* {préc. n. 135}, p. 257.

¹⁴³ B. HANOTIAU, *op. cit.* {préc. n. 141}, p. 154 ; L. MATRAY, *op. cit.* {préc. n. 135}, p. 258.

¹⁴⁴ En ce sens, B. HANOTIAU, *op. cit.* {préc. n. 141}, p. 154 ; L. MATRAY, *op. cit.* {préc. n. 135}, p. 259.

¹⁴⁵ En ce sens, B. HANOTIAU, *op. cit.* {préc. n. 141}, p. 155, qui estime, par ailleurs, que rien ne s'oppose à ce que, lorsqu'une des conditions de l'article 1703 n'est pas remplie, une partie introduise devant les tribunaux belges une procédure tendant à entendre dire pour droit que, conformément à cet article, la sentence n'a pas autorité de chose jugée.

¹⁴⁶ Pour plus de détails, v., par ex., Ph. FOUCHARD, "L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981", *J.D.I.* 1982, n^{os} 57 à 92, p. 404 à 420 ; A. HUET, "Les procédures de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers et des sentences arbitrales..." {préc. n. 110}, p. 17 et s. ; P. MAYER, "L'insertion de la sentence dans l'ordre juridique français" {préc. n. 125}, p. 81 et s.

international¹⁴⁷. Ainsi que l'observe M. Huet, ce système restreint pour la partie condamnée les possibilités d'empêcher l'insertion de la sentence dans l'ordre juridique français tandis qu'il favorise la partie qui se prévaut de la décision¹⁴⁸.

181. Si, comme pour les jugements étrangers, le contrôle de régularité des sentences arbitrales entend en favoriser l'efficacité, on peut se demander si des principes similaires à ceux qui prévalent actuellement pour l'examen de la compétence du juge d'origine ne devraient pas jouer également dans le cadre du *contrôle de la juridiction de l'arbitre*.

Comme jadis en France avant l'arrêt *Simitch*, l'interrogation peut être soulevée si la compétence de l'arbitre se vérifie au regard des principes du for chargé de reconnaître la sentence ou de ceux que l'arbitre lui-même a appliqués, ou encore selon des règles spécifiquement adaptées à cette hypothèse. Pour répondre à cette question, on peut reprendre les principes qui, en France, ont été dégagés à propos du contrôle des jugements étrangers¹⁴⁹. Ainsi observe-t-on que le problème de la compétence de l'arbitre devrait être traité de manière *différente* selon qu'il se pose au stade de l'appréciation par un juge de son incompétence ou lors de la reconnaissance d'une sentence. Ces deux questions sont *indépendantes* l'une de l'autre, notamment parce que des motivations différentes les animent. Au stade de la reconnaissance, en effet, il importe de limiter les motifs d'inefficacité de la sentence. La sauvegarde des intérêts de l'ordre juridique étatique qui doit la reconnaître n'exige d'ailleurs pas qu'aient été respectées toutes les conditions susceptibles d'être imposées à la compétence de l'arbitre au stade du déclinatoire de juridiction.

Un tel raisonnement permet de conclure qu'au stade de la reconnaissance d'une sentence, le contrôle de la compétence de l'arbitre devrait être soumis à des règles de droit prévues *spécialement* pour cette hypothèse et tendant à *limiter* les griefs à lui opposer.

Il est inutile d'examiner plus longuement une telle suggestion. En effet, contrôler la compétence de l'arbitre revient en réalité à examiner la *convention d'arbitrage* qui en est la source. Or, pour aborder ce point, il convient d'étudier, de manière générale, ce que deviennent les conventions de juridiction au stade de la reconnaissance d'une décision.

B) Les conventions de juridiction au stade de la reconnaissance d'une décision.

182. Pour tirer quelques principes théoriques relatifs aux contrôles d'"admissibilité" et de "formation" des conventions de juridiction au stade de la reconnaissance d'une décision (b), il faut non seulement reprendre les éléments qui précèdent sur la philosophie générale jouant dans cette hypothèse mais aussi préciser comment se traduit, à ce stade, le double rattachement de ces clauses (a).

a. La prépondérance du rattachement juridictionnel.

183. Si la thèse de la prépondérance du rattachement juridictionnel des conventions de juridictions a déjà été défendue, il s'agissait uniquement d'en tirer des conclusions sous l'angle du droit applicable. Ainsi a-t-on observé que ce principe pouvait conduire à soumettre ces clauses à l'application exclusive de la loi du for saisi, loi compétente en matière de conflits de juridictions. Comme cependant il apparaissait théoriquement indiqué de confier certains aspects des conventions d'arbitrage et d'élection de for à la méthode du conflit de

¹⁴⁷ L'article 1504 NCPC prévoyant le recours en annulation renvoie à l'article 1502 pour les griefs qui peuvent être invoqués à l'appui de ce recours.

¹⁴⁸ A. HUET, "Les procédures de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers et des sentences arbitrales..." {préc. n. 110}, p. 18.

¹⁴⁹ V. *supra* nos 177 et 178.

lois, on s'est attaché, dans les développements qui précèdent, à préciser les contours et conséquences de leur "double rattachement"¹⁵⁰.

Il convient à présent de se demander comment se traduit cette complexité des conventions de juridiction lorsqu'elles sont soulevées dans le cadre de la reconnaissance d'une décision. Deux solutions sont envisageables. Considère-t-on que le rattachement au conflit de lois prévaut et on les soumettra au contrôle imposé aux questions relevant de cette matière, c'est-à-dire, s'il s'agit de reconnaître un jugement, à la révision au fond en droit commun belge et en droit français au contrôle de la règle de conflit de lois appliquée ; s'il faut reconnaître une sentence, dans les deux pays, à un contrôle au regard de l'ordre public¹⁵¹. Mais si leur dimension juridictionnelle est jugée prédominante, on les examinera dans le cadre des principes relatifs à l'examen de la compétence de l'instance d'origine.

184. Dans sa thèse, Mme Gaudemet-Tallon a choisi la première optique. Pour cet auteur, l'examen qui, au stade de la reconnaissance d'un jugement, est porté à une *convention d'élection de for* qui a été soulevée devant le for d'origine, fait partie du contrôle de la règle de conflit de lois appliquée¹⁵². Cette position sous-entend que la convention d'élection de for se rattache exclusivement au conflit de lois et doit dès lors être examinée selon les mêmes principes que toute question substantielle¹⁵³.

Il faut remarquer qu'à propos de la *convention d'arbitrage*, on ne peut, à proprement parler, se demander si son examen au stade de la reconnaissance relève du "contrôle de la règle de conflit de lois appliquée" ou du "contrôle de la compétence indirecte", puisque ces concepts sont issus de la matière de la reconnaissance des jugements étrangers.

Mais pour notre réflexion, il suffit d'observer que traditionnellement la convention d'arbitrage est abordée dans une optique purement contractuelle et conflictuelle¹⁵⁴ et que cette approche joue tout autant au stade de l'exception d'arbitrage qu'à celui du contrôle de la sentence. Ainsi cette clause, comme la convention d'élection de for dans la thèse de Mme Gaudemet-Tallon, est-elle, au stade de la reconnaissance, soumise, habituellement¹⁵⁵, à des règles de conflit de lois, telle par exemple celle que prévoit l'article V 1 (a) de la Convention de New York¹⁵⁶.

¹⁵⁰ Sur ces questions, v. *supra* nos 77 à 81.

¹⁵¹ Pour plus de détails, v. *supra* nos 175 à 180.

¹⁵² V. H. GAUDEMET-TALLON, nos 155 et s., p. 192 et s. Il faut préciser que cet auteur cherche à nuancer les conséquences de ce principe. Ainsi se demande-t-elle si au lieu de contrôler la loi appliquée à la convention d'élection de for au regard de la règle de conflit de lois du juge requis, il ne faudrait pas, dans l'intérêt de l'efficacité de la clause, soumettre celle-ci à la loi désignée par la règle de conflit de lois du juge d'origine (*ibidem*, nos 161 et s., p. 100 et s.). Mme Gaudemet-Tallon observe que le fait que la convention d'élection de for concerne la matière de la compétence renforce cette suggestion car la compétence indirecte devrait être appréciée non au regard du droit du for requis mais conformément à celui du for d'origine — il convient de rappeler que Mme Gaudemet-Tallon écrivait cela à une époque où, l'arrêt *Simitch* n'ayant pas été rendu, la question était très controversée (v. *supra* n° 177) — (*ibidem*, nos 173 et s., p. 109 et s.). Remarquons toutefois que cette suggestion ne modifie pas le choix de principe de cet auteur, selon lequel, au stade de la reconnaissance d'une décision, la convention d'élection de for soulève uniquement des questions de droit applicable et doit dès lors être soumise à une règle de conflit de lois, même si des nuances peuvent apparaître dans la manière de désigner celle-ci.

¹⁵³ Sous réserve des nuances qu'apporte cet auteur et qui ont été exposées à la note précédente.

¹⁵⁴ Sur ce point, v. *supra* nos 92 et 93.

¹⁵⁵ Comme il a été indiqué plus haut (*supra* nos 100 et s.), le droit français fait exception à ce principe puisqu'il soumet de plus en plus de questions relatives à la convention d'arbitrage à des règles matérielles françaises applicables indépendamment du recours à la règle de conflit de lois. Cette évolution du droit français joue aux deux stades où peut être soulevée cette clause. On observera plus loin (*infra* n° 193) qu'elle intervient d'ailleurs le plus souvent au stade de la reconnaissance d'une sentence.

¹⁵⁶ Cet article prévoit la compétence de la loi à laquelle les parties ont subordonné la convention d'arbitrage ou, à défaut d'une indication à cet égard, la loi du pays où la sentence a été rendue.

185. Mais, dans cette étude, a été proposée une approche *juridictionnelle* de la convention d'arbitrage et de la convention d'élection de for, impliquant que, par certains côtés, celles-ci se rattachent aux conflits de juridictions et relèvent de la loi régissant la compétence du for saisi. On a essayé de démontrer que ce rattachement était prépondérant, c'est-à-dire qu'il pouvait l'emporter sur celui du conflit de lois¹⁵⁷. Or il semble que la pertinence de cette position soit particulièrement manifeste au stade de la reconnaissance d'une décision. Car, à ce moment, la clause de juridiction, si elle a été respectée, aura déployé son effet juridictionnel. Elle aura poussé le juge élu ou l'arbitre à se reconnaître compétent à cause d'elle. Il paraît dès lors clair que l'examen de la convention d'élection de for relève de celui de la *compétence indirecte* et non d'un contrôle relatif au fond. Quant à la convention d'arbitrage, il apparaît qu'elle non plus n'est pas un contrat comme les autres mais qu'elle se rattache à la matière de la compétence, quand on observe que si elle n'a pas été respectée par le juge d'origine, elle sera invoquée devant le juge requis pour démontrer *l'incompétence* du premier. Au stade de la reconnaissance d'une décision, c'est donc *l'effet juridictionnel*, reconnu ou bafoué, de la convention de juridiction qui est au premier plan. Et s'il se peut qu'il soit encore question de son origine contractuelle, parce que par exemple on met en doute le respect des conditions qu'elle suppose, ce sera uniquement pour mieux s'opposer à l'effet juridictionnel que la clause aura eu ou qui lui aura été refusé.

Au stade de la reconnaissance d'une décision, la prépondérance du rattachement juridictionnel des conventions de juridiction a dès lors pour conséquence que l'examen de celles-ci s'inscrit essentiellement *dans le cadre du contrôle de la compétence de l'instance d'origine*, juge ou arbitre, ce qui suggère qu'il soit *influencé* par les principes qui, de manière générale, inspirent ce contrôle.

b. Conséquences pour les contrôles d'admissibilité et de formation.

186. Les réflexions qui précèdent permettent de dégager quelques principes théoriques pour élaborer des règles de droit applicables aux conventions de juridiction, qui soient spécifiques au contrôle qu'elles subissent au stade de la reconnaissance d'une décision, sentence ou jugement¹⁵⁸. Il convient, ici encore, de distinguer entre l'"admissibilité" (aa) et la "formation" des conventions de juridiction (bb) car les différences entre ces catégories de questions se répercutent dans le contenu des règles qui peuvent être suggérées.

187. (aa) Puisque, l'"admissibilité" des conventions de juridiction relève de la matière des conflits de juridictions¹⁵⁹, il paraît défendable de soutenir qu'il faut, à son propos, se référer aux principes inspirant la détermination des règles de *compétence indirecte*, dont on a déjà observé qu'ils semblent devoir jouer tout autant pour la reconnaissance d'un jugement que pour celle d'une sentence¹⁶⁰. La loi du for saisi, normalement compétente dans le domaine des conflits de juridictions¹⁶¹, devrait dès

¹⁵⁷ V. *supra* nos 77 et 78.

¹⁵⁸ En ce sens, G.H. ROTH, "Internationalrechtliche Probleme bei Prorogation und Derogation" {préc. n. 47}, p. 17, qui remarque que les conditions d'"admissibilité" et de "formation" qui sont imposées à la convention d'élection de for poursuivent des buts différents selon qu'il s'agit pour un juge d'apprécier sa propre compétence ou celle du juge requis et doivent donc avoir des contenus différents.

¹⁵⁹ V. *supra* nos 68 à 71.

¹⁶⁰ Sur ces principes, v. *supra* nos 177 et 181.

¹⁶¹ V. sur ce point *supra* n° 73. V. également W.J. HABSCHIED, "Parteivereinbarungen über die internationale Zuständigkeit nach deutschem und schweizerischem Recht", *Festschrift H.*

lors développer, pour l'hypothèse de la reconnaissance d'une décision, des règles d'admissibilité des conventions de juridiction *plus souples* que celles utilisées par le juge saisi au stade de l'appréciation de sa propre compétence.

Il convient toutefois de remarquer que les liens qu'entretiennent avec la matière de la compétence les conditions d'admissibilité semblent interdire qu'on aille jusqu'à supprimer tout contrôle en ce domaine. Relatives aux conflits de juridictions, c'est-à-dire à la manière dont un ordre juridique étatique conçoit ses relations avec d'autres ordres étatiques ou avec l'ordre arbitral, ces questions revêtent une importance considérable et il paraît peu probable que l'Etat du for saisi renonce totalement à les régir.

Pour concilier ces deux points de vue, on peut suggérer qu'au stade de la reconnaissance, la *lex fori* n'impose aux conventions de juridiction que les conditions d'admissibilité *les plus importantes*, ce qui serait conforme à la philosophie de l'arrêt *Simitch*, dont on sait qu'il a limité les griefs pouvant être opposés à la compétence du juge d'origine lors de la reconnaissance des jugements étrangers¹⁶². La *lex fori* abandonnerait, en revanche, tout contrôle des autres aspects de l'admissibilité des conventions de juridiction, c'est-à-dire que, dans l'intérêt de l'efficacité de la décision, elle *s'en remettrait sur ces points à l'appréciation de l'instance d'origine*.

188. (bb) Comme la "*formation*" des conventions de juridiction se rattache au conflit de lois, on pourrait songer à lui imposer le régime réservé, au stade de la reconnaissance, aux questions de fond. S'il s'agit d'apprécier une convention d'arbitrage lors de la reconnaissance d'une *sentence*, ce contrôle serait dès lors limité à l'examen de la conformité de la décision arbitrale sur la "*formation*" à l'"ordre public international" en France (article 1502 (5) du nouveau Code de procédure civile) ou à l'"ordre public" en Belgique (article 1723 du Code judiciaire). Mais, si les conventions de juridiction sont examinées dans le cadre de la reconnaissance d'un *jugement étranger*, leur "*formation*" devrait être soumise à la révision au fond en droit belge ou au contrôle de la règle de conflit de lois appliquée en droit français¹⁶³, c'est-à-dire à un contrôle étendu.

Or, il semble que la prépondérance du rattachement juridictionnel des conventions de juridiction suggère qu'au stade de la reconnaissance, le contrôle de leur "*formation*" n'ait pas une telle ampleur. Ce principe de prépondérance implique, en effet, que les questions conflictuelles que soulèvent les conventions de juridiction ne possèdent qu'un caractère subordonné ; elles se posent *à l'occasion de* l'examen d'un problème de compétence, en l'occurrence celle de l'instance d'origine. Par conséquent le souci de limiter les griefs à opposer à la compétence de l'instance d'origine peut, à notre avis, intervenir pour ces questions également et conduire à leur reconnaître un *régime plus souple que celui normalement réservé aux questions de fond*.

Pour concrétiser les règles qui pourraient ainsi être développées à propos de la "*formation*" des conventions de juridiction, on peut mentionner les suggestions de quelques

Schima, Vienne, 1969, p. 188, qui rappelle que le principe de l'application de la loi du for saisi à l'admissibilité des conventions de juridiction joue aussi au stade de la reconnaissance d'une décision. Remarquons toutefois que cet auteur envisage ensuite diverses solutions pour limiter les inconvénients liés à l'application de la *lex fori*. Si celles-ci sont, dans leur contenu, différentes des nôtres — M. Habscheid suggère le recours à des règles de conflit de lois pour certaines questions alors que nous proposons que la loi du for saisi énonce des règles plus souples que celles applicables au stade de la compétence directe —, elles ont le même objectif, c'est-à-dire favoriser l'efficacité de la décision qui existe.

¹⁶² Sur l'arrêt *Simitch*, v. *supra* n° 177. Dans le sens d'une limitation des contrôles d'admissibilité des conventions de juridiction au stade de la reconnaissance, v. également G.H. ROTH, "Internationalrechtliche Probleme bei Prorogation und Derogation" {préc. n. 47}, p. 177.

¹⁶³ V. *supra* n° 176.

auteurs tendant, elles aussi, à restreindre les motifs d'inefficacité des conventions de juridiction soulevées au stade de la reconnaissance.

Les solutions proposées à cet égard sont parfois *conflictuelles*. Ainsi M. Geimer suggère-t-il de dégager, à propos de la formation de la convention d'élection de for, une règle de conflit spécifique à l'hypothèse de la reconnaissance. Celle-ci déciderait par exemple que la règle de conflit de lois allemande, quand elle conduit à la nullité de la clause, devrait être remplacée par celle qu'aurait appliquée le for que le droit allemand reconnaît normalement compétent pour le litige¹⁶⁴. M. Mayer propose, quant à lui, d'appliquer à la clause non la règle de conflit de l'Etat d'accueil mais celle de l'Etat d'origine¹⁶⁵. Le point commun de ces suggestions est qu'au stade de la reconnaissance, le for requis renoncerait à contrôler si selon son propre droit international privé, la convention de juridiction aurait ou n'aurait pas été reconnue valablement formée.

M. Geimer suggère par ailleurs que seuls les griefs ayant été invoqués sans succès à l'encontre de la convention d'élection de for ou d'arbitrage devant le juge d'origine ou l'arbitre puissent faire l'objet d'un examen par le juge requis¹⁶⁶. Ce serait, en effet, contraire à la "loyauté"¹⁶⁷¹⁶⁸ qui doit inspirer l'attitude des parties au procès de ne soulever qu'au stade de la reconnaissance un problème qui aurait pu l'être antérieurement.

¹⁶⁴ R. GEIMER, note sous BGH, 22 septembre 1971, *N.J.W.*, 1972, p. 392.

¹⁶⁵ P. MAYER, "Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence", *Rev. crit. DIP*, 1979, p. 379 note 69. Il faut toutefois préciser qu'il semble que cet auteur fasse cette suggestion pour la "licéité" de la convention de juridiction (c'est-à-dire, selon notre terminologie, son "admissibilité"). V. pour une suggestion analogue, mais relative à tous les aspects de la convention d'élection de for, H. GAUDEMET-TALLON, n^{os} 161 et s., p. 100 et s. et nos explications à la note 152. — Remarquons que le droit allemand illustre, à propos de la convention d'arbitrage, une telle suggestion. Ainsi l'article §1044 ZPO énumérant les motifs de refus d'exequatur des sentences arbitrales étrangères ne mentionne-t-il explicitement aucun contrôle de la convention d'arbitrage. Il semble toutefois que celui-ci puisse être compris dans la disposition qui prévoit le refus de la sentence si celle-ci est nulle au regard de la loi applicable à la procédure arbitrale (article §1044, al. 2, n^o 1) (en ce sens, E. MEZGER, "Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche. Zur Auslegung von §1044 ZPO", *A. W. D.*, 1970, p. 259). Or il faut remarquer que cette règle implique que le juge allemand confronté à une sentence arbitrale ne va pas soumettre la convention d'arbitrage aux règles de conflit de lois et règles de droit qui, selon le droit allemand, devraient lui être applicables mais à celles que lui réserve la loi censée être la loi de la sentence. M. Mezger estime que cette solution est plus favorable à l'efficacité de la convention d'arbitrage et dès lors à celle de la sentence que la règle de l'article V. 1 (a) de la Convention de New York. Cette dernière ne garantit en effet pas que la règle de conflit qu'elle énonce aura été utilisée par les instances, juge ou arbitre, confrontées avant le juge requis à la même convention d'arbitrage ; elle ne permet dès lors pas d'éviter d'éventuelles divergences de point de vue quant à l'efficacité de la convention d'arbitrage. — Sur l'article §1044, al. 2, n^o 1 ZPO et son application à la question de l'"arbitrabilité" du litige, v. encore *infra* n^o 285.

¹⁶⁶ R. GEIMER, *Zur Prüfung der Gerichtsbarkeit und der internationalen Zuständigkeit bei der Anerkennung ausländischer Urteile* {préc. n. 114}, p. 144 et 148. Remarquons que, dans un article ultérieur, cet auteur a repris la même suggestion, à propos cette fois du contrôle limité que permet l'article 28 de la Convention de Bruxelles sur l'"admissibilité" de la convention d'élection de for (R. GEIMER, "Nachprüfung der internationalen Zuständigkeit des Urteilsstaates in Versicherungs- und Verbrauchersachen", *R.I.W.*, 1980, p. 309).

¹⁶⁷ Etudiant de manière générale l'exequatur des jugements étrangers, MM. Rigaux et Fallon mentionnent cette "obligation de loyauté" des parties et en déduisent que "le demandeur devant le juge d'origine doit être considéré comme irrecevable à invoquer devant le juge requis l'incompétence du premier juge" (F. RIGAUX, M. FALLON, n^o 856).

¹⁶⁸ Cette "loyauté" peut être rapprochée de la "bonne foi" dont parle M. Raeschke-Kessler et qui implique, à son avis, qu'une partie ne peut, lors d'un recours en annulation contre une sentence, invoquer un grief à l'encontre de la convention d'arbitrage, alors que cette même partie s'est fondée sur la clause pour entamer la procédure d'arbitrage (H. RAESCHKE-KESSLER, "Neuere Entwicklungen im Bereich der Internationalen Schiedsgerichtsbarkeit", *N. J. W.*, 1988, p. 3048).

Il convient de remarquer que la Convention de Bruxelles va même jusqu'à *supprimer tout contrôle relatif à la formation* de la convention d'élection de for. En effet, les seuls contrôles que l'article 28 permet d'imposer à cette clause concernent son admissibilité¹⁶⁹. Pour sa "formation", le juge requis doit s'en remettre totalement à l'appréciation du juge d'origine.

189. On observe ainsi que le désir de favoriser la reconnaissance de la décision concernée pourrait conduire, en matière de formation des conventions de juridiction, *jusqu'à exclure tout contrôle du juge requis* sur ce point. Celui-ci ferait confiance à l'appréciation du juge d'origine. Cette situation peut être expliquée de la manière suivante.

A la différence des conditions d'"admissibilité" qui, liées à la matière de la compétence, intéressent l'ordre juridique du for saisi, les conditions de "formation" sont destinées à protéger les parties en garantissant la réalité de leur consentement. Il est dès lors *moins impérieux* pour l'ordre juridique du juge requis que le respect de ces conditions soit assuré. Par conséquent, si la partie qui invoque un vice de formation a eu la négligence de ne pas le faire dès le stade de la prise de décision, il paraît normal de considérer, comme le suggère M. Geimer, que le souci de favoriser l'efficacité de la décision qui a été rendue l'emporte sur celui de la protection du consentement de cette personne.

Ce qui renforce cette conclusion est la constatation que, dans certains cas, le vice de formation qui n'a pas été soulevé dès le stade de la prise de décision est *couvert* par l'attitude de la partie qui aurait pu s'en prévaloir. Si quelqu'un accepte de se défendre au fond devant le juge mentionné dans une convention d'élection de for, comment pourrait-il prétendre ensuite que son consentement à la clause n'était pas réel ? En effet, en admettant même que cela ait effectivement été le cas lors de la conclusion de la clause, en se conformant, par la suite, à l'obligation que celle-ci comprenait, cette personne en a ratifié le contenu. Une telle solution, conforme au droit des contrats en général¹⁷⁰, est, à propos du choix d'un juge étranger, confirmée explicitement par l'institution de la prorogation *tacite* de compétence, telle que la prévoit par exemple l'article 18 de la Convention de Bruxelles. Ce n'est donc plus la convention d'élection de for, viciée dans sa "formation", qui fonde la compétence du juge d'origine mais la comparution du défendeur et l'accord tacite qui peut en être déduit.

190. Ayant ainsi proposé quelques pistes pour limiter les contrôles dont font l'objet les conventions de juridiction au stade de la reconnaissance d'une décision, il reste à les confronter à certaines évolutions jurisprudentielles ou questions rencontrées dans la réalité.

¹⁶⁹ Il a été indiqué plus haut que les dispositions des articles 7 à 16 de la Convention concernaient l'admissibilité de cette clause (*supra* n° 117).

¹⁷⁰ V. par exemple l'article 1115 C. c. belge qui décide qu'"un contrat ne peut plus être attaqué pour cause de violence si, depuis que la violence a cessé, ce contrat a été approuvé, soit expressément, soit tacitement..."

§2 — Applications.

191. On distinguera selon que la décision à reconnaître s'est fondée sur la convention de juridiction (A) ou, au contraire, l'a méconnue (B).

A) La reconnaissance d'une décision fondée sur une convention de juridiction.

192. Il sera ici seulement question de la *convention d'arbitrage* car il est intéressant d'observer que les principes théoriques qui viennent d'être exposés permettent de compléter l'interprétation générale de la jurisprudence française défendue dans cette étude.

On sait, qu'en France, à partir de la solution de fond reconnaissant l'indépendance de la clause compromissoire vis-à-vis du contrat principal, a été reconnue "l'autonomie de cette clause par rapport à la règle de conflit de lois", ce qui signifie l'abandon de la méthode conflictuelle au profit de normes de la *lex fori*, et, de manière liée, son "autonomie par rapport aux règles de droit interne"¹⁷¹ puisque l'application de la loi française est allée de pair avec l'élaboration de règles matérielles spécialement adaptées à la convention *d'arbitrage international*¹⁷². Nous avons défendu l'idée que les principes inspirant la détermination des *règles de compétence internationale* pouvaient expliquer le recours à de telles règles matérielles, dans la mesure du moins où celui-ci concerne des conditions d'admissibilité de la clause et où le juge français est confronté à celle-ci au stade de l'examen de sa propre compétence¹⁷³.

La mise en lumière des principes relatifs aux règles de droit applicables aux conventions de juridiction soulevées *au stade de la reconnaissance* d'une décision permet à présent de compléter cette explication.

193. Il faut constater que la plupart des décisions ayant développé des règles matérielles adaptées à la convention d'arbitrage international ont été rendues alors que le juge français était confronté à une sentence, soit dans le cadre d'un recours en annulation visant celle-ci, soit parce que la décision en accordant la reconnaissance ou l'exécution était frappée d'un appel¹⁷⁴. Ainsi, était-ce lors de la reconnaissance de la décision à laquelle elle avait donné lieu que se posait l'examen de la convention d'arbitrage. Ce contexte particulier contribue à justifier la souplesse affichée par les juridictions françaises dans leur appréciation de la clause.

En effet, en renonçant aux normes internes de la loi française ou de la loi étrangère qu'aurait désignée une règle de conflit de lois, pour adopter des règles matérielles relatives à l'arbitrage international, les juges français ont limité les motifs de refus de la sentence fondés sur des griefs relatifs à la convention d'arbitrage et favorisé ainsi l'efficacité de la décision à

¹⁷¹ En ce sens, J.-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Economica, Paris, 1982, n° 52.

¹⁷² V. *supra* nos 97 à 111.

¹⁷³ V. *supra* nos 166 à 168.

¹⁷⁴ V., par exemple, l'arrêt *Gosset* précité (*supra* note 59), l'arrêt *Galakis* précité (*supra* note 61), l'arrêt *Navimpex* (Cass. fr. (1° Ch. civ.), 6 décembre 1988 (sté Navimpex c. sté Wiking), *J.D.I.*, 1990, p. 134, note M.-L. NIBOYET-HOEGY, *Rev. arb.*, 1989, p. 641, note B. GOLDMAN), l'arrêt *Gatoil* de la Cour d'appel de Paris (Paris (1° Ch. suppl.), 17 décembre 1991 (sté Gatoil c. National Iranian oil company), *Rev. arb.*, 1993, p. 281, note H. SYNDET) qui sera étudié plus loin (*infra* n° 250), l'arrêt *Dalico* (Cass. fr. (1° Ch. civ.), 20 décembre 1993 (Comité populaire de la municipalité de Khoms El Mergeb c. sté Dalico), *J.D.I.*, 1994, p. 432, note E. GAILLARD) dont il sera encore question (*infra* n° 337).

laquelle ils étaient confrontés¹⁷⁵. Il semble que cette philosophie ait débouché sur des règles de droit applicables à la convention d'arbitrage *spécifiques* à l'hypothèse de la reconnaissance d'une sentence.

L'arrêt *Dalico* de la Cour d'appel de Paris¹⁷⁶ en est une illustration. Dans son arrêt du 26 mars 1991, la Cour déclare en effet qu'"en matière internationale, le principe de validité et d'autonomie de la clause compromissoire — destiné à en assurer la pleine efficacité selon la volonté des contractants — consacre l'indépendance de la convention d'arbitrage à l'égard tant des dispositions substantielles du contrat auquel elle se rapporte, que de la loi interne applicable à cette convention, sous la seule réserve de l'ordre public international, notamment quant à l'arbitrabilité du litige".

On observe que cette règle rejoint les principes suggérés plus haut à propos des contrôles pouvant être imposés aux conventions de juridiction au stade de la reconnaissance¹⁷⁷.

En effet, le problème en cause dans cette affaire concernait la *formation* de la clause, plus précisément la forme requise pour qu'on puisse considérer qu'il y avait eu consentement des parties. Or, au lieu d'appliquer la loi interne, libyenne en l'occurrence, qu'aurait désignée la règle de conflit et qui aurait conduit à l'inefficacité de la clause, la Cour d'appel de Paris, et par la suite la Cour de cassation, ont préféré se référer à la règle matérielle dégagée par les arbitres. En renonçant à appliquer sur ce point la règle de conflit française pour s'en remettre à l'appréciation du tribunal arbitral, instance d'origine, les juridictions françaises ont supprimé le contrôle imposé à la formation de la convention d'arbitrage et accru les chances de reconnaissance de la sentence.

Mais il apparaît dans l'attendu précité de la Cour d'appel de Paris que l'"*admissibilité*" de la clause doit, quant à elle, rester soumise à un certain contrôle au regard des normes du for. Pour ne pas entraver l'efficacité de la sentence, celui-ci est toutefois limité à la condition la plus importante¹⁷⁸ dans ce domaine : l'"arbitrabilité" du litige¹⁷⁹¹⁸⁰.

¹⁷⁵ Dans le même sens, Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, n° 442, p. 250 ; A. PONSARD, "La jurisprudence de la Cour de cassation et le droit commercial international", *Mélanges Goldman*, p. 247 et s., qui rappelle, de manière générale, les divers procédés utilisés par la jurisprudence française pour alléger le contrôle exercé sur les sentences étrangères.

¹⁷⁶ Paris (1° Ch. suppl.), 26 mars 1991 (Comité populaire de la Municipalité d'El Mergheb c. sté Dalico), *Rev. arb.*, 1991, p. 456, note H. GAUDEMET-TALLON. V. également l'arrêt de la Cour de cassation qui a rejeté le pourvoi tout en adoptant une règle au contenu semblable mais moins clair pour notre propos (Cass. fr. (1° Ch. civ.), 20 décembre 1993 (Comité populaire de la municipalité de Khoms El Mergheb c. sté Dalico), *J.D.I.*, 1994, p. 432, note E. GAILLARD).

¹⁷⁷ V. *supra* n°s 187 à 189.

¹⁷⁸ C'est ce qu'atteste la référence à l'ordre public international qui peut paraître inopportune dans le contexte de l'appréciation de la convention d'arbitrage et donc de la compétence de l'arbitre, mais qui s'explique probablement par le fait qu'en France, l'arbitrabilité des litiges a longtemps été confondue avec le respect, par la convention principale, de l'ordre public (v. sur ces questions *infra* n°s 215 et s.).

¹⁷⁹ Sur la qualification "admissibilité" pour les règles d'"arbitrabilité", v. *infra* n°s 225 à 230.

¹⁸⁰ Remarquons qu'on peut penser que le droit français adopte une attitude similaire pour le contrôle d'une *convention d'élection de for* soulevée lors de la reconnaissance du jugement auquel elle a donné lieu. Si l'on reprend les paramètres énoncés par l'arrêt *Simitch* de la Cour de cassation française pour le contrôle de la compétence du juge d'origine (v. *supra* n° 177), on constate que seules la violation de la compétence exclusive d'une juridiction française (sur cette notion, v. par exemple, B. ANCEL, Y. LEQUETTE, n°s 10 et s., p. 545 et s. (note sous l'arrêt *Simitch*)) et une fraude dans le choix du juge étranger pourraient être invoquées pour s'opposer à l'efficacité de la convention d'élection de for. Cela signifie qu'au stade de la reconnaissance d'une décision, aucun contrôle ne peut être porté à la "formation" de la clause, tandis que seules les conditions d'"admissibilité" les plus importantes doivent avoir été respectées. En effet, ayant pour conséquence d'interdire l'effet juridictionnel de la convention d'élection de for, la règle de compétence exclusive constitue une règle d'inadmissibilité (v. *supra* n° 59). Quant à l'idée de

194. Ainsi, l'évolution jurisprudentielle française consistant à adopter pour la convention d'arbitrage international des règles matérielles qui en assouplissent les conditions peut-elle, à notre avis, être vue comme la manifestation d'un phénomène plus général et qui consiste à favoriser l'efficacité des décisions, en s'en remettant, pour le plus de points possibles, à l'appréciation faite par l'instance d'origine. Pour reprendre la notion d'indépendance de la clause compromissoire, on pourrait dire qu'il s'agit ici d'une certaine "autonomie de la convention d'arbitrage par rapport à l'ordre juridique où la sentence est invoquée".

Remarquons que cette explication contribue à expliquer la pléthore de règles matérielles rencontrées en matière de convention d'arbitrage alors que ce phénomène est, par ailleurs, resté isolé en droit international privé¹⁸¹. Comme la situation des arbitres internationaux les pousse naturellement à élaborer des règles matérielles¹⁸², on comprend qu'on en retrouve beaucoup dans l'ordre juridique français puisque celui-ci est désireux de s'ouvrir à ce qui a été fait dans l'ordre arbitral.

Cette analyse est également à mettre en lien avec ce qui a été dit plus haut sur la *source des règles* appliquées par les juridictions françaises. On comprend qu'il ait pu être suggéré que ces normes sont transnationales quand on observe que le plus souvent, en les énonçant, les juges français reprennent en fait une règle de contenu identique à celui de la règle adoptée pour la même convention d'arbitrage par l'arbitre. Mais en réalité, comme il a été expliqué, ces règles, même d'inspiration transnationale, sont formellement *françaises*¹⁸³.

Nous pensons toutefois que ces réflexions sur la source des règles appliquées par les juridictions françaises doivent à présent être précisées en distinguant selon que la règle matérielle créée par les arbitres concerne l'"admissibilité" ou la "formation" de la convention d'arbitrage. En effet, en vertu du principe de la totale indépendance d'un ordre juridique étatique dans l'appréciation de la compétence de ses organes¹⁸⁴, il n'est pas naturel que l'ordre juridique français accueille des règles dégagées dans un autre ordre juridique quand elles concernent l'"admissibilité" de la convention d'arbitrage et ont dès lors indirectement influé sur la juridiction des fors français. Si malgré tout, ces règles sont accueillies par les juridictions françaises, elles deviendront nécessairement françaises puisqu'elles touchent à la matière des conflits de juridictions qui dépend de la compétence de principe de la loi du for saisi. Par contre, les normes matérielles dégagées par les arbitres à propos de la "formation" de la convention d'arbitrage et qui sont reprises par les juridictions françaises ne sont françaises que sur le plan formel : elles ont ce caractère parce que, comme il a été indiqué¹⁸⁵, des règles issues d'un ordre juridique étranger ne peuvent s'insérer dans l'ordre juridique français qu'en vertu d'une norme française. Mais leur contenu intéressant moins l'ordre juridique français, leur insertion en son sein devrait se faire de manière *plus automatique*.

La participation du droit français serait dès lors différente selon qu'il s'agit de reconnaître une norme arbitrale relative à l'"admissibilité" ou à la "formation" de la convention d'arbitrage. Elle se limiterait, dans le second cas, à opérer la réception de la norme transnationale tandis que, dans le premier, elle consisterait en réalité, à *adopter en droit français une norme au contenu similaire* à celle de l'arbitre. Cela signifierait

fraude, on a indiqué que dans certains ordres juridiques, elle inspire des règles d'*inadmissibilité* des conventions de juridiction, consistant à refuser celles-ci quand elles ont pour objectif de soustraire le litige à la loi qui lui aurait été normalement appliquée dans ces Etats (v. *supra* n° 63).

¹⁸¹ V. l'objection soulevée plus haut (*supra* n° 164).

¹⁸² Sur ce point, v. *supra* nos 18 et 19.

¹⁸³ Sur ces questions, v. *supra* nos 101 à 103.

¹⁸⁴ Sur ce principe, v. *supra* nos 30 à 34.

¹⁸⁵ V. *supra* nos 102.

que, selon la matière concernée, l'insertion dans l'ordre étatique de normes transnationales se ferait selon *deux mécanismes* différents, qui pourraient être désignés par les termes *reprise* et *réception*, le premier étant censé souligner l'intervention active du droit du for.

195. Il reste à conclure cette présentation de la jurisprudence française relative à la convention d'arbitrage en remarquant qu'ainsi expliquée, elle pourrait être *source d'inspiration pour d'autres ordres juridiques*, soucieux également de favoriser la reconnaissance des décisions qui ont été rendues.

Tel pourrait, par exemple, être le cas du droit belge qui, comme on l'observera plus loin, connaît, en matière de résiliation de concession de vente exclusive à durée indéterminée, une règle d'inadmissibilité assez sévère¹⁸⁶. A la lumière des réflexions qui précèdent, on peut se demander si, à moins qu'il soit prouvé qu'elle est vraiment nécessaire à la sauvegarde de l'ordre juridique belge, cette règle ne devrait pas être assouplie quand la convention d'arbitrage à laquelle elle s'oppose, est examinée au stade de la reconnaissance d'une sentence¹⁸⁷.

B) La reconnaissance d'une décision ayant méconnu une convention de juridiction.

196. Seul le cas où un jugement a été rendu au mépris d'une *convention d'arbitrage* va être examiné car c'est l'hypothèse qui, en pratique, soulève quelques problèmes¹⁸⁸. Certes, en théorie, le problème pourrait tout autant se poser à propos d'une convention d'élection de for, si le for requis était confronté à un jugement ayant refusé de reconnaître à cette clause l'efficacité qu'il lui aurait lui-même accordée. Mais, en fait, dans un pays comme la France, la reconnaissance d'un jugement rendu en méconnaissance d'une convention de juridiction pose plus de problème pour la convention d'arbitrage que pour la convention d'élection de for. En effet, la première surtout jouit dans cet ordre juridique d'un statut extrêmement libéral, que traduisent les diverses règles matérielles adaptées au commerce international dont il a été question. C'est donc pour celle-ci, plus que pour la convention d'élection de for, qu'il peut y avoir difficulté à reconnaître un jugement rendu dans une affaire pour laquelle, aux yeux du droit français, il aurait été justifié de recourir à l'arbitrage.

Il importe de préciser les différents aspects de cette problématique (a), avant d'indiquer les solutions qui, dans le cadre du droit commun français ou de la Convention de Bruxelles, sont envisageables pour y remédier (b).

a. Problématique en cas de méconnaissance d'une convention d'arbitrage.

197. Quand un juge est confronté à un jugement étranger rendu sur le fond au mépris d'une convention d'arbitrage, il paraît, à première vue, conforme aux principes de reconnaissance des jugements étrangers qui ont été rappelés¹⁸⁹, qu'il lui accorde

¹⁸⁶ V. *infra* n^{os} 218 et 219.

¹⁸⁷ Dans le chapitre consacré à l'"inarbitrabilité", on indiquera qu'on pourrait fonder sur l'article V 2 (a) de la Convention de New York l'obligation de limiter les griefs d'"inarbitrabilité" opposés au stade de la reconnaissance d'une sentence et que cela constitue un argument contre la règle belge évoquée (v. *infra* n^{os} 287 à 289).

¹⁸⁸ Il faut préciser qu'à la différence de tous les développements qui précèdent, la question qui va être envisagée ne va pas faire intervenir la distinction "admissibilité/formation". Il convenait toutefois de l'aborder puisqu'elle est problématique et puisque, pour la comprendre et suggérer quelques pistes de réponses, les réflexions sur les objectifs propres du stade de la reconnaissance d'une décision vont s'avérer utiles.

¹⁸⁹ V. *supra* n^{os} 175 à 178.

l'exequatur. N'est-ce pas, en effet, cette attitude qui est la plus favorable à l'efficacité de la décision qui entre les parties fait loi ? Ne faut-il pas, pour atteindre cet objectif, limiter les contrôles à imposer à la compétence du juge d'origine ?

Mais, en France, la doctrine ne s'incline pas aisément devant une telle conséquence du principe de faveur pour la reconnaissance des jugements étrangers. Car dans ce pays, à ce principe s'en opposent d'autres, qui paraissent tout aussi importants. Il importe dès lors de présenter brièvement les grandes options du droit français de l'arbitrage pour mieux comprendre les raisons théoriques qui peuvent susciter des réticences face à l'exequatur d'un jugement étranger rendu dans ces conditions. On remarquera qu'à ces raisons s'ajoute un motif plus pratique qui, quant à lui, n'est pas spécifique au droit français.

198. La première caractéristique importante du droit français à mentionner est le *libéralisme* avec lequel il conçoit les rapports entre la justice étatique et la justice arbitrale¹⁹⁰. Partant du principe que l'arbitrage est, en matière internationale, le mode normal de règlement des litiges¹⁹¹, le droit français en favorise la reconnaissance en insérant dans l'ordre juridique français les règles matérielles adaptées aux relations internationales et dégagées par les arbitres à propos de la procédure et du fond (articles 1494 et 1496 du nouveau Code de procédure civile¹⁹²). Comme il a été indiqué, les juridictions françaises ont fait de même en ce qui concerne les règles matérielles relatives à la convention d'arbitrage international, si bien que la reconnaissance de la compétence arbitrale est, en France, soumise à très peu de limites.

Il importe de souligner que l'ordre juridique français impose ce libéralisme à tous les arbitrages internationaux avec lesquels il entre en contact, c'est-à-dire soit dans le cadre d'un appel contre la décision accordant la reconnaissance ou l'exécution de la sentence, soit dans le cadre d'un recours en annulation contre celle-ci si elle a été rendue en France. Dans ces hypothèses, la sentence ne sera contrôlée qu'au regard des cinq griefs prévus par l'article 1502 et la convention d'arbitrage sera soumise aux règles matérielles françaises destinées à en accroître l'efficacité. Peu importe donc que la situation en litige ne présente que peu de liens avec la France ; pourvu que l'arbitrage soit soumis à une juridiction française, on lui appliquera les règles libérales françaises¹⁹³¹⁹⁴. MM. Bellet et Mezger parlent, à ce sujet, de "libéralisme cosmopolite"¹⁹⁵, M. Schlosser d'"*Imperialismus der Liberalität*"¹⁹⁶.

¹⁹⁰ Sur cette question, v., par ex., P. BELLET, E. MEZGER, "L'arbitrage international dans le nouveau Code de procédure civile" {préc. n. 127}, p. 620 et s.

¹⁹¹ En ce sens, B. AUDIT, "L'arbitre, le juge et la Convention de Bruxelles", *L'internationalisation du droit. Mélanges Y. Loussoarn*, Dalloz, Paris, 1994, p. 27 ; Ph. FOUCHARD, "L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981" {préc. n. 146}, p. 380.

¹⁹² V. également l'interprétation donnée à ces articles, *supra* n° 102.

¹⁹³ En ce sens, Ph. FOUCHARD, "L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981" {préc. n. 146}, p. 391.

¹⁹⁴ Il faut remarquer que l'application de normes françaises même à des cas n'ayant que peu de liens avec la France, est, en ce qui concerne la convention d'arbitrage, la conséquence de l'abandon de la méthode conflictuelle au profit des règles matérielles du for. S'appuyant sur un "critère de rattachement" entre la situation considérée et l'Etat dont la loi sera reconnue compétente, la règle de conflit de lois permet, au contraire, d'éviter ce genre de critique.

¹⁹⁵ P. BELLET, E. MEZGER, "L'arbitrage international dans le nouveau Code de procédure civile" {préc. n. 127}, p. 621. Ces auteurs craignent que cette situation n'augmente l'incertitude juridique dans les relations internationales au lieu de la réduire. Ils se demandent par ailleurs si ces dispositions ne s'expliquent pas par le désir de favoriser l'arbitrage international en France et d'attirer ainsi les commerçants sur la place de Paris (*ibidem*, p. 656).

¹⁹⁶ P. SCHLOSSER, n° 145. Dans le même sens P. MAYER, "L'insertion de la sentence dans l'ordre juridique français" {préc. n. 125}, n° 5, p. 83. — *Contra* Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, n° 183, p. 108, qui remarquent que l'application effective du droit français supposera toujours un minimum de contact avec cet ordre juridique, c'est-à-dire, le plus souvent, la saisine d'un juge français.

Cependant le droit français n'a pas seulement pour caractéristique d'imposer ainsi largement sa conception de l'arbitrage ; il néglige également celles des autres ordres juridiques. Traditionnellement, en effet, un Etat tient compte du fait qu'une sentence a été annulée dans l'Etat où elle a été rendue pour refuser de la reconnaître ou d'en ordonner l'exécution dans son propre ordre juridique. Tel est l'objet de la règle que prévoit l'article V 1. (e) de la Convention de New York. Certes, l'article IX 1. de la Convention de Genève a limité les motifs d'annulation de la sentence qui conduisent à un refus de reconnaissance ou d'exécution de celle-ci dans un autre Etat contractant. Mais il n'en reste pas moins que l'idée qui sous-tend ces normes est qu'il revient à l'ordre juridique étatique dans lequel se localise l'arbitrage, c'est-à-dire, le plus souvent, celui où se situe le siège arbitral¹⁹⁷, d'annuler la sentence et que cette décision a pour vocation d'être reconnue dans les autres ordres juridiques. Un tel système a l'avantage de permettre qu'il soit décidé une fois pour toutes de l'autorité de la sentence et d'éviter que l'examen de cette sentence soit rouvert dans tous les pays où son exécution est demandée¹⁹⁸.

Or l'article 1502 du nouveau Code de procédure civile français ne prévoit pas, parmi les motifs pouvant être opposés à une décision qui accorde la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence, le fait que celle-ci ait été annulée dans l'Etat où elle a été rendue¹⁹⁹. Plus libéral que la Convention de New York, le droit français l'emporte sur celle-ci, en vertu de l'article VII de la Convention²⁰⁰. L'arrêt *Hilmarton* rendu le 23 mars 1994 par la Cour de cassation française a consacré explicitement cette solution : "une sentence rendue en matière internationale dans un Etat étranger n'étant pas intégrée dans l'ordre juridique de cet Etat, son existence demeure établie malgré son annulation dans l'Etat du siège de l'arbitrage et sa reconnaissance en France n'est pas contraire à l'ordre public international"²⁰¹. Une telle position s'inspire, en réalité, d'une conception *délocalisatrice* de l'arbitrage²⁰². Cela signifie que "les sentences ne sont pas considérées comme des actes appartenant à un ordre juridique donné mais comme des actes privés"²⁰³. Le lieu où celles-ci ont été prononcées n'a dès lors qu'une importance secondaire²⁰⁴. C'est pourquoi, même quand il y a eu annulation de la sentence par un juge de l'Etat du siège, le juge français à qui il est demandé de reconnaître la sentence se fiera uniquement à ses propres critères de contrôle²⁰⁵. Cependant, comme le remarque M. Mayer, en reconnaissant l'autorité de la

¹⁹⁷ Remarquons que, pour certains ordres juridiques, la sentence se localise dans le pays d'après la loi duquel elle a été rendue, ainsi que l'atteste l'article V. 1 (e) de la Convention de New York.

¹⁹⁸ En ce sens, P. MAYER, note sous C.J.C.E., Aff. 190/89, 25 juillet 1991 (Marc Rich c. società Italiana Impianti), *Rev. crit. DIP*, 1993, p. 317.

¹⁹⁹ Remarquons que l'article 1723 du Code judiciaire belge énonçant les conditions de l'exequatur des sentences étrangères ne mentionne pas non plus ce motif de refus.

²⁰⁰ P. BELLET, E. MEZGER, "L'arbitrage international dans le nouveau Code de procédure civile" {préc. n. 127}, p. 649.

²⁰¹ Cass. fr. (1^o Ch. civ.), 23 mars 1994 (sté Hilmarton c. sté OTV), *Rev. arb.*, 1994, p. 327, note Ch. JARROSSON, *Rev. crit. DIP*, 1995, p. 356, note B. OPPETIT. — Posant déjà ce principe, Cass. fr. (1^o Ch. civ.), 9 octobre 1984 (sté Pabalk c. sté Norsolor), *Rev. arb.*, 1985, p. 431, note B. GOLDMAN, *J.D.I.*, 1985, p. 680, note Ph. KAHN.

²⁰² Sur cette notion, P. MAYER, "L'insertion de la sentence dans l'ordre juridique français" {préc. n. 125}, n^o 4, p. 83 et s.

²⁰³ P. MAYER, "L'insertion de la sentence dans l'ordre juridique français" {préc. n. 125}, n^o 4, p. 83.

²⁰⁴ P. MAYER, "L'insertion de la sentence dans l'ordre juridique français" {préc. n. 125}, n^o 4, p. 83.

²⁰⁵ P. MAYER, *op. cit.* {préc. n. 198}, p. 318.

chose jugée de la sentence plutôt que celle du jugement qui l'annule, le droit français met la sentence à un niveau supérieur à celui d'un jugement étranger²⁰⁶...

On remarquera qu'il est intéressant de rapprocher les droits belge et français sur cette question précise des rapports entre le recours en annulation et l'exequatur des sentences. Ainsi convient-il d'abord d'observer que, pas plus que l'article 1502 du nouveau Code de procédure civile français, l'article 1723 du Code judiciaire belge n'énumère, parmi les raisons susceptibles de conduire au refus de l'exequatur d'une sentence rendue à l'étranger, le fait que celle-ci ait été annulée dans son pays d'origine²⁰⁷. Il paraît donc concevable que les juridictions belges décident, s'inspirant de l'arrêt *Hilmarton* dont il vient d'être question, de reconnaître une sentence en dépit de son annulation dans son pays d'origine. Or, si les juges belges s'engageaient dans cette voie, il semble que leur attitude serait moins critiquable que celle des juridictions françaises. En effet, si le droit belge manifeste, comme le droit français, une certaine tendance à la "délocalisation" des sentences, c'est, pour ainsi dire, en montrant lui-même l'exemple. Car le droit belge, plus précisément l'article 1717 (4) du Code judiciaire, a décidé de couper le lien entre le lieu du siège arbitral et la possibilité d'intenter un recours en annulation en l'appliquant à des sentences *rendues en Belgique* à propos de situations éloignées de cet ordre juridique par la qualité des parties²⁰⁸. Le droit belge ayant estimé, pour l'hypothèse où la Belgique est le pays d'origine de la sentence, qu'il est préférable de reporter le contrôle de la sentence au stade de l'exequatur, il serait logique — en théorie, car en pratique, ce choix ne serait pas à l'abri de toute critique²⁰⁹ — qu'il fit également ce choix lorsqu'une sentence a été annulée

²⁰⁶ P. MAYER, "L'insertion de la sentence dans l'ordre juridique français" {préc. n. 125}, n° 39, p. 101.

²⁰⁷ En fait, l'article 1723 (3) permet de refuser l'exequatur d'une sentence étrangère s'il existe une cause d'annulation prévue à l'article 1704, c'est-à-dire si la sentence est annulable aux yeux du droit belge. La situation à laquelle les juridictions françaises ont été confrontées dans le cadre de l'affaire *Hilmarton* pourrait donc se produire dans l'hypothèse où une sentence aurait été annulée dans son pays d'origine pour un motif qui n'est pas repris parmi ceux que prévoit l'article 1704 C. Jud. On remarquera que cette situation risque d'être assez rare étant donné que l'article 1704 C. Jud. prévoit treize motifs d'annulation. Aussi, chaque fois que les juridictions belges se trouveront confrontées à une sentence étrangère critiquable pour un de ces motifs, elles devront en refuser l'exequatur, indépendamment de la question si cette sentence a été annulée dans son propre pays d'origine.

²⁰⁸ Sur cet article, v. *supra* n° 180.

²⁰⁹ On peut, en effet, s'interroger sur l'opportunité d'adopter, en Belgique, une solution semblable à celle que défend l'arrêt *Hilmarton* de la Cour de cassation française dont il a été question, c'est-à-dire le refus de tenir compte de l'annulation dont une sentence a fait l'objet dans son pays d'origine. Comme l'a remarqué M. Mayer, sous prétexte de "délocaliser" les sentences, on aboutit en fait à un système de "multilocalisation", "c'est-à-dire à la soumission de la sentence à la loi de chacun des pays dans lesquels elle est invoquée" (P. MAYER, "L'insertion de la sentence dans l'ordre juridique français" {préc. n. 125}, n° 5, p. 84). Perdant l'intérêt essentiel du recours en annulation — fournir une appréciation définitive sur la sentence —, on encourage les parties à multiplier les procédures. Il est peu probable que l'incertitude juridique sur le sort de la sentence qui en résulte soit dans l'intérêt des parties. Mais alors, si l'objectif ultime d'un choix comme celui que traduit l'arrêt *Hilmarton* du 23 mars 1994 n'est pas de respecter la volonté des parties, source et fin de l'arbitrage, quel est-il ? Probablement est-ce d'une part le souci de respecter la décision de l'arbitre, en considérant, le cas échéant, qu'elle mérite plus d'égard que la décision du juge étatique qui l'annule ; d'autre part, la mise en avant du point de vue du for saisi sur l'arbitrage, au mépris de celui du juge étranger. Mais, on peut se demander quelles sont les garanties qu'offre la justice arbitrale qui poussent à lui accorder plus de prix qu'à la justice étatique étrangère... Et le souci de favoriser l'arbitrage que manifestent certains ordres juridiques étatiques est-il vraiment une valeur qui doit l'emporter sur celle de la recherche d'une certaine harmonie entre les ordres étatiques ? (V. pour une critique analogue, B. OPPETIT, *op. cit.* {préc. n. 201}, p. 359). En fait, si l'on veut négliger l'annulation qu'a subie une sentence dans son pays d'origine, il convient que ce soit après concertation avec les autres Etats et après réflexion sur les solutions à inventer pour que cette situation n'entraîne pas une multiplication des procédures à l'encontre des sentences. V., à ce propos, B. LEURENT, "Réflexions sur l'efficacité internationale des sentences arbitrales". *Trav. Com. fr. DIP*, 1994-1995, éd. Pedone. Paris. 1996, p. 181 et s., qui suggère de *centraliser*

dans un pays étranger avec lequel elle ne présente que peu de liens. En somme, le droit belge "bilatéraliserait" l'article 1717 (4) du Code judiciaire et les critères selon lesquels celui-ci décide qu'une sentence est assez "intégrée" dans un ordre juridique pour y être annulée. Mais le droit français, quant à lui, ne respecte pas cette symétrie : il se fonde sur l'idée que l'arbitrage international ne se rattache à aucun ordre juridique pour négliger le point de vue du juge d'origine sur la sentence ; il estime cependant que les sentences rendues en France en matière d'arbitrage international sont suffisamment reliées à cet ordre juridique pour pouvoir y faire l'objet d'un recours en annulation²¹⁰. On peut conclure en observant que la conception délocalisatrice de l'arbitrage adoptée par le droit français apparaîtrait moins impérialiste si elle était appliquée aux sentences prononcées en France...

199. Le rappel de ces quelques traits du droit français de l'arbitrage permet de comprendre qu'en France, il puisse paraître problématique de reconnaître un jugement étranger rendu à propos d'un litige pour lequel les juridictions françaises auraient admis l'arbitrage²¹¹. Car en donnant effet au jugement, l'ordre juridique français se plierait indirectement à une opinion plus stricte que la sienne sur la possibilité de recourir à l'arbitrage, ce qu'il répugne à faire²¹² comme l'a montré, à propos de la reconnaissance d'un jugement étranger annulant une sentence, l'arrêt *Hilmarton* rendu le 23 mars 1994 par la Cour de cassation française²¹³.

Il faut remarquer qu'une raison plus *pratique* est parfois encore évoquée pour expliquer ces réticences françaises. Imaginons que, parallèlement à la procédure judiciaire étrangère, un arbitrage ait quand même eu lieu. Cela signifie que l'ordre juridique du for requis va, le cas échéant, se trouver confronté au jugement rendu au mépris de la convention d'arbitrage et à la sentence fondée sur celle-ci. La Convention de New York lui imposant de reconnaître la sentence, des contradictions entre les deux décisions peuvent naître si, par ailleurs, on estime que le jugement étranger doit lui aussi être reconnu²¹⁴. Ce problème n'est pas spécifique à l'ordre juridique français.

b. Appréciation.

200. Il convient d'examiner les divers moyens juridiques qui pourraient être envisagés pour remédier aux divers problèmes, théoriques ou pratiques, que suscite la reconnaissance d'un jugement étranger rendu en méconnaissance d'une convention d'arbitrage. On distinguera, à cet égard, le droit commun français, puisque c'est surtout dans

le contrôle des sentences devant un seul juge, soit celui du siège arbitral, soit celui du lieu où la sentence est signée, et d'instaurer un système de reconnaissance internationale du jugement s'étant prononcé sur ce point.

²¹⁰ Pour une critique analogue, v. B. LEURENT, *op. cit.* {préc. n. 209}, p. 182 ; P. MAYER, "L'insertion de la sentence dans l'ordre juridique français" {préc. n. 125}, n° 17, p. 89 et n° 38, p. 100, où cet auteur remarque que le droit d'annuler les sentences en France n'a de sens que si les autres Etats s'inclinent devant la décision française d'annulation. Or il importe, dans l'intérêt de la coopération internationale, que la France adopte, elle-même, l'attitude qu'elle escompte des autres, c'est-à-dire qu'elle reconnaisse les décisions étrangères d'annulation.

²¹¹ Remarquons cependant que M. Bucher, auteur suisse, défend la même position. Il estime que l'obligation de donner effet à une convention d'arbitrage que prévoit l'article 7 LDIP "s'impose également à l'autorité suisse saisie d'une demande d'exécution d'un jugement rendu à l'étranger nonobstant l'existence d'une clause arbitrale valable du point de vue suisse (et au bénéfice de laquelle le défendeur n'a pas renoncé devant le juge étranger)" (A. BUCHER, n° 141, p. 56).

²¹² En ce sens, P. MAYER, *op. cit.* {préc. n. 198}, p. 318.

²¹³ Cass. fr. (1^o Ch. civ.), 23 mars 1994 (sté Hilmarton c. sté OTV), *Rev. arb.*, 1994, p. 327, note Ch. JARROSSON, *Rev. crit. DIP*, 1995, p. 356, note B. OPPETIT.

²¹⁴ P. MAYER, *op. cit.* {préc. n. 198}, p. 320.

ce pays que le problème se pose (aa), et le droit conventionnel instauré par la Convention de Bruxelles, car la question a également été débattue dans ce contexte (bb).

201. (aa) Si le droit commun anglais prévoit explicitement la possibilité de refuser la reconnaissance d'un jugement étranger rendu au mépris d'une convention d'arbitrage ou d'élection de for²¹⁵, tel n'est pas le cas pour le droit français. Force est donc bien de reprendre les principes généraux applicables en matière de reconnaissance des jugements étrangers dégagés par les arrêts *Munzer* et *Simitch*²¹⁶ et de se demander quel grief ils permettraient d'invoquer contre un tel jugement.

Pourrait-on prétendre que la décision ayant écarté une convention d'arbitrage qu'aurait admise le droit français *viole l'ordre public international français*?²¹⁷ Cela semble impossible²¹⁸. D'abord car on peut se demander en quoi le non-respect d'une convention privée porte atteinte à l'ordre public. Ensuite parce que cette solution est indirectement confirmée par l'article 1458 (3) du nouveau Code de procédure civile qui interdit au juge français de relever d'office son incompetence quand lui est soumis un litige pour lequel a été conclue une convention d'arbitrage. Cette règle indique que l'incompétence née de la clause ne touche pas l'ordre public ainsi que l'atteste, *a contrario*, l'article 92 du nouveau Code de procédure civile qui permet à un juge de prononcer d'office son incompetence "en cas de violation d'une règle de compétence d'attribution lorsque cette règle est d'ordre public".

A notre avis, le seul reproche envisageable à l'encontre d'un tel jugement est celui qui se fonderait sur l'idée de fraude²¹⁹. On sait que l'arrêt *Simitch* reconnaît la compétence du juge d'origine pourvu que le choix de celui-ci n'ait pas été frauduleux²²⁰. Or on peut se demander si en cherchant à faire reconnaître en France un jugement étranger rendu au mépris d'une convention d'arbitrage que le droit français aurait reconnue, la partie gagnante ne veut pas réaliser une "*fraude à la décision (virtuelle) qu'aurait prononcée l'organe français, par le moyen du détournement de la règle de compétence indirecte*"²²¹. Le choix

²¹⁵ Section 32 of the Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982. Pour des explications sur cette disposition, v. P.M. NORTH, J.J. FAWCETT, *Cheshire and North's Private International Law*, 12^o éd., Butterworths, London, 1992, p. 389 à 392.

²¹⁶ V. *supra* nos 176 et 177.

²¹⁷ En ce sens, P. SCHLOSSER, "Conflits entre jugement judiciaire et arbitrage", *Rev. arb.*, 1981, p. 381. Cet auteur estime qu'il y a violation de l'ordre public de l'Etat où la reconnaissance est demandée lorsque "rien ne permet de discuter la volonté des parties de conclure la convention d'arbitrage, l'arbitrage prévu est hors de tout soupçon, d'après les règles applicables pour le juge de l'exequatur et l'arbitrabilité du litige est bien constante".

²¹⁸ En ce sens par ex. D. HASCHER, note sous Cass. fr. (1^o Ch. civ.), 18 février 1992 (Mamadou Ba c. sté SIDECI), Cass. fr. (1^o Ch. civ.), 10 mars 1993 (sté Polish Ocean Line c. sté Jolasry), Paris (1^o Ch. suppl.), 12 février 1993 (sté Unichips c. Gesnouin), *Rev. arb.* 1993, p. 267.

²¹⁹ Comp. D. HASCHER, *op. cit.* {préc. n. 218}, p. 268, qui propose que l'article II de la Convention de New York soit transposé parmi les règles de compétence indirecte des juges. Ainsi aurait-on l'obligation de faire reconnaître la convention d'arbitrage au stade de la reconnaissance d'un jugement également (dans un sens analogue, P. SCHLOSSER, "Conflits entre jugement judiciaire et arbitrage" {préc. n. 217}, p. 381). Cette solution nous paraît trop générale car elle permet, au mépris du principe de faveur pour la reconnaissance du jugement étranger, au juge requis de *toujours* faire prévaloir ses conceptions sur l'arbitrage au lieu de faire confiance sur ce point au juge d'origine. Il semble que, comme proposé dans le texte, il faille limiter une telle solution à l'hypothèse où les parties auraient eu une attitude fautive car frauduleuse.

²²⁰ Cass. fr. (1^o Ch. civ.). 6 février 1985 (Mme Fairhurst c. Simitch), *Rev. crit. DIP*, 1985, p. 369.

²²¹ L'expression est de M. Mayer qui l'a utilisée, non dans ce contexte précis, mais quand, de manière générale, il recherchait, à une époque où l'arrêt *Simitch* n'avait pas encore été rendu, des normes pouvant régir la compétence indirecte. Cet auteur considérait qu'une de ces règles devrait sanctionner ce type de fraude (v. P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé* {préc. n. 111}, n^o 242).

du juge étranger serait frauduleux s'il avait pour but de faire reconnaître en France, par le biais de la souplesse de la règle de compétence indirecte valable dans ce pays, une situation, le refus d'arbitrage, qui n'aurait pas été admise si le procès y avait été directement intenté. Il faut toutefois remarquer qu'une telle solution ne pourrait pas jouer vis-à-vis de tous les jugements étrangers rendus au mépris d'une convention d'arbitrage mais uniquement vis-à-vis de ceux à propos desquels un tel comportement frauduleux serait établi²²².

202. Il semble donc que le droit commun français offre peu de possibilité pour s'opposer à la reconnaissance d'un jugement étranger ayant méconnu une convention d'arbitrage qui, à ses yeux, était efficace. A notre sens, cette situation n'est pas regrettable. En effet, s'il se comprend que l'ordre juridique français, en assouplissant le régime de la convention d'arbitrage, cherche à harmoniser ses solutions avec celles qui se développent dans le cadre de l'ordre arbitral, il peut paraître exagéré qu'il le fasse au détriment de l'harmonie avec les autres ordres juridiques étatiques²²³. Car si la reconnaissance de l'arbitrage international en France se fait au mépris de ce qui a été fait à l'étranger, on crée des situations inextricables probablement encore plus néfastes que si on s'était incliné devant les solutions, pourtant moins favorables à l'arbitrage, développées dans d'autres pays. L'affaire *Hilmarton* en est une illustration. Ainsi, parce qu'il avait refusé de tenir compte de l'arrêt d'annulation de la sentence prononcé par un juge suisse, l'ordre juridique français s'est trouvé dans la situation où, ayant reconnu la première sentence, il était confronté à une seconde sentence, censée remplacer celle qui avait été annulée...²²⁴

En fait, la solution la plus efficace est probablement celle qui tente de remédier aux conflits qui peuvent surgir entre une sentence et un jugement rendu au fond sur la même affaire, ainsi qu'on va l'envisager après avoir indiqué comment se pose le problème dans le cadre de la Convention de Bruxelles.

203. (bb) Comme annoncé²²⁵, il est controversé si la Convention de Bruxelles oblige les Etats contractants à reconnaître un jugement rendu dans un autre Etat contractant au mépris d'une convention d'arbitrage que les premiers auraient reconnue²²⁶. Cette question, soulevée lors de l'adhésion de la Grande-Bretagne, n'a pas été explicitement résolue. Dans son rapport, M. Schlosser s'est contenté de remarquer qu'à part le Royaume-Uni, tous les autres pays considéraient que la reconnaissance devait avoir lieu²²⁷. Dans ses

²²² V. P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé* {préc. n. 111}, n° 243, qui indique, par quelques exemples, comment repérer une telle fraude.

²²³ V., pour une critique analogue, P. MAYER, débats suite à la communication de B. Laurent, "Réflexions sur l'efficacité internationale des sentences arbitrales" {préc. n. 209}, p. 204.

²²⁴ V. à ce propos les arrêts de la Cour d'appel de Versailles qui, adoptant une position opposée à celle de la Cour de cassation dans son arrêt du 23 mars 1994 (préc. n. 213), a reconnu effet au jugement étranger annulant la première sentence pour pouvoir ordonner l'exécution de la seconde (Versailles, 29 juin 1995 (sté OTV c. sté Hilmarton), *Rev. arb.*, 1995, p. 639, note Ch. JARROSSON, *J.D.I.*, 1996, p. 120, note E. GAILLARD). Pour un rappel des nombreuses procédures qui ont été intentées en France dans cette affaire, v. B. OPPETIT, *op. cit.* {préc. n. 201}, p. 358. Il convient d'observer que les deux arrêts de la Cour d'appel de Versailles ont été frappés d'un pourvoi en cassation.

²²⁵ V. *supra* n° 140.

²²⁶ Sur cette question, v. B. AUDIT, "Arbitration and the Brussels Convention", *Arbitration International*, 1993, Vol. 9, N° 1, p. 20 et s.; H. GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et Lugano*, 2° éd., L.G.D.J., Paris, 1996, n° 318; R. GEIMER, R. SCHÜTZE, §5, p. 46 et s.; J. KROPHOLLER, n° 39, p. 61; P. MAYER, *op. cit.* {préc. n. 198}, p. 319 et s.; P. SCHLOSSER, "Conflits entre jugement judiciaire et arbitrage" {préc. n. 217}, p. 381 et s.

²²⁷ P. SCHLOSSER, "Rapport sur la Convention relative à l'adhésion du royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord à la convention

conclusions avant l'arrêt *Marc Rich* de la Cour de justice, M. Darmon a préféré ne pas aborder ce problème²²⁸.

A vrai dire, il semble qu'il y ait, dans le cadre conventionnel, encore moins de raison de s'opposer à la reconnaissance d'un tel jugement que dans celui du droit commun français. D'ailleurs, quelques décisions allemandes ont reconnu, par application de la Convention de Bruxelles, des jugements étrangers ayant tranché un litige après avoir refusé de reconnaître la convention d'arbitrage qui était invoquée²²⁹. De nombreux auteurs approuvent cette solution²³⁰.

On peut expliquer cette position en observant d'abord que si le jugement a été rendu sur une matière principale relevant du domaine matériel de la Convention, on ne pourrait, pour faire jouer le droit commun supposé permettre le refus de cette décision, déclarer que la Convention est inapplicable. Comme on l'a indiqué plus haut, l'applicabilité de la Convention de Bruxelles dépend, en effet, de la matière qui constitue l'objet *principal* du litige ; le fait qu'une convention d'arbitrage ait été soulevée incidemment à son propos, que cette question elle-même soit ou ne soit pas comprise dans la Convention, ne peut rien y changer²³¹. Par conséquent, que l'on admette ou que l'on refuse que le for requis remette en cause la décision du juge d'origine sur l'applicabilité de la Convention de Bruxelles, autre point qui est lui-même controversé²³², il faut constater que de toute façon, il ne pourrait pas, s'il le faisait, conclure à son inapplicabilité sous prétexte qu'une convention d'arbitrage aurait été invoquée à titre incident.

La Convention de Bruxelles étant applicable, elle ne paraît pas permettre de refuser la reconnaissance d'un tel jugement. En effet, on conçoit mal que le non-respect d'une convention privée puisse constituer une violation de l'ordre public du for requis²³³. Et si c'était néanmoins le cas dans un certain ordre juridique, celui-ci ne pourrait, à notre avis, pas invoquer ce grief. L'article 28 (3) interdit en effet de se fonder sur une violation de l'ordre public pour contrôler la *compétence* des juridictions de l'Etat d'origine. Or, comme on l'a indiqué, il faut considérer qu'en invoquant une convention d'arbitrage, une partie soulève un déclinatoire de compétence du juge saisi²³⁴. Pour le juge d'origine, la clause

concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale", *J.O.C.E.*, C 59, 5 mars 1979, n^{os} 61 et 62.

²²⁸ M. DARMON, Conclusions avant C.J.C.E., Aff. 190/89, 25 juillet 1991 (*Marc Rich c. società Italiana Impianti*), *Rec. C.J.C.E.*, 1991, p. 3873.

²²⁹ OLG Celle, 8 décembre 1977, *RIW/AWD*, 1979, p. 131 ; BGH, 28 mars 1979, *RIW/AWD*, 1979, p. 710.

²³⁰ V. R. GEIMER, R. SCHÜTZE, §5, p. 46 ; P. JENARD, "Opinion", *Arbitration International*, 1991, Vol. 7, N^o 3, p. 247 ; P. KAYE, "The Judgments Convention and Arbitration : Mutual Spheres of Influence", *Arbitration International*, 1991, Vol. 7, N^o 3, p. 292 ; J. KROPHOLLER, n^o 39, p. 62 ; P.M. NORTH, J.J. FAWCETT, *Cheshire and North's Private International Law*, 12^e éd., Butterworths, London, 1992, p. 436 ; H. TAGARAS, "Chronique de jurisprudence de la Cour de Justice relative à la Convention de Bruxelles (1990 à 1992)", *Cah. dr. eur.*, 1992, p. 670. — *contra* B. AUDIT, "L'arbitre, le juge et la Convention de Bruxelles" {préc. n. 191}, p. 25 ; H. GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et Lugano* {préc. n. 226}, n^o 318, approuvant l'opinion de M. Audit ; J. SCHRÖDER, "Nach Damaskus : kein Traumspiel", *IPRax*, 1988, p. 144.

²³¹ Dans le même sens, P. MAYER, *op. cit.* {préc. n. 198}, p. 319 ; H. TAGARAS, *op. cit.* {préc. n. 230}, p. 669.

²³² Sur cette question, v. H. GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et Lugano* {préc. n. 226}, n^o 319. En faveur de la possibilité de vérifier, au stade de la reconnaissance, l'applicabilité de la Convention de Bruxelles, v. par exemple B. AUDIT, "L'arbitre, le juge et la Convention de Bruxelles" {préc. n. 191}, p. 25. *contra* P. JENARD, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et ses prolongements*, Répertoire notarial, t. XI, Larcier, Bruxelles, 1994, n^o 30, citant le rapport Schlosser (préc. n. 227).

²³³ En ce sens l'arrêt de l'Oberlandsgericht de Celle précité (note 229).

²³⁴ V. *supra* n^o 142.

d'arbitrage était donc un des éléments à envisager dans le cadre de l'appréciation de sa propre compétence. Cette question ne peut dès lors pas faire l'objet d'un contrôle par le juge requis²³⁵, sauf dans le cadre limité prévu par l'article 28 (1) et (2)²³⁶.

204. L'impossibilité de s'opposer à la reconnaissance d'un jugement rendu en violation d'une convention d'arbitrage paraît cependant particulièrement insatisfaisante quand, à propos du même litige, a été prononcée une sentence. Pour répondre à cette objection plutôt pratique, il semble qu'il faille non refuser systématiquement de donner effet au jugement mais *harmoniser les conflits susceptibles de naître entre une sentence et un jugement*. Or sur ce point, la Convention de Bruxelles présente, à première vue, des lacunes²³⁷.

Pour limiter les éventuelles contradictions entre une sentence et un jugement rendus dans ces conditions, il semble toutefois qu'il ne serait pas nécessaire de modifier le texte de la Convention. Les articles 27 (3) et 27 (5) qui interdisent la reconnaissance d'une décision si elle est inconciliable avec une décision rendue entre les mêmes parties et qui a été prononcée dans l'Etat requis ou qui, prononcée dans un Etat non contractant, réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'Etat requis, pourraient en effet être interprétés de telle sorte qu'ils englobent par le terme "décisions" les jugements *et les sentences*²³⁸. Il convient d'observer qu'on ne pourrait s'opposer à une telle suggestion en prétendant que les sentences, parce qu'elles ne sont pas comprises dans le champ d'application matériel de la Convention de Bruxelles, ne peuvent pas être concernées par les articles de celle-ci. En effet, les jugements rendus dans un Etat non contractant ne sont pas non plus visés par la Convention. Ils sont pourtant pris en compte par l'article 27 (5).

Une telle solution accentuerait le rapprochement entre les sentences et les jugements étrangers²³⁹, ce qui serait conforme aux convergences observées dans les objectifs inspirant les contrôles de régularité de ces différents types de "décisions de juridiction étrangère"²⁴⁰. Par ailleurs, au lieu de privilégier systématiquement la reconnaissance du jugement étranger, comme ce serait le cas si la Convention de Bruxelles devait jouer dans son interprétation actuelle, ou de défendre dans tous les cas la reconnaissance de la sentence, comme on en observe des velléités en France, cette position aurait l'avantage d'être *neutre* : elle favoriserait la décision rendue antérieurement, sans préjugé positif ou négatif à l'encontre de l'instance, juge d'un Etat contractant, juge d'un Etat tiers ou arbitre, dont elle émane.

²³⁵ V. pourtant P. SCHLOSSER, "Conflits entre jugement judiciaire et arbitrage" {préc. n. 217}, p. 390, qui, tout en reconnaissant que l'article 28 (3) ne permet pas d'invoquer l'ordre public en matière de compétence, estime que rien ne dit que cet article s'applique lorsqu'un jugement a méconnu une convention d'arbitrage, car cette disposition ne vise que les règles de compétence organisées par la Convention. Cet argument ne résiste toutefois pas à l'examen car l'article 28 (3), comme tout le titre III de la Convention de Bruxelles, joue dès qu'il y a décision d'une juridiction d'un Etat membre (art. 25), et ce même si, au stade de la compétence directe, celle-ci n'a pas appliqué les règles de la Convention mais celles de son droit commun.

²³⁶ Dans le même sens, P. MAYER, *op. cit.* {préc. n. 198}, p. 320.

²³⁷ J.-P. BERAUDO, "Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Généralités, *J. Cl. Europe*, fasc. 3000, n° 34. Approuvant l'opinion de cet auteur, M. DARMON, Conclusions avant C.J.C.E., Aff. 190/89, 25 juillet 1991 (Marc Rich c. società Italiana Impianti), *Rev. arb.*, 1991, p. 679, note 57. Dans un sens analogue, P. MAYER, *op. cit.* {préc. n. 198}, p. 320.

²³⁸ Dans un sens analogue, U. HAAS, "Der Ausschluss der Schiedsgerichtsbarkeit vom Anwendungsbereich des EuGVÜ", *IPRax*, 1992, p. 294 ; P. SCHLOSSER, "Conflits entre jugement judiciaire et arbitrage" {préc. n. 217}, p. 389.

²³⁹ V. en ce sens P. SCHLOSSER, "Conflits entre jugement judiciaire et arbitrage" {préc. n. 217}, p. 375, qui défend la règle de l'assimilation des sentences aux jugements.

²⁴⁰ V. *supra* nos 175 à 181.

Il convient de remarquer qu'une telle solution pourrait être reprise dans le cadre des droits *communs*, ainsi que l'a proposé M. Schlosser²⁴¹.

205. L'approche spécifique que requièrent, en droit international privé, les conventions d'arbitrage et d'élection de for et qui est due à leur double rattachement vient d'être complétée sous l'angle des *principes déterminant les règles de droit* qui leur sont applicables.

Lorsque ces clauses s'intègrent dans une situation dont le caractère international est tel qu'il paraisse inadéquat de les soumettre à des normes prévues pour les cas internes ou lorsqu'elles sont soulevées dans le cadre de la reconnaissance d'une décision, les règles de droit les régissant peuvent, en effet, être modifiées. Mais, selon que la question considérée relève de l'admissibilité ou de la formation de la convention de juridiction, les principes expliquant ces modifications diffèrent, s'inspirant tantôt de la matière des conflits de juridictions, tantôt de celle du conflit de lois. Or, il est intéressant, à notre avis, d'observer que les principes issus de la matière de la *compétence internationale* et de la *compétence indirecte* offrent beaucoup de possibilités pour adapter le régime de ces clauses. Illustrant les conséquences de la thèse du rattachement partiel des conventions d'arbitrage et d'élection de for aux conflits de juridictions, cette constatation souligne aussi leur *spécificité* par rapport aux contrats substantiels, soumis uniquement au conflit de lois.

²⁴¹ P. SCHLOSSER, "Conflits entre jugement judiciaire et arbitrage" {préc. n. 217}, p. 377 et s.

DEUXIEME PARTIE

APPROCHE PRATIQUE DES CONVENTIONS DE JURIDICTION EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE

206. Cette seconde partie a pour objectif de mettre en œuvre les principes théoriques dégagés dans la partie qui précède en les confrontant à quelques problèmes que posent les clauses étudiées. C'est pour cette raison qu'il est question d'une "approche *pratique*" des conventions de juridiction. On ne présentera cependant pas un exposé complet des solutions de droit positif belge, français ou allemand. La démarche reste, en effet, la même que celle suivie dans le début de cette étude : il s'agit de rendre compte d'une *problématique* et des réponses qui peuvent lui être données ; les questions et les solutions qui se rencontrent dans les divers pays évoqués sont avant tout le *support* de cette analyse. Ainsi, sans être elles-mêmes pratiques, ces réflexions peuvent-elles contribuer à éclairer des problèmes concrets qui se rencontrent dans la réalité.

Conformément au souhait de réaliser une "*comparaison constructive*", on n'abordera pas toutes les questions susceptibles de surgir à propos des conventions d'arbitrage et d'élection de for mais uniquement celles que cette approche comparative pourrait éclairer. Au demeurant, beaucoup de problèmes relatifs aux clauses considérées ont déjà été examinés pour illustrer les principes théoriques développés dans la première partie de ce travail.

Aussi étudiera-t-on d'abord le problème de l'"*arbitrabilité*". Cette question suscite des difficultés quant à sa qualification au regard de la distinction "admissibilité/formation", qui se répercutent à leur tour sur le plan du droit applicable. Il semble toutefois que les principes et distinctions dégagés dans la partie théorique de cette étude permettent d'aborder d'une manière nouvelle cette problématique (**Chapitre IV**).

On s'interrogera ensuite sur les *solutions applicables à la formation* des conventions de juridiction. Il convient, en effet, d'explicitier et d'approfondir le principe selon lequel, par cet aspect, les clauses étudiées relèvent des *lex causæ* déterminées par des règles de conflit de lois. Mais il importe surtout de constater que ce principe commence à être remis en cause. Des voix s'élèvent pour que la *lex fori*, loi de la compétence, soit appliquée également à cette question. Il paraît intéressant d'étudier ces diverses manifestations au regard des développements généraux qui précèdent (**Chapitre V**).

CHAPITRE IV

INADMISSIBILITE ET DROITS AU FOND : L'“INARBITRABILITE”¹

207. L'“inarbitrabilité” est un sujet extrêmement vaste qui, en Belgique comme en France ou en Allemagne, a suscité passions et débats. Dans le cadre d'un travail consacré non seulement à la convention d'arbitrage mais aussi à la convention d'élection de for, il ne peut être question de présenter tous les aspects des problèmes soulevés dans ces pays ni toutes les théories défendues pour leur donner des réponses². Il importe plutôt d'indiquer en quoi les réflexions théoriques dégagées dans ce travail et tirées de la comparaison des deux conventions de juridiction peuvent éclairer cette problématique en général.

Comme la première partie de cette étude avait pour objet essentiel de démontrer la place spécifique occupée par les clauses examinées en droit international privé, c'est sous le même angle que va être étudiée à présent l'“inarbitrabilité”. Il ne s'agit pas dès lors d'un examen du contenu concret de cette notion, indiquant, matière par matière, celles qui sont arbitrables et celles qui ne le sont pas, dans tel ou tel ordre juridique³. Notre réflexion concerne les principes de *droit applicable* relatif à cette question (Section II) et ceux qui peuvent inspirer la détermination des *règles de droit* qui lui sont appliquées (Section III), compte tenu de la *qualification* qu'il faut lui reconnaître (Section I).

¹ Il convient de remarquer que le terme “inarbitrabilité” est dans l'intitulé de ce chapitre placé entre guillemets parce que, comme on va l'indiquer, tel qu'il est habituellement utilisé, ce mot recouvre en réalité des règles de types différents. Or il serait préférable de limiter son usage aux règles qui lui sont vraiment spécifiques. Comme toutefois l'“inarbitrabilité *sensu stricto*” ne jouit pas encore d'une reconnaissance générale, c'est dans son sens large que ce terme sera employé, les guillemets rappelant les réserves qu'appelle cet emploi traditionnel.

² Pour des études générales sur l'“arbitrabilité”, v. P. ANCEL, “Conventions d'arbitrage - Conditions de fond - Litiges arbitrables”, *J. Cl. Dr. Com.*, fasc. 212 ; H. BARBER, *Objektive Schiedsfähigkeit und ordre public in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, Peter Lang, Europäischer Verlag der Wissenschaften, 1994 ; R. BORK, “Der Begriff der objektiven Schiedsfähigkeit (§1025 Abs.1 ZPO)”, *Z.Z.P.*, 1987, p. 249 ; B. HANOTIAU, “L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen”, *J.D.I.*, 1994, p. 899 ; Ch. JARROSSON, “L'arbitrabilité : présentation méthodologique”, *Rev. jur. com.*, 1996, N° 1, p. 1 ; U. KORNMEIER, “Schiedsfähigkeit und materielle Vergleichsbefugnis-Überlegungen zur Auslegung des Merkmals “Vergleich” in §1025 Abs.1 ZPO”, *Z.Z.P.*, 1981, p. 27 ; P. LEVEL, “L'arbitrabilité”, *Rev. arb.*, 1992, p. 213 ; H. VAN HOUTTE, “L'arbitrage : son territoire et ses frontières”, *Rev. dr. intern. comp.*, 1976, p. 140.

³ Pour une présentation générale des diverses matières problématiques au regard de l'“arbitrabilité”, v. par ex. P. ANCEL, *op. cit.* {préc. n. 2}, n°s 27 à 95 ; M. de BOISSÉSON, n°s 586 à 594 ; Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, n°s 572 et s., p. 355 et s. ; B. HANOTIAU, “L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen” {préc. n. 2}, p. 940 et s. ; du même auteur, “L'arbitrabilité des litiges en droit belge au regard de la pratique internationale”, in *Mélanges R. O. Dalcq*, Larcier, Bruxelles, 1994, p. 277 et s. ; M. HUYS, G. KEUTGEN, n°s 80 à 125 ; J. LINSMEAU, n°s 66 et s., p. 53 et s. ; M. STORME, B. DEMEULENAERE, p. 16 à 26 ; P. SCHLOSSER, p. 224 à 236. — Pour un aperçu de la jurisprudence belge, v. les chroniques de M. HUYS, G. KEUTGEN, “L'arbitrage (1950 à 1975)”, *J.T.*, 1976, n°s 19 à 25, p. 56 et 57, “L'arbitrage (1975 à 1982)”, *J.T.*, 1984, n°s 12 à 15, p. 54 et 55, “L'arbitrage (1982 à 1987)”, *J.T.*, 1988, n°s 9 à 11, p. 418, et la chronique de G. KEUTGEN, “L'arbitrage (1987 à 1992)”, *J.T.*, 1993, n°s 11 à 17, p. 679 et 680.

SECTION I : LA QUALIFICATION DES REGLES D'“INARBITRABILITE”.

208. L'intitulé de ce chapitre indique qu'à notre sens, l'“inarbitrabilité” relève de l'“admissibilité” de la convention d'arbitrage et non de sa “formation”⁴. Cela demande toutefois quelque explication puisque, comme on sait, la distinction “admissibilité/formation” est rarement utilisée à propos de cette clause⁵.

Pour étudier la qualification de l'“inarbitrabilité”, il importe d'abord d'observer que ce terme est utilisé à propos de *plusieurs* types de règles (§1). Bien que les mécanismes les inspirant s'analysent différemment, ces dernières répondent toutes à la même fonction (§2).

§1 — Pluralité des règles d'“inarbitrabilité”.

209. Si notre étude n'aborde pas, matière par matière, la question de l'“inarbitrabilité”, il convient cependant, pour favoriser l'examen de celle-ci en droit international privé, de présenter, de manière générale, différentes raisons pouvant conduire à un refus de l'arbitrage. On peut procéder à cette présentation en s'interrogeant sur les divers *mécanismes* provoquant une interdiction ou une limitation de la possibilité de recourir à l'arbitrage. Nous proposons, cet égard, de regrouper les règles que l'on rencontre en ce domaine selon qu'elles opèrent un contrôle abstrait (A) ou concret (B) sur l'objet en litige, qu'elles visent le droit applicable au fond (C), la clause d'arbitrage elle-même (D) ou la qualité d'une des parties en cause, ce qu'on appelle l'“inarbitrabilité subjective” (E). Certes, cette classification n'est pas parfaite⁶ : il arrive qu'une même norme donne lieu à deux types de règles mentionnés ; elle a toutefois l'avantage d'indiquer que le terme “inarbitrabilité” est employé à propos de règles qui s'analysent différemment.

A) Les règles portant un contrôle abstrait sur l'objet en litige.

210. Le type de règles d'“inarbitrabilité” le plus répandu est celui qui déduit d'une certaine qualité de la matière en litige son “inarbitrabilité”. Selon l'ordre juridique étatique considéré, la caractéristique retenue à cet effet varie. Mais le point commun de ces règles est leur *indépendance par rapport aux singularités concrètes du litige* effectivement soumis à l'arbitrage. C'est pourquoi il peut être question d'un “examen abstrait” de l'objet du litige : seul importe de connaître la *matière* que concerne celui-ci et non la solution de fond qu'*in casu* il requiert. Quelques exemples illustreront ce type de règles.

⁴ Sur la distinction entre l'“admissibilité” et la “formation” des conventions de juridiction, v. *supra* nos 52 à 55.

⁵ V. *supra* n° 56.

⁶ Ainsi peut-on s'étonner qu'aucune catégorie spécifique ne soit consacrée aux “lois de police” qui, pourtant conduisent fréquemment à des cas d'“inarbitrabilité”. Mais il faut remarquer que rien ne permet, semble-t-il, de déduire systématiquement de la présence d'une loi de police une certaine règle d'“inarbitrabilité”. C'est le contenu de la loi qui va, *cas par cas*, déterminer si l'arbitrage est admis, s'il doit être refusé ou si la possibilité d'y recourir est soumise à conditions. Ainsi, une loi de police peut-elle rendre le litige indisponible et interdire l'arbitrage ou se contenter de prohiber les clauses compromissoires, ou ne permettre l'arbitrage que si les parties l'ont expressément choisie comme loi applicable. Autrement dit, la présence d'une loi de police est susceptible de déboucher sur les divers types de règles d'“inarbitrabilité” mentionnés dans le texte mais on ne peut pas dire qu'elle n'en entraîne qu'*un*.

211. Reprenant le contenu des articles 1003 et 1004 de l'ancien Code de procédure civile⁷, les articles 2059 et 2060 de l'actuel Code civil français contiennent les règles d'"arbitrabilité" suivantes : "toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition" (article 2059) ; "on ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public" (article 2060).

Selon plusieurs auteurs, ces deux règles se ramènent en réalité à une seule, liant l'"arbitrabilité" au caractère disponible des droits⁸. En effet, l'article 2060 du Code civil se contente d'explicitier ce critère en énumérant quelques matières indisponibles⁹. S'il peut dès lors paraître inutile¹⁰, cet article procède en fait d'une démarche assez logique : ainsi que le remarque M. Jarrosson, comme il est difficile de définir positivement le droit disponible, on inverse le problème et l'on décrit cette notion en l'approchant de manière négative¹¹. Il convient cependant d'observer que l'indisponibilité d'un droit n'est pas toujours due au fait que celui-ci concerne des intérêts publics¹². Dans certaines matières relatives à des intérêts privés on rencontre des règles qui, sans avoir une finalité d'ordre public, ont un caractère d'ordre public. Les droits considérés peuvent dès lors être qualifiés de droits "d'ordre public" car leurs titulaires ne peuvent en disposer. Ce phénomène est particulièrement évident dans le domaine de l'"ordre public social de protection" (droit du travail, législation sur les baux, par exemple)¹³¹⁴.

Il importe de remarquer que, telles qu'elles viennent d'être expliquées, les règles comprises dans les articles 2059 et 2060 du Code civil français excluent l'arbitrage *a priori*, sans examen du fond du litige¹⁵. Aussi, sous réserve d'une autre interprétation qui a pu leur être donnée et dont il va être question ci-après¹⁶, ces articles énoncent-ils des règles opérant un contrôle *abstrait* sur l'objet en litige.

Il en est de même des normes qui, en droit belge, allemand ou suisse, énoncent le critère général à l'aune duquel l'"arbitrabilité" est appréciée dans ces pays. Ainsi, le droit belge contient-il une règle analogue à celles du droit français. Mais il a explicitement

⁷ L'article 1003 C.P. C. disposait : "toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition". Quant à l'article 1004, comme le rappelle Mme Fauvarque-Cosson, il "déclarait que l'on ne pouvait compromettre "sur aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public" et renvoyait à l'article 83 précisant les "causes" qui devaient être communiquées au procureur de la République ; l'article 83-1° mentionnait les "causes qui concernent l'ordre public"" (B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, L.G.D.J., Paris, n° 155, p. 94).

⁸ P. LEVEL, *op. cit.* {préc. n. 2}, n° 25, p. 235 ; B. OPPETIT, "L'arbitrage en matière de brevets d'invention après la loi du 13 juillet 1978", *Rev. arb.*, 1979, p. 88. — *adde* B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.* {préc. n. 7}, n° 162 et les références.

⁹ Il faut toutefois remarquer que jusqu'en 1991, l'article 2060 C.c. était interprété comme comprenant une règle liant l'"in-arbitrabilité" d'un litige à la violation par celui-ci d'une norme d'ordre public (sur cette règle d'"in-arbitrabilité", *infra* n° 215). Jusqu'à l'abandon de cette règle, l'article 2060 C.c. ne pouvait être considéré comme une simple répétition de l'article 2059 C.c.

¹⁰ B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.* {préc. n. 7}, n° 156 ; P. LEVEL, *op. cit.* {préc. n. 2}, n°s 23 et s., p. 232 et s.

¹¹ Ch. JARROSSON. "L'arbitrabilité : présentation méthodologique" {préc. n. 2}, n° 8, p. 2.

¹² Pour une présentation détaillée des litiges portant sur des intérêts publics réservés aux juges étatiques au sens de l'article 2060 C.c. v. P. ANCEL, *op. cit.* {préc. n. 2}, n°s 25 à 70.

¹³ V. P. ANCEL, *op. cit.* {préc. n. 2}, n°s 73 et s., qui remarque qu'on rencontre aussi de tels droits d'ordre public dans le cadre de règles d'ordre public traditionnel.

¹⁴ Dans certaines de ces matières, un compromis peut être conclu quand le litige est né (par ex. en matière de droit du travail). M. Level considère dès lors que ces droits sont "indisponibles à l'état de droit éventuel et disponibles à l'état de droit né et actuel" (P. LEVEL, *op. cit.* {préc. n. 2}, n° 11, p. 222).

¹⁵ P. ANCEL, *op. cit.* {préc. n. 2}, n° 74.

¹⁶ V. *infra* n° 215.

renoncé à la référence à l'ordre public que contenait l'article 1004 de l'ancien Code de procédure civile, pour s'en tenir au critère de la *disponibilité des droits*¹⁷. Le moyen utilisé est toutefois un peu particulier puisque l'article 1676 du Code judiciaire lie l'"arbitrabilité" à la possibilité de transiger sur le litige¹⁸. Cependant, comme l'indique l'article 2045 du Code civil, "pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction". L'article §1025 (1) de la *Zivilprozessordnung* allemande contient aussi la règle selon laquelle la convention d'arbitrage n'a d'effet que si les parties peuvent conclure une transaction sur l'objet du litige. Quant à l'article 177 de la loi fédérale suisse sur le droit international privé, il énonce également une règle impliquant un examen *abstrait* de la question litigieuse mais retient, comme critère d'"arbitrabilité" pour l'arbitrage international, la nature *patrimoniale* de la cause¹⁹.

212. Dans le cadre de cet examen des critères d'"inarbitrabilité" qui sont indépendants des particularités de l'espèce, on pourrait se demander s'il ne faut pas encore mentionner les matières pour lesquelles existe une règle de *compétence judiciaire exclusive*. La présence de cette dernière provoque-t-elle l'"incompatibilité" du litige ?

Il semble admis qu'il faille refuser le caractère automatique d'une correspondance entre ces deux questions²⁰. Comme l'explique M. Jarrosson, il convient chaque fois d'observer les motivations qui inspirent la règle de compétence. "Si le législateur a organisé, au sein de l'ordre judiciaire, la répartition des compétences entre les juridictions

¹⁷ Sur l'absence, en droit belge, d'une règle d'"incompatibilité" pour les matières qui, conformément à l'article 764 du Code judiciaire, doivent être communiquées au Ministère public, v. M. HUYS, G. KEUTGEN, n^{os} 93 et 94 ; H. VAN HOUTTE, *op. cit.* {préc. n. 2}, n^o 4, p. 142. — V., par ailleurs, M. MONGALVY, *Traité de l'arbitrage en matière civile et commerciale*, Société typographique belge, Bruxelles, 1837, p. 175 et s., qui explique la liaison entre le pouvoir de compromettre et la capacité de disposer des droits concernés de la manière suivante : "La justice et la raison enseignent assez que celui qui peut disposer d'un droit quelconque, a, par une conséquence nécessaire, la faculté de soumettre aux personnes dans lesquelles il a le plus de confiance, la question de savoir s'il doit perdre ou conserver ce droit, ou de quelle manière il doit en jouir". Quand on compromet, "on rejette les juges que la loi donne et qui ont une capacité éprouvée, pour leur en substituer d'autres de son choix ; il faut donc avoir le discernement nécessaire pour le faire ; on peut se tromper dans le choix de ses juges, et en prendre qui soient incapables et qui proscrivent une prétention bien fondée".

¹⁸ Sur cet article, v. M. HUYS, G. KEUTGEN, n^{os} 82 à 96.

¹⁹ Ce critère implique que l'arbitrage international n'est pas limité au domaine contractuel ; "il peut avoir pour source une obligation délictuelle, un problème successoral, etc., dans les limites, bien sûr, de l'ordre public" (R. BUDIN, "La nouvelle loi suisse sur l'arbitrage international", *Rev. arb.*, 1988, p. 53). V. également A. BUCHER, n^o 91, p. 38, qui observe que ce critère rend arbitrables les litiges relatifs au droit de la concurrence ou à la propriété industrielle et intellectuelle ainsi que les prétentions de nature pécuniaire du droit de la famille et des droits réels, et encore les actions de droit de fond liées à une procédure de poursuite ou de faillite. — Pour une présentation du critère de la cause patrimoniale par rapport à celui de la libre disponibilité des droits, v. B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.* {préc. n. 7}, n^{os} 166 à 169, qui se prononce pour le maintien, en droit français, de ce dernier critère. V. cependant B. HANOTIAU, "L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen" {préc. n. 2}, n^o 42, p. 933, qui remarque que la notion de patrimonialité présente des avantages sur celle de la libre disponibilité des droits : elle est plus aisée à cerner et ouvre un champ plus large à l'arbitrage.

²⁰ En ce sens, B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.* {préc. n. 7}, n^o 175 ; B. OPPETIT, *op. cit.* {préc. n. 8}, p. 83 ; H. REISER, p. 98. — On remarquera que le droit interne belge indique de manière explicite qu'il n'y a pas de correspondance entre une règle de compétence exclusive et l'"incompatibilité" de la matière qu'elle concerne. En effet, alors que les articles 627 à 629 du Code judiciaire énumèrent les cas de compétence territoriale exclusive, l'article 630 (2) prévoit que lorsque, dans ces matières, "les parties se sont engagées d'avance à soumettre à l'arbitrage leurs contestations, le tribunal arbitral siège dans les limites territoriales du tribunal qui serait compétent aux termes des dispositions précitées, à moins de convention contraire postérieure à la naissance du litige". On observe que l'arbitrage n'est pas interdit. Seul le choix du siège arbitral est limité.

(par exemple en France le contentieux de l'exploitation d'un brevet), alors rien ne s'oppose à ce que ce litige soit soumis à l'arbitrage, puisque l'arbitre n'est pas concerné par ces règles. En revanche, si le législateur a voulu que tous les aspects d'une question soient concentrés dans les mains d'une juridiction, seul moyen pour mener à bien le but poursuivi par la loi (par exemple la compétence du tribunal de la faillite pour connaître des rapports entre les créanciers et le débiteur), alors la *ratio legis* s'oppose à ce que le litige soit arbitral, car cette règle d'ordre public rend indisponible le droit litigieux²¹.

Ainsi, ce qui provoque l'"inarbitrabilité" n'est pas la règle de compétence elle-même mais la concrétisation d'un des critères spécifiques en ce domaine, par exemple, l'indisponibilité du droit en cause. La règle de compétence judiciaire exclusive ne constitue donc *pas* un critère autonome d'"inarbitrabilité"²².

213. On observe ainsi que la *matière en cause* constitue l'élément déterminant en ce qui concerne la possibilité de conclure une convention d'arbitrage. Cette constatation fournit la transition pour l'examen des deux types de règles d'"inarbitrabilité" suivants : dès lors, en effet, que l'"arbitrabilité" est liée au fond du litige, ne faut-il pas qu'elle dépende du respect par celui-ci de l'ordre public du for (B) ou du choix d'un certain droit applicable (C) ?

B) Les règles portant un contrôle concret sur l'objet en litige.

214. Il est intéressant d'observer que, bien qu'elles soient fondées sur des idées différentes, des règles d'"inarbitrabilité" semblables se rencontrent en France (a) et en Allemagne (b).

a. L'exemple français : la règle tirée d'une violation de l'ordre public par la situation litigieuse.

215. En interdisant de compromettre sur "les matières qui intéressent l'ordre public", l'article 2060 du Code civil français — et déjà son prédécesseur l'article 1004 de l'ancien Code de procédure civile — a suscité des difficultés d'interprétation. L'ordre public

²¹ Ch. JARROSSON, "L'arbitrabilité : présentation méthodologique" {préc. n. 2}, n° 20, p. 5. — Pour des illustrations d'un tel principe, v. B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.* {préc. n. 7}, n°s 176 et s. — *adde* Paris (4° Ch., sect. A.), 15 juin 1981 (sté Aplix c. sté Velcro), *Rev. arb.*, 1983, p. 89, note A. FRANCON, où la Cour refuse la correspondance systématique entre les compétences exclusives prévues, en matière de brevet d'invention par la loi du 2 janvier 1968, et le caractère inarbitral des litiges en cette matière.

²² On remarquera que la situation semble un peu différente si la compétence exclusive considérée est celle d'une *autorité administrative* ou d'une *institution communautaire* telle que la Commission européenne. En effet, dans la mesure où la compétence de ces autorités écarte celle des tribunaux judiciaires, on peut penser qu'il doit en être de même "*a fortiori*" vis-à-vis des tribunaux arbitraux (en ce sens Ch. JARROSSON, note sous Paris (1° Ch. C), 14 octobre 1993 (sté Aplix c. sté Velcro), *Rev. arb.*, 1994, p. 172). Ainsi est-il admis que les questions relevant de la compétence exclusive de la Commission ne peuvent pas être réglées par arbitrage. C'est le cas, par exemple, en matière de droit communautaire de la concurrence, de la compétence de la Commission pour imposer une amende pour sanctionner un comportement contraire aux articles 85 §1 ou 86 du Traité CE ou pour adopter une décision d'exemption individuelle conformément à l'article 85 §3 (en ce sens, B. HANOTIAU, "L'arbitrage et le droit européen de la concurrence", in *L'Arbitrage et le Droit européen. Actes du colloque international du CEPANI du 25 avril 1997*, Bruylant, Bruxelles, 1997, n°s 28 et 29, p. 46. Pour un cas d'application, v. l'arrêt *Aplix* de la Cour d'appel de Paris précité). De même, pas plus que le juge national, l'arbitre ne peut apprécier la compatibilité d'une mesure qualifiable d'aide d'Etat avec le marché commun, matière soumise à la compétence de la Commission par l'article 93 du Traité CE (en ce sens, K. LENAERTS, M. PITTIE, "Conclusions générales", in *L'Arbitrage et le Droit européen. Actes du colloque international du CEPANI du 25 avril 1997*, Bruylant, Bruxelles, 1997, n° 27, p. 196).

est-il intéressé dès qu'une disposition impérative est applicable à la cause ? C'est ce que la jurisprudence française considéra dans un premier temps²³. Cette attitude était très défavorable à l'arbitrage car il suffisait qu'une partie invoque une règle d'ordre public pour que l'arbitre doive se dessaisir²⁴. Aussi, une règle d'"inarbitrabilité" plus souple a-t-elle été développée par la jurisprudence, liant le refus de l'arbitrage non plus au fait que le litige touche à des dispositions d'ordre public mais à la *violation* de l'ordre public par celui-ci²⁵.

Tel est l'apport de l'arrêt *Tissot* rendu le 29 novembre 1950 par la Cour de cassation française²⁶. Etait en cause une vente d'orge consentie en 1940 à un prix qui, aux dires d'une des parties, excédait celui que permettait l'article 1° du décret du 9 septembre 1939 portant réglementation des prix en temps de guerre et fixant le cours de l'orge au prix du 1° septembre. Constatant que cet article intéresse l'ordre public, la Cour de cassation reproche à la Cour d'appel d'avoir rejeté l'opposition à l'ordonnance d'exequatur de la sentence arbitrale sans rechercher "si le prix de l'orge vendu excédait le cours du 1° septembre 1939, ce qui, rendant la vente contraire à l'ordre public, eût interdit qu'elle fit l'objet d'un compromis". Ainsi est-ce un examen *concret* de la question en litige qui permet de décider si elle est ou n'est pas "arbitrable". La règle liant l'"incompatibilité" à la violation de l'ordre public par la situation litigieuse illustre, par conséquent, un deuxième type de règles pouvant régler cette question²⁷.

216. Il faut toutefois préciser que, par la suite, cette règle jurisprudentielle a elle-même été critiquée et a été récemment abandonnée²⁸.

Elle signifiait en effet que les arbitres devaient appliquer les règles d'ordre public pour vérifier leur investiture et en déduire leur incompétence s'ils constataient qu'elles avaient été violées²⁹. La raison de cette règle d'"incompatibilité" était donc en fait le défaut de pouvoir des arbitres pour sanctionner l'ordre public³⁰. Or il pouvait paraître théoriquement critiquable de faire dépendre la compétence de la juridiction arbitrale d'un point relatif à son pouvoir juridictionnel. Ainsi que l'indique M. Ancel, "la compétence désigne la possibilité qui est reconnue à une juridiction de connaître de telle ou telle catégorie de litiges ; à l'intérieur de cette compétence, la juridiction dispose d'un certain nombre de prérogatives pour trancher les litiges qui lui sont soumis, et ce sont ces prérogatives qui sont regroupées sous la notion de "pouvoirs"³¹. Par ailleurs, comme le remarque M. Mayer, il était

²³ En ce sens, B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.* {préc. n. 7}, n° 157, p. 96.

²⁴ B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.* {préc. n. 7}, n° 157, p. 96.

²⁵ B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.* {préc. n. 7}, n° 157, p. 96 et les références.

²⁶ Cass. civ. (Sect. com.), 29 novembre 1950 (*Tissot c. Neff*), *Sirey*, 1951, p. 120, note J. ROBERT.

²⁷ Pour d'autres cas d'application, v. par exemple Paris, 15 juin 1956 (sté Sigma c. Bezard) et (sté Totaliment c. Comptoir agricole du Pays Bas normand), *D.*, 1957, p. 587, note J. ROBERT ; Paris (1° Ch. suppl.), 22 mai 1980 (sté Decaux c. sté Dauphin) et Cass. fr. (Ch. com.), 21 octobre 1981 (sté Dauphin c. sté Decaux). *Rev. arb.*, 1982, p. 264, note J.-B. BLAISE ; Paris (1° Ch. suppl.), 20 janvier 1989 (sté Phocéenne de Dépôt c. sté Dépôts pétroliers de Fos), *Rev. arb.*, 1989, p. 280, note L. IDOT.

²⁸ Sur toute cette évolution, v. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, nos 563 et s., p. 347 et s.

²⁹ L. IDOT, note sous Paris (1° Ch. suppl.), 29 mars 1991 (sté Ganz c. sté nationale des Chemins de fer tunisiens), *Rev. arb.*, 1991, n° 6 p. 483.

³⁰ En ce sens, par ex., L. IDOT, *op. cit.* {préc. n. 27}, n° 18, p. 302.

³¹ P. ANCEL, note sous Rennes (1° Ch.), 26 septembre 1984 (sté Auvinet c. S.A. Sacomi et Poirier). *Rev. arb.*, 1986, p. 449.

paradoxal qu'ayant fait le plus difficile, appliquer les textes d'ordre public pour constater l'illicéité, l'arbitre ne puisse en prononcer la sanction puisqu'il devenait incompétent³².

L'arrêt *Société Ganz* de la Cour d'appel de Paris, rendu le 29 mars 1991, a tenu compte de ces remarques et considéré "qu'en matière internationale, l'arbitre a compétence pour apprécier sa propre compétence quant à l'arbitrabilité du litige au regard de l'ordre public international et dispose du pouvoir d'appliquer les principes et règles relevant de cet ordre public, ainsi que de sanctionner leur méconnaissance éventuelle, sous le contrôle du juge de l'annulation"³³.

Ainsi, la Cour abandonne-t-elle, en matière internationale — mais certains auteurs estiment que cela devrait être également le cas en matière interne³⁴ —, la règle d'"incompatibilité" fondée sur la violation de l'ordre public par la situation litigieuse³⁵.

b. L'exemple allemand : la possibilité concrète de conclure une transaction.

217. La situation allemande intéresse car elle montre que par un autre biais que celui choisi en France, une règle semblable à celle qui a été déduite de l'article 2060 du Code civil a été développée. Dès lors, en effet, que l'article §1025 (1) de la *Zivilprozessordnung* lie la possibilité de compromettre à celle de conclure une transaction sur l'objet en litige, ne faut-il pas que cette dernière soit admise *in concreto*? Telle est l'opinion de la doctrine majoritaire³⁶. Une convention d'arbitrage sera donc refusée pour défaut d'"arbitrabilité" s'il apparaît qu'elle se rapporte à un contrat violant des dispositions impératives³⁷ car une transaction conclue dans de telles circonstances serait nulle en vertu de l'article §134 ou de l'article §138 du *Bürgerliches Gesetzbuch* (Code civil allemand)³⁸.

Il faut toutefois observer que, tout en se fondant sur des arguments un peu différents de ceux qui ont été dégagés par leurs homologues français³⁹, quelques auteurs allemands se

³² P. MAYER, "Le contrat illicite", *Rev. arb.*, 1984, p. 212 ; dans le même sens, Ch. JARROSSON, note sous Paris (1^o Ch. A), 19 mai 1983 (sté Labinal c. sté Mors et Westland Aerospace), *Rev. arb.*, 1993, p. 655.

³³ Paris (1^o Ch. suppl.), 29 mars 1991 (sté Ganz c. sté nationale des Chemins de fer tunisiens), *Rev. arb.*, 1991, p. 478, note L. IDOT. — Cette position a été reprise dans plusieurs arrêts ultérieurs. V. par exemple Paris (1^o Ch. C.), 12 janvier 1993 (République de Côte-d'Ivoire e.a. c. sté Norbert Beyrard), *Rev. arb.*, 1994, p. 685 ; Paris (1^o Ch. A), 19 mai 1993 (sté Labinal c. sté Mors et Westland Aerospace), *Rev. arb.*, 1993, p. 645, note Ch. JARROSSON, *J.D.I.*, 1993, p. 957, note L. IDOT ; Paris (1^o Ch. C), 14 octobre 1993 (sté Aplix c. sté Velcro), *Rev. arb.*, 1994, p. 164, note Ch. JARROSSON ; Paris (1^o Ch. D), 7 décembre 1994 (Sté V 2000 c. sté Project XJ 220 ITD), *Rev. arb.*, 1996, N^o 2, p. 67, note Ch. JARROSSON.

³⁴ En ce sens par exemple L. IDOT, *op. cit.* {préc. n. 29}, n^o 15, p. 485 ; Ch. JARROSSON, note sous l'arrêt *Labinal* {préc. n. 33}, n^o 23, p. 658.

³⁵ Seule subsiste dès lors la règle portant un contrôle *abstrait* sur l'objet en litige, ainsi que le rappelle la Cour d'appel de Paris dans l'arrêt *Société Ganz* précité (*supra* note n^o 33) qui reconnaît à l'arbitre le pouvoir de sanctionner l'ordre public "hors les cas où la non-arbitrabilité relève de la matière — en ce qu'elle intéresse au plus près l'ordre public international".

³⁶ En ce sens, R. BORK, *op. cit.* {préc. n. 2}, p. 254 et les références citées à la note 18.

³⁷ En ce sens P. SCHLOSSER, n^o 312, qui rapproche cette solution de celle qui existait, en France, à propos de l'incidence de l'ordre public sur l'"arbitrabilité".

³⁸ R. BORK, *op. cit.* {préc. n. 2}, p. 257. Les articles §§134 et 138 BGB décident, en substance, qu'un acte juridique qui viole une interdiction légale ou les bonnes mœurs est nul.

³⁹ V. par ex. U. KORNMEIER, *op. cit.* {préc. n. 2}, p. 31 et s. Remarquant qu'en elle-même, la conclusion d'une convention d'arbitrage ne change rien à la situation matérielle à la base et ne peut donc être considérée comme un acte de disposition des droits, cet auteur propose de donner désormais un contenu *processuel* et non *matériel* à la notion de libre disponibilité des droits. Ainsi s'agirait-il de la "possibilité de disposer d'une matière dans le cadre d'un procès" : l'"arbitrabilité" devrait dès lors être reconnue aux questions pour lesquelles joue le principe dispositif (*ibidem*, p. 39) ; ne seraient "incompatibles" que les litiges à propos desquels l'Etat s'est réservé le monopole de la justice (*ibidem*, p. 45). — V. également R.

prononcent actuellement en faveur de l'abandon de cette règle défavorable à l'arbitrage. Mais la jurisprudence n'a, semble-t-il, pas encore consacré cette position.

C) Les règles visant le droit applicable au fond du litige.

218. Il convient d'évoquer ici la règle d'"inarbitrabilité" énoncée par la Cour de cassation belge dans son arrêt *Audi-NSU* du 28 juin 1979⁴⁰. Rendu à propos d'un litige relatif à la résiliation d'une concession de vente exclusive à durée indéterminée, matière régie par la loi du 27 juillet 1961⁴¹, cet arrêt a eu, en Belgique, une influence fondamentale pour la réflexion sur l'"incompatibilité". Non que le problème de l'"incompatibilité" se résume, dans ce pays, à l'incidence de cette loi d'application immédiate⁴² sur l'arbitrage. Mais parce que, pour limiter les effets de la règle d'"incompatibilité" dégagée par la Cour de cassation dans cet arrêt, la doctrine belge a développé de nombreuses théories sur le droit applicable à l'"arbitrabilité". Il importe donc, pour mieux apprécier dans la suite de notre propos, l'intérêt de ces diverses thèses, de rappeler la situation qui les a suscitées.

La loi du 27 juillet 1961 dispose dans son article 4 que "le concessionnaire lésé, lors d'une résiliation d'une concession de vente produisant des effets dans tout ou partie du territoire belge, peut en tout cas assigner le concédant, en Belgique, soit devant le juge de son propre domicile, soit devant le juge du domicile ou du siège du concédant. Dans le cas où le litige est porté devant un tribunal belge, celui-ci appliquera exclusivement la loi belge." Et l'article 6 décide que "les dispositions de cette loi sont applicables nonobstant toutes conventions contraires conclues avant la fin du contrat accordant la concession".

La doctrine belge s'est demandé s'il fallait déduire de la combinaison de ces articles l'interdiction de conclure une clause compromissoire⁴³ et donc l'"incompatibilité" de cette

BORK, *op. cit.* {préc. n. 2}, p. 251 et s. Tout en restant fidèle à une conception matérielle de la disponibilité des droits, cet auteur a, lui aussi, attaqué le principe d'un contrôle concret de l'"arbitrabilité" au regard des dispositions impératives. Il avance, à cet égard, une interprétation systématique de l'article §1041 (1) de la *Zivilprozessordnung*. En effet, parmi les divers motifs d'annulation d'une sentence qu'il prévoit, celui-ci distingue l'invalidité de la convention d'arbitrage (alinéa 1) et le fait que la reconnaissance de la sentence conduirait à un résultat contraire aux principes fondamentaux du droit allemand (alinéa 2). Par conséquent, si l'"incompatibilité", au sens de l'article §1025 (1), comprenait les hypothèses où il y a violation de l'ordre public, alors, au stade de la reconnaissance d'une sentence, celles-ci seraient contrôlées au regard de l'article §1041 (1) 1 et l'alinéa 2 de cet article serait inutile. M. Bork met, par ailleurs, en évidence que la véritable raison d'une telle règle d'"incompatibilité" est la crainte que le tribunal arbitral se trompe dans sa décision (*ibidem*, p. 257). Il estime injustifiée cette méfiance vis-à-vis de l'arbitrage d'autant que la *Zivilprozessordnung* prévoit, au stade de la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence, un contrôle de cette dernière au regard des principes fondamentaux du droit allemand (articles §§ 1041 et 1044 ZPO). L'"incompatibilité" doit dès lors être limitée aux questions pour lesquelles l'*institution même de l'arbitrage* présente un danger ; la crainte que l'arbitre rende une mauvaise sentence ne doit pas influencer cette question (*ibidem*, p. 265).

⁴⁰ Cass. (1^o Ch.), 28 juin 1979 (sté Audi-NSU c. S.A. Adelin petit), *Pas.*, 1979, p. 1260 (conclusions de l'Avocat général E. KRINGS), *R.C.J.B.*, 1981, p. 332 et la note de R. VANDER ELST ("Arbitrabilité des litiges et fraude à la loi en droit international privé").

⁴¹ Loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée, *M. B.*, 29 décembre 1961.

⁴² Sur le caractère d'"application immédiate" de cette loi, v. par ex. P. VANDEPITTE, A. de SCHOUTHEETE, "Le champ d'application territorial de la loi du 27 juillet 1961 sur les concessions de vente exclusive", note sous Bruxelles (1^o Ch.), 4 janvier 1989, *J.T.*, 1990, n^o 29, p. 729.

⁴³ V. E. KRINGS, *op. cit.* {préc. n. 40}, p. 1268, qui explique ce lien entre les dispositions énoncées et la clause compromissoire en remarquant que les articles 4 et 6 de la loi de 1961 interdisent non seulement les clauses qui ont directement pour objet d'en limiter l'application mais aussi celles qui ne le font qu'*indirectement* par le choix d'un juge étranger ou d'un arbitre par exemple.

matière⁴⁴. Or, se fondant sur la *ratio legis* de la loi de 1961, certains auteurs ont suggéré la solution suivante : l'objectif de cette loi étant d'assurer l'application des dispositions belges protectrices du concessionnaire, elle n'interdirait pas l'arbitrage s'il était certain que l'arbitre appliquerait le droit belge, autrement dit si les parties avaient élu celui-ci comme droit applicable⁴⁵.

C'est la solution qu'a retenue la Cour de cassation belge dans l'arrêt *Audi-NSU*⁴⁶. L'affaire peut être résumée brièvement comme suit⁴⁷. Assigné en Belgique par le concessionnaire pour obtenir l'indemnité compensatoire de préavis et l'indemnité complémentaire accordées par la loi du 27 juillet 1961, un concédant allemand invoque, pour faire déclarer irrecevable cette action en justice, l'autorité de la chose jugée de deux sentences arbitrales rendues en Suisse sur ce point et décidant que le concessionnaire n'avait droit à aucune indemnité. Le tribunal et la Cour d'appel de Liège⁴⁸ donnent gain de cause au concessionnaire. La Cour de cassation rejette le pourvoi et confirme la non-reconnaissance des sentences en décidant qu'"un litige relatif à la résiliation par le concédant d'un contrat de concession de vente exclusive produisant ses effets dans tout ou partie du territoire belge n'est pas susceptible d'être réglé par la voie d'un arbitrage convenu avant la fin du contrat et qui a pour but et pour effet d'entraîner l'application d'une loi étrangère"⁴⁹.

219. Ainsi, en Belgique, l'"arbitrabilité" des litiges en cette matière *dépend-elle du choix du droit applicable* opéré par les parties, ce qui illustre un troisième type de règles d'"in-arbitrabilité"⁵⁰. Il convient de remarquer que, selon la terminologie que nous avons proposée, il s'agit aussi d'une règle portant un contrôle *concret* sur l'affaire en litige. En effet, selon que le droit belge a ou n'a pas été choisi comme droit applicable entre les parties, le litige sera ou ne sera pas "arbitrable". A l'instar des règles française et allemande relatives à un examen au cas par cas de l'"in-arbitrabilité", la solution jurisprudentielle belge a

⁴⁴ Sur ce débat, v. R. LEDOUX, "La convention de New York et la Convention européenne sur l'arbitrage international et les concessions de vente en Belgique", *J.T.*, 1976, p. 305. — En faveur de l'arbitrabilité, v. H. VAN HOUTTE, "L'arbitrabilité de la résiliation des concessions de vente exclusive", *Mélanges R. Vander Elst*, Nemesis, Bruxelles, 1986, p. 831 ; R. LEDOUX, "L'arbitrage en matière de concession de vente", *J.T.*, 1978, p. 676. — *Contra*, R. VANDER ELST, *op. cit.* {préc. n. 40}, p. 354.

⁴⁵ En ce sens, G. KEUTGEN, M. HUYS "L'arbitrage et les concessions de vente", obs. sous Liège (3^o Ch.), 12 mai 1977 (*Audi-NSU c. S.A. Adelin Petit*), *J.T.*, 1977, p. 713 et la référence aux auteurs pensant de même.

⁴⁶ Cass. (1^o Ch.), 28 juin 1979 (*sté Audi-NSU c. S.A. Adelin petit*), *Pas.*, 1979, p. 1260.

⁴⁷ Pour plus de détails, v. R. VANDER ELST, *op. cit.* {préc. n. 40}, n^{os} 3 à 8, p. 348 à 351.

⁴⁸ Liège, (3^o Ch.), 12 mai 1977 (*Audi-NSU c. S.A. Adelin Petit*), *J.T.*, 1977, p. 710, note G. KEUTGEN, M. HUYS "L'arbitrage et les concessions de vente".

⁴⁹ Reprenant la même règle, mais dans l'hypothèse d'un *déclinatoire de juridiction*, les arrêts inédits de Bruxelles (2^o Ch), 19 décembre 1986 (*Gutbrod c. Usinorp et St Hubert Gardening*), R. n^o 3580 et Cass. (1^o Ch.), 22 décembre 1988 (*Gutbrod c. Usinorp et St Hubert Gardening*), R. n^o 8058. *adde* Comm. Bruxelles, (22^o Ch.), 6 mai 1993 (*N.V. P. c. GmbH T.*), *R.W.*, 1993-1994, p. 474. — Pour une présentation de la situation belge suite à l'arrêt *Audi-NSU*, v. A. NUYS, *La concession de vente exclusive et l'agence commerciale et l'arbitrage*, Coll. Fac. droit ULB, Bruylant, Bruxelles, 1996, n^{os} 11 et s., p. 15, qui distingue trois hypothèses : la convention d'arbitrage désigne expressément le droit belge ; elle désigne un droit étranger : elle ne désigne pas la loi applicable. Le litige n'est arbitrable que dans le premier cas, et dans le troisième pour autant que les parties aient choisi le droit belge de manière implicite mais certaine.

⁵⁰ Il faut préciser que, comme on l'a déjà indiqué (*supra* Chapitre I, note n^o 102), une règle semblable a été développée par la jurisprudence allemande à propos de l'"arbitrabilité" des litiges relatifs à des opérations de bourse à terme.

été critiquée. Mais la critique a porté moins sur le contenu de la règle elle-même⁵¹ que sur la solution de droit applicable qu'elle traduisait, la soumission de l'“inarbitrabilité” à la loi du for saisi. Aussi retrouvera-t-on plus loin, diverses suggestions défendues par les auteurs belges pour limiter l'impact de cette règle⁵².

D) Les règles visant la clause elle-même.

220. Le terme “inarbitrabilité” est encore utilisé à propos de règles qui n'interdisent pas totalement le recours à l'arbitrage mais régissent les modalités selon lesquelles il peut être convenu.

221. Il faut mentionner dans cette catégorie les règles qui n'admettent pas la clause compromissoire mais uniquement le compromis⁵³. L'article 2061 du Code civil français en est un exemple, qui décide que “la clause compromissoire est nulle s'il n'en est disposé autrement par la loi”⁵⁴. L'article §91 GWB (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, loi sur les restrictions de concurrence) illustre une variante de telles règles. Cet article impose le caractère *facultatif* de la clause compromissoire. Ainsi les conventions d'arbitrage relatives à des litiges futurs sont-elles nulles si elles ne reconnaissent pas à chacune des parties le droit de s'adresser aux tribunaux judiciaires plutôt qu'à l'arbitre.

Comme annoncé, la classification des règles d'“inarbitrabilité” que nous proposons ne nie pas les connexions existant entre les catégories mentionnées. Souvent, en effet, la prohibition de la clause compromissoire résulte d'une “indisponibilité temporaire” des droits d'une partie⁵⁵. Le cocontractant réputé faible doit être protégé contre d'éventuelles renonciations aux droits que lui accorde la loi. Aussi, tant que le litige n'est pas né, ne peut-il en disposer. On rejoint ainsi la notion de “disponibilité” des droits dont il a déjà été question. Il convient toutefois, d'observer que l'interdiction de conclure une clause compromissoire implique un examen concret plutôt qu'abstrait sur l'objet en litige. Elle suppose en effet qu'on détermine quand, *in casu*, la convention d'arbitrage a été convenue, avant ou après la naissance du litige.

⁵¹ Remarquons que ce genre de règle a été analysé lors de la présentation d'applications de la distinction “admissibilité/formation” (v. *supra* n° 63).

⁵² V. *infra* nos 243 et 280.

⁵³ A propos de l'usage du terme “arbitrabilité” pour ces règles, v. par ex. Ph. FOUCHARD, “Rapport de synthèse du Colloque du Comité français de l'arbitrage du 27 janvier 1992 ; “Perspectives d'évolution du droit français de l'arbitrage”, *Rev. arb.*, 1992, n° 32, p. 392 ; P. MAYER, “L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence”, *Rec. des cours*, 1989, t. 217, n° 113, p. 435, qui estime que cela “revient à une forme atténuée de non arbitrabilité”. V. également, P. LEVEL, *op. cit.* {préc. n. 2}, n° 11, p. 222 qui explique ces règles au regard du critère d'“arbitrabilité” de la disponibilité des droits. Dans le même sens, Ch. JARROSSON, “L'arbitrabilité : présentation méthodologique” {préc. n. 2}, n° 21, p. 5.

⁵⁴ Rappelons que cet article connaît une exception en matière commerciale (v. *supra* n° 9). — Remarquons que l'article 2061 C.c. connaît, en France, une critique croissante (en ce sens, Ph. FOUCHARD, “La levée par la France de sa réserve de commercialité pour l'application de la Convention de New York”, *Rev. arb.*, 1990, p. 581 et les références). Toutefois, comme la clause compromissoire présente des dangers, M. Fouchard suggère de garder son interdiction mais uniquement pour protéger les non-professionnels, ainsi, par exemple, dans le cadre du droit de la consommation (*ibidem*, p. 582).

⁵⁵ Dans un sens analogue, P. LEVEL, *op. cit.* {préc. n. 2}, p. 222, qui estime que l'interdiction de la clause compromissoire concerne des “droits indisponibles à l'état de droit éventuel et disponibles à l'état de droit né et actuel”.

E) L'“inarbitrabilité subjective”

222. Il est traditionnel d'opposer à toutes les règles qui viennent d'être évoquées et qui ont pour point commun de concerner l'“inarbitrabilité objective”, c'est-à-dire une “inarbitrabilité” fondée sur la *matière* en litige, l'“inarbitrabilité subjective” due, quant à elle, à la qualité particulière de la personne qui conclut la convention d'arbitrage⁵⁶. La liaison entre l'“arbitrabilité” et la transaction conduit tout naturellement à ce genre de distinction puisque la possibilité de transiger comporte deux volets : la disponibilité des droits en litige mais aussi la *capacité* des parties concernées pour en disposer⁵⁷. Aussi, en Allemagne, désigne-t-on par “*subjektive Schiedsfähigkeit*” (“arbitrabilité subjective”) le problème général de la capacité pour conclure une convention d'arbitrage⁵⁸.

Cette expression a toutefois un contenu plus limité en France ou en Belgique. Elle n'est pas utilisée pour les personnes privées⁵⁹ mais uniquement à propos de l'aptitude à compromettre de l'Etat et des personnes morales de droit public⁶⁰. Les articles 1676 (2) du Code judiciaire belge et 2060 du Code civil français interdisent, en effet, à ceux-ci⁶¹ de conclure une convention d'arbitrage⁶². C'est dans ce sens restreint que les termes “inarbitrabilité subjective” seront employés dans cette étude.

§2 — Une qualification commune.

223. Ayant approché la notion d'“inarbitrabilité” de manière concrète, par un aperçu des diverses règles qui lui donnent sa configuration générale, il reste encore à déterminer la *fonction juridique* qu'elle remplit. La distinction “admissibilité/formation”, capitale pour les conventions de juridiction en général, peut se révéler utile à cet égard. Rappelons que la catégorie “formation” comporte toutes les conditions imposées à ces conventions comme à n'importe quel autre contrat et dont le respect est nécessaire pour assurer qu'elles ont fait l'objet d'un accord véritable entre les parties. Les conditions d'“admissibilité” sont, au contraire, spécifiques aux conventions de juridiction car elles ont pour but de limiter, interdire, ou, le cas échéant, favoriser leur effet propre, leur objectif juridictionnel. Ainsi la “formation” se rapporte-t-elle à l'origine contractuelle de la convention d'arbitrage, tandis que l'“admissibilité” souligne les liens entre celle-ci et la matière de la compétence⁶³.

Déterminer si les règles qui viennent d'être présentées concernent la “formation” ou l'“admissibilité” de la convention d'arbitrage peut donc aider à cerner l'essence de la notion

⁵⁶ En ce sens, B. HANOTIAU, “L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen” {*préc. n. 2*}, n° 4, p. 902, qui précise que certains jugent cette distinction inutile.

⁵⁷ V. par exemple, l'article 2045 du Code civil belge ou français.

⁵⁸ V. par exemple, R. HAUSMANN, n° 1400 ; P. SCHLOSSER, n°s 324 et s.

⁵⁹ Sur la capacité de compromettre des personnes privées, v. par exemple H. VAN HOUTTE, *op. cit.* {*préc. n. 2*}, n° 9, p. 148, qui évoque le cas des mineurs et du failli à propos d'un litige relatif à la masse faillie.

⁶⁰ Sur cette question, v. M. HUYS, G. KEUTGEN, n°s 682 à 686, p. 477 à 480. — Sur le sens étroit des termes “inarbitrabilité subjective”, v. H. SYNDET, note sous Paris (1^o Ch. suppl.), 17 décembre 1991 (sté Gatoil c. National Iranian oil company), *Rev. arb.*, 1993, p. 291.

⁶¹ Précisons que l'article 1676 (2) du Code Judiciaire belge admet que l'Etat belge conclue une convention d'arbitrage quand il y est autorisé par un traité.

⁶² Remarquons que tel n'est pas le cas en droit allemand, où l'Etat et les personnes publiques peuvent recourir à l'arbitrage pour les litiges de droit privé ou de droit commercial (en ce sens M. HUYS, G. KEUTGEN, n° 686. Ces auteurs donnent également un aperçu de droit comparé des solutions retenues pour cette problématique).

⁶³ Sur cette distinction, v. *supra* n°s 52 à 55.

d'“inarbitrabilité”. Par ailleurs, cette réflexion permet, à notre avis, d'éclairer la problématique du droit et des règles de droit applicables à cette question. En effet, comme on l'a démontré dans la première partie de ce travail, des conséquences différentes s'attachent, en droit international privé, à ces deux aspects des conventions de juridiction. Ces réflexions théoriques ne pourront dès lors être introduites dans les discussions relatives à l'“arbitrabilité” que lorsqu'on en connaîtra la qualification.

Celle-ci va être déterminée à partir d'une analyse de la notion d'“inarbitrabilité” et de sa fonction (A). Comme il apparaîtra que les règles d'“arbitrabilité” concernent l'“admissibilité” de la convention de juridiction, on suggérera de les désigner sous ce second terme et de ne réserver au premier qu'un contenu plus restreint que celui qui lui est habituellement donné (B).

A) Analyse de la notion d'“inarbitrabilité”.

224. Si divers éléments peuvent laisser croire que l'“arbitrabilité” se rattache à la “formation” de la convention d'arbitrage (a), il semble toutefois qu'une analyse de cette notion (b) et de sa fonction (c) permette de conclure qu'elle concerne son “admissibilité” (d).

a. La qualification apparente comme condition de “formation”.

225. Comme généralement, seuls de très courts développements sont consacrés à l'analyse de la fonction juridique de l'“inarbitrabilité”, il est difficile d'évoquer ici une “opinion dominante”. Il semble toutefois que la qualification “formation” soit généralement implicitement reconnue à cette question. Il paraît en effet admis que l'“inarbitrabilité” est une “condition de validité de la convention d'arbitrage”⁶⁴, plus précisément, une “condition de son objet”⁶⁵. Par conséquent, l'“arbitrabilité” serait un terme particulier pour désigner, à propos de la convention d'arbitrage, une condition imposée, en réalité, à tout contrat : la licéité de son objet⁶⁶. Certes, la spécificité du contrat d'arbitrage donnerait à cette exigence de licéité des contours parfois différents de ceux qui se rencontrent pour les autres contrats, mais *globalement il s'agirait du même type de condition*.

Les diverses règles d'“inarbitrabilité” qui ont été présentées semblent conforter cette analyse : toutes en effet, à part l'“inarbitrabilité subjective”, font dépendre de caractéristiques de *l'objet* en litige, la possibilité de conclure une convention d'arbitrage. Quant à la règle développée en France en en Allemagne, selon laquelle la clause est interdite quand elle se rapporte à une situation contraire à l'ordre public, ne signifie-t-elle pas que, comme tout contrat, le compromis est nul s'il est contraire à l'ordre

⁶⁴ En ce sens, par exemple, H. BARBER, *op. cit.* {préc. n. 2}, p. 185 ; A. BUCHER, n° 85, p. 37 ; Ph. FOUCHARD, n° 185, p. 108 ; B. HANOTIAU, “L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen” {préc. n. 2}, n° 3, p. 901 ; H. VAN HOUTTE, “L'arbitrabilité de la résiliation des concessions de vente exclusive” {préc. n. 44}, p. 829.

⁶⁵ A. NUYTS, “La loi belge du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée et les conventions d'arbitrage”, *J.T.*, 1993, n° 12, p. 351 ; P.-E. PARTSCH, “L'arbitrabilité des litiges dans la Convention de New York”, *Actualités du droit*, 1992, n° 4, p. 1261.

⁶⁶ P. ANCEL, *op. cit.* {préc. n. 2}, n° 1 ; A. BERNARD, *L'Arbitrage volontaire en droit privé. L'Arbitrage en Droit interne belge et français, Etude critique comparée. L'Arbitrage en Droit international privé. Droit comparé.*, Bruylant - Librairie Générale de Droit, Bruxelles - Paris, 1937, n° 170 et s., p. 102 et s.

public, conformément à l'article 6 du Code civil⁶⁷ ou aux articles §§134 et 138 du *Bürgerliches Gesetzbuch* (Code civil allemand)⁶⁸

A notre avis cependant, l'“inarbitrabilité” ne s'identifie pas totalement à ce genre de condition imposée aux contrats substantiels. Une analyse plus approfondie de cette notion va en effet indiquer le véritable sens de la proposition selon laquelle elle est une “condition de l'objet de la convention d'arbitrage”.

b. L'“arbitrabilité”, “condition de l'objet de la convention d'arbitrage”.

226. Comme le rappelle M. Ancel, “la convention d'arbitrage a pour objet le règlement d'un litige par une juridiction privée, et donc, la renonciation à faire juger ce litige par une juridiction étatique (cette renonciation entraînant l'incompétence de la juridiction étatique)⁶⁹. Dès lors, l'objet de la convention d'arbitrage est-il le litige auquel elle se rapporte ou n'est-il pas d'abord *la soumission de celui-ci à l'arbitrage* ?

Certes, comme le remarque M. Ancel, les deux sont liés, l'objet de la convention d'arbitrage n'existe que si le litige existe lui-même⁷⁰. Mais nous pensons que, pour être

⁶⁷ En ce sens, Ch. JARROSSON, “L'arbitrabilité : présentation méthodologique” {préc. n. 2}, n° 12, p. 3, qui estime que l'ordre public dont parle l'article 2060 C.c. est celui de l'article 6 C.c. ; H. MOTULSKY, *Ecrits. Etudes sur l'arbitrage*, Dalloz, Paris, 1974, n° 9, p. 60, qui pense que “l'arbitrage, étant une justice privée d'origine (normalement) contractuelle, (il) trouve ses limites dans les frontières de l'autonomie de la volonté” ; J. ROBERT, note sous Cass. civ. (Sect. com.), 29 novembre 1950 (Tissot c. Neff), *Sirey*, 1951, p. 121.

⁶⁸ Ces réflexions sont à rapprocher de celles de M. Barber (*op. cit.* {préc. n. 2}). Cet auteur s'est penché sur la qualification de l'“arbitrabilité” non en termes d'“admissibilité” ou de “formation” de la convention d'arbitrage mais dans le cadre d'une démarche proche consistant à déterminer si cette notion se rattache au droit processuel ou au droit matériel, en vue d'en tirer des indications sur le droit qui lui est applicable (*ibidem*, p. 4 et 22). Examinant le droit de plusieurs pays (Etats-Unis, France, Royaume-Uni, Allemagne), M. Barber conclut que la qualification matérielle de cette notion est générale. Il invoque à l'appui de cette conclusion tantôt le fait que l'“arbitrabilité” est considérée comme une condition de la convention d'arbitrage (v. *ibidem*, p. 28, où cet auteur déclare que tel est le cas dans le cadre de la Convention de New York), tantôt le contenu matériel qui lui est donné (v. *ibidem*, p. 57, où il estime que c'est le cas aux Etats-Unis), tantôt le fait qu'elle est soumise à une règle de conflit de lois et non à la *lex fori* (v. *ibidem*, p. 110, où M. Barber prétend qu'en France, l'“arbitrabilité” dépend de la loi applicable au contrat principal).

La thèse de M. Barber appelle plusieurs critiques. Sur le fond d'abord ainsi qu'il apparaîtra quand on examinera plus loin la situation de la Convention de New York et la situation française (v. *infra* nos 229 et 245). Mais surtout sur la *méthode*. En effet, les paramètres utilisés par cet auteur pour déterminer la qualification de l'“in-arbitrabilité” ne nous paraissent nullement décisifs. Comme il va l'être indiqué dans le texte, c'est la *fonction* de l'“arbitrabilité” plus que le contenu du critère qui lui est donné ou l'idée générale qu'elle est une “condition de la convention d'arbitrage” qui doit en déterminer la qualification. Par ailleurs, la solution de droit applicable réservée à cette question dans tel ou tel ordre juridique n'est pas non plus déterminante. Comme on l'expliquera (v. *infra* n° 247), il est possible que l'“in-arbitrabilité”, conçue comme une notion liée à la matière de la compétence, soit soumise à une règle de conflit de lois censée mieux lui convenir que la loi du for saisi. Remarquons d'ailleurs qu'il est illogique de la part de M. Barber de partir de la solution de droit applicable appliquée dans un pays pour en déduire la qualification de l'“in-arbitrabilité” puisque son étude consiste justement à déterminer des principes de droit applicable à cette question à partir de sa qualification.

⁶⁹ P. ANCEL, “Arbitrage - Conventions d'arbitrage - Conditions de fond”, *J. Cl. Dr. Com.*, fasc. 211, n° 94.

⁷⁰ P. ANCEL, *op. cit.* {préc. n. 69}, n° 94. — Comp. J. DE GAVRE, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, t. I, Bruylant, Bruxelles, 1967, n° 199, p. 268, qui cite M. R. Dekkers pour expliquer les difficultés d'analyse que suscite la notion d'“objet de la transaction” : “Strictement parlant, l'objet de la transaction se confine dans les concessions que se font les parties. Le litige auquel ces concessions mettent fin n'est pas tant l'objet de la transaction que sa cause. Mais les deux se mêlent, car les concessions comprennent forcément la renonciation, par les parties, aux prétentions qu'elles faisaient valoir

précis, il faut les scinder. En effet, ce qui constitue l'objet propre de la convention d'arbitrage et la distingue de tout autre contrat est qu'elle choisisse l'instance arbitrale et exclue les juridictions étatiques pour le règlement d'une question. Le litige lui-même n'est pas aussi spécifique puisqu'il constitue également l'"objet" du contrat de transaction⁷¹. Le véritable objet de la convention d'arbitrage semble donc être *juridictionnel*, le litige n'étant lui-même que l'"objet de cet objet juridictionnel".

Par conséquent, si l'"arbitrabilité" est une condition de l'objet de la convention d'arbitrage, il convient, à notre avis, de préciser qu'elle est d'abord une condition de son objet *juridictionnel*, et ce même si, pour en définir les contours, il est question du litige, qui n'est en fait que l'"objet au carré" de la clause.

227. Cette analyse n'est pas démentie par les règles qui, comme en France ou en Allemagne, font dépendre du caractère licite du contrat principal la possibilité de conclure une clause compromissoire⁷².

Certes, ces règles occultent la distinction entre l'objet juridictionnel de la convention d'arbitrage et le litige lui-même, en donnant l'impression que la convention d'arbitrage n'est pas permise parce qu'elle a pour "objet" un contrat nul, mais elles ne l'infirmes pas. En fait, le caractère illicite du contrat principal n'entraîne *pas automatiquement* l'illicéité de la convention d'arbitrage, ce qui serait le cas si le premier constituait réellement l'"objet" de la seconde. Il n'a cette conséquence qu'en vertu d'une *règle implicite* selon laquelle "l'objet juridictionnel de la clause n'est pas admis s'il se rapporte à un contrat nul". On peut voir un indice de l'existence d'une telle règle dans le fait qu'en France, alors que le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal était reconnu depuis longtemps⁷³, la règle jurisprudentielle liant l'"in-arbitrabilité" à une violation de l'ordre public par la situation litigieuse a été maintenue jusqu'à l'arrêt *Société Ganz* en 1991⁷⁴. La nullité de l'objet de la clause n'était donc pas déduite de celle du contrat principal, ce qui eût été contraire à son indépendance par rapport à celui-ci⁷⁵, mais d'une *règle visant la clause elle-même*⁷⁶ et liant la licéité de son objet juridictionnel à la licéité du contrat principal.

La pertinence de cette position apparaît clairement quand, comme c'est le cas en France depuis l'arrêt *Société Ganz*, cette règle a été abandonnée. Ainsi l'objet juridictionnel de la convention d'arbitrage est-il désormais permis alors même qu'il concerne un contrat violant l'ordre public. Cette solution consacre *l'indépendance de principe entre les griefs relatifs au litige et ceux qui s'opposent à l'objet juridictionnel de la convention*

dans le litige. Aussi comprend-on qu'en matière de transaction l'on confonde la cause et l'objet et que ce dernier mot s'applique même plus spécialement au litige qui occasionne la transaction".

⁷¹ Ainsi, l'article 2044 du Code civil belge ou français définit-il la transaction comme un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître.

⁷² V. *supra* nos 215 à 217.

⁷³ V. Cass. civ., 7 mai 1963 (Etablissements R. Gosset c. sté Carapelli), *JCP*, 1963, II, 13405, note B. GOLDMAN, *Rev. crit. DIP*, 1963, p. 615, note H. MOTULSKY, et les explications exposées *supra* n° 99.

⁷⁴ Arrêt *Société Ganz* précité (v. *supra* note n° 33).

⁷⁵ Dans un sens différent, A. BENOIT-MOURY, D. MATRAY, "L'arbitrage et le droit des sociétés". *Rev. arb.* 1978, p. 135 et s., qui examinent au regard du principe de l'"autonomie de la clause d'arbitrage" le fait que l'arbitrabilité d'une question puisse être refusée en raison de la violation de l'ordre public dans le contrat principal.

⁷⁶ Dans un sens analogue. L. IDOT, *op. cit.* {préc. n. 27}, n° 21 p. 303 ; P. MAYER, "Le contrat illicite" {préc. n. 32}, p. 212. — *adde* K.H. BÖCKSTIEGEL, "Public Policy and Arbitrability", in *Comparative arbitration practice and public policy in arbitration, ICCA Congress Series n° 3*, Kluwer, 1987, p. 186 : "The doctrine of "separability" (...) does not seem to be relevant. (...) A lack of arbitrability is a direct defect of the arbitration clause".

d'arbitrage⁷⁷. Il est dès lors patent que l'“arbitrabilité” est une condition se rapportant à ce dernier, puisqu'elle peut être admise alors que le contrat principal lui-même n'est pas exempt de vices.

c. La fonction de la condition d'“arbitrabilité”.

228. En tant que “condition de l'objet juridictionnel de la convention d'arbitrage”, l'“arbitrabilité” remplit, à notre avis, une fonction spécifique, différente de celle des conditions imposées à l'objet d'un contrat substantiel.

Observons d'abord que la règle d'“arbitrabilité” vise surtout *l'arbitrage projeté*. Elle a pour rôle de déterminer quand est permis le recours à ce mode de règlement des litiges, quelle que soit par ailleurs, la manière par laquelle les parties ont décidé d'y recourir. Ainsi, imaginons que des époux se présentent spontanément devant un arbitre pour s'entendre prononcer leur divorce. Ce n'est pas parce qu'elle n'aura ni clause compromissoire, ni compromis à invalider que la règle d'“in-arbitrabilité” tombera et que l'arbitrage sera admis. Plus que la convention d'arbitrage elle-même, cette règle concerne son effet⁷⁸.

Or l'effet de la convention d'arbitrage est double. Cette clause conduit à la création d'une instance chargée de trancher le litige et à l'incompétence corrélatrice des juridictions de l'ordre étatique⁷⁹. S'il est traditionnel d'étudier la convention d'arbitrage surtout sous l'angle de son effet positif, qui est sa raison d'être, il faut constater que la règle d'“arbitrabilité” n'a de sens qu'en lien avec l'effet *négatif* de la convention d'arbitrage. En effet, l'objectif de toute règle d'“arbitrabilité” est avant tout de déterminer à *quelles conditions, l'ordre étatique acceptera de reconnaître son incompétence* suite au choix de l'instance arbitrale⁸⁰. Si cette règle semble concerner l'effet positif de la convention d'arbitrage, puisqu'elle décide des cas où l'ordre étatique reconnaît la compétence de

⁷⁷ V., dans un sens analogue, P. LEVEL, *op. cit.* {préc. n. 2}, n° 26, p. 236, qui approuve l'arrêt *Sté Ganz* en remarquant que “la convention d'arbitrage ne déroge pas par elle-même à une règle d'ordre public, comme pourrait le faire, le cas échéant, une transaction qui met fin au litige. Ce n'est que si les arbitres n'ont pas dans la sentence jugé conformément à l'ordre public, soit exprimé par une loi spéciale, soit par référence à un principe général, qu'il y a atteinte à l'ordre public. Le compromis n'est pas en soi dérogatoire à l'ordre public : seule la sentence peut éventuellement justifier ce grief”.

⁷⁸ Certes, on dira peut-être que la volonté des parties de se présenter devant un arbitre réalise une “convention d'arbitrage tacite” et que c'est celle-ci que vise la règle d'“in-arbitrabilité”. Nous voulons seulement souligner que cette règle a pour *objectif* de s'opposer à l'arbitrage ; l'interdiction de la convention d'arbitrage n'en est que le *moyen*.

⁷⁹ Sur ce point, v. par ex. A. NUYTS, note sous *Comm. Bruxelles*, 29 octobre 1991 (S.A. Parbelux c. Jean Patou Parfums), *R.D.C.B.*, 1993, p. 1123.

⁸⁰ Dans le même sens, P. LAGARDE, “Approche critique de la *lex mercatoria*”, *Mélanges Goldman*, n° 37, p. 148 : “l'arbitrabilité du litige est une notion qui n'a de sens que par référence à un ordre juridique étatique”. — Comp. P. LEVEL, *op. cit.* {préc. n. 2}, n° 1, p. 214 : “Plutôt qu'une définition restrictive par référence à ce qui peut être soustrait à la juridiction étatique, nous préférons une définition plus positive de l'arbitrabilité, moins comme l'expression d'une dérogation à la juridiction ordinaire que sous l'aspect d'une application de la liberté contractuelle au traitement du contentieux”. Nous pensons que cette remarque de M. Level ne s'oppose pas à l'analyse que nous proposons. Au lieu de définir l'“arbitrabilité” par un critère fondé sur l'effet négatif de la convention d'arbitrage, cet auteur veut souligner que l'“arbitrabilité” est aussi ce qui permet d'accéder à un autre mode de règlement des litiges. Cela ne remet toutefois pas en question la fonction générale des règles d'“in-arbitrabilité”. Comme nous l'indiquerons plus loin (*infra* n° 228), il faut en effet distinguer entre la fonction de l'“arbitrabilité”, notion qui n'a de sens que pour l'ordre étatique, et le contenu réservé aux normes qui la régissent, qui, quant à lui, met l'accent sur les effets positifs de cette notion.

l'arbitre, ce n'est en réalité que pour déduire de ce point des conséquences sur la compétence du juge, c'est-à-dire pour définir les contours de son effet négatif⁸¹.

Ainsi la règle d'"inarbitrabilité" a-t-elle pour fonction de décider de la "*licéité*" de l'*effet négatif de la convention d'arbitrage*. Il s'agit d'une condition qui n'a pas d'équivalent dans le droit des contrats en général. Relative à la juridiction du for saisi, elle suppose un contrat à effet juridictionnel, ce que ne sont pas les contrats matériels⁸². Comme l'"arbitrabilité" ne concerne pas l'origine contractuelle de la convention d'arbitrage mais son effet juridictionnel⁸³, elle remplit une *fonction juridictionnelle*.

Il convient de remarquer que cette analyse reste valable même si le critère d'"arbitrabilité" a un contenu *matériel* qui ressemble à celui de conditions qui peuvent être imposées à des contrats substantiels. Ainsi n'est-ce pas parce que l'"arbitrabilité" d'un litige dépend, dans de nombreux ordres juridiques, du caractère disponible des droits en litige que cette notion a une fonction "matérielle". Il importe en effet de distinguer entre le *critère* de l'"incompatibilité" et sa *fonction*. C'est ce que souligne M. Ancel. Rappelant que la clause arbitrale est un contrat qui a pour objet le règlement juridictionnel d'un litige, cet auteur précise que "l'ordre public qui limite la liberté de passer une convention d'arbitrage est un ordre public juridictionnel qui ne coïncide pas nécessairement avec l'ordre public de fond, applicable aux litiges soumis aux arbitres"⁸⁴. M. Ancel remarque toutefois que le droit français (articles 2059 et 2060 du Code civil) est ambigu puisque l'ordre public juridictionnel est défini par rapport à l'ordre public de fond⁸⁵.

229. Pour conforter le caractère juridictionnel de la fonction de l'"arbitrabilité", on peut encore avancer les deux éléments suivants.

Il apparaît que l'"arbitrabilité" joue un rôle spécifique au sein des conditions imposées à la convention d'arbitrage quand on observe que, très souvent, les textes légaux lui réservent un sort à part. Ainsi, par exemple, l'article V de la Convention de New York prévoit-il, parmi les motifs de refus de reconnaissance et d'exécution d'une sentence, d'une part l'invalidité de la convention d'arbitrage (article V 1 (a)), d'autre part le fait que "l'objet du différend ne soit pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage" (article V 2 (a))⁸⁶. Or non seulement une distinction est ainsi faite parmi les différentes "conditions de la convention d'arbitrage"⁸⁷, mais on observe qu'en outre leurs *régimes* devant le juge

⁸¹ On complétera plus loin cette analyse en étudiant ce que signifie pour l'arbitre une règle étatique d'"incompatibilité". Il apparaîtra que celle-ci ne détermine pas directement l'incompétence de l'arbitre ; celui-ci ne l'envisage que comme condition de la reconnaissance de sa sentence dans l'ordre juridique qui l'a édictée, mais non comme une règle dont dépende absolument sa compétence (v. *infra* n° 265).

⁸² V. d'ailleurs M. de BOISSÉSON, n° 587, p. 504, qui remarque que "la référence, directe ou indirecte, à la transaction pour la détermination du régime de l'arbitrabilité, est l'héritage d'une conception contractuelle et sans doute dépassée de l'arbitrage".

⁸³ Comp. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, n° 532, p. 329, qui remarquent que l'"arbitrabilité" procède d'un souci de protection de l'intérêt général alors que la nécessité d'un consentement sain et éclairé est destinée à assurer la protection de la partie qui s'engage à recourir à l'arbitrage.

⁸⁴ P. ANCEL, *op. cit.* {préc. n. 2}, n° 5 ; dans un sens analogue, J.-B. BLAISE, *op. cit.* {préc. n. 27}, p. 279.

⁸⁵ P. ANCEL, *op. cit.* {préc. n. 2}, n° 9.

⁸⁶ Le droit suisse rend également compte de cette distinction. Alors que l'article 177 de la LDIP est consacré à l'"arbitrabilité", les conditions de forme et de fond de la convention d'arbitrage font l'objet de l'article 178. V. également, A. BUCHER, n° 85, p. 37, qui dit qu'il faut distinguer deux aspects au sein de la convention d'arbitrage : la question de l'arbitrabilité (ou *validité objective*) et la validité quant au fond (ou *validité subjective*).

⁸⁷ Dans un sens analogue, P. ANCEL, note sous Paris (1° Ch. suppl.), 27 février 1992 (M^c Sohm ès-qual. c. sté Simex), *Rev. arb.*, 1992, p. 595 : "le défaut d'arbitrabilité du litige ne se confond pas, contrairement à la présentation traditionnelle, avec la nullité de la convention d'arbitrage".

différent, l'“inarbitrabilité” du litige pouvant être soulevée d'office mais non les autres conditions⁸⁸. Ainsi l'“arbitrabilité” est-elle une condition qu'il importe que le for confronté à une convention d'arbitrage vérifie. Cela n'étonne pas puisque sa fonction juridictionnelle implique que le juge est plus intéressé à sa vérification qu'à celle de l'existence d'un accord véritable entre les parties.

Un autre indice de cette fonction juridictionnelle est donné par la proposition courante selon laquelle, au stade de la reconnaissance, l'“arbitrabilité” est une “*condition de la sentence*”⁸⁹. Il peut paraître contradictoire, à première vue, que la même question soit tantôt une condition de la convention d'arbitrage, tantôt une condition de la sentence. Cette contradiction apparente s'explique parce que l'“arbitrabilité” n'est pas une condition de la convention d'arbitrage comme les autres. Elle concerne essentiellement son effet juridictionnel. Quand celui-ci n'a pas encore eu lieu, la règle d'“incompatibilité” s'applique à la convention d'arbitrage parce qu'ainsi seulement elle peut devenir réalité. Mais quand l'effet juridictionnel s'est réalisé et qu'une sentence existe, la spécificité de la règle d'“arbitrabilité” parmi les conditions de la convention d'arbitrage est beaucoup plus manifeste. Il n'a plus guère de sens, alors, de parler de l'inefficacité de la convention d'arbitrage. C'est la sentence elle-même qui est visée, par une *règle dont la fonction rappelle celle des règles de compétence indirecte* : exprimant la conception que se fait un Etat du domaine reconnu à l'arbitrage, elle détermine les cas où la compétence de l'instance d'origine, l'arbitre donc, sera considérée comme établie⁹⁰.

d. La qualification véritable comme “condition d'admissibilité de la convention d'arbitrage”.

230. La qualification des règles d'“arbitrabilité” se déduit aisément des réflexions qui précèdent.

La condition d'“arbitrabilité” n'a pas pour objectif de garantir l'existence de la convention d'arbitrage en tant que contrat mais vise son objet juridictionnel, déterminant quand l'effet d'incompétence des juridictions étatiques qu'il implique sera reconnu. Remplissant une fonction juridictionnelle, la règle d'“incompatibilité” n'a aucun équivalent parmi les conditions imposées aux contrats matériels⁹¹. Selon notre

⁸⁸ Remarquons que le droit belge fait cette même distinction et lui reconnaît des conséquences analogues (art. 1723 et 1704 C. Jud.). Quant à la Convention de Genève, elle utilise cette distinction pour attacher à ces deux catégories de conditions des conséquences de droit applicable différentes (art. VI).

⁸⁹ V., par ex., H. BORN, M. FALLON, “Chronique de jurisprudence (1978 à 1982) - Droit judiciaire international”, *J.T.*, 1983, n° 169, p. 220 ; D. HAHN, *L'arbitrage commercial international en Suisse face aux règles de concurrence de la CEE*, Librairie de l'Université Georg & Cie S. A., Genève, 1983, p. 66 ; M. HUYS, G. KEUTGEN, nos 687 et s. ; E. KRINGS, *op. cit.* {préc. n. 40}, p. 1272. V. également, pour une formulation analogue, Ph. FOUCHARD, n° 185, p. 108 : l'arbitrabilité est une “condition de reconnaissance et d'exécution de la sentence”.

⁹⁰ Sur les conclusions qu'on peut tirer de la parenté entre l'“arbitrabilité” et la compétence indirecte, v. *infra* n°s 284 et s.

⁹¹ On remarquera qu'à la différence du droit belge (art. 1704 et 1723 C. Jud.) et des conventions internationales (art. V conv. New York ; art. VI conv. Genève), le droit français ne distingue pas entre l'“arbitrabilité” et les autres conditions de la convention d'arbitrage (v. l'art. 1502 NCPC). Cela ne dément cependant pas la pertinence de la thèse de la spécificité de la condition d'“arbitrabilité”. La jurisprudence l'a d'ailleurs bien compris, qui lui réserve un sort particulier. Ainsi, dans son arrêt *Dalico*, la Cour d'appel de Paris a-t-elle rappelé que le “principe de validité et d'autonomie de la clause compromissoire” en vertu duquel la jurisprudence française a petit à petit libéralisé la plupart des aspects du régime de la convention d'arbitrage international trouvait une limite dans “l'ordre public international, notamment quant à l'arbitrabilité du litige” (Paris (1° Ch. suppl.), 26 mars 1991 (Comité populaire de la Municipalité d'El Mergeb c. sté Dalico), *Rev. arb.*, 1991, p. 456, note H. GAUDEMET-TALLON). Il apparaît ainsi que la

terminologie, elle ne constitue donc *pas* une condition de “*formation*” de la convention d'arbitrage.

Elle trahit par contre la spécificité juridictionnelle de cette clause. Elle contribue en effet à déterminer les cas où celle-ci conduira à l'incompétence des juridictions étatiques. Les règles d’“inarbitrabilité” ont ainsi pour but de limiter l'effet juridictionnel de la convention d'arbitrage, ce qui les rattache à la matière de la compétence et plus largement à celle des conflits de juridictions, compris ici comme les conflits entre la juridiction étatique et la juridiction arbitrale. L’“arbitrabilité” concerne par conséquent l’“*admissibilité*” de la convention d'arbitrage⁹².

B) “Inadmissibilité” et “inarbitrabilité *sensu stricto*”.

231. Comme on a pu le constater, le terme “arbitrabilité” est utilisé pour des règles de types divers⁹³ et qui, en fait, ne sont pas spécifiques à la convention d'arbitrage. En effet, la règle selon laquelle l’“arbitrabilité” d'une question est soumise au choix par les parties d'un certain droit applicable se rencontre également à propos de la convention d'élection de for, comme on l'a déjà observé, lors de l'examen de la condition que la jurisprudence belge a déduite du caractère impératif de l'article 91 de la Loi maritime pour limiter l'admissibilité de telles clauses dans les connaissements maritimes⁹⁴. Par conséquent, contrairement à ce qu'il laisse entendre, le mot “inarbitrabilité” n'est pas réservé à des normes qui ne jouent que lorsqu'il est question d'arbitrage. Quant à la *terminologie*, c'est-à-dire indépendamment de toute appréciation de fond sur les types de règles désignés habituellement par cette notion, on peut penser que cette situation est regrettable.

Etant donné que toutes les règles particulières d’“inarbitrabilité” remplissent une même fonction d’“inadmissibilité” de la convention d'arbitrage, nous suggérons dès lors de remplacer, quand il est utilisé dans ce sens large, le premier terme par le second. Comme nous avons essayé de le démontrer, ce dernier concept a pour caractéristique de comprendre des conditions différentes mais répondant à la même fonction⁹⁵. Il désigne une *catégorie* de règles⁹⁶ et convient ainsi parfaitement à cette pluralité de normes que recouvre actuellement la notion d’“inarbitrabilité”. Cette dernière notion ne devrait, par contre, être utilisée que pour *une* sorte de règles d’“inadmissibilité”.

question de l’“arbitrabilité” connaît un régime différent des autres conditions de la convention d'arbitrage (sur ce point, v. également *supra* n° 229).

⁹² En ce sens, R. HAUSMANN, “Einheitliche Anknüpfung internationaler Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen ?”, *Festschrift W. Lorenz*, Tübingen, 1991, p. 370 ; D. RAHMANN, p. 43 ; R.A. SCHÜTZE, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1991, p. 35. Ces auteurs présentent l'arbitrabilité parmi les conditions de “*Zulässigkeit*” (admissibilité) de la convention d'arbitrage. — V. également, H.-V. von HÜLSEN, *Die Gültigkeit von internationalen Schiedsvereinbarungen*, J. Schweitzer Verlag, Berlin, 1973, p. 109, note 9a, qui estime que l’“inarbitrabilité” constitue, pour la convention d'arbitrage, le pendant de la notion de “*Zulässigkeit*” existant pour la convention d'élection de for.

⁹³ V. les différents types de règles exposés *supra* nos 209 à 222.

⁹⁴ V. *supra* n° 124.

⁹⁵ Sur la notion d'admissibilité et les différents types de conditions qu'elle comprend, v. *supra* nos 55 et 59 à 64.

⁹⁶ Comme on sait, à part en Allemagne, le concept “admissibilité” est peu utilisé pour la convention d'arbitrage alors que, pour la convention d'élection de for, le terme “licéité” qui a le même rôle est actuellement utilisé de manière générale en France (v. *supra* n° 50). Nous pensons que si la notion d’“admissibilité” — ou de licéité — est moins courante pour la convention d'arbitrage, c'est justement parce que le terme “inarbitrabilité”, eu égard au sens large qui lui est attribué, remplit en fait le rôle de *catégorie* de règles d'inadmissibilité.

232. Pour définir ce qui relèverait de cette “inarbitrabilité *sensu stricto*”, on peut partir d'une observation de M. Mayer. Ainsi, cet auteur a-t-il trouvé “bizarre” qu'il soit question d'“arbitrabilité” à propos de la règle jurisprudentielle française relative à une violation concrète de l'ordre public par le contrat principal⁹⁷. En effet, “l'arbitrabilité s'entend d'un litige ou d'une question de droit impliquée dans un litige, *en raison de sa nature*. La non-arbitrabilité devrait être l'impossibilité d'examiner une question, indépendamment de la réponse qu'elle comporte”. Or, dans le cadre de cette jurisprudence, l'“inarbitrabilité” n'était découverte qu'après que la question ait été tranchée⁹⁸. Cette critique signifie que les règles portant un contrôle *concret* sur la matière en litige devraient être exclues de la notion d'“inarbitrabilité”.

Généralisant la position de M. Mayer, on peut penser qu'elle s'oppose à ce qu'il soit question de “non-arbitrabilité” quand seule la clause compromissoire est interdite, mais pas le compromis, dans le cadre par exemple d'une règle interdisant au travailleur de conclure une convention d'arbitrage avant la naissance du litige⁹⁹. De telles règles indiquent, en effet, que la matière concernée ne présente pas une incompatibilité absolue avec l'arbitrage. Ce qui est en cause est *la clause elle-même*¹⁰⁰ ; il s'agit de garantir le caractère réel du consentement que lui a donné la partie réputée faible¹⁰¹. Et c'est pourquoi l'effet juridictionnel de la convention d'arbitrage est temporairement interdit.

Le même raisonnement conduit à condamner l'usage de la notion d'“inarbitrabilité” à propos de règles ayant pour objectif réel de contraindre l'arbitre à appliquer une certaine loi, telle par exemple, celle qu'a développée la Cour de cassation belge dans l'arrêt *Audi-NSU*¹⁰². Ce n'est pas l'arbitrage lui-même qui est condamné, mais uniquement son éventuelle *conséquence de droit applicable*¹⁰³¹⁰⁴.

Comme l'“arbitrabilité subjective” soulève en réalité une question de capacité¹⁰⁵, les règles la concernant devraient être également exclues de l'“inarbitrabilité *sensu*

⁹⁷ Sur cette règle, v. *supra* n° 215.

⁹⁸ P. MAYER, “Le contrat illicite” {préc. n. 32}, p. 213 ; l'approuvant, B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.* {préc. n. 7}, n° 160, p. 99. Dans le même sens, G.H. ROTH, *Der Vorbehalt des Ordre Public gegenüber fremden gerichtlichen Entscheidungen*, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1967, §20, p. 145.

⁹⁹ Dans un sens analogue, H. VAN HOUTTE, *op. cit.* {préc. n. 2}, p. 147. — *adde* G. HORSMANS, “De scheidsrechtelijke uitspraken, de overeenkomst tot arbitrage en de belgische interne openbare orde”, *T.P.R.*, 1979, n° 21, p. 244 (et, reprenant cette opinion, B. OPPETIT, *op. cit.* {préc. n. 8}, p. 88). Etudiant les liens entre la disponibilité des droits et le caractère d'ordre public de certaines règles, M. Horsmans estime qu'il faut faire une distinction selon que la règle d'ordre public supprime la disponibilité même du droit contractuel ou en *limite seulement la mise en œuvre et l'exercice*. Dans ce dernier cas, le droit contractuel devrait rester “arbitrable” mais l'arbitre devrait résoudre le litige dans le respect de la règle d'ordre public concernée.

¹⁰⁰ En ce sens, E. KRINGS, *op. cit.* {préc. n. 40}, p. 1270.

¹⁰¹ V. dans un sens analogue, R. LEDOUX, “L'arbitrage en matière de concession de vente” {préc. n. 44}, p. 675 ; P. MAYER, “La sentence contraire à l'ordre public au fond”, *Rev. arb.*, 1994, n° 13, p. 625, qui remarque que les lois de police de protection individuelle (dont résulte l'interdiction de la clause compromissoire) “parent au danger qui émane de la partie forte au moment de la conclusion du contrat, mais ne commandent pas de méfiance particulière à l'égard de l'arbitre”.

¹⁰² Sur cette règle, v. *supra* n°¹⁰³ 218 et 219.

¹⁰³ En ce sens, I. FADLALLAH, “L'ordre public dans les sentences arbitrales”, *Rec. des cours*, 1994-V, t. 249, n° 61, p. 413.

¹⁰⁴ V. également l'analyse présentée dans le chapitre I sur la véritable signification de telles règles (*supra* n° 63).

¹⁰⁵ En ce sens par ex. P. LEVEL, *op. cit.* {préc. n. 2}, n° 9, p. 220. V. également Ch. JARROSSON, “L'arbitrabilité : présentation méthodologique” {préc. n. 2}, n° 3, p. 1, qui ajoute que “la seule et véritable arbitrabilité est celle dite objective”.

stricto". Cette dernière catégorie ne comprendrait dès lors que les "règles portant un examen *abstrait* sur la matière en litige"¹⁰⁶, rejoignant ainsi ce que Mme Idot appelle l'"inarbitrabilité *per se*"¹⁰⁷. Elle viserait uniquement les matières pour le règlement desquelles l'institution de l'arbitrage est inadéquate. En dehors des matières traditionnellement inarbitrables (statut personnel, droit pénal), ce pourrait être le cas pour les questions impliquant l'intervention d'une autorité spécialisée, telle la Commission européenne pour la constatation d'une exemption individuelle ou de l'absence d'infraction au droit communautaire de la concurrence¹⁰⁸ ou l'autorité qui a délivré un brevet s'il s'agit d'annuler celui-ci¹⁰⁹ ; il en serait encore ainsi, par exemple, des litiges devant être concentrés devant un certain tribunal étatique, tels ceux qui se rapportent aux procédures collectives¹¹⁰.

Les autres règles évoquées concerneraient seulement l'"*inadmissibilité*" de la convention d'arbitrage.

233. Cette nouvelle terminologie aurait le mérite de rappeler que les règles d'inadmissibilité de la convention d'arbitrage n'interdisent pas absolument l'arbitrage, comme pourrait erronément le faire penser le terme "inarbitrabilité". Les objectifs divers qu'elles poursuivent, quant au droit applicable ou à la protection du consentement par exemple, sont par contre susceptibles d'être compris dans la catégorie "inadmissibilité" dont le contenu est vaste¹¹¹.

Par ailleurs, cette distinction au sein des règles qui généralement sont désignées globalement sous le terme "inarbitrabilité" permet de repérer celles dont le contenu est *susceptible d'évoluer*. Dès lors en effet, que les règles qui ne relèvent pas de l'"inarbitrabilité *sensu stricto*" ne s'opposent pas de manière absolue à l'arbitrage, il est plus aisément concevable qu'elles subissent une évolution vers une admissibilité plus large de l'arbitrage. C'est d'ailleurs ce qui a eu lieu en France où ont été supprimées, pour les

¹⁰⁶ Sur ce type de règles, v. *supra* nos 210 et 211.

¹⁰⁷ L. IDOT, *op. cit.* {préc. n. 29}, p. 485. Remarquons que, dans l'arrêt *Société Ganz* que commentait Mme Idot, la Cour d'appel de Paris définit l'"arbitrabilité" dans le sens indiqué dans le texte puisqu'elle parle de "non arbitrabilité qui relève de la matière, en ce sens qu'elle intéresse au plus près l'ordre public international et exclut de manière absolue la compétence arbitrale".

¹⁰⁸ D. HAHN, *L'arbitrage commercial international en Suisse...* {préc. n. 89}, p. 75. — Sur ce sujet, v. également, B. HANOTIAU, "L'arbitrage et le droit européen de la concurrence", in *L'Arbitrage et le Droit européen. Actes du colloque international du CEPANI du 25 avril 1997*, Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 33 et s. ; K. LENAERTS, M. PITTIE, "Conclusions générales", *ibidem*, p. 185 et s.

¹⁰⁹ L'"arbitrabilité" des droits de propriété intellectuelle a fait l'objet de nombreuses études. V. par exemple, Ph. FOUCHARD, "Les conflits de lois en matière d'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle", *Rev. arb.*, 1977, p. 63. V. également G. KEUTGEN, "Arbitrage et propriété intellectuelle", *Rev. arb.*, 1978, p. 175 et s., qui défendait l'"arbitrabilité" de cette matière. Il semble que cette thèse ait été adoptée par le droit belge. En effet, "la loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention (*M. B.*, 9 mars 1985) n'excepte du domaine de l'arbitrage que les questions qui ont trait à la déchéance du brevet et les contestations relatives aux licences obligatoires (...). Il est désormais permis de compromettre en matière de propriété, de validité, de nullité, de revendication et de cession non obligatoire" (J. LINSMEAU, n° 73, p. 61). — Pour un cas d'application relatif à cette matière, v. par ex. la sentence CCI rendue dans l'affaire n° 6709 en 1991, *J.D.I.*, 1992, p. 998. obs. D.H.

¹¹⁰ Pour plus de détails sur cette question, v. par ex. P. ANCEL, "Arbitrage et procédures collectives après la loi du 25 janvier 1985", *Rev. arb.*, 1987, p. 127 ; B. HANOTIAU, "L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen" {préc. n. 2}, n° 79, p. 959.

¹¹¹ Pour des exemples de règles relevant de l'admissibilité des conventions de juridiction, v. *supra* nos 59 à 63.

situations internationales, la règle limitant la clause compromissoire¹¹² et celle qui faisait dépendre la possibilité d'un arbitrage d'un contrôle concret sur le contrat en litige¹¹³. Tel pourrait dès lors être également le cas de la règle allemande exigeant qu'une transaction puisse être admise *in casu* ou de la règle posée par l'arrêt *Audi-NSU* de la Cour de cassation belge¹¹⁴.

234. Ayant mis en évidence que les diverses règles d'"inarbitrabilité" remplissent une fonction juridictionnelle et concernent, par conséquent, l'"admissibilité" de la convention d'arbitrage, il convient d'indiquer, dans les deux sections suivantes, en quoi les conséquences théoriques qui s'attachent à cette qualification permettent d'éclairer sous un jour nouveau les questions relatives au droit et aux règles de droit applicables à l'"inarbitrabilité".

Il faut observer que, bien que nous ayons suggéré de ne réserver au terme "inarbitrabilité" qu'un sens restreint, nous continuerons, pour éviter toute confusion, de l'utiliser dans son sens large habituel. Les principes qui vont être présentés valent d'ailleurs, sous réserve de précision en sens contraire, pour tous les types de règles d'"inarbitrabilité" qui ont été mentionnés.

SECTION II : DROITS APPLICABLES À L'"INARBITRABILITE SENSU LATO".

235. L'intitulé de cette section peut étonner par son pluriel. Pourquoi parler "des" droits applicables à l'"inarbitrabilité" ? N'est-il pas plus normal et plus utile de déterminer "la" loi régissant cette question ? En réalité, ce pluriel traduit la démarche que, dans cette section comme dans le reste de cette étude, nous privilégions. Il s'agit, en effet, de mettre en évidence quelques facettes de la *problématique de droit applicable* que suscite cette question plutôt que de déterminer la seule loi qui devrait la régler. Cette démarche conduit à envisager non seulement la solution qu'une analyse *théorique*, fondée sur la qualification de l'"inarbitrabilité", suggère mais aussi des dérogations à ce principe que des raisons plus *pratiques* peuvent motiver. Elle permet de présenter, en les replaçant dans les contextes qui les inspirent, diverses théories qui ont été défendues à propos de la loi applicable à l'"arbitrabilité".

236. Pour aborder les aspects de la problématique des droits applicables à l'"inarbitrabilité", il importe, comme l'a souligné M. Hanotiau, de distinguer selon l'instance qui est confrontée à cette question, juge étatique (§1) ou arbitre (§2)¹¹⁵. En effet, non

¹¹² V. par ex. Cass. fr. (1^o Ch. civ.), 4 juillet 1972 (Hecht c. sté Buisman's), *J.D.I.*, 1972, 843, note B. OPPETIT, *Rev. arb.*, 1974, p. 89, *Rev. crit. DIP*, 1974, p. 82, note P. LEVEL et les explications données *supra* n^o 100.

¹¹³ V. l'arrêt *Société Ganz* précité (v. note n^o 33).

¹¹⁴ Sur ces règles, v. *supra* nos 217 à 219.

¹¹⁵ B. HANOTIAU, "L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen" {préc. n. 2}, n^o 14 et s., p. 909 et s., qui distingue entre le point de vue du tribunal arbitral, celui du tribunal étatique concurrentement saisi nonobstant l'existence d'une clause d'arbitrage et celui du juge de l'annulation. Observons que, dans cette étude, la distinction entre le point de vue du juge étatique confronté à la convention d'arbitrage quand il doit apprécier sa propre compétence et celui du juge qui l'examine dans le cadre de la reconnaissance d'une sentence apparaîtra non dans cette section consacrée aux principes de droit applicable relatifs à l'"arbitrabilité" mais dans la suivante, qui étudie les diverses hypothèses qui

seulement des principes de droit applicable différents sont susceptibles de jouer dans ces deux hypothèses mais, en outre, la question de l'“arbitrabilité” ne s'y pose pas dans les mêmes termes.

§1 — *Devant le juge étatique.*

237. Ayant démontré que l'“inarbitrabilité”, par sa fonction juridictionnelle, répond à la qualification “inadmissibilité”, il faut conclure que, théoriquement, cette question dépend de la loi applicable en matière de compétence, c'est-à-dire la loi du for saisi (A). Eu égard toutefois aux liens qu'entretient cette notion avec le fond du litige et aux inconvénients de l'application de la *lex fori*, on peut songer à nuancer cette solution par le recours à une *lex causæ*, expression qui vise toute loi désignée par une règle de conflit de lois (B). La synthèse de ces solutions permettra d'introduire la réflexion relative au point de vue de l'arbitre (C).

A) Le principe théorique : l'application de la *lex fori*.

238. Après avoir rappelé pourquoi l'“inarbitrabilité”, comme toute règle d'“inadmissibilité”, dépend, en principe, de la loi du for saisi (a), on abordera l'examen d'illustrations de cette solution en droit conventionnel (b) et en droit commun (c).

a. Le principe.

239. Il a été démontré plus haut, de manière générale pour toutes les conditions d'“admissibilité” des conventions de juridiction, que leur rattachement à la matière de la compétence et des conflits de juridictions les soumettait à l'application de principe de la loi du for saisi¹¹⁶. Sans reprendre tous les éléments de cette démonstration, il faut indiquer qu'elle se vérifie pour les questions qui relèvent de l'“inarbitrabilité”.

Toutes les règles relevant de la notion d'“inarbitrabilité *sensu lato*” ont pour but de réglementer l'effet *négatif* de la convention d'arbitrage¹¹⁷. Elles permettent de trancher les conflits pouvant surgir entre la juridiction étatique et la juridiction arbitrale en déterminant quand la première estime que la compétence de la seconde provoque sa propre incompétence. Pour le juge saisi, l'“arbitrabilité” est donc une question qui touche à sa compétence. Or cette matière, et de manière plus générale celle des conflits de juridictions, dépend de la *lex fori*. C'est la loi d'un Etat, en effet, qui décide de l'organisation et du fonctionnement de ses organes, en l'occurrence de la compétence de ses juridictions¹¹⁸.

Sous l'angle théorique¹¹⁹, l'“arbitrabilité” est donc soumise à la loi du for saisi¹²⁰. Il convient de rappeler qu'il ne s'agit pas d'une règle de conflit de lois au sens propre. Dans la

peuvent conduire un ordre étatique à modifier ses règles de droit applicables en cette matière (v. *infra* n^{os} 278 et s.).

¹¹⁶ V. *supra* n^{os} 68 à 75.

¹¹⁷ V. *supra* n^o 228.

¹¹⁸ Dans le même sens, W. WENGLER, *Internationales Privatrecht*, t. I, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1981, §14, p. 345, qui estime que de même qu'un Etat ne se laisse pas imposer par une loi étrangère une exclusion de la compétence de ses juridictions, ainsi il n'a aucune raison de faire dépendre de la loi applicable au fond ou de la loi de la convention d'arbitrage un point de vue relatif à l'“arbitrabilité” du litige soumis à ses tribunaux.

¹¹⁹ On abordera plus loin des raisons concrètes qui pourraient suggérer de ne pas respecter ce principe pour lui préférer l'adoption d'une règle de conflit de lois (v. *infra* n^{os} 247 et s.).

matière de la compétence, *aucun conflit de lois véritable ne peut surgir*. Le droit international *public* attribue en effet à chaque Etat le droit de régler la compétence de ses juridictions. Il n'y a dès lors pas lieu, par une règle de conflit, de départager des lois en concours¹²¹. Une seule loi, la *lex fori*, a un titre pour s'appliquer.

240. Il importe de souligner que l'application de la loi du for saisi constitue le principe pour toutes les règles d'"inarbitrabilité"¹²², même si, pour diverses raisons qu'on évoquera, il peut parfois paraître opportun de lui préférer le recours à une règle de conflit de lois. Le rappel de ce principe signifie en effet que lorsqu'une juridiction applique à une question relevant de l'"inadmissibilité" sa *lex fori*, cette solution ne peut pas être critiquée sur le plan du droit applicable mais seulement, le cas échéant, quant au *contenu de la règle de droit* retenue.

b. Illustrations dans le droit conventionnel.

241. L'application de la loi du for saisi à l'"arbitrabilité" est consacrée explicitement par l'article V 2 (a) de la Convention de New York et par l'article VI (2) de la Convention de Genève, respectivement pour l'hypothèse de la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère et pour celle du déclinatoire de juridiction. Au vu du principe théorique qui vient d'être exposé, la solution retenue par ces articles n'étonne pas. Elle a pourtant suscité quelques difficultés d'interprétation, surtout dans le cadre de la Convention de New York. On s'est en effet demandé en Allemagne (aa) et en Belgique (bb) si celle-ci permettait ou même imposait l'application à l'"arbitrabilité" d'une autre loi que la *lex fori*.

242. (aa) Ainsi a-t-on longtemps considéré, en Allemagne, que la Convention de New York ne soumettait pas l'"arbitrabilité" uniquement à la loi du for saisi mais également à la loi de la convention d'arbitrage. Cette question ferait en effet partie des conditions de la clause, dont l'article V 1 (a) impose de vérifier la validité au regard de la loi d'autonomie ou, à défaut d'un choix des parties, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue. La Convention de New York prévoirait donc un *rattachement cumulatif* de l'"arbitrabilité"¹²³.

Nous pensons que la distinction entre l'"admissibilité" et la "formation" de la convention d'arbitrage permet de critiquer cette solution. Dès lors en effet que l'"inadmissibilité" — qui, comme on l'a expliqué, est un aspect de l'"inadmissibilité" de la clause — est visée explicitement par l'art V 2 (a), on peut penser qu'à défaut d'indication claire en sens contraire, le contrôle prévu par l'article V 1 (a) ne concerne *que* les éléments

¹²⁰ En ce sens, D. RAHMANN, p. 40 ; R. HAUSMANN, n° 1397, et le même auteur, *op. cit.* {préc. n. 92}, p. 371 ; W. WENGLER, *Internationales Privatrecht* {préc. n. 118}, §14, p. 345. V. également P. MAYER, *Droit international privé*, 1° éd., 1977, n° 295 et 2° éd., 1983, n° 303 (par la suite, cet auteur a estimé qu'il serait préférable de soumettre l'"arbitrabilité" à la loi applicable au fond, v. par ex., 5° éd., n° 306). — adde H. BORN, M. FALLON, *op. cit.* {préc. n. 89}, n° 168, p. 220 (il faut préciser que ces auteurs estiment que l'"arbitrabilité" n'est pas soumise uniquement à la loi du for saisi mais aussi à la loi d'autonomie).

¹²¹ C'est ce qui distingue la matière de la compétence des questions qui relèvent du conflit de lois puisque celles-ci ne dépendent pas, *a priori*, plus d'une loi que d'une autre et provoquent dès lors un véritable choix entre des lois ayant des titres d'application analogues (sur ce sujet, v. *supra* n° 73).

¹²² Il faut toutefois réserver les règles relatives à l'"arbitrabilité subjective" qui, en raison de leurs liens avec le droit public, appellent une solution plus nuancée (v. *infra* n° 249).

¹²³ En ce sens, R. HAUSMANN, n° 1351, qui précise que ce fut longtemps la doctrine dominante et donne la références des auteurs qui ont défendu cette position ; H.-V. von HÜLSEN, *op. cit.* {préc. n. 92}, p. 136 et 139. — V. également, en ce sens, A. NUYTS, *op. cit.* {préc. n. 65}, nos 23 et 24, p. 353.

nécessaires à la “*formation*” de celle-ci, c'est-à-dire essentiellement ceux qui déterminent l'existence d'un consentement valable entre les parties¹²⁴.

Il peut être avancé à l'appui de notre position que si la soumission de l'“arbitrabilité” à la loi de la convention d'arbitrage est une solution envisageable, elle ne se fonde pas, à la différence du recours à la loi du for saisi, sur une analyse théorique de cette question. Or quand cette solution est néanmoins défendue, c'est dans le but de diminuer les inconvénients du respect du principe de l'application de la *lex fori*¹²⁵. Mais la thèse allemande évoquée a, au contraire, un impact concret défavorable à l'“arbitrabilité” puisqu'en soumettant celle-ci à une deuxième loi, elle augmente les risques de son refus. Il semble que si cette défaveur pour l'arbitrage avait vraiment été voulue par la Convention de New York, celle-ci aurait précisé clairement que, contrairement à ce qu'une analyse théorique suggérerait, parmi les questions soumises à la loi de la convention d'arbitrage, il fallait comprendre également l'“arbitrabilité”¹²⁶.

Le rattachement cumulatif de l'“arbitrabilité” dans la Convention de New York peut encore être mis en doute par l'observation que selon qu'elle relèverait de l'article V 1 (a) ou de l'article V 2 (a), l'“in-arbitrabilité” devrait être soulevée par une partie ou vérifiée d'office par le juge. De manière générale, cette différence de régime traduit que les questions relevant de ces deux contrôles ne revêtent pas la même importance. Visée par ces deux dispositions, l'“in-arbitrabilité” serait donc un problème plus ou moins important selon la loi qui lui est appliquée... On pourrait s'étonner que la solution de droit applicable soit de nature à modifier l'essence et l'importance d'une question.

Il convient d'ailleurs de remarquer que notre argumentation permet d'expliquer la position actuelle des auteurs allemands. Plusieurs d'entre eux remettent, en effet, en question le traditionnel rattachement cumulatif de l'“arbitrabilité” et estiment que cette question devrait être soumise uniquement à la *lex fori*, tant au stade du déclinatoire de juridiction (article II de la Convention de New York) qu'au stade de la reconnaissance de la sentence (article V). Le principal argument invoqué à l'appui de cette solution est le fait que la loi applicable à la convention d'arbitrage a souvent été choisie par les parties pour sa neutralité et qu'elle risque dès lors d'être inadaptée pour régler la question de l'“arbitrabilité”¹²⁷.

¹²⁴ Dans un sens analogue, A.J. VAN DEN BERG, p. 288 et s., qui estime que le défaut d'arbitrabilité n'est pas une question couverte par la notion d'“invalidité” (*invalidity*) prévue par l'article V 1 (a) et qu'elle dépend donc uniquement de la loi du for saisi.

¹²⁵ Sur la règle de conflit de lois désignant la loi de la convention d'arbitrage pour l'“arbitrabilité”, v. *infra* n^{os} 252 à 254.

¹²⁶ Un raisonnement analogue peut, à notre avis, être suivi pour l'interprétation de l'article IX 1 (a) de la Convention de Genève. En prévoyant que l'annulation de la sentence dans un Etat contractant pourra constituer un motif de refus d'exequatur dans un autre Etat contractant si cette annulation s'est fondée sur l'“invalidité” de la convention d'arbitrage, cet article ne viserait que les vices de “formation” de la convention d'arbitrage, à l'exclusion des causes d'inadmissibilité et dès lors d'“in-arbitrabilité”. En effet, les règles d'“arbitrabilité” ou d'admissibilité se rapportent à la matière de la compétence et sont donc extrêmement liées à l'ordre juridique qui les a édictées. Elles présentent dès lors un caractère relatif. On ne voit guère pourquoi elles devraient être respectées par les autres Etats. Chaque ordre juridique étatique organise, en effet, comme il l'entend ses relations avec la juridiction arbitrale. Aussi pourrait-il paraître étonnant que, sur ce point, les autres Etats puissent être liés par l'obligation de reconnaître l'annulation de la sentence. On observe ainsi que, pour tout ce qui concerne l'“admissibilité” de la convention d'arbitrage, la jurisprudence française *Hilmarton* dont il a été question plus haut (*supra* n^o 198) pourrait s'expliquer. Certes, il reste qu'on peut opposer à cette jurisprudence qu'il convient que la *lex fori* abandonne parfois son propre point de vue dans l'intérêt de l'efficacité de la décision concernée et de l'harmonie avec les autres Etats.

¹²⁷ R. HAUSMANN, n^o 1352, qui estime que cette position représente la tendance actuelle dans la doctrine et la jurisprudence. V. encore D. RAHMANN, p. 38 ; P. SCHLOSSER, n^o 299. — *contra* H.

243. (bb) En Belgique, ce qui pose problème est l'application de la loi du for saisi dans le cadre de l'article II de la Convention de New York. Certains auteurs¹²⁸, relayés par les juridictions de Bruxelles¹²⁹, considèrent qu'au stade du déclinatoire de juridiction, seule la loi de la convention d'arbitrage est applicable à l'"arbitrabilité". Leurs arguments peuvent être résumés de la façon suivante. Au stade de l'exception d'arbitrage, l'"arbitrabilité" serait une "condition de la convention d'arbitrage" soumise dès lors à la loi applicable à cette convention ; au stade de la reconnaissance, elle serait une "condition de la sentence", ce qui expliquerait l'application de la *lex fori* que prévoit l'article V 2 (a) de la Convention de New York. Comme l'article II de cette Convention ne mentionne aucune solution de droit applicable à l'"arbitrabilité", il ne démentirait pas cette analyse, rien ne permettant de conclure que la solution retenue par l'article V 2 (a) soit pertinente à son propos. Et si l'article VI (2) de la Convention de Genève prévoit explicitement l'application de la loi du for saisi au stade du déclinatoire de juridiction, le principe de la "*favor arbitrandum*" suggérerait de préférer à cette solution le recours à la loi de la convention d'arbitrage¹³⁰.

Avant d'apprécier la thèse que propose cette doctrine, il importe de rappeler le contexte dans lequel elle est née et l'objectif concret qu'elle poursuit. Cette suggestion fait partie de celles qui, en Belgique, sont nées pour réagir à l'arrêt *Audi-NSU* de la Cour de cassation¹³¹. En évitant, par l'intermédiaire de l'interprétation de l'article II de la Convention de New York, l'application de la loi du for saisi au stade du déclinatoire de juridiction, on limite en effet l'impact de la règle d'"in-arbitrabilité" posée par cet arrêt puisque cette dernière ne peut plus jouer qu'au stade de la reconnaissance de la sentence.

Il convient, par ailleurs, de préciser que si, dans l'immédiat, on n'examine cette théorie que dans le cadre de l'analyse de la Convention de New York, on en étudiera les autres aspects ultérieurement¹³².

244. A notre avis, il est erroné de faire dépendre de l'interprétation de la Convention de New York le bien-fondé ou, au contraire, la critique de la thèse selon laquelle, au stade

BARBER, *op. cit.* {préc. n. 2}, p. 30 et s., qui regrette que l'"arbitrabilité" ne soit pas soumise uniquement à la loi d'autonomie parce que cette loi correspond mieux aux attentes des parties que la *lex fori*.

¹²⁸ V. par ex. B. HANOTIAU, "L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen" {préc. n. 2}, n^{os} 27 et s., p. 920 et s., qui explique tous les aspects de cette question et présente les solutions envisageables, avant de défendre l'application exclusive de la loi de la convention d'arbitrage. Dans le même sens, M. HUYS, G. KEUTGEN, "L'arbitrage (1982 à 1987)", *J.T.*, 1988, n^o 11, p. 419 ; H. VAN HOUTTE, "L'arbitrabilité de la résiliation des concessions de vente exclusive" {préc. n. 44}, p. 829.

¹²⁹ V. Bruxelles (3^o Ch. ter), 4 octobre 1985 (sté de droit suisse M. c. S.A. M.), *J.T.*, 1986, p. 93, note A. KOHL ; Comm. Bruxelles, 29 octobre 1991 (S.A. Parbelux c. Jean Patou Parfums), *R.D.C.B.*, 1993, p. 1118, note A. NUYS (qui critique cette décision) ; Comm. Leuven, 24 mars 1992 (N.V. Vel c. Carlon Erba), *R.D.C.B.*, 1993, p. 1131 ; Comm. Bruxelles (7^o Ch.), 5 octobre 1994 (sté Van Hopplynus c. sté Coherent), *J.T.* 1995, p. 344, et les observations de B. HANOTIAU ("Arbitrage et concessions de vente") ; le même arrêt, *Rev. arb.*, 1995, p. 311, note B. HANOTIAU. — *Contra* Comm. Bruxelles (13^o Ch.), 13 septembre 1979 (S.A. Agima c. sté Smith Industries), *J.T.*, 1980, p. 374, qui est apparemment favorable à l'application de la *lex fori* dans le cadre de l'article II de la Convention de New York. V. également l'arrêt inédit *Guthrod* de la Cour de cassation belge (précité note n^o 49).

¹³⁰ Sur ce point, v. par ex. B. HANOTIAU, note sous l'arrêt *Van Hopplynus* précité {n. 129}, *J.T.* 1995, n^o 3, p. 346 ; H. VAN HOUTTE, "L'arbitrabilité de la résiliation des concessions de vente exclusive" {préc. n. 44}, p. 830. — *contra* A. NUYS, *La concession de vente exclusive et l'agence commerciale et l'arbitrage* {préc. n. 49}, n^o 44, p. 51, qui s'oppose à la prétendue primauté de la Convention de New York sur la Convention de Genève car cette dernière est postérieure à la première.

¹³¹ V. l'arrêt *Audi-NSU* précité (à la note n^o 40) et sa présentation *supra* n^o 218.

¹³² Il sera encore question de cette théorie dans le cadre de l'examen des diverses *lex causæ* envisageables pour l'"arbitrabilité" (*infra* n^{os} 252 à 254) et à propos des principes pouvant influencer les règles de droit applicables à cette question selon le stade où elle est soulevée (*infra* n^{os} 286 à 289).

du déclinatoire de juridiction, l'“arbitrabilité” devrait être vérifiée uniquement au regard de la loi de la convention d'arbitrage alors qu'au stade de la reconnaissance d'une sentence, le même problème serait soumis à la *lex fori*.

Il semble en effet que l'apport de cette Convention soit somme toute très mince quant à la loi applicable à l'“arbitrabilité”¹³³. Dans son article V 2 (a), la Convention de New York se contente en fait, conformément au principe théorique en cette matière, de confier à la *lex fori* le soin de régler cette question. Mais, elle n'empêche nullement la loi du for saisi de décider qu'il est préférable de nuancer ce principe pour s'en remettre à une autre loi¹³⁴. Autrement dit, l'article V 2 (a) de la Convention de New York *n'impose pas* l'application de la *lex fori* elle-même ; comme l'a remarqué M. Goldman, il renvoie à celle-ci dans toutes ses composantes, y compris donc une éventuelle règle de conflit de lois pour régler la question de l'“arbitrabilité”¹³⁵.

On peut penser que le même système joue dans le cadre de l'article II de la Convention de New York.

Cela signifie que cet article ne s'oppose pas à l'idée selon laquelle c'est en principe à la loi du for saisi de régler la question de l'“arbitrabilité”, au stade de la reconnaissance d'une sentence comme à celui du déclinatoire de juridiction. On rejoint ainsi l'opinion de M. Partsch qui, pour critiquer la thèse considérée, a souligné l'intérêt de la *lex fori* pour régir l'“arbitrabilité” dès le stade du déclinatoire de juridiction¹³⁶. En effet, comme le remarque cet auteur, la fonction juridictionnelle que remplissent pour la loi du for saisi les règles d'“arbitrabilité” joue tout autant à ce stade qu'à celui de la reconnaissance de la sentence : dans le premier cas, ces règles permettent aux parties de soustraire un différend aux juridictions étatiques ; dans le second, en conditionnant la reconnaissance de la sentence, et dès lors de l'autorité de la chose jugée de celle-ci, elles privent les juridictions de l'Etat requis de leur vocation à connaître un jour du litige qui a été tranché. Dans ces deux hypothèses, le souci des Etats de préserver leur juridiction, qui inspire les règles d'“in-arbitrabilité”, confère à la loi du for saisi la vocation de régler cette question¹³⁷. M. Partsch indique ensuite que le texte et l'histoire de l'article II de la Convention de New York confirment que celle-ci ne s'est pas éloignée de cette solution de principe dans le cadre de cet article¹³⁸¹³⁹. Par conséquent si la thèse considérée entend *fonder* sur l'interprétation de

¹³³ Comme nous le défendrons plus loin, il concerne probablement plutôt le *type de règles* relevant de cette matière dont elle permet le contrôle (v. *infra* n).

¹³⁴ En ce sens, A. NUYTS, *op. cit.* {préc. n. 79}, p. 1126.

¹³⁵ En ce sens, B. GOLDMAN, “V^o Arbitrage (droit international privé)”, *Répert. Dalloz, Dr. Int.*, 1968, n^o 153, p. 125.

¹³⁶ V. également A. NUYTS, *op. cit.* {préc. n. 65}, n^o 19, p. 352, qui souligne que rien ne justifie d'appliquer des lois différentes selon le stade où la question de l'“arbitrabilité” se pose. La conclusion de cet auteur est toutefois différente de celle de M. Partsch puisqu'il suggère que, dans les deux cas, on applique à l'“arbitrabilité” la loi d'autonomie sous réserve des lois d'application immédiate du for (n^o 20).

¹³⁷ P.-E. PARTSCH, *op. cit.* {préc. n. 65}, n^{os} 6 et s., p. 1264 et s. ; dans le même sens, A.J. VAN DEN BERG, p. 152.

¹³⁸ P.-E. PARTSCH, *op. cit.* {préc. n. 65}, n^{os} 10 et s., p. 1268 et s. Cet auteur en conclut toutefois que l'“arbitrabilité” doit être soumise non seulement à la loi du for saisi mais aussi à celle de la convention d'arbitrage, étant donné que c'est celle qu'appliquera à cette question l'arbitre et qu'il importe que le juge vérifie si la convention d'arbitrage peut vraiment, dans le cas qui lui est présenté, fonder la compétence de l'arbitre (*ibidem*, n^o 12). A notre avis, cette solution peut s'expliquer par le souci du juge de ne pas provoquer un déni de justice si la convention d'arbitrage qu'il a reconnue ne l'était pas devant l'arbitre. Mais, contrairement à ce que prétend M. Partsch, cette solution ne découle pas de l'analyse selon laquelle l'“arbitrabilité” serait à la fois une condition de formation de la convention d'arbitrage et une condition de la reconnaissance de son effet négatif de compétence. Comme nous l'avons expliqué, l'“arbitrabilité” ne relève, à notre sens, que de l'admissibilité de la convention d'arbitrage et non de sa formation (v. *supra* n^{os} 225 à 230). La seule solution de droit applicable qu'implique théoriquement

cette Convention l'exclusion de la *lex fori*, elle doit être critiquée. On ne peut prétendre en effet que la Convention de New York exclue *tout à fait*, c'est-à-dire pour tous les Etats contractants, le principe de l'application de la *lex fori* à l'"arbitrabilité" au stade de l'exception d'arbitrage¹⁴⁰.

Mais, pas plus que l'article V 2 (a), l'article II n'interdit à la loi du for saisi de soumettre à une règle de conflit de lois la question de l'"arbitrabilité"¹⁴¹. L'application de la "loi de la convention d'arbitrage" proposée par la thèse examinée serait dès lors l'expression, dans l'ordre juridique belge, de ce souhait. Par conséquent, c'est la solution elle-même du recours à la loi de la convention d'arbitrage pour régler l'"arbitrabilité" au stade du déclinatoire de juridiction et non le fait que cette thèse se fonde sur la Convention de New York, qui doit, le cas échéant, être critiquée¹⁴².

c. Illustration dans la jurisprudence française.

245. Le principe de l'application de la loi du for saisi à l'"arbitrabilité" est suivi dans plusieurs pays, par exemple les Etats-Unis, la Suisse¹⁴³ ou la Belgique comme en témoignent les arrêts *Audi-NSU* et *Gutbrod* de la Cour de cassation belge. Il convient toutefois de rappeler que, dans ce dernier pays, l'application de la *lex fori* au stade du déclinatoire de juridiction est contestée par certains¹⁴⁴. On n'évoquera à présent que la jurisprudence française, pour mettre cette solution de droit applicable en relation avec les réflexions présentées dans la première partie de cette étude.

l'analyse de cette notion est dès lors l'application de la loi du for saisi. Les autres solutions ne sont que des aménagements destinés à en limiter les inconvénients.

¹³⁹ En ce sens également, P. KILESTE, P. HOLLANDER, "Examen de jurisprudence. La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée (1987 à 1992)", *R.D.C.B.*, 1993, n° 101, p. 87.

¹⁴⁰ En ce sens, A. NUYTS, *La concession de vente exclusive et l'agence commerciale et l'arbitrage* {préc. n. 49}, n° 37, p. 37. V. d'ailleurs, en faveur de l'application de la *lex fori* au stade du déclinatoire de juridiction dans le cadre de l'article II de la Convention de New York, A.J. VAN DEN BERG, p. 152 et s. — Pour des applications de ce principe, v. Cass. italienne, 27 avril 1979, *Yearbook Comm. Arb'n*, 1981, p. 229 ; Trib. Bologne, 18 juillet 1987, *Yearbook Comm. Arb'n*, 1992, p. 534 ; Gênes, 3 février 1990, *Yearbook Comm. Arb'n*, 1992, p. 543.

¹⁴¹ Sur les diverses raisons qui peuvent pousser à l'adoption d'une règle de conflit de lois en matière d'"arbitrabilité", v. *infra* n°s 246 et s.

¹⁴² Sur ce point, v. *infra* n°s 252 à 254.

¹⁴³ A propos de la situation aux *Etats-Unis*, v., par exemple, Cour suprême des Etats-Unis, 2 juillet 1985 (Mitsubishi c. Soler), *Rev. arb.*, 1986, p. 273 et le commentaire de J. ROBERT, "Une date dans l'extension de l'arbitrage international : l'arrêt Mitsubishi c. Soler", *Rev. arb.*, 1986, p. 173. V. encore P. SCHLOSSER, n° 299, qui remarque que les Américains ne se sont même jamais posé la question de l'application à l'"arbitrabilité" d'une autre loi que la leur. — En droit suisse, l'article 177 LDIP soumet la question de l'"arbitrabilité" à une règle matérielle, excluant tout recours à une règle de conflit de lois, et qui est appliquée par le juge suisse quand les dispositions de cette loi sont applicables c'est-à-dire, conformément à l'article 176, quand le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse et quand au moins une des parties n'a ni son domicile ni sa résidence dans ce pays. Pour un cas d'application, v. Tribunal Fédéral suisse (1° Cour civile), 23 juin 1992 (Fincantieri-Cantieri Navali c. M.), *Rev. arb.*, 1993, p. 691, note F. KNOEPFLER.

¹⁴⁴ Sur l'arrêt *Audi-NSU* (précité note n° 40), v. *supra* n°s 218 et 219. L'arrêt *Gutbrod* (précité note n° 49) a adopté la même solution de droit applicable que l'arrêt *Audi-NSU* à une convention d'arbitrage soulevée au stade du déclinatoire de juridiction. On sait cependant que les juridictions bruxelloises et certains auteurs belges voudraient limiter l'application de la loi du for saisi à l'hypothèse où la question d'"arbitrabilité" est examinée au stade de la reconnaissance d'une sentence (v. *supra* n°s 243 et 244).

Dans ses récentes manifestations, la jurisprudence française est effectivement fidèle au principe de l'application de la *lex fori* à l'"arbitrabilité"¹⁴⁵.

Deux éléments peuvent expliquer l'adoption d'une telle solution.

Il convient d'abord de rappeler que, depuis quelques décennies, la jurisprudence française soumet de plus en plus de questions relatives à la clause compromissoire à des règles matérielles françaises plutôt qu'à une règle de conflit de lois. Nous avons expliqué ce phénomène en indiquant que, pour les points relevant de l'"admissibilité" de la convention d'arbitrage, l'application de normes du for, était naturelle, s'agissant d'une matière liée à la compétence des juridictions françaises¹⁴⁶. Cette tendance générale de la jurisprudence française permet de comprendre que l'"inarbitrabilité", qui concerne l'"admissibilité" de la convention d'arbitrage, soit également soumise à la loi française¹⁴⁷.

Dans le cadre du droit français, l'application de la loi du for saisi à l'arbitrabilité peut peut-être encore s'expliquer par les liens traditionnellement établis entre l'"inarbitrabilité" et l'ordre public¹⁴⁸. Comme cette dernière notion dépend, par définition, de la loi du for, il est logique que, même pour les situations internationales, on n'ait pas songé à appliquer à l'"inarbitrabilité" une loi étrangère¹⁴⁹.

246. Si l'"arbitrabilité", par son incidence sur la compétence du for saisi, se rattache en principe à la *lex fori*, il faut observer que cette solution a l'inconvénient pratique majeur de rendre *imprévisible*¹⁵⁰ pour les parties le sort de l'arbitrage projeté, le juge étatique qui y sera confronté ne pouvant être déterminé avec certitude lors de la conclusion de la clause. Etant donné, par ailleurs, que l'"arbitrabilité" présente des liens indéniables avec le fond du litige puisque les règles qui la composent se fondent sur diverses caractéristiques des droits en cause, on peut se demander si la *lex fori* ne devrait pas parfois céder la place à une *lex causæ* qui se révélerait plus appropriée pour régler cette question.

¹⁴⁵ En ce sens, Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, n° 559, p. 345, qui déclarent que "lorsqu'il apprécie l'arbitrabilité objective d'un litige à caractère international, le juge français se réfère nécessairement à la conception française de l'ordre public international". V. également L. IDOT, note sous Paris (1° Ch. suppl.), 16 février 1989 (sté Almira Films c. Pierrel ès qual.), *Rev. arb.*, 1989, p. 719, qui remarque que "conformément à une habitude répandue, malgré le caractère international du contrat, la Cour ne se prononce pas sur la loi applicable à l'arbitrabilité et raisonne sur le terrain du droit français". — Pour des cas d'application, v. par ex. l'arrêt *Société Ganz* précité (note n° 33) ; Paris (1° Ch. C), 24 mars 1994 (sté Deko c. G. Dingler et sté Meva), *Rev. arb.*, 1994, p. 515, note M.C. RONDEAU-RIVIER (en matière de brevet d'invention) ; Paris (1° Ch. D), 7 décembre 1994 (Sté V 2000 c. sté Project XJ 220 ITD), *Rev. arb.*, 1996, p. 67, note Ch. JARROSSON (en matière de droit de la consommation) ; Paris (1° Ch. D.), 20 septembre 1995 (sté Matra Hachette c. sté Reteitalia), *Rev. arb.*, 1996, N° 1, p. 87, note D. COHEN (en matière de procédures collectives).

¹⁴⁶ V. *supra* nos 99 à 111, où il a d'ailleurs été remarqué que jusqu'à une époque récente, seules des questions d'"admissibilité" avaient fait l'objet de règles matérielles françaises.

¹⁴⁷ Il convient d'ailleurs d'observer que certaines décisions qui ont été mentionnées plus haut comme des exemples de règles d'*admissibilité* régies par la loi française pourraient aussi figurer ici comme règles illustrant l'"inarbitrabilité *sensu lato*". Dès lors en effet que le terme "inarbitrabilité" est parfois utilisé à propos des règles qui interdisent la clause compromissoire, on pourrait reprendre comme illustration de l'application de la *lex fori* l'arrêt *Hecht* qui a adopté, en matière internationale, la règle d'"arbitrabilité" consistant à admettre la clause compromissoire dans les contrats mixtes (v. *supra* n° 100).

¹⁴⁸ V. *supra* n° 215.

¹⁴⁹ Comme on le précisera plus loin, l'internationalité du litige a cependant pour conséquence qu'il soit question de l'ordre public *international* (v. *infra* n° 280).

¹⁵⁰ En ce sens, par exemple, H. BARBER, *op. cit.* {préc. n. 2}, p. 31.

B) La dérogation au principe théorique : le recours à une *lex causæ*.

247. Cette section a pour objet d'envisager les diverses *lex causæ* qui pourraient être applicables à l'"arbitrabilité". Il faut entendre par "*lex causæ*", toute loi désignée par une règle de conflit de lois, c'est-à-dire soit une loi étrangère soit, si le facteur de rattachement se concrétise dans le pays du for, la loi de celui-ci. Remarquons qu'il s'agira néanmoins, dans ce dernier cas, d'une "*lex causæ*" et non de la "*lex fori*" dont il vient d'être question puisque le titre d'application de cette dernière était *indépendant* d'une règle de conflit de lois ; il découlait de la matière concernée, la compétence, qu'un principe issu du droit international public confie à la loi du for saisi¹⁵¹.

La recherche qui va être entreprise appelle une remarque *methodologique* d'importance. Notre démarche implique en effet que la qualification qui a été retenue pour l'"inadmissibilité" n'a aucune conséquence nécessaire sur la loi applicable à cette question. Nous nous démarquons ainsi de M. Barber qui estime que ce problème, s'il touche à l'"admissibilité" de la convention d'arbitrage, ne peut être soumis qu'à la loi du for saisi, tandis que l'application d'une *lex causæ* ne serait possible que s'il s'agissait d'une condition de "formation"¹⁵².

Or il nous semble préférable, sur le plan de la méthode, de scinder les problèmes de qualification et de droit applicable à l'"arbitrabilité". Certes, la qualification "admissibilité", parce qu'elle souligne les liens entre cette question et la matière de la compétence, conduit théoriquement à l'application de la *lex fori*. Mais cette solution n'exclut pas toute autre. Il convient en effet de rappeler que le fait que les conflits de juridictions ne suscitent pas de véritables problèmes de conflit de lois n'interdit pas que, pour certains points particuliers les concernant, on recoure à la méthode du conflit de lois si cela paraît opportun¹⁵³. Bien qu'elle concerne l'"admissibilité" de la convention d'arbitrage, l'"inadmissibilité" pourrait donc être soumise à une *lex causæ*. Par conséquent, pour étudier les principes de droit applicable à l'"arbitrabilité", il faut, à notre avis, distinguer entre la solution qu'impose une analyse théorique de la question et celle qui pourrait néanmoins s'avérer meilleure¹⁵⁴.

248. Dans l'examen des *lex causæ* applicables à l'"arbitrabilité", il convient d'étudier à part le cas de l'"arbitrabilité subjective". Les caractéristiques propres de cette question prescrivent, en effet, en toute hypothèse, le recours à ce qui ressemble à une règle de conflit de lois, mais qui, en réalité, s'en distingue (a). A propos de l'"arbitrabilité objective", on envisagera les solutions de droit applicable les plus souvent défendues : la loi de la convention d'arbitrage (b) et la loi applicable au fond du litige (c). La doctrine évoque encore parfois "la loi du lieu du siège arbitral" ou "la loi du lieu d'exécution de la sentence". Mais comme il s'agit de règles de conflit de lois qui présentent plus d'intérêt pour

¹⁵¹ Sur ce point, v. *supra* nos 73 à 75.

¹⁵² H. BARBER, *op. cit.* {préc. n. 2}, p. 22. Une position aussi rigoureuse a pour conséquence regrettable que cet auteur, désireux de défendre l'application d'une règle de conflit de lois à l'"arbitrabilité", est obligé de prétendre, sans arguments véritables sur ce point, que cette question concerne la "formation" de la convention d'arbitrage (v. les remarques apportées à la thèse de cet auteur dans la note n° 68).

¹⁵³ V. *supra* nos 79 et 80.

¹⁵⁴ V. P. SCHLOSSER, n° 304, qui semble également faire la distinction entre la solution qui s'impose normalement au juge ("er musst die Frage der Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes *primär* nach der eigenen *lex fori* entscheiden") et ce qu'il devrait faire ("sollte").

l'arbitre que pour le juge, elles seront mentionnées dans le cadre de l'analyse de l'"inarbitrabilité" dans l'ordre arbitral¹⁵⁵.

a. La loi applicable à l'"arbitrabilité subjective".

249. Concernant le problème de la capacité d'un Etat ou d'une personne morale de droit public pour compromettre, l'"arbitrabilité subjective" a la particularité, quant au droit applicable, de faire intervenir le principe de droit international public selon lequel chaque Etat a la compétence législative exclusive pour s'organiser¹⁵⁶. Ce principe dont il a déjà été question à propos de la compétence juridictionnelle, point relatif à l'organisation des organes judiciaires, implique, pour les organes administratifs de même, que seule la loi nationale de ceux-ci peut en limiter la capacité¹⁵⁷.

Par conséquent, bien que l'"arbitrabilité subjective" concerne, comme toutes les autres règles d'"inadmissibilité", l'"inadmissibilité" de la convention d'arbitrage, il ne pourra être question de lui appliquer la *lex fori*, solution théorique en cette matière, que lorsque l'Etat dont l'aptitude à compromettre est en cause est l'Etat *du for*¹⁵⁸. S'il s'agit, au contraire, d'un Etat étranger, il faudra recourir à une loi étrangère, la loi de cet Etat. Il semble donc que l'"arbitrabilité subjective" soit soumise à une "règle de conflit de lois" désignant la loi nationale de l'Etat ou des personnes morales de droit public concernés. C'est à ce titre que cette question figure dans l'examen des *lex causæ* envisageables pour l'"arbitrabilité". Il faut toutefois préciser qu'il ne s'agit pas d'une véritable règle de conflit de lois, puisqu'il ne peut y avoir concurrence de lois applicables sur ce point ; la loi nationale de l'Etat étranger est en fait la seule qui puisse être appliquée en vertu du principe de droit international public exposé.

250. Or il faut remarquer que ce principe a pour conséquence fâcheuse que les tribunaux d'un Etat ne peuvent, en principe, s'opposer aux dispositions restrictives dont se prévaut l'entreprise publique étrangère pour se soustraire *a posteriori* à la condamnation que lui impose une sentence, fruit d'un arbitrage auquel elle avait donné son accord. Divers remèdes existent toutefois pour contourner les inconvénients de ce principe.

Ainsi la Convention de Genève résout-elle ce problème en énonçant, dans son article II, une règle matérielle uniforme selon laquelle les personnes morales de droit public ont la faculté de conclure valablement des conventions d'arbitrage¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Pour cette analyse, v. *infra* nos 262 et s.

¹⁵⁶ P. MAYER, "Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence", *Rev. crit. DIP*, 1979, n° 54, p. 374.

¹⁵⁷ En ce sens H. BATIFFOL, note sous Cass. fr. (Ch. civ. 1° Sect.), 14 avril 1964 (O.N.I.C. c. capitaine du San Carlo), *Rev. crit. DIP*, 1966, p. 70 ; Ph. FOUCHARD, n° 171 ; P. SCHLOSSER, n° 344 ; H. SYNDET, *op. cit.* {préc. n. 60}, p. 292.

¹⁵⁸ Pour une illustration en droit français, v. Cass. fr. (Ch. civ. 1° Sect.), 2 mai 1966 (Trésor public c. Galakis), *J.D.I.*, 1966, p. 648, note P. LEVEL, qui ne concerne que l'Etat français (en ce sens, E. LOQUIN, note sous Paris (1° Ch. Sect. suppl.), 20 janvier 1987 (Bomar Oil c. E.T.A.P.), *J.D.I.*, 1987, p. 964 ; H. SYNDET, *op. cit.* {préc. n. 60}, p. 292). Remarquons toutefois l'opinion minoritaire de M. Goldman qui défend l'idée que la règle énoncée par l'arrêt *Galakis* relève du droit coutumier international et devrait donc recevoir une application universelle (B. GOLDMAN, note sous l'arrêt *Galakis*, *Rev. crit. DIP*, 1967, p. 557). *contra* E. LOQUIN, *ibidem*, qui cite M. Mayer et estime qu'il est douteux que les règles coutumières du commerce international puissent heurter de front la souveraineté des Etats.

¹⁵⁹ Quand une clause d'arbitrage est soumise à l'application de cette Convention, la disposition conventionnelle s'applique par priorité aux prescriptions nationales sur ce sujet (P. SCHLOSSER, n° 346). V., pour un cas d'application, la sentence arbitrale *ad hoc* rendue à Lausanne, 18 novembre 1983 (Benteler e.a. c. Etat Belge), *Rev. arb.*, 1989, p. 339, note D. HASCHER.

Pour les hypothèses qui ne tombent pas sous le champ d'application de cette Convention, M. Schlosser a suggéré d'invoquer l'ordre public : selon cet auteur, il serait contraire à l'ordre public allemand que la reconnaissance d'une sentence condamnant un Etat étranger soit refusée sous prétexte que selon sa loi, celui-ci ne possédait pas l'"arbitrabilité subjective"¹⁶⁰. Il convient toutefois d'observer que si de nombreux ordres juridiques prévoient l'exception d'ordre public au stade de l'exécution d'une sentence, il s'agit toujours du cas où celui-ci serait violé par la *reconnaissance* de la sentence¹⁶¹. Mais M. Schlosser vise l'hypothèse où ce serait le *refus* de la reconnaissance de la sentence qui serait contraire à l'ordre public. Or ce cas n'est pas explicitement mentionné dans les textes légaux.

Il semble dès lors plus juste d'utiliser la notion d'ordre public, non pour fonder positivement une obligation de reconnaissance de la sentence, mais pour sanctionner l'attitude de l'Etat étranger. Ainsi certaines sentences ont-elles considéré que "l'ordre public international s'opposerait avec force à ce qu'un organe étatique, traitant avec des personnes étrangères au pays, puisse passer ouvertement, le sachant et le voulant, une clause d'arbitrage qui met en confiance le cocontractant et puisse ensuite, que ce soit dans la procédure arbitrale ou dans une procédure d'exécution, se prévaloir de la nullité de sa propre parole"¹⁶². Comme le remarque M. Fadlallah, ce faisant, les arbitres n'imposent pas à l'Etat une règle de capacité autre que la sienne. Mais ils exigent de lui un comportement conforme à la bonne foi¹⁶³. La même idée a dû inspirer l'article 177 (2) de la Loi suisse sur le droit international privé qui stipule expressément qu'un Etat ou une entreprise dominée par lui ne peut invoquer son propre droit pour contester sa capacité d'être partie à un arbitrage. Ainsi, la sanction de la violation de l'ordre public par l'Etat considéré consisterait-elle à ne pas tenir compte du droit national de ce dernier relatif à son aptitude à compromettre. Telle pourrait être l'interprétation à donner à l'arrêt *Gatoil* rendu le 17 décembre 1991 par la Cour d'appel de Paris et décidant que "s'agissant de contrats internationaux passés pour les besoins et dans des conditions conformes aux usages du commerce international, la convention d'arbitrage est conforme à l'ordre public international — qui, au contraire, interdirait à NIOC (l'entreprise publique en litige) de se prévaloir des dispositions restrictives de son droit national pour se soustraire *a posteriori* à l'arbitrage convenu entre les parties"¹⁶⁴.

b. La loi de la convention d'arbitrage.

251. La thèse selon laquelle l'"arbitrabilité" devrait être soumise à la loi de la convention d'arbitrage se rencontre fréquemment. Cette solution est critiquable si elle se fonde uniquement sur une prétendue qualification contractuelle de l'"arbitrabilité" (aa) ; elle l'est moins si l'on considère qu'elle nuance le principe de l'application de la *lex fori* pour anticiper ou reproduire le point de vue de l'arbitre (bb) (cc).

¹⁶⁰ P. SCHLOSSER, n° 344.

¹⁶¹ V. par exemple art. §1044 (2) ZPO ; art. V (2) conv. New York ; art. 1498 et 1502 (5) NCPC ; art. 1723 2° C.Jud.

¹⁶² Sentence CCI 1939/1971, *J.D.I.*, 1975, p. 919, citée par I. FADLALLAH, "L'ordre public dans les sentences arbitrales", *Rec. des cours*, 1994-V, t. 249, n° 47, p. 406.

¹⁶³ I. FADLALLAH, *op. cit.* {préc. n. 162}, n° 49, p. 407.

¹⁶⁴ Paris (1° Ch. suppl.), 17 décembre 1991 (sté Gatoil c. National Iranian oil company), *Rev. arb.*, 1993, p. 281, note H. SYNDET. La solution de cet arrêt a été confirmée par l'arrêt *Bec Frères* de la Cour d'appel de Paris du 24 février 1994, cité par Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, n° 545, p. 337. V. également en ce sens, Paris (1° Ch. sect. C), 13 juin 1996 (sté Kuwait Foreign Trading Contracting and Investment c. sté Icori Estero SPA et sté Lombardini Estero SPA), *J.D.I.*, 1997, p. 151, note E. LOQUIN.

252. (aa) La soumission de l'“arbitrabilité” à la loi de la convention d'arbitrage¹⁶⁵ est défendue par plusieurs auteurs¹⁶⁶. Elle a été explicitement adoptée dans quelques arrêts, déjà évoqués, des juridictions de Bruxelles¹⁶⁷ rendus au stade du déclinatoire de juridiction et justifiés par l'idée que l'“arbitrabilité” est une “condition de la convention d'arbitrage”.

La motivation implicite de cette thèse, telle qu'elle apparaît par exemple dans le cadre de la jurisprudence des juridictions bruxelloises, la rend critiquable.

On sait en effet que l'expression “condition de la convention d'arbitrage” est ambiguë quand elle est appliquée à l'“arbitrabilité”. Elle risque de donner l'impression que cette condition se retrouve pour tout contrat matériel, alors qu'en réalité sa fonction juridictionnelle lui confère une spécificité propre. Cette expression peut donc provoquer une certaine confusion quant à la qualification de l'“arbitrabilité”, suggérant que celle-ci relève de la “formation” et non de l'“admissibilité” de la convention d'arbitrage¹⁶⁸. Or il semble que la thèse envisagée procède d'une telle confusion¹⁶⁹. En soutenant que l'“arbitrabilité” doit être soumise à la loi de la convention d'arbitrage *parce qu'elle* est une condition de celle-ci, cette thèse considère implicitement que l'“arbitrabilité” est un élément nécessaire à la “formation” de la clause, à mettre sur le même pied que ses autres conditions, telles le consentement, les formes ou la capacité. En somme, cette thèse s'inspire de l'idée que la convention d'arbitrage est un contrat comme les autres. Mais, comme on a essayé de l'expliquer, cette analyse n'est pas exacte¹⁷⁰. Pour le juge étatique qui y est confronté, la convention d'arbitrage est un contrat juridictionnel, ayant pour objectif de modifier sa juridiction. Et l'“arbitrabilité” est la condition posée par l'ordre étatique pour accepter cet effet juridictionnel¹⁷¹. Il faut donc, sur le plan théorique, distinguer entre l'“arbitrabilité” et les autres conditions de la convention d'arbitrage¹⁷².

Par conséquent, si la soumission de l'“arbitrabilité” à la loi de la convention d'arbitrage est présentée comme “la seule solution” en cette matière, celle que fonderait une analyse théorique de l'“arbitrabilité”, elle doit être critiquée¹⁷³.

¹⁶⁵ C'est-à-dire, selon l'article V 1 (a) de la Convention de New York, la loi d'autonomie, ou à défaut, la loi du contrat principal ou, quand la sentence a été rendue, celle du pays où elle a été prononcée.

¹⁶⁶ En ce sens, M. de BOISSÉSON, n° 586, p. 501 ; B. HANOTIAU, “What Law Governs the Issue of Arbitrability ?”, *Arbitration International*, 1996, p. 400 ; P. LEVEL, *op. cit.* {préc. n. 2}, n° 14, p. 225 ; A. NUYTS, *op. cit.* {préc. n. 65}, n° 20, p. 353 ; H. VAN HOUTTE, “La loi applicable à l'arbitrage commercial international”, *Rev. dr. intern. comp.*, 1980, p. 288 ; R. SCHÜTZE, *op. cit.* {préc. n. 92}, p. 35.

¹⁶⁷ V. les arrêts cités à la note n° 129.

¹⁶⁸ Sur ce problème de qualification, v. *supra* nos 225 à 230.

¹⁶⁹ V. H.-V. von HÜLSEN, *op. cit.* {préc. n. 92}, p. 142, qui compare la convention d'arbitrage aux autres contrats et observe que, comme ceux-ci, elle doit voir ses conditions de validité soumises à la loi qui la régit. Remarquons que cet auteur est bien obligé de reconnaître l'intérêt de la *lex fori* à régir l'“arbitrabilité”. Mais pour rester fidèle à l'idée que la convention d'arbitrage est un contrat “normal” et dépend en principe de la loi d'autonomie, il présente l'incidence de la loi du for saisi sous le couvert de l'exception d'ordre public international (*ibidem*, p. 149). V., dans le même sens, A. NUYTS, *op. cit.* {préc. n. 65}, nos 12 et s., p. 351 et s., qui estime que l'“arbitrabilité” est une condition de l'objet de la convention d'arbitrage, et doit dès lors être soumise à la loi régissant cette clause. Continuant cette approche purement contractuelle de la question, M. Nuyts estime que ce qui justifie, le cas échéant, l'application de la *lex fori* à l'“arbitrabilité” est son caractère de loi d'application immédiate (*ibidem*, n° 20). On comprend l'intérêt pratique de cette suggestion : limiter l'intervention de la loi du for saisi. Mais il paraît critiquable que cette solution soit présentée comme la seule qu'imposerait une analyse théorique de la notion d'“arbitrabilité”.

¹⁷⁰ V. *supra* nos 226 à 230.

¹⁷¹ Dans un sens analogue. P.-E. PARTSCH, *op. cit.* {préc. n. 65}, n° 8, p. 1266.

¹⁷² H. BORN, M. FALLON, *op. cit.* {préc. n. 89}, n° 169, p. 220.

¹⁷³ V. par ex. P. SCHLOSSER, n° 323, qui estime que le rattachement de l'“arbitrabilité” à la loi de la convention d'arbitrage est “*sachwidrig*” (contraire à la nature des choses).

253. (bb) Cette thèse est moins critiquable si elle ne nie pas la qualification spécifique de l'“arbitrabilité” mais se présente comme une des solutions envisageables pour nuancer le principe de l'application de la loi du for saisi.

Dans ce contexte, le choix de la loi de la convention d'arbitrage ne procède plus d'une confusion entre l'“arbitrabilité” et les autres conditions de la convention d'arbitrage, mais d'un souci de conformité avec la solution que recevra cette question dans l'ordre arbitral¹⁷⁴.

C'est ce qu'on peut expliquer en évoquant l'opinion de MM Goldman et Fouchard. Ces auteurs ont en effet défendu, par le passé, l'idée que l'“arbitrabilité” devait, au stade du déclinatoire de compétence, être appréciée uniquement selon la loi de la convention d'arbitrage, alors qu'au stade de la reconnaissance de la sentence, le principe de la *lex fori* restait applicable¹⁷⁵. Il semble que ces écrits aient influencé la jurisprudence de la Cour d'appel de Bruxelles dont il vient d'être question¹⁷⁶. Or il apparaît qu'avec cette solution de droit applicable, M. Goldman voulait favoriser le principe de l'appréciation par l'arbitre de sa propre compétence (la “compétence de la compétence”)¹⁷⁷. Pour que celui-ci ne soit pas un vain mot, il importe de limiter les cas où, par le refus de reconnaître une convention d'arbitrage, un juge étatique fait avorter un arbitrage pour lequel l'arbitre lui-même se serait reconnu compétent. Le moyen idéal pour atteindre cet objectif est d'adopter une disposition comme l'actuel article 1458 du nouveau Code de procédure civile français, qui prescrit au juge confronté à ce stade à une convention d'arbitrage de s'abstenir de la contrôler et de renvoyer les parties devant l'arbitre¹⁷⁸. Mais comme cet article n'existait pas encore à l'époque où écrivait M. Goldman¹⁷⁹, ce dernier proposait, comme un moindre mal, d'appliquer, au stade du déclinatoire de juridiction, la loi de la convention d'arbitrage à l'“arbitrabilité”. Comme on l'indiquera plus loin, l'arbitre risque, en effet, d'adopter cette solution conflictuelle quand il sera lui-même confronté à ce problème¹⁸⁰. Ainsi, en appliquant la loi de la convention d'arbitrage à l'“arbitrabilité” au stade du déclinatoire de juridiction, le juge étatique aligne-t-il son jugement sur celui de l'arbitre, ce qui est favorable à la reconnaissance de l'arbitrage et dès lors à l'effectivité du principe de la “compétence de la compétence” de l'arbitre¹⁸¹.

254. (cc) Cependant, même ainsi motivée, la thèse de la soumission de l'“arbitrabilité” à la loi de la convention d'arbitrage n'est pas à l'abri de toute critique. Observons d'abord qu'il semble paradoxal au regard de la motivation qui vient d'être exposée que, dans le cadre de la jurisprudence bruxelloise évoquée, cette solution ne

¹⁷⁴ V. par ex. B. HANOTIAU, *op. cit.* {préc. n. 129}, *J.T.*, 1995, n° 6, p. 347 ; du même auteur, “L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen” {préc. n. 2}, n° 33, p. 926 ; P.-E. PARTSCH, *op. cit.* {préc. n. 65}, n° 10, p. 1268.

¹⁷⁵ Ph. FOUCHARD, nos 185 et s. ; B. GOLDMAN, *op. cit.* {préc. n. 135}, nos 125 et s., p. 122 et s. V. également M. HUYS, G. KEUTGEN, nos 687 à 690.

¹⁷⁶ En ce sens, P.-E. PARTSCH, *op. cit.* {préc. n. 65}, n° 2, p. 1260.

¹⁷⁷ B. GOLDMAN, *op. cit.* {préc. n. 135}, n° 128, p. 123. Sur le principe de la compétence de la compétence, v. *supra* n° 31.

¹⁷⁸ Sur l'article 1458 NCPC, v. *supra* nos 32 et 44.

¹⁷⁹ En fait, cet auteur désirait l'adoption d'une disposition semblable à celle de l'actuel article 1458 NCPC car il estimait souhaitable de conférer aux arbitres la compétence *exclusive* pour se prononcer sur la convention d'arbitrage, sous réserve du contrôle du juge de l'exequatur (B. GOLDMAN, *op. cit.* {préc. n. 135}, n° 128, p. 123).

¹⁸⁰ Sur le point de vue arbitral sur l'“arbitrabilité”, v. *infra* nos 264 et s.

¹⁸¹ Comme on l'a dit dans le cadre du droit belge, cette solution est favorable à l'arbitrage ; elle permet d'éviter, au stade du déclinatoire, l'application de la règle d'“inarbitrabilité” dégagée, en matière de concession de vente exclusive, par l'arrêt *Audi-NSU* de la Cour de cassation belge (v. la référence de cet arrêt à la note n° 40).

joue qu'au stade du déclinatoire de compétence et non à celui de la reconnaissance de la sentence. Pourquoi l'ordre juridique belge calquerait-il son appréciation de la convention d'arbitrage sur celle de l'arbitre pour permettre qu'un arbitrage ait lieu, mais ne le ferait-il plus quand celui-ci a effectivement été réalisé ? La compétence de la *lex fori* au stade de la reconnaissance de la sentence comme le propose cette jurisprudence peut pourtant, quand elle implique l'application de normes d'"inarbitrabilité" sévères comme celle posée par l'arrêt *Audi-NSU* de la Cour de cassation belge, paraître particulièrement regrettable car elle risque de provoquer le refus d'une décision qui existe et dont il serait opportun de favoriser l'efficacité¹⁸².

Par ailleurs, le choix même de la loi de la convention d'arbitrage peut paraître inadéquat. Certes, cette solution permet d'éviter les inconvénients du recours à la *lex fori*. Mais, pour réaliser cet objectif, faut-il recourir à cette loi-là ? Quel intérêt, en effet, la loi de la convention d'arbitrage pourrait-elle avoir à régir l'"arbitrabilité" du litige ? Car non seulement, le choix de cette loi ne répond pas à la fonction juridictionnelle de l'"in-arbitrabilité" mais il ne peut pas non plus se fonder sur les liens qu'entretient cette notion avec le fond du litige. En effet, la convention d'arbitrage étant soumise au principe de la loi d'autonomie, elle peut être régie par une loi différente de celle qui s'applique au contrat principal. Si les parties ont usé de leur faculté de choix, la loi applicable à la convention d'arbitrage risque de n'avoir *aucun rapport* avec une des composantes, juridictionnelle ou matérielle, de la notion d'"arbitrabilité", ce qui plaide en faveur du rejet de cette solution conflictuelle.

Souvent, cependant, les parties n'ayant pas expressément choisi la loi régissant la convention d'arbitrage, celle-ci sera soumise à la loi applicable au contrat principal¹⁸³, solution qui pourra au moins invoquer en sa faveur le fait que l'"arbitrabilité" est définie par rapport à celui-ci. Mais il vaut mieux alors adopter directement le principe de la soumission de l'"arbitrabilité" à la loi applicable au fond du litige.

c. La loi applicable à la situation litigieuse.

255. Il est également fréquemment soutenu que l'"arbitrabilité" devrait être soumise à la loi applicable au fond du litige. Les arguments plaidant en faveur de cette solution (aa) suggèrent que, dans certains cas (cc), elle soit adoptée comme dérogation au principe de la soumission de l'"arbitrabilité" à la loi du for saisi (bb).

256. (aa) La thèse de l'application à l'"arbitrabilité" de la loi régissant le fond du litige¹⁸⁴ se fonde sur les arguments suivants.

Elle s'explique d'abord au regard du *contenu* des règles d'"arbitrabilité objective" qui, comme on l'a indiqué, s'attachent à certaines caractéristiques de la matière en cause. L'"arbitrabilité" apparaît en fait, non comme une condition de la convention

¹⁸² Sur cet argument, v. encore *infra* n° 286. Sur l'arrêt *Audi-NSU* (précité note n° 40), v. *supra* n° 218 et 219.

¹⁸³ Sur ce point, v. *infra* n° 307.

¹⁸⁴ En faveur de cette thèse, v. par exemple, I. FADLALLAH, "L'ordre public dans les sentences arbitrales". *Rec. des cours*. 1994-V, t. 249, n° 66, p. 415 ; F.E. KLEIN, "Autonomie de la volonté et arbitrage". *Rev. crit. DIP*, 1958, p. 269 ; P. MAYER, n° 306 ; F. RIGAUX, M. FALLON, n° 1414 ; M. STORME, B. DEMEULENAERE, *International Commercial Arbitration in Belgium. A Handbook* {préc. n. 3}. n° 8, p. 9 ; G. VAN HECKE, K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, Story-Scientia, Bruxelles, 1986, n° 853, p. 376. — Pour un cas d'application, v. Trib. Trav. Bruxelles (16° Ch.), 19 octobre 1987 (Willems c. sté zairoise "Entreprises Générales de Construction Dumon et Vander Vin" e.a.). *Jur. trav. Brux.*, 1987, p. 375.

d'arbitrage, mais plutôt comme une “*condition du litige*”¹⁸⁵, ce qui plaide en faveur de la loi applicable à celui-ci.

L'*objectif ultime* des règles d’“inarbitrabilité” conforte également ce choix conflictuel. En effet, celles-ci entendent empêcher qu'une question puisse faire l'objet d'un règlement au fond par l'arbitre. Car l'arbitrage ne constitue pas seulement une dérogation à la juridiction étatique ; il implique une manière différente de trancher un litige — surtout quand la situation est internationale, puisqu'alors l'arbitre pourra, le cas échéant, recourir à des normes non-étatiques¹⁸⁶. La prohibition de l'arbitrage par un Etat a dès lors pour but d'*assurer la bonne application des règles substantielles* régissant une certaine matière¹⁸⁷. Cela est clair quand la règle d’“inarbitrabilité” concerne une matière régie par une loi de police : l'arbitrage est refusé car il pourrait permettre d'échapper à l'application de celle-ci, étant donné qu'il n'est pas certain que l'arbitre l'appliquera¹⁸⁸. Mais, de manière générale également, comme le constate M. Mayer, l'objectif de la règle d’“inarbitrabilité” rejoint celui des dispositions applicables au fond à la matière concernée. En effet, “si, par exemple, un législateur prohibe l'arbitrage en matière de litige individuel du travail, c'est dans un souci de protection de la partie salariée, identique à celui qui inspire ses règles substantielles en la matière”¹⁸⁹. La *finalité matérielle* de la règle d’“inarbitrabilité” suggère par conséquent qu'elle se voit “reconnaître le même domaine que les règles matérielles dont elle vise à renforcer l'efficacité”¹⁹⁰, c'est-à-dire qu'elle soit soumise à la loi applicable au fond du litige¹⁹¹.

Certains auteurs indiquent encore que cette loi est plus prévisible pour les parties que la *lex fori* : elle s'impose en effet partout¹⁹², que le for saisi soit le juge auquel le défendeur soumet une exception d'incompétence, l'arbitre, le juge confronté à un recours en annulation de la sentence, ou le juge à qui il est demandé de prononcer son exequatur¹⁹³. Remarquons toutefois que cet argument n'est pas spécifique à cette thèse ; visant uniquement à éviter les inconvénients du recours à la *lex fori*, il pourrait tout aussi bien être avancé à l'appui du choix de la loi applicable à la convention d'arbitrage.

257. On pourrait se demander si l'application de la loi de la situation litigieuse, c'est-à-dire, s'il s'agit d'une matière contractuelle, la loi de la convention à laquelle la clause se rapporte, n'est pas contraire au principe de *l'autonomie* de la convention d'arbitrage par

¹⁸⁵ En ce sens, par exemple, Tribunal fédéral de Suisse, 28 avril 1992 (sté G. c. sté V.), *Rev. arb.*, 1993, p. 124, note L. IDOT, *RabelsZ.*, 1995, p. 309, qui estime que l’“arbitrabilité” peut être définie comme “une qualité de l'objet du litige”.

¹⁸⁶ V. *supra* n° 18.

¹⁸⁷ P. MAYER, “L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence” {préc. n. 53}, n° 116, p. 438.

¹⁸⁸ La règle posée par l'arrêt *Audi-NSU* de la Cour de cassation belge (précité note n° 40) est particulièrement claire à cet égard puisque la prohibition de l'arbitrage est levée si les parties ont choisi, comme droit applicable au fond, la loi de police belge. Sur ce point, F. RIGAUX, M. FALLON, n° 1415.

¹⁸⁹ P. MAYER, “L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence” {préc. n. 53}, n° 116, p. 438.

¹⁹⁰ P. MAYER, “L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence” {préc. n. 53}, n° 116, p. 438.

¹⁹¹ P. MAYER, n° 306.

¹⁹² F.E. KLEIN, *op. cit.* {préc. n. 184}, p. 270.

¹⁹³ P. MAYER, “L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence” {préc. n. 53}, n° 116, p. 438.

rapport au contrat principal, qui sous l'angle du droit applicable¹⁹⁴ implique que celle-là puisse être soumise à une autre loi que celui-ci¹⁹⁵.

A notre avis, seule une analyse inexacte de l'“inarbitrabilité” pourrait le faire penser. Cette question n'est en effet pas une “condition de la convention d'arbitrage” comme les autres ; sa fonction dépasse le problème de la validité ou “formation” de celle-ci¹⁹⁶. Aussi, quant au droit applicable, l'“arbitrabilité” doit-elle être abordée *indépendamment des autres conditions imposées à la clause arbitrale*. Par conséquent, à la différence de celles-ci, elle ne sera pas nécessairement soumise à la loi de la convention d'arbitrage¹⁹⁷ ; et l'éventuelle application de la loi du contrat principal ne doit pas être considérée comme une exception à l'indépendance de la convention d'arbitrage.

258. (bb) Les arguments qui viennent d'être présentés à l'appui de la thèse du rattachement de l'“arbitrabilité” à la loi applicable au fond paraissent tellement convaincants qu'on pourrait penser que cette solution doit être considérée comme la seule concevable pour ce problème. Il importe toutefois, d'un point de vue théorique, de préciser qu'elle ne remet pas en cause ce qui a été soutenu dans cette étude : la qualification juridictionnelle de l'“arbitrabilité” et la soumission de principe de cette question à la loi du for saisi.

En effet, l'“arbitrabilité” s'analyse comme un ensemble de règles reflétant la manière dont un ordre juridique étatique conçoit les rapports entre ses propres juridictions et la justice arbitrale. Si la plupart de ces règles prennent appui sur des caractéristiques du litige au fond, cela ne signifie pas que, par essence, ces dernières déterminent le caractère arbitral d'une question. Ce n'est le cas *que parce que l'ordre juridique du for saisi a choisi d'en faire dépendre l'“arbitrabilité”*¹⁹⁸. Ainsi ne peut-on dire que, de manière absolue, tout droit indisponible est incompatible avec l'arbitrage quand on observe qu'en Suisse, à ce critère de la disponibilité des droits, a succédé celui de leur caractère patrimonial pour déterminer les causes arbitrables¹⁹⁹. Ce qui est déterminant en matière d'“arbitrabilité” n'est donc pas le litige lui-même — si, c'était le cas d'ailleurs, les mêmes règles d'“incompatibilité” devraient se retrouver dans tous les ordres juridiques étatiques. Ce qui importe est l'opinion de l'ordre juridique concerné sur les relations entre ses juridictions et la juridiction arbitrale à propos de ce litige. Il semble donc que la caractéristique *essentielle* de la notion d'“arbitrabilité” soit sa fonction juridictionnelle et non son contenu matériel ; la première est inhérente à cette notion alors que le second apparaît plus relatif.

Par conséquent, s'il paraît indiqué, au vu des arguments qui ont été exposés, de se référer à la loi applicable au fond pour les règles d'“arbitrabilité” qui ont une finalité matérielle, cela ne doit pas occulter le fait que l'essence de ce problème le rattache à la loi du for saisi. La thèse de l'application de la loi régissant la situation litigieuse apparaît dès lors uniquement comme une des *dérogations* envisageables pour éviter les inconvénients de l'application de la *lex fori*.

¹⁹⁴ Rappelons que les liens entre le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage et l'“arbitrabilité” ont déjà été envisagés plus haut sous l'angle de la solution de fond que consacre ce principe (v. *supra* n° 227).

¹⁹⁵ V. en ce sens, P. LEVEL, *op. cit.* {préc. n. 2}, n° 14, p. 224, qui considère que la soumission de l'“arbitrabilité” à la loi applicable au fond constitue un cas où une question relative à la “validité” (sic) de la convention d'arbitrage est soumise à la loi qui régit le fond, et que les difficultés suscitées par cette solution doivent être résolues en reconnaissant l'autonomie de la clause compromissoire.

¹⁹⁶ En ce sens, v. *supra* nos 226 à 229.

¹⁹⁷ V. les développements consacrés à la thèse de la soumission de l'“arbitrabilité” à la loi de la convention d'arbitrage *supra* nos 252 à 254.

¹⁹⁸ V. dans le même sens, B. von HOFFMANN, p. 62.

¹⁹⁹ Sur ce point, v. par ex. P. LALIVE, J.-F. POUDRET, C. REYMOND, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*. Editions Payot. Lausanne. 1989, p. 305.

259. (cc) Ces précisions théoriques permettent de comprendre que si satisfaisante qu'elle soit, la thèse de la soumission de l'"arbitrabilité" à la loi applicable au fond risque, en réalité, de ne pas pouvoir jouer pour tous les types de règles d'"inarbitrabilité" qui ont été présentés.

En ce qui concerne les règles qui expriment le critère général retenu pour l'"arbitrabilité", on peut penser que le recours à la loi applicable au fond ne devrait être *que partiel*. Il n'interviendrait qu'au niveau de la *qualification* des droits litigieux. Le critère d'"arbitrabilité" lui-même resterait défini par la loi du for saisi, conformément au principe en cette matière. Ainsi la *lex fori* déciderait-elle si l'"arbitrabilité" dépend du caractère disponible ou patrimonial des droits. Mais, de même que, dans le cas d'une situation interne, la règle d'"arbitrabilité" se reporte au droit substantiel du for pour définir ce qu'est un droit disponible, ainsi, pour les relations internationales, faudrait-il consulter sur ce point la loi applicable au fond du litige²⁰⁰.

La soumission de l'"arbitrabilité" à la loi régissant la situation litigieuse ne prendrait donc pleinement son sens que pour les exclusions de l'arbitrage qui ne se fondent pas sur le critère général d'"inarbitrabilité" mais interviennent dans certaines matières en raison du caractère impératif des politiques dont elles font l'objet (droit de la famille, contrat de travail, concession de vente exclusive...). Il s'agirait dès lors des règles d'"inarbitrabilité" qui se contentent d'interdire la clause compromissoire ou qui prohibent l'arbitrage par crainte que l'arbitre ne respecte pas ces politiques impératives²⁰¹. Dans ces hypothèses, en effet, il semblerait normal que la règle d'"inarbitrabilité" subisse, quant au droit applicable, le même sort que la loi dont elle entend renforcer l'efficacité, c'est-à-dire qu'elle joue dans tous les cas où celle-ci régit le fond du litige.

Il faut toutefois relever deux éléments susceptibles de limiter l'impact concret du recours à la loi applicable au fond à propos de l'"inarbitrabilité". Bien que l'article 7 (1) de la Convention de Rome²⁰² le prévoie expressément, il semble que les juges ne soient pas encore très enclins à appliquer des lois de police *étrangères*²⁰³. Aussi les règles d'"inarbitrabilité" liées à la présence d'une loi de police régissant le fond du litige risquent-elles de n'être respectées par un for que lorsque la loi en question provient de son Etat²⁰⁴. La thèse du recours à la loi applicable au fond pour ce genre de règles d'"inarbitrabilité" ne pourra donc être une réalité que lorsque, de manière générale, les juges étatiques accepteront d'appliquer des lois de police étrangères.

Il est par ailleurs concevable que la loi du for saisi fasse abstraction du contenu de la loi applicable au fond pour énoncer elle-même la règle de droit qu'elle estime appropriée. On peut mentionner l'exemple de l'arrêt *Hecht* de la Cour de cassation française déjà évoqué²⁰⁵, relatif à la question s'il est permis de conclure une clause compromissoire

²⁰⁰ Il semble d'ailleurs que c'était la solution retenue en Suisse pour les arbitrages internationaux, quand ils étaient soumis au Concordat, dont l'article 5 fait dépendre l'"arbitrabilité" du caractère disponible des droits (en ce sens, A. BUCHER, n° 88, p. 38).

²⁰¹ Sur ces règles, v. *supra* n°s 218 à 221.

²⁰² Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 19 juin 1980, *J.O.C.E.*, L 266 du 9 octobre 1980.

²⁰³ En ce sens, par exemple, P. MAYER, "Mandatory rules of law in international arbitration", *Arbitration International*, 1986, p. 283.

²⁰⁴ Il faut observer que ce phénomène est source de confusion quant à son analyse au regard de la loi applicable à l'"arbitrabilité". Si un for applique à un litige une règle d'"inarbitrabilité" déduite d'une loi de police du for, le fait-il, en effet, en vertu du principe de la soumission de cette question à la *lex fori* ou parce qu'il adopte la règle de conflit la soumettant à la loi applicable au fond mais qu'il constate, dans le cas auquel il est confronté, que sa loi s'applique au fond parce qu'elle est d'application immédiate ?

²⁰⁵ Précité *supra* note n° 112. V. les développements consacrés à cet arrêt *supra* n° 100.

dans un contrat mixte, c'est-à-dire un contrat liant un commerçant à un non-commerçant. La question posée concernait l'«arbitrabilité au sens large» de cette matière²⁰⁶. La Cour de cassation a adopté une règle matérielle française et déclaré la clause compromissoire admissible. Cet arrêt illustre l'intérêt de l'application de la loi du for saisi par rapport à celle de la loi applicable au fond : elle permet en effet de créer une règle de droit mieux adaptée aux situations internationales que la règle interne prévue par la loi désignée par la règle de conflit²⁰⁷.

C) Synthèse.

260. A l'issue de cet examen des solutions de droit applicable à l'«arbitrabilité» devant le juge étatique, on observe qu'elles sont le plus souvent présentées en liaison avec une certaine *analyse* de cette question. La considère-t-on comme une «condition de la convention d'arbitrage» et l'application de loi régissant celle-ci s'imposera ; comme une «condition du litige», et ce sera la loi applicable à celui-ci.

Or nous avons défendu l'idée que l'«arbitrabilité» était avant tout une «condition de l'effet négatif de la convention d'arbitrage». Elle exprime à quelles conditions un ordre juridique étatique accepte qu'il soit dérogé à la juridiction de ses fors au profit de celle d'un arbitre. L'«arbitrabilité» est donc une question qui relève de l'«admissibilité» de la convention d'arbitrage.

Cette analyse va être à présent complétée par l'étude de ce que signifie, pour l'arbitre, le problème de l'«arbitrabilité». Notre définition de cette question implique, en effet, qu'elle n'ait de sens que pour l'ordre étatique. Il faut le vérifier, en abordant le point de vue de l'ordre arbitral.

261. Quant au *droit applicable*, ayant souligné les liens entre l'«arbitrabilité» et la matière des conflits de juridictions, nous avons indiqué que cette question dépendait, en principe et indépendamment de tout conflit de lois véritable, de la loi régissant la compétence, la loi du for saisi. Cette position n'exclut pas qu'il puisse paraître préférable de déroger à ce principe pour éviter les inconvénients, notamment le caractère imprévisible des normes applicables. Le recours à une *lex causæ* peut servir cet objectif. Le rattachement de l'«arbitrabilité» à loi applicable au fond du litige paraît, à cet égard, constituer un complément approprié au principe de l'application de la *lex fori*.

Mais il est une autre manière de corriger les inconvénients du principe de la soumission de l'«arbitrabilité» à la *lex fori*. Dans l'intérêt de la reconnaissance de l'arbitrage, l'ordre juridique du for saisi pourrait en effet *adapter*, dans certaines hypothèses, ses *propres* règles de droit régissant l'«arbitrabilité». Quant au droit applicable, cette solution resterait conforme au principe du rattachement à la loi du for saisi. On en limiterait toutefois les désavantages en modifiant le contenu des règles de droit applicables.

L'idée d'aborder le problème de l'«arbitrabilité» non plus au regard des diverses règles de conflit de lois qui pourraient lui être appliquées, mais plutôt sous l'angle des principes pouvant déterminer les *règles de droit* qui la régissent est de plus en plus répandue. Mais il convient, avant de l'étudier, de présenter les solutions, en terme de lois et de règles de droit applicables, dont fait l'objet, devant l'arbitre, l'«arbitrabilité». Il semble en

²⁰⁶ On sait que ce genre de règles relève de l'«arbitrabilité *sensu lato*» ou plus exactement de l'admissibilité de la convention d'arbitrage. Aussi est-ce, comme exemple d'une règle d'admissibilité, que cet arrêt a été mentionné dans la première partie de cette étude.

²⁰⁷ Sur ce phénomène, v. *supra supra* nos 163 à 168. V. également les développements consacrés aux règles de droit applicables à l'arbitrabilité (*infra* nos 258 et s.).

effet que l'approche arbitrale de cette question contribue à expliquer ce phénomène d'adaptation, dans l'ordre étatique, des règles de droit qui lui sont applicables.

§2 — *Devant l'arbitre.*

262. Dans le cadre de cette étude, l'examen du point de vue de l'arbitre peut étonner. Le désir de procéder à une “comparaison constructive” entre la convention d'élection de for et la convention d'arbitrage a, en effet, suggéré le choix de la perspective *étatique* pour nos réflexions. Les principes théoriques exposés dans la première partie de ce travail et dont on étudie à présent la mise en œuvre à propos de la question de l’“arbitrabilité” ne sont dès lors susceptibles de jouer que lorsque celle-ci se pose devant le juge étatique. Mais, comme on vient de l'expliquer, la présentation du point de vue arbitral s'explique par le souci de compléter notre analyse de la notion d’“arbitrabilité” et par le souhait d'introduire la réflexion sur les principes inspirant, dans l'ordre étatique, les règles de droit applicables à l’“arbitrabilité”.

Il semble que l'attitude de l'arbitre vis-à-vis de l’“arbitrabilité” se comprend mieux si l'on examine d'abord, dans une perspective *purement théorique*, comment ce problème se présente dans l'ordre arbitral (A). C'est en effet probablement parce que l'approche arbitrale de cette question est spécifique qu'elle conduit à des solutions différentes de celles qui ont cours dans l'ordre étatique (B).

A) L'approche différenciée du problème de l’“arbitrabilité”²⁰⁸.

263. Si on l'étudie sous l'angle théorique, il faut constater que la question de l’“inarbitrabilité” n'a de sens que pour l'ordre juridique étatique. Elle ne se pose pas comme telle dans le cadre de l'ordre arbitral ; l'arbitre ne l'examine en réalité que pour anticiper la reconnaissance étatique de l'arbitrage projeté (a). Cette analyse doit être complétée par l'examen des pouvoirs de l'arbitre pour soulever la question de l’“arbitrabilité” (b).

a. Analyse de l’“arbitrabilité” dans l'ordre arbitral.

264. Il convient de rappeler qu'il faut, dans cette étude, entendre par “ordre arbitral”, l'ensemble des règles qui s'imposent à un arbitre dans le cadre d'un arbitrage, *si on fait abstraction de la reconnaissance étatique ultérieure de sa sentence*. Cette expression a l'intérêt de souligner que, lorsqu'on apprécie l'arbitrage dans une perspective purement arbitrale, les questions qui se posent à l'arbitre et les normes que celui-ci peut ou doit leur appliquer prennent des contours particuliers. Dans l'ordre arbitral, en effet, seul compte le principe contractuel, la volonté des parties étant l'origine et la limite de la compétence et des pouvoirs de l'arbitre²⁰⁹.

²⁰⁸ Il convient de remarquer qu'en analysant l’“arbitrabilité” devant l'arbitre, nous complétons par la même occasion notre présentation de la notion d’“admissibilité” de la convention d'arbitrage. Jusqu'à présent, en effet, eu égard à la perspective étatique choisie dans cette étude et au fait que cette notion est intimement liée au droit étatique de la compétence, l'admissibilité des conventions de juridiction n'a été abordée que sous l'angle étatique. Sa signification pour l'arbitre va toutefois apparaître lors de l'analyse de ce que représente pour lui l’“arbitrabilité”. Cette notion recoupe en effet celle de l’“admissibilité” de la convention d'arbitrage puisque, comme on l'a indiqué, dans son acception large, le terme “arbitrabilité” recouvre plusieurs types de règles, ayant pour point commun de contribuer à déterminer quand l'effet de la clause sur la juridiction du for saisi est admis (v. *supra* n^{os} 228 et 229).

²⁰⁹ Sur la notion d’“ordre arbitral”. v. *supra* n^o 16.

Pour déterminer le rôle que remplit, dans l'ordre arbitral, l'«arbitrabilité», il faut se reporter à l'analyse proposée pour définir cette question et indiquer ce qu'elle signifie pour l'arbitre²¹⁰.

265. En tant que «conditions de l'effet négatif de la convention d'arbitrage», les règles d'«arbitrabilité» ont pour fonction de décider quand la compétence des fors étatiques est évincée par un arbitrage. La question qui se pose, du point de vue arbitral, est de savoir si ces règles déterminent la *compétence de l'arbitre lui-même*. Autrement dit, est-ce parce que les règles d'«arbitrabilité» décident de l'incompétence des fors étatiques qu'elles doivent nécessairement être respectées dans l'ordre arbitral pour que l'arbitre soit compétent ? Il semble que ce ne soit pas le cas.

Un exemple absurde l'illustrera. Imaginons que la loi de l'Etat A déclare «inarbitrables» les litiges relatifs au commerce international de pommes-de-terre. Cette règle d'«inarbitrabilité» va-t-elle influencer l'appréciation que se fera de sa compétence l'arbitre international confronté à un litige de ce genre ? On ne voit pas en quoi l'existence d'une règle aussi aberrante qu'isolée influencerait la décision de l'arbitre sur ce point. La seule raison qui pourrait le pousser à en tenir compte est la perspective que la loi de l'Etat A soit appliquée à sa sentence lors de la reconnaissance de celle-ci, soit dans l'Etat A lui-même, soit dans un autre Etat prêt à appliquer cette loi en vertu de sa règle de conflit relative à l'«arbitrabilité». On observe ainsi que l'existence d'une règle étatique d'«inarbitrabilité» est indifférente pour la compétence de l'arbitre ; elle ne l'empêche nullement de se déclarer compétent et d'énoncer une sentence. D'ailleurs, dans l'exemple considéré, celle-ci sera reconnue dans tous les Etats n'appliquant pas la loi de l'Etat A.

Sous l'angle *théorique*, on peut rapprocher cette constatation d'un principe déjà évoqué à propos de la compétence des juridictions étatiques. Il convient en effet de rappeler que tout juge est soumis, en ce qui concerne sa compétence, à la loi dont il relève²¹¹. A notre avis, cette *indépendance de tout ordre juridique pour déterminer la compétence de ses organes* est un principe qui joue également dans le cadre de l'ordre arbitral. Cela signifie que, pour déterminer la compétence de l'arbitre dans l'ordre arbitral, seules les règles générées par celui-ci interviennent ; les règles étatiques sur ce point sont sans incidence. Cette conclusion rejoint celle de M. Mayer. Observant que, «dans l'arbitrage international, la compétence d'un même arbitre est susceptible d'être appréciée par les tribunaux de plusieurs pays»²¹² et que cela implique non seulement la relativité de toute décision sur ce point mais aussi la difficulté pour l'arbitre d'anticiper le contrôle étatique²¹³, cet auteur en conclut que, dans l'appréciation de sa compétence, l'arbitre possède une certaine *autonomie par rapport aux juges étatiques* qui contrôlent son activité. «L'autonomie quant au résultat autorise *a fortiori* l'autonomie quant aux moyens : l'arbitre qui ne recherche pas l'identité entre sa "décision" sur la compétence et celle que rendrait un juge étatique se dispense par là d'appliquer les mêmes règles que celui-ci»²¹⁴²¹⁵.

²¹⁰ V. *supra* nos 225 à 230.

²¹¹ V. *supra* n° 73.

²¹² P. MAYER, «L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence» {préc. n. 53}, n° 29, p. 357.

²¹³ P. MAYER, «L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence» {préc. n. 53}, nos 36 et s., p. 366 et s.

²¹⁴ P. MAYER, «L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence» {préc. n. 53}, n° 41, p. 371.

²¹⁵ V., dans un sens analogue, S. JARVIN, «The source and limits of the arbitrator's powers». *Arbitration International*, 1986, p. 154 : «The arbitrator's authority to determine his own jurisdiction is not dependant on the question whether the award will be enforceable or not. These are

Il faut en conclure que, dans l'ordre arbitral, *les règles étatiques d'“inarbitrabilité” ne déterminent pas la compétence de l'arbitre*. Même une règle d'“in-arbitrabilité” admise par tous les ordres étatiques n'y changerait rien. Elle impliquerait seulement que, dans la matière concernée, un arbitrage et la sentence à laquelle il aurait donné lieu ne pourraient être reconnus dans aucun Etat. Comme le résume M. Lagarde, “l'arbitrabilité du litige est une notion qui n'a de sens que par référence à un ordre juridique étatique. Celui-ci détermine seul les matières qu'il accepte d'abandonner à l'arbitrage et si l'arbitre passe outre à la non-arbitrabilité d'un litige, sa sentence ne vaudra que dans l'ordre de la *lex mercatoria* et, le cas échéant, dans les ordres étatiques qui ne connaissent pas cette cause de non-arbitrabilité”²¹⁶.

On observe que les règles étatiques d'“in-arbitrabilité” n'intéressent l'arbitre que dans la perspective de la reconnaissance étatique de sa sentence, c'est-à-dire, conformément à notre définition, quand il ne se situe pas uniquement dans l'ordre arbitral. On examinera plus loin les solutions arbitrales développées dans ce contexte²¹⁷.

266. Dans l'immédiat, pour compléter l'analyse de l'“arbitrabilité” dans l'ordre arbitral, il faut se demander si celui-ci ne contient pas ses *propres* règles en ce domaine. Il ne s'agirait plus dès lors de déterminer la compétence de l'arbitre au moyen de normes issues d'un ordre juridique étranger, mais selon la loi dont relève cette juridiction, “la loi de l'ordre arbitral”. Observons que, dans ce contexte, le terme “arbitrabilité” ne désignerait plus une “condition de l'effet négatif de la convention d'arbitrage” mais une condition de son effet *positif*.

Par ailleurs, il faut remarquer qu'il ne peut être vraiment question de “condition” de la compétence de l'arbitre que si son non-respect entraîne l'incompétence de celui-ci. Ainsi ne peut-on dire que l'ordre arbitral *régit* la compétence de l'arbitre que s'il apparaît que ce dernier est, sur ce point, réellement *soumis* à certaines normes, s'imposant à lui quelle que soit sa volonté ou celle des parties. Or cette question renvoie au débat général sur la force normative des règles transnationales, qu'elles concernent la compétence comme on l'envisage à présent, le fond du litige ou la procédure arbitrale, et sur l'existence d'un réel “ordre juridique transnational”²¹⁸.

Sans reprendre tous les éléments de cette discussion, il faut constater que l'arbitre, émanation de l'accord des parties, ne peut appliquer, en principe, que les normes qui répondent à la volonté de celles-ci, ou tout au moins à leurs attentes légitimes²¹⁹. Il semble donc que s'il lui arrive parfois d'appliquer des règles transnationales, appelées aussi

separate questions and the enforcement does not constitute a limit in the arbitrator's decision on his jurisdiction”.

²¹⁶ P. LAGARDE, *op. cit.* {préc. n. 80}, n° 37, p. 148. Remarquons que cet auteur emploie l'expression “ordre de la *lex mercatoria*” dans un sens analogue à notre “ordre arbitral”, ainsi qu'il apparaît dans les pages qui précèdent le passage cité. Cet auteur considère en effet que le droit est immanent à l'organisation sociale. Les îlots d'organisation dont M. Lagarde constate l'apparition dans le commerce international — et dont, à notre sens, chaque arbitrage constitue une illustration — peuvent dès lors, à son avis, être considérés comme des ordres juridiques, ne tirant pas leur caractère juridique de la reconnaissance que l'ordre juridique étatique leur accorde mais d'eux-mêmes. De tels ordres juridiques peuvent se développer sans qu'en ait été saisi aucun ordre juridique étatique (*ibidem*, p. 139).

²¹⁷ V. *infra* nos 271 et s.

²¹⁸ Pour un aperçu de toutes ces questions, abordées sous l'angle de l'analyse du concept et de la fonction de la *lex mercatoria*, v. la présentation que Mme Stern a faite des Mélanges Goldman qui comprenaient de nombreuses contributions à ce sujet (B. STERN. “*Lex mercatoria* et arbitrage international (à propos des Mélanges Goldman)”. *Rev. arb.*, 1983, p. 447 et s.). V. notamment l'excellente analyse de P. LAGARDE. *op. cit.* {préc. n. 80}, nos 5 et s., p. 127 et s.

²¹⁹ Y. DERAIS. “Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale”. *Mélanges Goldman*. Litec. 1982. n° 11. p. 35.

lex mercatoria ou principes fondamentaux de l'arbitrage international, ce soit toujours par application de ce principe contractuel et non parce qu'elles *s'imposent* à lui²²⁰. Il faut remarquer à cet égard que l'expression "ordre public transnational"²²¹ qui est parfois utilisée à propos de quelques règles transnationales développées par la pratique arbitrale peut être source de confusion. L'intérêt de cette expression est de souligner l'importance particulière des principes qu'elle recouvre mais elle risque de faire croire que ceux-ci s'imposent à l'arbitre²²² de la même manière que l'"ordre public" d'un Etat vis-à-vis des juridictions de celui-ci. Or comme ce sont les arbitres eux-mêmes qui énoncent les règles de cet ordre public transnational²²³, on peut douter qu'ils y soient vraiment soumis²²⁴.

Il apparaît ainsi qu'il n'existe pas d'"Etat transnational" dont relèveraient tous les arbitres et qui serait capable de les contraindre à respecter certaines normes. Chaque arbitrage reste fondamentalement une entité autonome, un "ordre arbitral", soumis uniquement à la volonté des parties à laquelle il doit son existence. Le respect par l'arbitre de normes extérieures à cette volonté ne peut lui être imposé qu'indirectement. Ainsi par exemple, les principes d'"ordre public transnational" n'obligent-ils, en réalité, l'arbitre que par la menace d'un refus de reconnaissance étatique de la sentence que pourrait entraîner leur violation²²⁵. Or cette solution suppose qu'on quitte le strict point de vue arbitral ; on ne peut donc dire que ce soit l'ordre arbitral lui-même qui oblige au respect de ces normes.

Ainsi, lorsqu'il se place uniquement dans une perspective arbitrale, l'arbitre n'est-il pas soumis à des règles *déterminant véritablement* sa compétence, c'est-à-dire des règles qui le contraignent à rendre une certaine décision sur ce point²²⁶. Il existe des principes qu'il

²²⁰ V. sur ce point P. MAYER, "L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence" {préc. n. 53}, n° 72, p. 395. Cet auteur rapporte l'opinion de M. Goldman selon laquelle la *lex mercatoria* s'impose à l'arbitre "comme étant la loi qui régit nécessairement tout litige du commerce international". M. Mayer s'oppose toutefois à cette affirmation par la constatation que dans la pratique arbitrale, une telle position n'a jamais été défendue. Quand une sentence applique une des normes de la *lex mercatoria*, elle le justifie toujours par le choix des parties ou de l'arbitre ; or l'idée de choix suppose la concurrence avec d'autres ordres juridiques. La *lex mercatoria* est donc l'un des éléments auxquels l'arbitre peut se référer.

²²¹ Sur cette notion et son contenu, v. A. BUCHER, n°s 299 et s., p. 103 et s. ; B. GOLDMAN, "Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé", *Rec. des cours*, 1963-II, t. 109, p. 432 et s. ; P. LALIVE, "Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international", *Rev. arb.*, 1986, p. 329 et s. ; R. PRIoux, "Le droit international privé et les contrats illicites dans le commerce international", *J.T.*, 1990, n°s 17 à 20, p. 737 à 739. Plus spécifiquement à propos du droit de la concurrence, v. J.H. MOITRY, "Arbitrage international et droit de la concurrence : vers un ordre public de la *lex mercatoria* ?", *Rev. arb.*, 1989, spéc. p. 33 et s.

²²² Ainsi est-ce ce que prétend P. LALIVE, *op. cit.* {préc. n. 221}, p. 367, qui ne justifie toutefois pas sa position. Comp. A. BUCHER, n° 299, p. 104, qui pense que les arbitres internationaux doivent appliquer les principes généraux du droit qui sont reconnus au niveau du droit international public et qui lient les Etats dans les relations interétatiques car "l'autonomie des parties et des arbitres dans la désignation du droit applicable est fondée sur la tolérance manifestée par les systèmes étatiques de droit : elle doit donc nécessairement trouver une limite dans les obligations internationales des Etats". On remarquera toutefois que cette justification repose sur l'idée que l'arbitrage projeté doit pouvoir faire l'objet d'une reconnaissance étatique et implique donc que l'arbitre ne se situe pas uniquement dans la perspective de l'ordre arbitral. L'explication de M. Bucher ne peut donc suffire à fonder, dans ce cadre arbitral uniquement, l'obligation des arbitres de respecter ces principes d'"ordre public transnational".

²²³ En ce sens, J.H. MOITRY, *op. cit.* {préc. n. 221}, p. 34, qui souhaite qu'à l'avenir, ce soit également le cas en matière de droit de la concurrence.

²²⁴ Pour un argument analogue, v. P. MAYER, "L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence" {préc. n. 53}, n° 88, p. 410.

²²⁵ ce qui sera possible car l'ordre public des Etats coïncide largement avec l'ordre public transnational (en ce sens, P. LALIVE, *op. cit.* {préc. n. 221}, p. 368).

²²⁶ Pour plus de détails sur ce point, v. P. MAYER, "L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence" {préc. n. 53}, n°s 69 à 82, p. 394 à 406, qui démontre l'autonomie

est souhaitable qu'il suive dans l'appréciation de sa compétence. Mais la communauté internationale est impuissante vis-à-vis de l'arbitre, décidé à accéder à la volonté des parties de le voir régler une question, en dépit de son caractère "inarbitrable"²²⁷.

b. Le pouvoir de l'arbitre de soulever la question de l'"arbitrabilité".

267. Il convient de reprendre l'examen de l'approche arbitrale de l'"arbitrabilité" telle que cette notion est habituellement utilisée — c'est-à-dire pour désigner une "condition de l'effet négatif de la convention d'arbitrage" —, et de compléter l'analyse qui précède en abordant la question du pouvoir ou du devoir de l'arbitre de soulever ce problème.

Cette question reçoit une réponse différente selon qu'on l'aborde en se plaçant uniquement dans le cadre de l'ordre arbitral ou en envisageant l'influence que peut avoir sur ce point la reconnaissance étatique de l'arbitrage.

268. Si l'on ne considère que l'ordre arbitral, il semble que l'arbitre ne doit pas soulever d'office la question de l'"arbitrabilité" du litige qui lui est soumis²²⁸. Eu égard en effet à l'origine contractuelle de l'arbitrage, tout ce que fait l'arbitre doit toujours, d'une manière ou d'une autre, être légitimé par la volonté des parties. Par conséquent, comme le remarque, M. Mayer, "dans le cas de l'arbitre, le principe dispositif est plus exigeant"²²⁹ : il ne peut aborder que les questions soulevées par les parties²³⁰. Il excéderait sa mission et contredirait la volonté des parties, s'il refusait de prononcer la sentence alors que celles-ci souhaitent qu'il y ait arbitrage.

Dans le cadre d'un arbitrage institutionnel, on pourrait cependant imaginer que le règlement d'arbitrage du centre d'arbitrage concerné contienne une règle obligeant l'arbitre à soulever d'office la question de l'"arbitrabilité" du litige. Il convient de remarquer que, sous l'angle théorique, cette solution resterait conforme au principe contractuel qui détermine les pouvoirs de l'arbitre dans l'ordre arbitral. En effet, une telle disposition s'imposerait à l'arbitre parce que les parties à l'origine de l'arbitrage auraient choisi de se référer au règlement d'arbitrage considéré. Actuellement toutefois, ni le règlement d'arbitrage du CEPANI, ni celui de la CCI ne prévoient explicitement cette obligation.

de l'arbitre dans l'appréciation de sa compétence en expliquant que non seulement l'arbitre n'est pas tenu d'appliquer les règles d'un ordre juridique déterminé, pas même le "droit transnational", mais il ne doit pas non plus appliquer les règles d'un ordre juridique quelconque. Comme le résume M. Mayer, "dans l'arbitrage international, tout système juridique se réduit au rôle de "système de référence". Ce n'est pas se passer d'une loi qui est impossible pour l'arbitre, c'est au contraire en appliquer une au sens plein du terme, comportant un élément d'obéissance" (*ibidem*, n° 81, p. 405). Sur l'autonomie de l'arbitrage dans l'appréciation de sa compétence, v. encore *supra* n° 23.

²²⁷ V. dans un sens analogue, M. Mayer qui constate que les ordres juridiques étatiques sont désarmés face à un arbitrage relatif à une matière illicite et à propos duquel les parties ont décidé, eu égard aux sanctions pénales qu'elles encourent à cause de cette illicéité, de ne pas recourir au juge étatique, même si la sentence ne leur plaît pas (P. MAYER, "Le contrat illicite" {préc. n. 32}, p. 210).

²²⁸ En ce sens, par ex., B. HANOTIAU, *op. cit.* {préc. n. 3}, n° 8, p. 272 ; P. MAYER, "Le contrat illicite" {préc. n. 32}, p. 215.

²²⁹ P. MAYER, "Le contrat illicite" {préc. n. 32}, p. 215. Précisons que cet auteur suggère que l'arbitre se déclare quand même incompétent en invoquant le caractère illicite du compromis fondant sa compétence. Dès lors en effet que celui-ci a pour objet de favoriser l'exécution d'un contrat illicite, il serait lui-même nul. Il faut toutefois observer que, comme le reconnaît M. Mayer lui-même, il s'agit d'une suggestion pour permettre à l'arbitre de ne pas rendre une sentence qui ne serait pas reconnue et pour épargner ainsi aux parties une perte de temps. Cette suggestion ne représente toutefois aucune obligation pour l'arbitre, s'il se place dans le cadre du seul ordre arbitral et néglige la question de la reconnaissance de son arbitrage par l'ordre étatique.

²³⁰ Pour une application de cette idée, v. Cass. belge (1° Ch.), 5 septembre 1980 (S.A. "Oscar Verdegem" c. S.A. "Julien Debaille"). *Pas.* I. 1981, p. 15.

Aussi pourrait-on se demander si les règlements d'arbitrage de ces deux institutions ne visent pas *implicitement* le devoir de l'arbitre de vérifier l'"arbitrabilité" du litige quand ils reconnaissent à celui-ci la compétence pour apprécier sa compétence (article 19 (3) du règlement d'arbitrage du CEPANI, article 6 (2) du nouveau règlement d'arbitrage de la CCI). Cette construction paraît toutefois *théoriquement* boîteuse puisque, comme on a essayé de le démontrer, on ne peut pas dire que les règles étatiques d'"arbitrabilité" déterminent vraiment la compétence de l'arbitre²³¹. Elles influencent seulement les chances de reconnaissance, dans l'ordre étatique, de sa sentence. On sait, par ailleurs, que, dans l'ordre arbitral, l'arbitre bénéficie d'une autonomie totale quant aux règles applicables à sa compétence en général²³², et dès lors à propos de l'"arbitrabilité" en particulier. S'il est libre dans l'appréciation de sa compétence, pourquoi *devrait-il* soulever d'office l'"incompatibilité" du litige ?

269. Mais si, sous l'angle des principes, on ne peut fonder l'obligation de l'arbitre de soulever d'office la question de l'"arbitrabilité", il reste, si on quitte le point de vue strictement arbitral pour considérer et anticiper la reconnaissance étatique de la sentence, qu'il serait *souhaitable* qu'il le fasse. De nombreuses voix s'élèvent en ce sens²³³. Dans le cadre d'un arbitrage institutionnel, on pourrait probablement déduire ce devoir moral de l'arbitre d'une disposition comme celle de l'article 35 du nouveau règlement d'arbitrage de la CCI qui lui recommande de tout faire pour favoriser la reconnaissance de sa décision.

Le point intéressant à souligner, à notre avis, est que, par le biais de la reconnaissance étatique de la sentence, les Etats eux-mêmes pourraient encourager l'arbitre à s'engager effectivement dans la voie d'une appréciation d'office de la question de l'"arbitrabilité".

On a déjà eu l'occasion d'observer que la conception étatique de l'arbitrage pouvait modifier les principes qui régissent celui-ci si on ne l'examine que dans le cadre de l'ordre arbitral. Ainsi, en admettant que l'arbitre a la "*compétence de la compétence*", les ordres juridiques étatiques reconnaissent-ils à celui-ci un rôle qui dépasse celui qui découle de sa seule origine contractuelle et qui relève en fait d'un véritable pouvoir juridictionnel²³⁴.

En promettant à l'arbitre que sa sentence sera reconnue, les Etats peuvent donc pousser celui-ci à se libérer des contraintes qu'impose son origine contractuelle. Pour que sur le terrain de l'"arbitrabilité" également, l'arbitre adopte une attitude indépendante de la volonté des parties, correspondant mieux à sa mission juridictionnelle²³⁵, il faudrait que pareil phénomène intervienne.

²³¹ V. *supra* nos 264 à 266.

²³² Sur l'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa compétence, v. *supra* n° 23.

²³³ V. par exemple, A. BUCHER, n° 132, p. 53 ; B. HANOTIAU, "L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen" {préc. n. 2}, n° 14, p. 909, qui estime que l'arbitre devrait soulever d'office son incompétence s'il y avait violation de l'ordre public international du pays du siège arbitral, et le même auteur, *op. cit.* {préc. n. 108}, n° 32, p. 49, à propos des règles de concurrence de l'Union européenne. V. également G. HORSMANS, *op. cit.* {préc. n. 99}, n° 12, p. 239 ; P. LALIVE, *op. cit.* {préc. n. 221}, p. 366. V. encore la suggestion de M. Mayer présentée dans la note n° 229, et dans un sens analogue, D. HAHN, *L'arbitrage commercial international en Suisse...* {préc. n. 89}, p. 73 ; E. LOQUIN, "Arbitrage. Compétence arbitrale. Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire", *J. Cl. Dr. Com.*, fasc. 216, nos 76 et 77 ; J.H. MOITRY, *op. cit.* {préc. n. 221}, p. 11. — Pour un cas d'application, v. la sentence rendue dans l'affaire n° 7539 en 1995, *J.D.I.*, 1996, p. 1030, obs. Y.D., qui indique qu'"il incombe aux arbitres de soulever même d'office, mais avec toute la prudence requise, l'incompatibilité d'un accord qui leur est soumis (ou de certaines de ses clauses) avec l'article 85 du Traité de Rome".

²³⁴ V. *supra* n° 31.

²³⁵ En ce sens, J.H. MOITRY, *op. cit.* {préc. n. 221}, p. 10.

Il semble d'ailleurs que la jurisprudence française s'oriente en ce sens. On sait que le domaine de l'"arbitrabilité" a récemment évolué dans ce pays²³⁶ : il est désormais admis que les arbitres, non seulement appliquent des dispositions d'ordre public, mais également sanctionnent leur éventuelle violation. Or, pour que la sentence, inattaquable sous l'angle de l'"arbitrabilité", ne le soit pas quant au fond, parce qu'elle n'aurait pas sanctionné une violation de l'ordre public, il faut reconnaître à l'arbitre le droit et même le *devoir d'appliquer d'office les règles d'ordre public*²³⁷. C'est ce qu'a rappelé récemment la Cour d'appel de Paris, à propos des normes internes et communautaires d'ordre public du droit de la concurrence : "même si les parties n'ont pas invoqué ces règles devant les arbitres, il appartient à ceux-ci d'en faire application, d'office, sous réserve du principe de la contradiction"²³⁸. Si l'arbitre peut — et même doit — désormais, pour favoriser la reconnaissance de sa sentence, soulever d'office l'application des normes d'ordre public, on peut penser qu'il doit en être de même pour un point d'"arbitrabilité", dont la méconnaissance conduirait, elle aussi, au refus de sa décision²³⁹.

B) Solutions arbitrales en présence d'une "inarbitrabilité"

270. L'"arbitrabilité" constitue donc un problème qui n'intéresse pas directement l'arbitre mais auquel celui-ci risque d'être confronté, soit parce qu'une partie l'a invoqué devant lui, soit parce que, encouragé en ce sens par certains ordres juridiques étatiques, il a décidé de le soulever d'office. Comment va-t-il résoudre cette question ? Il dépasserait l'objet de nos recherches de présenter de manière complète les solutions arbitrales en matière d'"arbitrabilité"²⁴⁰. Aussi n'en relèvera-t-on que les grands traits.

Il semble que l'approche arbitrale spécifique de l'"arbitrabilité" ait pour conséquence que, pour l'arbitre, il importe moins de déterminer la loi qu'il va appliquer à ce problème que de repérer les règles d'"inarbitrabilité" susceptibles d'affecter la reconnaissance de sa sentence (a). L'originalité de l'approche arbitrale se manifeste encore dans les diverses réactions que peut adopter l'arbitre désireux de respecter ou d'écarter ces règles d'"inarbitrabilité" (b).

²³⁶ V. *supra* n° 216.

²³⁷ Dans un sens analogue, B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.* {préc. n. 7}, n° 159, p. 98.

²³⁸ Paris, (1^o Ch. C), 16 mars 1995 (SARL Enodis c. sté SNC Prodim), *Rev. arb.*, 1996, N° 1, p. 146, note Y. DERAÏNS. V., déjà dans un sens analogue, Civ. Bruxelles (2^o Ch.), 15 octobre 1975 (Preflex c. Lipski), *J.T.*, 1976, p. 493, obs. L. DERMINE, qui déclare : "attendu que le litige soumis aux arbitres était essentiellement basé sur le droit commun de la convention des parties ; que ce fait n'empêchait pas toutefois que les arbitres aient pu être contraints — même d'office — d'examiner si la convention était affectée par l'article 85 du Traité C.E.E., ce qui aurait par là même entraîné leur incompétence".

²³⁹ Il faut cependant remarquer que l'ordre juridique français a une raison particulière pour encourager l'arbitre à vérifier d'office l'"arbitrabilité". Etant donné que l'article 1458 du nouveau Code de procédure civile prescrit au juge confronté à une convention d'arbitrage au stade du déclinatoire de juridiction de renvoyer les parties à l'arbitrage, en n'exerçant qu'un contrôle minimal sur la clause, la question de l'"arbitrabilité" ne sera soulevée, devant le juge français, qu'au stade de la reconnaissance de la sentence. Si on ne veut pas que la mise en œuvre de cet article fasse perdre trop de temps aux parties, il convient d'encourager l'arbitre à soulever d'office une éventuelle "inarbitrabilité". Ainsi ne faudra-t-il pas attendre que la sentence ait été annulée pour que les parties puissent confier à un juge étatique le règlement de leur litige.

²⁴⁰ Pour un aperçu de la jurisprudence arbitrale internationale en matière d'"arbitrabilité", v. Ph. FOUCHARD. E. GAILLARD. B. GOLDMAN, n^{os} 580 et s., p. 363 et s. — Sur le problème de l'"arbitrabilité" tel qu'il se pose à l'arbitre confronté au droit européen de la concurrence, v. par ex. B. HANOTIAU. "L'arbitrage et le droit européen de la concurrence" {préc. n. 108}, p. 46 et s. ; K. LENAERTS. M. PITTIE. "Conclusions générales" {préc. n. 108}, 193 et s.

a. Un problème de détermination des règles d'“inarbitrabilité” envisageables.

271. Nous pensons que, pour l'arbitre international, le problème essentiel n'est pas de savoir quelle est “la loi applicable à l'arbitrabilité” mais quelles sont les “règles d'inarbitrabilité” dont il doit tenir compte.

En effet, pour déterminer la loi applicable à l'“arbitrabilité”, l'arbitre se trouve, comme le constate M. Schlosser, dans une situation théoriquement insoluble : toutes les lois étatiques peuvent être prises en considération²⁴¹, aucune d'elles ne s'imposant à lui plus que les autres²⁴². Cela s'explique par le fait que l'arbitre n'a pas de *lex fori*²⁴³ mais aussi parce que l'“arbitrabilité” a pour objectif de déterminer l'incompétence des juridictions étatiques. Si le juge peut dès lors, pour trancher cette question, se référer au principe de l'application de la *lex fori* à la compétence, l'arbitre, qui n'est pas directement concerné par l'objet des règles étatiques d'“arbitrabilité”²⁴⁴, bénéficie d'une totale liberté quant au choix du droit applicable.

Or l'arbitre ne peut se contenter de choisir la loi qui, objectivement, lui paraît la plus appropriée pour régler le problème de l'“arbitrabilité”. Sa liberté théorique dans le choix du droit applicable à cette question est en effet limitée par la considération pratique qu'il lui faut adopter un point de vue compatible avec celui de l'ordre juridique où sa sentence sera reconnue ou exécutée. Car l'arbitre a, vis-à-vis des parties, le devoir moral de tout faire pour favoriser la reconnaissance de sa décision, devoir qui a été expressément consacré par certains règlements d'arbitrage²⁴⁵. L'arbitre ne peut donc se contenter de déterminer “la loi applicable” à l'“arbitrabilité” pour lui confier le règlement *définitif* de ce problème ; il doit prendre en considération les diverses *règles d'“inarbitrabilité”* qui pourraient s'opposer à l'efficacité de la sentence.

On observe ainsi un glissement. Pour l'arbitre, c'est la question d'une éventuelle *inarbitrabilité* qui compte²⁴⁶ ; il importe peu qu'il doive, pour régler ce point, consulter une ou plusieurs lois applicables.

272. Par conséquent, il paraît inutile de se demander si l'arbitre doit soumettre l'“arbitrabilité” à la loi de la convention d'arbitrage²⁴⁷ ou à la loi applicable au fond du litige²⁴⁸. Il est probable qu'il aborde, à ce sujet, une attitude *pragmatique*, consistant à

²⁴¹ P. SCHLOSSER, n° 315. V. également B. HANOTIAU, note sous Sentence CCI n° 6379 de 1990, *R.D.C.B.*, 1993, p. 1149.

²⁴² P. SCHLOSSER, n° 210.

²⁴³ P. SCHLOSSER, n° 210.

²⁴⁴ Sur le fait que les règles d'“arbitrabilité” ne concernent pas directement la compétence de l'arbitre, v. *supra* n° 265.

²⁴⁵ V. par exemple l'article 35 du nouveau règlement d'arbitrage de la CCI.

²⁴⁶ Observons que cela confirme l'analyse donnée plus haut (*supra* nos 264 et 265) : comme l'“arbitrabilité” se présente à l'arbitre non comme une condition nécessaire à sa compétence mais comme un élément susceptible d'influencer la reconnaissance de sa sentence, il est normal que seul son volet négatif l'intéresse.

²⁴⁷ En faveur de cette solution, B. HANOTIAU, “L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen” {préc. n. 2}, n° 15, p. 909, qui précise que souvent cette loi sera la même que celle de la convention principale. Comme les parties indiquent rarement de manière expresse la loi à laquelle elles soumettent la convention d'arbitrage, l'arbitre devra, en effet, déterminer cette loi à partir d'indices sur la localisation de la clause par les parties. Or, d'après M. Hanotiau, les indices utilisés à cet égard sont les mêmes que ceux qui permettent de déterminer la loi applicable au contrat principal.

²⁴⁸ En faveur de l'application par l'arbitre de la loi applicable au litige, v. par exemple, J. ROBERT, *L'arbitrage. Droit interne. Droit international privé*, avec la collaboration de B. Moreau, 5^e éd., Dalloz, Paris, 1983, n° 272, p. 237 et n° 335, p. 292. Dans un sens analogue, H. BARBER, *op. cit.*

anticiper la solution de droit applicable, et par conséquent les règles d'“inarbitrabilité”, qui seront retenues là où sa sentence est susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation ou d'être mise à exécution. Les auteurs qui étudient la question de la loi applicable à l'“arbitrabilité” devant l'arbitre reconnaissent d'ailleurs que ce dernier a tendance à adopter, en cette matière, un jugement au cas par cas. Ainsi, M. Hanotiau, qui estime que l'arbitre doit appliquer à l'“arbitrabilité” la loi de la convention d'arbitrage²⁴⁹, remarque-t-il qu'il doit également tenir compte de la “loi du lieu du siège arbitral”, pour éviter l'annulation de sa sentence²⁵⁰. Dans le même esprit, certains recommandent à l'arbitre de se référer à “la loi du lieu d'exécution de la sentence”, du moins quand celui-ci est prévisible²⁵¹.

b. La diversité des réactions arbitrales face aux règles étatiques d'“in-arbitrabilité”.

273. On pourrait conclure des réflexions qui précèdent que l'“arbitrabilité” aurait, pour l'arbitre international, un contenu étroit, correspondant au plus petit dénominateur commun de tous les Etats dont les règles sont susceptibles d'être prises en considération. En réalité, il existe, pour l'arbitre, *divers remèdes pour limiter l'impact* des règles d'“in-arbitrabilité” auxquelles il est confronté.

274. Tout d'abord, comme le remarque M. Hanotiau, l'arbitre peut *négliger* de tenir compte de la règle d'“in-arbitrabilité” qui pourrait s'opposer à l'exécution de sa sentence dans un certain pays. Pourvu en effet que cette sentence puisse être exécutée dans un autre Etat et que l'arbitre ait prévenu les parties des difficultés qu'elles pourraient éprouver à la faire reconnaître dans le premier, il faut considérer que l'arbitre a rempli vis-à-vis de celles-ci son obligation de tout faire pour s'assurer de la reconnaissance de sa décision²⁵². Une sentence de la Chambre de Commerce Internationale datant de 1990 a appliqué cette idée à un litige relatif à un contrat de concession de vente exclusive à durée indéterminée et produisant des effets sur le territoire belge²⁵³. Pour contester la compétence du tribunal arbitral, le concessionnaire invoquait la loi belge du 27 juillet 1961 et prétendait qu'étant une loi d'application immédiate, celle-ci s'opposait à l'efficacité de la convention d'arbitrage²⁵⁴. Mais l'arbitre, ayant estimé que le contrat était régi au fond par le droit italien, décide de soumettre à cette loi la validité de la clause arbitrale et la question de l'“arbitrabilité” du litige et conclut à l'efficacité de la clause. Ainsi, l'arbitre a-t-il *usé de la liberté dont il jouit dans le choix du droit applicable* à l'“arbitrabilité” pour mettre à l'écart la règle

{préc. n. 2}, p. 38 qui estime que comme l'arbitre n'a pas de *lex fori*, il doit soumettre l'“arbitrabilité” au système de droit international privé de la loi applicable au fond du litige.

²⁴⁹ B. HANOTIAU, “What Law Governs the Issue of Arbitrability ?” {préc. n. 166}, p. 393.

²⁵⁰ B. HANOTIAU, “What Law Governs the Issue of Arbitrability ?” {préc. n. 166}, p. 396. Il faut préciser que cet auteur remarque qu'en fait, il sera assez rare qu'ayant estimé le litige “arbitrable” selon la loi de la convention d'arbitrage, l'arbitre le déclare néanmoins “in-arbitrable” pour tenir compte de la loi du siège. En effet, pour que les règles d'“in-arbitrabilité” de cette loi s'appliquent effectivement au litige, il faut qu'il y ait certains liens entre ce dernier et le pays du siège. Or tel ne sera pas toujours le cas.

²⁵¹ V. Y. DERAÏNS, obs. sous Sentence CCI rendue dans l'affaire n° 2879 en 1978, *J.D.I.*, 1979, p. 993.

²⁵² B. HANOTIAU, “What Law Governs the Issue of Arbitrability ?” {préc. n. 166}, p. 398.

²⁵³ V. la sentence citée à la note n° 241.

²⁵⁴ Il semble que la règle posée par l'arrêt *Audi NSU* précité (v. la note n° 40) n'ait pas été explicitement évoquée. Elle inspirait toutefois le moyen du défenseur puisque la loi choisie au fond n'était pas la loi belge mais la loi italienne. La motivation implicite du défenseur était donc bien que l'arbitrage allait avoir pour conséquence d'éviter l'application de la loi belge et que, pour cette raison, le litige devait être reconnu “in-arbitrable”.

d'“inarbitrabilité” belge. Et effectivement, dans le cas considéré, cela ne nuisait pas à la reconnaissance de la sentence²⁵⁵²⁵⁶.

Une autre façon pour l'arbitre d'évincer certaines règles d'“inarbitrabilité” trop défavorables à l'arbitrage consiste à développer une *règle matérielle de l'arbitrage international*. On sait que l'élaboration de telles règles constitue une méthode de plus en plus utilisée par les arbitres internationaux pour éviter les difficultés suscitées par le fait qu'ils ne sont pas soumis à un système de droit international privé²⁵⁷ ; elle leur permet par ailleurs de ne pas tenir compte des intérêts particuliers des Etats mais de préférer les valeurs supérieures de la communauté internationale²⁵⁸. Ainsi, en matière d'“arbitrabilité subjective”, la pratique arbitrale a-t-elle consacré le principe de “l'impossibilité pour l'Etat contractant, ou une entité ou société publique, de se prévaloir après coup d'une incapacité de compromettre”²⁵⁹. La sentence *Benteler*²⁶⁰ a appliqué ce principe à l'Etat belge alors que celui-ci invoquait l'article 1676 du Code judiciaire belge lui interdisant de conclure une convention d'arbitrage. Il convient d'observer que dans cette affaire, l'adoption de cette règle matérielle permet à l'arbitre de contourner le principe selon lequel, en matière d'“arbitrabilité subjective”, la loi nationale de l'Etat concerné est normalement applicable²⁶¹²⁶².

275. Il importe surtout d'observer que ce qui constitue dans l'ordre étatique un cas d'“inarbitrabilité”, c'est-à-dire une prise de position sur la compétence des juridictions étatiques et, par conséquent, sur l'incompétence de l'arbitre, prend parfois devant ce dernier *une signification étrangère à la question de sa compétence*. On sait, en effet, que certaines règles d'“inarbitrabilité” ont pour objectif d'éviter que le choix de l'arbitrage ait pour conséquence l'éviction de certaines normes applicables au fond. Il en est ainsi des règles d'“inarbitrabilité” qu'un Etat édicte pour favoriser l'application de ses propres lois de police ou de celles qui interdisent le recours à l'arbitrage à propos des contrats violant l'ordre public du for. C'est en réalité une certaine méfiance vis-à-vis de l'arbitre et de sa capacité à tenir compte des “intérêts généraux” qui inspire ces cas d'“inarbitrabilité”²⁶³.

Cela signifie que l'arbitre qui veut respecter de telles règles devrait, pour se conformer à leur *ratio legis*, *non décliner sa compétence mais plutôt adopter dans sa sentence la solution de fond dont elles entendent garantir l'application*. On observe qu'en

²⁵⁵ En effet, dans cette affaire, le concessionnaire avait mandat de revendre les produits en Belgique, au Luxembourg et au Zaïre. On peut penser dès lors qu'il avait des biens dans ces deux derniers pays et que le concédant n'aurait pas été obligé de s'adresser à un juge belge pour obtenir l'exécution de la sentence. Par ailleurs, il semble que le dispositif de cette sentence ne soulevait guère de problème d'exécution. Comme l'observe M. Hanotiau la sentence se contentait de condamner le concessionnaire aux dépens de l'instance arbitrale, décidant, pour le reste, que le concédant ne lui devait pas d'indemnité de préavis (B. HANOTIAU, *op. cit.* {préc. n. 241}, p. 1151).

²⁵⁶ Pour un autre cas d'application, v. la sentence CCI n° 6162 de 1990, *Yearbook Comm. Arb'n.* 1992, p. 153, où l'arbitre s'est référé à la loi suisse, loi du siège arbitral, pour éviter l'“inarbitrabilité” prévue par la loi égyptienne régissant le fond du litige.

²⁵⁷ V. *supra* nos 18 et 19.

²⁵⁸ P. LALIVE, *op. cit.* {préc. n. 221}, p. 369.

²⁵⁹ P. LALIVE, *op. cit.* {préc. n. 221}, p. 343.

²⁶⁰ précitée note n° 159.

²⁶¹ Sur ce principe, v. *supra* n° 249.

²⁶² Il faut observer que les règles matérielles développées par les arbitres n'ont pas toujours pour objectif de favoriser la reconnaissance de l'arbitrage. Ainsi des principes fondamentaux de l'arbitrage international prenant les contours de règles d'“inarbitrabilité” ont-ils été invoqués par des arbitres pour décliner leur compétence dans des matières contraires aux bonnes moeurs, telle par exemple l'interdiction de trancher un litige relatif à une question de corruption. V. en ce sens P. LALIVE, *op. cit.* {préc. n. 221}, p. 336 et s., qui, sans mentionner explicitement le terme “inarbitrabilité”, évoque une sentence où l'arbitre s'est déclaré incompétent parce qu'il était en cause une affaire de corruption.

²⁶³ Sur ces règles, v. *supra* nos 215 à 219.

agissant ainsi, l'arbitre modifierait l'impact de la règle étatique d'"inarbitrabilité". Au lieu de lui faire déployer des effets sur sa compétence, il lui donnerait une portée substantielle, acceptant qu'elle influence sa décision au fond. M. Lalive constate que cette option est suivie par les arbitres dans des litiges contraires aux bonnes mœurs (trafic de drogue, terrorisme, trafic d'armes) : il ont en effet tendance à se déclarer compétents mais, quant au fond, ils jugent ces affaires dans le respect de l'ordre public²⁶⁴²⁶⁵.

276. La réflexion qui précède implique que, pour l'arbitre confronté à une règle d'"inarbitrabilité" liée à une *loi de police*, il serait logique, s'il était prêt à en tenir compte, qu'il appliquât au fond cette loi au lieu d'en déduire son incompétence. Cette constatation renvoie à la question plus générale si les arbitres peuvent ou doivent appliquer les lois de police et, dans l'affirmative, lesquelles d'entre elles. Il importe de présenter brièvement ce débat²⁶⁶.

Comme l'explique M. Mayer, les lois de police posent à l'arbitre un problème complexe. Il risque, en effet, d'être tirailé entre la volonté des parties dont il tire son autorité et ses pouvoirs, et celle de l'Etat qui a édicté cette loi en estimant qu'elle devait être appliquée quelle que soit la loi choisie par les parties²⁶⁷. Par ailleurs, l'arbitre ne peut pas prendre le risque, en n'appliquant pas la loi de police, de compromettre les chances de reconnaissance de sa sentence, si celle-ci est soulevée dans l'Etat dont émane cette loi. Or, il peut être difficile de prévoir le lieu où la sentence va être soumise à exécution²⁶⁸.

La conjonction de ces éléments aboutit, en théorie, à un système que l'on peut grossièrement résumer de la manière suivante²⁶⁹. Si la loi de police appartient à la *lex contractus* et est invoquée devant lui, l'arbitre l'appliquera, répondant ainsi à la volonté des parties. La situation est plus compliquée si la loi de police n'est pas soulevée par une partie, ou si elle est étrangère à la *lex contractus*. On sait que l'origine contractuelle des pouvoirs de l'arbitre soumet celui-ci, plus que le juge, au principe dispositif²⁷⁰. Aussi

²⁶⁴ P. LALIVE, *op. cit.* {préc. n. 221}, p. 340. — Pour des cas d'application relatifs à la corruption, v. la sentence CCI rendue dans l'affaire n° 2730 en 1982, *J.D.I.*, 1984, p. 914, obs. Y.D. ; sentence CCI rendue dans l'affaire n° 4145 en 1984, *J.D.I.*, 1985, p. 985, obs. Y.D.

²⁶⁵ Rappelons que cette tendance arbitrale a été prise en compte par la jurisprudence française puisque depuis l'arrêt *Société Ganz* précité (*supra* note n° 33), celle-ci considère que l'arbitre reste compétent quand la matière en litige viole l'ordre public ; il doit cependant sanctionner cette violation.

²⁶⁶ Pour une présentation plus complète, v. Y. DERAIS, *op. cit.* {préc. n. 219}, p. 29 et s. ; du même auteur, "L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international", *Rev. arb.*, 1986, p. 375 et s. ; P. MAYER, *op. cit.* {préc. n. 203}, p. 274 et s. ; J.-C. POMMIER, "La résolution du conflit de lois en matière contractuelle en présence d'une élection de droit : le rôle de l'arbitre", *J.D.I.*, 1992, n°s 37 et s., p. 35 et s.

²⁶⁷ P. MAYER, *op. cit.* {préc. n. 203}, p. 276. — *adde* J.-C. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Economica, Paris, 1982, n° 311, p. 317, qui remarque que, dans ce cas, l'arbitre est tirailé par la nature contractuelle originaire de sa fonction et le caractère juridictionnel de sa mission.

²⁶⁸ P. MAYER, *op. cit.* {préc. n. 203}, p. 276.

²⁶⁹ Pour plus de détails, v. Y. DERAIS, *op. cit.* {préc. n. 266}, n° 37 et s., p. 394 et s., qui ne distingue pas seulement selon que les lois de police appartiennent ou non à la *lex contractus*. Cet auteur précise que l'attitude de l'arbitre peut encore être différente selon que la *lex contractus* a été choisie par les parties ou est déterminée par l'arbitre lui-même. Dans ce dernier cas, l'incidence de la loi de police risque de se manifester dans le choix même de la *lex contractus* que fera l'arbitre. S'il apparaît en effet qu'une loi de police invalide le contrat, l'arbitre l'interprétera comme le signe que les parties n'ont pas pu vouloir l'application de cette loi comme *lex contractus*. — *adde* J.-C. POMMIER, *op. cit.* {préc. n. 167}, n°s 312 à 346, p. 318 à 357 ; R. PRIoux, "Le juge et l'arbitre face aux lois étrangères d'application immédiate dans les contrats internationaux : les nouvelles possibilités offertes par la loi du 14 juillet 1987", *R.D.C.B.*, 1988, p. 267 et s.

²⁷⁰ V. *supra* n°s 20 et 268.

semble-t-il que, dans cette dernière hypothèse, l'arbitre ne puisse pas appliquer la loi de police.

M. Mayer ne s'en tient toutefois pas à cette conclusion. Cet auteur remarque que le principe *pacta sunt servanda*, aussi fort soit-il, doit parfois céder le pas devant d'autres considérations, par exemple le respect des bonnes mœurs. Il se demande dès lors si on ne devrait pas considérer comme une autre limite à ce principe le souci de promouvoir un intérêt public légitime, tel que le traduisent certaines lois de police²⁷¹. M. Mayer observe par ailleurs que si les arbitres refusent de tenir compte des lois de police étrangères à la *lex contractus*, ils risquent de pousser les Etats à généraliser des règles d'"inarbitrabilité" dans ces matières, ce qui compromettrait l'avenir de l'institution de l'arbitrage international²⁷². Cet auteur en conclut que l'arbitre international devrait appliquer les lois de police qui, au regard des objectifs qu'elles poursuivent et du champ d'application qu'elles se reconnaissent, apparaissent *légitimes*²⁷³.

Examinant la pratique arbitrale²⁷⁴, M. Derains, constate cependant qu'il n'y a pas de réelle unanimité au sein des arbitres en ce qui concerne l'applicabilité des lois de police étrangères à la *lex contractus*²⁷⁵. Si une majorité se dessine en faveur de l'application des lois de police du lieu d'exécution du contrat²⁷⁶, il semble que, pour le reste, le principe qui inspire les arbitres soit le souci de répondre à l'attente légitime des parties, souci pouvant conduire tantôt au respect tantôt au rejet des lois d'application immédiate étrangères à la *lex contractus*²⁷⁷.

Dans le cadre de notre analyse, il faut constater que, quand, conformément aux principes qui viennent d'être exposés, les arbitres sont prêts à appliquer *au fond* une loi de police, ils *respectent* en fait la règle étatique d'"inarbitrabilité" destinée à en assurer l'application. Cette conclusion paradoxale est due au fait que les arbitres se conforment *non à la lettre mais à l'esprit* de la règle considérée. Ils l'abordent en effet, non dans sa vocation apparente de règle relative à la compétence de l'arbitre, mais dans sa vocation ultime de règle imposant une condition au contenu de la sentence²⁷⁸.

277. La présentation du point de vue arbitral sur l'"inarbitrabilité" a mis en évidence que le caractère original de cette problématique devant l'arbitre conduit ce dernier à adopter des solutions spécifiques et à opérer un certain tri au sein des règles d'"inarbitrabilité" auxquelles il est confronté. Il importe à présent de se demander dans quelle mesure cette

²⁷¹ P. MAYER, *op. cit.* {préc. n. 203}, p. 284. Dans un sens analogue, v. B. HANOTIAU, "What Law Governs the Issue of Arbitrability ?" {préc. n. 166}, p. 397.

²⁷² P. MAYER, *op. cit.* {préc. n. 203}, p. 286. Dans le même sens, v. B. HANOTIAU, "What Law Governs the Issue of Arbitrability ?" {préc. n. 166}, p. 397 ; J.-C. POMMIER, *op. cit.* {préc. n. 266}, n° 37, p. 36 et, du même auteur, *op. cit.* {préc. n. 167}, n° 325, p. 333.

²⁷³ P. MAYER, *op. cit.* {préc. n. 203}, p. 287.

²⁷⁴ V. Y. DERAÏNS, *op. cit.* {préc. n. 219}, nos 17 et s., p. 37 et s., et, du même auteur, *op. cit.* {préc. n. 266}, nos 46 à 56, p. 401 à 410.

²⁷⁵ Certains y sont même hostiles. En ce sens, B. HANOTIAU, "What Law Governs the Issue of Arbitrability ?" {préc. n. 166}, p. 397 ; P. MAYER, *op. cit.* {préc. n. 203}, p. 283.

²⁷⁶ Y. DERAÏNS, *op. cit.* {préc. n. 266}, n° 56, p. 410, qui explique cette solution par le souci des arbitres de répondre aux attentes légitimes des parties. Or, comme la pratique internationale considère qu'il faut respecter les lois de police des Etats dans lesquels on exécute un contrat, les parties peuvent légitimement s'attendre à ce que l'arbitre vérifie leur accord au regard de cette pratique.

²⁷⁷ Y. DERAÏNS, *op. cit.* {préc. n. 219}, n° 26, p. 43.

²⁷⁸ Remarquons que cette constatation confirme la position défendue plus haut selon laquelle, du point de vue étatique également, ces règles ne devraient pas être considérées comme des règles d'"inarbitrabilité" mais plutôt comme des "règles d'inadmissibilité de la convention d'arbitrage, recherchant un objectif de fond" (v. *supra* n° 232).

approche particulière de l'arbitre peut influencer à son tour le contenu des règles de droit que les Etats réservent à cette question.

SECTION III : PRINCIPES RELATIFS AUX REGLES DE DROIT APPLICABLES À L'“ARBITRABILITE”.

278. Dans la première partie de cette étude, on a montré que les ordres juridiques étatiques pouvaient adapter les règles de droit applicables à l'“admissibilité” des conventions de juridiction pour tenir compte des particularités des deux hypothèses suivantes : quand la situation présente une internationalité telle qu'il paraisse inadéquat de la soumettre à normes prévues pour les situations internes ; quand l'examen de la convention de juridiction a lieu au stade de la reconnaissance d'une décision, sentence ou jugement. On a suggéré d'expliquer de tels phénomènes par les liens qui unissent les questions d'“admissibilité” à la matière de la compétence. L'application de règles de la *lex fori* spécifiques à ces hypothèses se justifierait, dans le premier cas, par les principes régissant la détermination de la *compétence internationale*, dans le second, par ceux qui gouvernent la *compétence indirecte*²⁷⁹.

Puisque l'“arbitrabilité” relève de l'“admissibilité” de la convention d'arbitrage²⁸⁰, il importe d'indiquer en quoi les principes ainsi dégagés permettent d'expliquer ou de suggérer que des règles de droit particulières lui soient appliquées quand la situation est internationale (§1) ou quand son examen a lieu au stade de la reconnaissance de la sentence (§2)²⁸¹.

Il convient de préciser que les “règles de droit” dont il va être question ne sont pas les règles déterminant l'“arbitrabilité” de telle ou telle matière concrète. Cette expression, qui est utilisée pour distinguer cette section de la précédente, doit être comprise de manière générale. Elle souligne que notre examen, au lieu de concerner la problématique de droit applicable à l'“arbitrabilité”, portera sur les *mécanismes* dont dispose un ordre juridique *pour atteindre des objectifs de fond*, favoriser l'arbitrage international et promouvoir la reconnaissance des sentences. Or le point commun de ces mécanismes est qu'ils se traduisent par des “règles de droit” diverses, le cas échéant d'ailleurs, des règles de conflit de lois.

§1 — Des règles d'“arbitrabilité” adaptées aux situations internationales.

279. L'idée selon laquelle l'“arbitrabilité” devrait être soumise à des règles plus souples quand l'arbitrage est international se rencontre dans de nombreux ordres juridiques (A). Traduisant le souci étatique de favoriser l'arbitrage, cette idée dépend également, pour sa réalisation effective, du souci arbitral de s'ouvrir au point de vue étatique (B).

²⁷⁹ Sur ces questions, v. *supra* nos 150 à 153 et nos 173 à 187.

²⁸⁰ V. *supra* n° 230.

²⁸¹ Remarquons que la scission de ces deux questions est un peu artificielle : souvent, en effet, les Etats appliqueront à l'“arbitrabilité” des règles de droit plus souples parce qu'il s'agit d'un arbitrage international *et* parce qu'ils veulent éviter de s'opposer à la reconnaissance de la sentence. Il convient toutefois, pour la clarté de l'exposé, de distinguer ces deux aspects du phénomène d'adaptation des règles d'“arbitrabilité” car, à notre avis, des principes théoriques différents les expliquent, même s'ils conduisent, en pratique, à des résultats analogues.

A) Une idée répandue:

280. Il est intéressant d'observer que, sous des dehors divers, le même objectif d'assouplissement des règles d'"arbitrabilité" en cas d'arbitrage international est, dans différents pays, prôné par la doctrine ou effectivement mis en œuvre par la jurisprudence ou la législation²⁸²²⁸³.

Ainsi, en Allemagne, MM. Schlosser et Barber défendent-ils la "*teleologische Reduktion*" de certaines règles d'"inarbitrabilité" qu'ils jugent inadaptées aux relations internationales, par exemple dans la matière des "*Börsentermingeschäften*" (opérations de bourse à terme) où le droit allemand contient des dispositions impératives destinées à protéger la partie inexpérimentée et qui se veulent applicables mêmes aux opérations conclues ou réalisées à l'étranger²⁸⁴. Cela signifie que, selon ces auteurs, il faudrait que le domaine de ces règles soit limité aux cas internes, ce qui revient, en fait, à prôner l'adoption d'une règle différente pour les situations internationales.

Un phénomène analogue se rencontre en Belgique. On sait que la règle dégagée en matière de concession de vente exclusive par la Cour de cassation dans l'arrêt *Audi-NSU* a suscité de nombreux débats sur l'"arbitrabilité", destinés notamment à limiter l'impact de cette règle²⁸⁵. Ainsi M. Nuyts suggère-t-il de n'appliquer la *lex fori* à l'"inarbitrabilité" que lorsque cette dernière se fonde sur une *loi d'application immédiate*²⁸⁶. Cela signifie que seules les règles du for les plus importantes devraient être imposées aux situations présentant des liens avec l'étranger.

La jurisprudence française a traduit ce souci d'assouplir les règles d'inarbitrabilité en évoquant, quand l'arbitrage est international, non l'ordre public mais l'"*ordre public international*"²⁸⁷, notion dont le contenu est censé être plus restreint²⁸⁸. On sait que, dans

²⁸² V. par exemple Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, n° 560, p. 346 ; J.R. SEVER, "The relaxation of inarbitrability and public policy checks on U.S. and foreign arbitration : arbitration out of control ?", *Tulane Law Review*, vol. 65, 1991, p. 1688. — Dans le même sens à propos de la Convention de New York, v. A.J. VAN DEN BERG, "New York Convention of 1958. Consolidated commentary cases reported in volumes XVII (1992) - XIX (1994)", *Yearbook Comm. Arb'n*, 1994, p. 538 et 597.

²⁸³ Il faut toutefois observer que suite à l'extension qu'a connu le domaine arbitral dans beaucoup de pays ces dernières années, certains auteurs rappellent que cette évolution doit quand même connaître des limites. V. en ce sens, par exemple, Th.E. CARBONNEAU, "L'arbitrage en droit américain", *Rev. arb.*, 1988, p. 50 : "L'arbitrage n'est pas une panacée ; ce n'est pas un mode de réparation à caractère universel. Certains conflits concernent des principes d'ordre public ou mettent en présence des parties dont le pouvoir de négociation et les connaissances sont fondamentalement inégaux. Dans des cas semblables, l'arbitrage n'est pas adapté". — adde J.R. SEVER, *op. cit.* {préc. n. 282}, p. 1693 et s., qui remarque qu'en laissant une trop grande autonomie à l'arbitrage, on peut finalement en provoquer le déclin. En effet, si le libéralisme vis-à-vis de l'arbitrage est très grand, les arbitres risquent d'avoir moins le souci de rendre des décisions équitables et justes. Cela aurait pour conséquence que l'arbitrage soit perçu comme un piètre garant de la justice, ce qui détournerait de ce mode de règlement des litiges les acteurs du commerce international à qui l'arbitrage doit son succès actuel.

²⁸⁴ H. BARBER, *op. cit.* {préc. n. 2}, p. 146 et s ; P. SCHLOSSER, nos 291 et 323. V. encore sur cet aspect du droit allemand, la note n° 102 du Chapitre I.

²⁸⁵ Sur l'arrêt *Audi NSU*, v. *supra* n° 218. Pour une réaction à la solution de cet arrêt, v. *supra* n° 243.

²⁸⁶ A. NUYS. *op. cit.* {préc. n. 65}, nos 20 et 25. p. 353. V. également H. VAN HOUTTE, "L'arbitrabilité de la résiliation des concessions de vente exclusive" {préc. n. 44}, p. 832, qui suggère de retenir une solution différente quant à l'arbitrabilité des litiges relatifs aux concessions de vente selon qu'il s'agit d'un contrat *international* ou interne.

²⁸⁷ V. outre les références citées à la note n° 33. Paris (1° Ch. suppl.). 26 mars 1991 (Comité populaire de la Municipalité d'El Mergeb c. sté Dalico). *Rev. arb.*, 1991, p. 456. note H. GAUDEMET-

ce pays, l'“arbitrabilité” est généralement étudiée sous l'angle de ses rapports avec l'ordre public, puisque c'est dans ce contexte qu'elle est apparue problématique. Aussi ne s'étonne-t-on pas que ce soit également par le biais de la notion d'“ordre public international” qu'un contenu plus souple lui ait été donné²⁸⁹. Par ailleurs, en admettant depuis l'arrêt *Société Ganz* que l'arbitre international sanctionne une éventuelle violation de l'ordre public, la jurisprudence française a élargi de manière considérable le domaine de l'“arbitrabilité”²⁹⁰.

Le droit suisse a, quant à lui, cherché à favoriser la reconnaissance de l'“arbitrabilité”, en modifiant, pour l'arbitrage international, le critère général qui la détermine. En adoptant comme critère la *patrimonialité* des droits plutôt que leur caractère disponible, l'article 177 de la loi fédérale sur le droit international privé permet, en effet, de limiter les contestations sur l'“arbitrabilité” que le second critère pouvait favoriser puisqu'il requérait le recours à une règle de conflit de lois²⁹¹.

281. Il importe de remarquer que ces théories supposent l'application de la *loi du for saisi* à l'“arbitrabilité”, ce qui paraît conforme à l'idée que cette question, liée à la compétence du for, relève en principe de la *lex fori*²⁹². Or, les propositions qui viennent d'être présentées entendent limiter les inconvénients de ce principe, non plus par le recours à une règle de conflit de lois, mais en suggérant un assouplissement des règles de droit que la *lex fori* est appelée à appliquer à l'“arbitrabilité” en matière internationale. Toutes ces suggestions doctrinales ou manifestations jurisprudentielle et législative sont donc autant de manières pour la loi du for saisi d'adopter des “*règles matérielles de l'arbitrage*”

TALLON ; Paris (1^o Ch. D.), 20 septembre 1995 (sté Matra Hachette c. sté Reteitalia), *Rev. arb.*, 1996, N^o 1, p. 87, note D. COHEN.

²⁸⁸ V. toutefois P. MAYER, “La sentence contraire à l'ordre public au fond” {préc. n. 101}, n^o 31, p. 641, qui, à propos du contrôle au regard de l'ordre public que subit quant au fond la sentence, estime que “le domaine de l'ordre public international n'est pas plus restreint que celui de l'ordre public interne, mais il est en réalité plus étendu. Il existe en effet des lois de police propres aux relations internationales”.

²⁸⁹ Rappelons que le droit français fait, par ailleurs, preuve d'une grande souplesse vis-à-vis de l'“arbitrabilité” quand cette question se pose au stade du déclinatoire de juridiction : l'article 1458 du nouveau Code de procédure civile a en effet pour conséquence de reporter au stade de la reconnaissance de la sentence, le contrôle sur ce point. Cette règle n'est toutefois pas spécifique à l'arbitrage international ; elle joue pour tout arbitrage.

²⁹⁰ V. l'arrêt *Société Ganz* précité (v. la note n^o 33). V. également Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, n^{os} 571 et s., p. 355 et s., qui concluent à l'“arbitrabilité” en droit français, de très nombreuses matières patrimoniales sensibles. Ainsi par exemple, en matière de droit de la concurrence, v. Paris (1^o Ch. A), 19 mai 1993 (sté Labinal c. sté Mors et Westland Aerospace), *Rev. arb.*, 1993, p. 645, note Ch. JARROSSON, *J.D.I.*, 1993, p. 957, note L. IDOT et Paris (1^o Ch. C), 14 octobre 1993 (sté Aplix c. sté Velcro), *Rev. arb.*, 1994, p. 164, note Ch. JARROSSON ; à propos des litiges relatifs aux brevets d'invention, v. Paris (1^o Ch. C), 24 mars 1994 (sté Deko c. G. Dingler et sté Meva), *Rev. arb.*, 1994, p. 515, note M.C. RONDEAU-RIVIER ; à propos des litiges se rapportant à une liquidation judiciaire, v. Paris (1^o Ch. D.), 20 septembre 1995 (sté Matra Hachette c. sté Reteitalia), *Rev. arb.*, 1996, N^o 1, p. 87, note D. COHEN.

²⁹¹ Ce changement de critère va en effet de pair avec l'application de la *lex arbitrii* — c'est-à-dire la loi Suisse chaque fois que l'arbitrage se déroule en Suisse (art. 176 LDIP) — pour déterminer le caractère patrimonial des droits en cause. En ce sens, P. LALIVE, J.-F. POUDRET, C. REYMOND, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Editions Payot, Lausanne, 1989, p. 305.

²⁹² Sur ce principe théorique, v. *supra* n^o 73. Il faut toutefois préciser que, pour M. Nuyts, l'application de la loi du for saisi ne constitue pas le principe. Dans le cadre de l'analyse purement contractuelle de l'“arbitrabilité” que défend cet auteur, cette question est soumise, en principe, à la loi d'autonomie. Comme cependant, M. Nuyts ne peut nier l'intérêt de la loi du for saisi à régir certains aspects de l'arbitrabilité, il reconnaît un rattachement cumulatif de l'“arbitrabilité” mais suggère de limiter l'application de la *lex fori* à ses lois d'application immédiate (pour une présentation de la thèse de cet auteur, v. *supra* la note n^o 169).

international”, phénomène qui, on le sait, se rencontre actuellement fréquemment dans la jurisprudence française relative à la convention d'arbitrage²⁹³.

Il convient de rappeler que nous avons cherché à expliquer par le rapprochement avec la matière de la compétence internationale la fréquence des règles matérielles françaises à propos de l’“admissibilité” de la convention d'arbitrage. Dans le cadre de la compétence internationale, il est en effet *normal* d'aborder les situations internationales avec des normes du for au contenu spécifique. Dans le cadre du conflit de lois, au contraire, ce genre de solution, appelée “règle matérielle de droit international privé”, est plutôt rare²⁹⁴. Etant donné que l’“arbitrabilité”, comme de manière générale l’“admissibilité” de la convention d'arbitrage, se rattache à la matière de la compétence, ce sont, à notre avis, *les principes inspirant la détermination de la compétence internationale* plutôt que l'idée de “règles matérielles de droit international privé” au sens du conflit de lois qui pourraient fonder l'adoption par les ordres juridiques étatiques de règles d’“arbitrabilité” plus souples pour les arbitrages internationaux.

Il semble donc que les liens entre l’“arbitrabilité” et la compétence internationale permettent de fonder théoriquement l'application à cette matière de règles spécifiques aux relations internationales. Concrètement toutefois, il est probable que l'adoption effective de telles règles par les ordres étatiques soit influencée non seulement par le désir de favoriser l'arbitrage mais aussi par l'attitude des arbitres eux mêmes.

B) Les arbitres et la *favor arbitrandum*.

282. L'expression “*favor arbitrandum*” présente l'intérêt d'exprimer de manière concise une idée qui connaît, en réalité, de nombreuses manifestations et selon laquelle il importe de favoriser l'essor de l'arbitrage²⁹⁵ car il représente, surtout en matière internationale, un mode de règlement des litiges plus adéquat que le recours aux juridictions étatiques. Aussi peut-on considérer que la *favor arbitrandum* inspire la tendance qui vient d'être évoquée, favorable à l'adoption, pour l'arbitrage international, de règles d’“arbitrabilité” plus souples²⁹⁶.

Il est intéressant d'observer que les arbitres eux-mêmes pourraient “favoriser la *favor arbitrandum*” susceptible de modifier les règles étatiques d’“in-arbitrabilité”. Par leur action, en effet, les arbitres pourraient faire évoluer la conception de l'arbitrage que se fait un Etat, et dès lors la matière de l’“arbitrabilité” puisque celle-ci est destinée à définir les rapports entre la justice étatique et la justice arbitrale.

On peut rappeler la situation française comme exemple de la mutuelle influence de l'approche étatique et de l'approche arbitrale sur la conception de la fonction de l'arbitre. Le droit français a d'abord reconnu à l'arbitre le pouvoir d'appliquer les règles d'ordre public, en exigeant toutefois que celui-ci se déclarât incompétent s'il constatait que ces règles avaient été violées dans le contrat principal²⁹⁷. L'arbitre s'étant montré digne de confiance en ce qui concernait l'appréciation d'une violation de l'ordre public, les juges français lui ont

²⁹³ A propos du recours à des règles matérielles françaises pour apprécier la convention d'arbitrage, v. *supra* n^{os} 100 à 111. Sur la thèse d'un recours généralisé à des règles matérielles françaises pour apprécier la convention d'arbitrage, v. *infra* n^{os} 350 et s.

²⁹⁴ Sur ces questions, v. *supra* n^{os} 163 à 168.

²⁹⁵ Pour un résumé de l'évolution historique de la *favor arbitrandum*, v. B. HANOTIAU. “L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen” {préc. n. 2}, n^o 2. p. 900. renvoyant, pour plus de détails, à M. HUYS, G. KEUTGEN, n^{os} 1 et s.

²⁹⁶ En ce sens, B. HANOTIAU. “L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen” {préc. n. 2}. n^o 2. p. 900.

²⁹⁷ V. *supra* n^o 215.

récemment reconnu le pouvoir de sanctionner celle-ci si elle était avérée²⁹⁸. Or cette extension du domaine "arbitrable" rejait elle-même sur le rôle de l'arbitre. Pour que celui-ci mérite la confiance qui lui est faite, on souhaite désormais qu'il soulève d'office l'application des règles d'ordre public²⁹⁹. Il y a donc une *fuite en avant dans l'extension du domaine arbitral*, favorisée par la réceptivité des arbitres et de l'ordre juridique français aux points de vue l'un de l'autre.

Un tel phénomène serait susceptible de se produire à propos des règles d'"inarbitrabilité" liées à la présence d'une *loi de police*³⁰⁰. S'il devenait courant que les arbitres acceptent de se détacher du carcan purement contractuel de leur mission pour manifester le souci de respecter les politiques impératives que traduisent ces lois, on peut penser que la méfiance que nourrissent à leur égard les Etats s'atténuerait. Ces règles d'"inarbitrabilité" perdraient leur raison d'être, ce qui favoriserait la reconnaissance d'une "arbitrabilité" plus étendue³⁰¹³⁰².

283. L'éventuelle interaction entre les conceptions étatique et arbitrale dont il vient d'être question va à présent être envisagée sous un autre angle. Il faut, en effet, se demander dans quelle mesure le désir d'ouverture de l'ordre étatique vis-à-vis de l'ordre arbitral peut se répercuter sur le contenu des normes d'"arbitrabilité", lorsque celles-ci interviennent au stade de la reconnaissance d'une sentence.

§2 — Une appréciation de l'"arbitrabilité" spécifique au stade de la reconnaissance.

284. Dans la première partie de ce travail, on a observé que les ordres étatiques manifestaient, à propos de la reconnaissance des jugements étrangers ou des sentences arbitrales, le souci de favoriser l'efficacité de la décision à laquelle leurs juges sont confrontés. Il importe, en effet, de ne pas remettre trop vite en question ce qui fait déjà "loi" entre les parties ni d'imposer à celles-ci des frais et une perte de temps supplémentaires. Vis-à-vis des jugements étrangers, cette faveur pour la reconnaissance se traduit notamment par un système de règles de compétence indirecte souples : on n'exige pas que le juge d'origine

²⁹⁸ V. l'arrêt *Société Ganz* précité (*supra* note n° 33) et les explications *supra* n° 216.

²⁹⁹ V., en ce sens, l'arrêt *SARL Enodis* de la Cour d'appel de Paris précité (*supra* n. n° 238). Comp. I. FADLALLAH, "L'ordre public dans les sentences arbitrales", *Rec. des cours*, 1994-V, t. 249, n° 88, p. 429, qui constate qu'il y a actuellement une évolution qualitative du rôle de l'arbitre.

³⁰⁰ Sur l'application des lois de police par les arbitres, v. *supra* n° 276.

³⁰¹ En ce sens, par ex. J.-C. POMMIER, "La résolution du conflit de lois en matière contractuelle en présence d'une éléction de droit : le rôle de l'arbitre", *J.D.I.*, 1992, n° 37, p. 35, qui observe que "l'application des lois de police semble être le tribut à payer par l'arbitre pour affermir la pérennité de son action".

³⁰² Il faut toutefois observer que cette évolution semble dépendre également du contrôle que les juges confrontés à une sentence sont prêts à imposer à celle-ci. En effet, l'Etat qui renonce à la règle d'"inarbitrabilité" liée à la loi de police mais non à celle qui charge l'arbitre d'appliquer cette loi, ne peut espérer atteindre son objectif que par une pression exercée sur l'arbitre, c'est-à-dire en contrôlant la sentence au regard de cette loi. Cela signifie qu'il faut que la sentence soit soulevée dans un Etat prêt à faire respecter la loi de police en question. Autrement dit, l'abandon des règles d'"inarbitrabilité" dues à des lois de police ne pourra devenir réalité que si les arbitres les appliquent et si, au stade de la reconnaissance de la sentence, le juge requis est prêt à sanctionner la méconnaissance des lois de police étrangères. Pour cela, il faudrait que l'article 7 (1) de la Convention de Rome soit appliqué au stade de la reconnaissance des décisions (sur cette suggestion, v. P. MAYER, "La sentence contraire à l'ordre public au fond" {*préc.* n° 101}, n° 40, p. 648). Probablement en est-on encore loin puisque, même au stade de la prise de décision, cet article n'est guère appliqué. Ainsi un des rares cas où il a été question d'appliquer une loi de police étrangère est un arrêt de la Cour de cassation des Pays-Bas qui, cependant, ne l'a pas effectivement fait dans le litige qui lui était soumis (Cass. Pays-Bas, 13 mai 1966 (*Van Nievelt Goudriaan c. N.V. Hollandsche Assurantie Societeit*). *Rev. crit. DIP.* 1967, p. 522, note A.V.M. STRUYCKEN).

ait été compétent au regard des règles de compétence directe du juge requis ; on admet la compétence du juge étranger, sauf violation d'un principe fondamental de l'Etat requis, par exemple le non-respect de la compétence exclusive d'un de ses fors. Nous avons indiqué qu'il était vraisemblable qu'une philosophie analogue inspire le contrôle de la compétence de l'arbitre lors de la reconnaissance des sentences, pour conclure de ces constatations que l'"admissibilité" des conventions de juridiction, par les liens qu'elle entretient avec la matière de la compétence, pourrait être influencée par ces principes et être dès lors soumise à des règles plus souples lorsque ces clauses sont soulevées au stade de la reconnaissance d'une décision³⁰³.

Il importe à présent de confronter ces réflexions à la question de l'"arbitrabilité" puisqu'elle touche à l'"admissibilité" de la convention d'arbitrage³⁰⁴.

L'idée d'appliquer à l'"arbitrabilité" des règles souples lorsqu'il s'agit de favoriser la reconnaissance d'une sentence (A) semble méconnue par la jurisprudence belge (B). On pourrait toutefois prétendre que l'article V 2 (a) de la Convention de New York impose cette obligation aux Etats contractants (C). Il faut remarquer que cette souplesse risque d'être contrebalancée par un contrôle renforcé de la sentence au fond (D).

A) Des règles d'"arbitrabilité" souples.

285. Il paraît devenir habituel de considérer que le contrôle d'"arbitrabilité" ne doit pas recevoir le même contenu selon qu'il intervient au stade du déclinatoire de juridiction ou lors de la reconnaissance de la sentence. Ainsi la distinction que prônent de nombreux auteurs entre "l'arbitrabilité, condition de la convention d'arbitrage" et "l'arbitrabilité, condition de la sentence"³⁰⁵ signifie-t-elle, à notre avis, non que l'"arbitrabilité" s'analyse différemment dans l'un et l'autre cas, mais que le contexte dans lequel cette question est soulevée peut influencer les règles de droit qui lui sont appliquées.

Cette idée se traduit généralement par un assouplissement de l'examen de l'"arbitrabilité" au stade de la reconnaissance de la sentence, ce qui s'explique, selon nous, par le souci de favoriser l'efficacité de cette décision qui, de manière générale, inspire le contrôle de la compétence de l'instance d'origine³⁰⁶.

On peut citer en ce sens l'article §1044, 2, (1) de la *Zivilprozessordnung* allemande³⁰⁷. Cet article prévoit que, lors de l'exequatur des sentences étrangères, la convention d'arbitrage ne sera pas contrôlée au regard des règles de droit international privé allemand mais selon celles du droit applicable à la procédure arbitrale. Cette disposition, qui s'applique au contrôle de l'"arbitrabilité"³⁰⁸, signifie que le droit commun allemand adopte une règle de conflit de lois différente selon que cette question se pose au stade du déclinatoire de juridiction ou à celui de la reconnaissance de la sentence. Tandis que la *lex fori*

³⁰³ V. *supra* n^{os} 173 à 189.

³⁰⁴ Remarquons d'ailleurs que, dès lors qu'elles déterminent l'incompétence des juges suite à ce que l'ordre étatique estime être la compétence de l'arbitre, les règles d'"arbitrabilité", quand elles sont soulevées au stade de la reconnaissance d'une sentence, manifestent une parenté certaine avec les règles de compétence indirecte jouant vis-à-vis des jugements étrangers.

³⁰⁵ V. par ex. H. BORN, M. FALLON, *op. cit.* {préc. n. 89}, n^o 169, p. 220 ; D. HAHN, *L'arbitrage commercial international en Suisse...* {préc. n. 89}, p. 66 ; M. HUYS, G. KEUTGEN, n^{os} 687 et s. ; E. KRINGS, *op. cit.* {préc. n. 40}, p. 1272.

³⁰⁶ Sur les principes relatifs au contrôle de la compétence de l'instance d'origine, v. *supra* n^{os} 177 et 181.

³⁰⁷ Il a déjà été question de cet article dans la première partie de ce travail (v. *supra* note n^o 154 dans le Chapitre III).

³⁰⁸ En ce sens, par ex., R. HAUSMANN, n^o 1397.

allemande s'applique dans le premier cas³⁰⁹, elle est écartée dans le second par l'article §1044, 2, (1) de la *Zivilprozessordnung*³¹⁰. L'adoption par cet article d'une règle de conflit de lois constitue une manière d'adopter une règle de droit favorable à la reconnaissance de la sentence³¹¹. La volonté du droit allemand de s'en remettre aux normes que l'arbitre est censé avoir consultées traduit un *a priori* favorable à la compétence de celui-ci et une atténuation de la possibilité de refuser la sentence pour défaut d'"arbitrabilité". Seule la violation d'une règle d'"inarbitrabilité" allemande relevant de l'*ordre public* pourra être sanctionnée, en vertu de l'article §1044, 2, (2) de la *Zivilprozessordnung*³¹².

Ce souci de l'ordre juridique du for requis d'harmoniser ses solutions en matière d'arbitrabilité avec celles qu'adopte l'arbitre se retrouve également dans le cadre du droit français, dont il a déjà été question. Remarquons que la méthode utilisée est un peu différente. L'"arbitrabilité" n'est pas soumise à une règle de conflit de lois mais à des règles matérielles françaises. Mais en limitant les règles françaises susceptibles de s'opposer à la reconnaissance de la sentence pour défaut d'"arbitrabilité"³¹³, les juridictions françaises manifestent le souci de s'ouvrir aux solutions arbitrales et dès lors de restreindre les occasions de rendre inefficaces les sentences auxquelles elles sont confrontées³¹⁴.

B) La jurisprudence belge.

286. Il est intéressant de confronter ces réflexions avec la jurisprudence de la Cour d'appel de Bruxelles rattachant, au stade du déclinatoire de juridiction, l'"arbitrabilité" à la loi de la convention d'arbitrage tandis qu'au stade de la reconnaissance de la sentence, cette question reste soumise au principe de l'application de la loi du for saisi³¹⁵.

Cette solution paraît, à première vue, contraire au souci de reconnaissance de la sentence dont il vient d'être question. En effet, en maintenant le principe d'application de la *lex fori* à ce stade, la Cour d'appel de Bruxelles permet que l'on continue à opposer à une sentence la règle d'"inarbitrabilité" dégagée, à propos des concessions de vente exclusive à durée indéterminée, par l'arrêt *Audi-NSU*³¹⁶. Mais, par ailleurs, pour limiter l'impact de cette règle, la Cour d'appel de Bruxelles adopte, au stade du déclinatoire de compétence, une règle de conflit de lois, ce qui fait échapper à l'application de la loi belge les litiges relatifs à cette matière. On arrive à la situation *paradoxale* que les juridictions belges reconnaissent

³⁰⁹ R. HAUSMANN, n° 1397. Il faut toutefois préciser qu'il semble que l'opinion de cet auteur, selon laquelle la loi du for saisi s'applique à l'"arbitrabilité" au stade du déclinatoire de juridiction ne jouit pas d'une reconnaissance générale. Plusieurs auteurs défendent l'idée qu'il faudrait appliquer la loi de la convention d'arbitrage. Nous n'avons mentionné dans le texte que la position de M. Hausmann parce qu'elle correspond à ce que nous considérons être le principe théorique en cette matière et parce que, comme on l'a vu dans la première partie de ce travail, l'idée selon laquelle l'"admissibilité" de la convention d'arbitrage devrait être soumise à la *lex fori* commence à se répandre en Allemagne (v. *supra* n° 97). Remarquons par ailleurs que, pour le propos développé dans le texte, il importe peu de savoir quelle est la solution de droit applicable effectivement retenue au stade du déclinatoire de compétence. Il suffit d'observer qu'au stade de la reconnaissance, le droit allemand s'en remet au point de vue d'un ordre juridique étranger.

³¹⁰ D. RAHMANN, p. 38.

³¹¹ V. d'ailleurs P. SCHLOSSER, n° 157, qui estime que cet article doit avoir priorité sur l'article V de la Convention de New York par application de l'article VII de celle-ci prévoyant la prépondérance des normes nationales si elles sont plus favorables à la reconnaissance de la sentence.

³¹² R. HAUSMANN, n° 1396.

³¹³ V. *supra* nos 216 et 245.

³¹⁴ V. par ex. Ph. FOUCHARD. E. GAILLARD. B. GOLDMAN, n° 559, p. 345, qui remarquent que les solutions du droit français et celles de la jurisprudence arbitrale internationale sur l'"arbitrabilité" coïncident pour l'essentiel.

³¹⁵ Sur cette jurisprudence, v. *supra* n° 243.

³¹⁶ précité à la note n° 40.

l'arbitrage quand il s'agit d'en déduire leur propre incompétence mais en refusent l'aboutissement. Ainsi, les parties qui ont compté sur cet arbitrage, y investissant du temps et de l'argent, ne pourraient-elles pas faire exécuter la sentence en Belgique³¹⁷ ! Cela semble contraire à la philosophie qui devrait inspirer les règles relatives à l'“arbitrabilité” au stade de la reconnaissance. Aussi, la position de la Cour d'appel de Bruxelles connaît-elle beaucoup de détracteurs en Belgique³¹⁸.

287. Nous pensons cependant que la véritable critique à faire à ce système ne concerne pas la solution de droit applicable retenue mais *l'ampleur du contrôle opéré par la lex fori au stade de la reconnaissance*. Cette critique s'adresse dès lors surtout à l'arrêt *Audi-NSU* de la Cour de cassation belge. En effet, ce qui peut paraître condamnable au regard des réflexions qui précèdent est que cet arrêt ait appliqué une règle d'“in arbitrabilité” sévère alors que deux sentences avaient déjà été rendues dans cette affaire et qu'il aurait fallu chercher à en favoriser la reconnaissance. Fallait-il vraiment, dès lors que l'arbitrage avait eu lieu, refuser de lui reconnaître effet sous prétexte que la non-application du droit belge entraînait un défaut d'arbitrabilité du litige ?

Il convient de remarquer que, si l'ordre juridique belge acceptait d'assouplir ses règles d'“in arbitrabilité” dans l'hypothèse de la reconnaissance de la sentence, en renonçant, par exemple, à celle de l'arrêt *Audi-NSU*, le reproche d'incohérence adressé à la jurisprudence de la Cour d'appel de Bruxelles tomberait en grande partie. Puisque seules les règles belges d'“in arbitrabilité” les plus importantes subsisteraient au stade de la reconnaissance, les risques de contradiction entre la solution belge appliquée à ce stade et celle de la loi de la convention d'arbitrage retenue au stade du déclinatoire de juridiction diminueraient.

C) Une obligation découlant de l'article V 2 (a) de la Convention de New York.

288. Nous pensons qu'il est possible de fonder sur l'article V 2 (a) de la Convention de New York l'obligation pour les Etats en général, et dès lors pour l'Etat belge en particulier, de limiter les griefs d'“in arbitrabilité” opposés par la *lex fori* au stade de la reconnaissance d'une sentence étrangère.

Comme on l'a observé plus haut, l'apport de cet article est limité en ce qui concerne la loi applicable à l'“arbitrabilité”³¹⁹. Il se contente de reprendre le principe de l'application de la loi du for saisi, tout en n'excluant pas l'adoption de solutions le nuancant. Aussi peut-on se demander si l'intérêt de l'article V 2 (a) de la Convention de New York ne réside pas plutôt dans *le type de règles d'“in arbitrabilité” dont il autorise le contrôle*. En permettant le refus de la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence si d'après la loi du for “l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage”, admet-il, en effet, que conduisent à ce refus *toutes* les sortes de règles d'“in arbitrabilité” qui ont été présentées ou seulement certaines d'entre elles ?

A notre avis, il serait conforme au souci général de favoriser l'efficacité des décisions et à l'objectif de faveur pour la reconnaissance des sentences qui inspire la Convention de

³¹⁷ Certes, comme il a été dit plus haut, M. Hanotiau a fait remarquer que souvent la sentence pourra être exécutée dans un autre pays, ou bien elle se contentera de condamner le concessionnaire belge aux dépens (v. *supra* n° 274).

³¹⁸ P. KILESTE, P. HOLLANDER, *op. cit.* {préc. n. 139}, n° 101, p. 87 ; A. NUYTS, *op. cit.* {préc. n. 65}, n° 32, p. 354 ; P.-E. PARTSCH, *op. cit.* {préc. n. 65}, p. 1259 et s. ; F. RIGAUX, M. FALLON, n° 1415. Rappelons que cette jurisprudence a déjà été appréciée quant au droit applicable (v. *supra* nos 252 à 254).

³¹⁹ V. *supra* n° 244.

New York elle-même³²⁰, de considérer que l'article V 2 (a) ne permet de s'opposer au refus d'une sentence *qu'en vertu des règles relevant de l'"inarbitrabilité sensu stricto"*³²¹³²², c'est-à-dire, celles qui traduisent une incompatibilité fondamentale entre une matière et l'arbitrage, à l'exclusion de celles qui poursuivent des objectifs différents³²³.

289. On peut avancer, à l'appui de cette suggestion, qu'il est déjà certain que l'article V 2 (a) exclut les règles d'"inarbitrabilité" qui portent plus sur la convention d'arbitrage que sur l'arbitrage et se contentent d'*interdire la clause compromissoire*. Il est admis, en effet, que la distinction entre la clause compromissoire et le compromis n'est plus permise dans le cadre de la Convention de New York car l'article II (1) de cette dernière impose la reconnaissance de la convention d'arbitrage relative à des différends "qui pourraient s'élever" entre les parties³²⁴. L'obligation de reconnaître la clause compromissoire que cet article prévoit au stade du déclinatoire de juridiction joue certainement, *a fortiori*, au stade de la reconnaissance d'une sentence et donc dans le cadre de l'article V 2 (a).

On peut également soutenir que l'article V 2 (a) exclut les règles qui, telle celle de l'arrêt *Audi-NSU* de la Cour de cassation belge, font dépendre l'"arbitrabilité" du choix par les parties d'un certain droit applicable. En effet, non seulement ces règles méconnaissent le principe du libre choix par les parties du droit applicable au litige, prévu notamment par l'article VII de la Convention de Genève³²⁵, mais il semble qu'elles tendent à opérer une révision au fond de la sentence³²⁶, alors que l'article V 2 (b) de la Convention de New York

³²⁰ L'article VII de cette Convention en est un signe.

³²¹ Remarquons que, pour la mise en œuvre de cette suggestion, il serait indifférent que le for soumette l'arbitrabilité à sa propre loi ou, comme l'article V 2 (a) semble le permettre (sur ce point, v. *supra* n° 244) à une *lex causæ*. En effet, si l'article V 2 (a) limite vraiment les règles d'"inarbitrabilité" pouvant s'opposer au refus de la sentence, c'est au for saisi de faire le tri parmi les règles entrant en considération, qu'elles soient issues de la *lex fori* ou d'une autre loi.

³²² Comp. A. NUYTS, *La concession de vente exclusive et l'agence commerciale et l'arbitrage* {préc. n. 49}, n° 25, p. 26, qui estime que cet article donne simplement la *faculté* de vérifier l'"arbitrabilité" au regard de la loi du for saisi, et que l'application de celle-ci devrait dès lors être limitée aux cas où elle est une loi d'application immédiate.

³²³ Sur la notion d'"arbitrabilité sensu stricto", v. *supra* n° 232.

³²⁴ En ce sens, par ex. J.-D. BREDIN, "La Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères", *J.D.I.*, 1960, p. 1014 ; R. HAUSMANN, n° 1323. — Remarquons que la mise sur le même pied de la clause compromissoire et du compromis dans le cadre de cette Convention a connu récemment un regain d'actualité en France. Comme ce pays avait assorti sa ratification de la Convention de New York d'une réserve de commercialité, cette Convention n'était, jusqu'en 1989, appliquée que pour les matières commerciales. Comme l'interdiction de la clause compromissoire prévue par l'article 2061 du Code civil connaît une exception en matière commerciale (article 631 du Code de commerce), le droit français était conforme à la Convention de New York, du moins dans la mesure où celle-ci était applicable en France. Or, le 17 novembre 1989, la France a levé sa réserve de commercialité (*Rev. arb.*, 1990, p. 210). Comme l'indique M. Fouchard, l'application de la Convention de New York aux matières non commerciales remet en cause la prohibition interne de la clause compromissoire que prévoit l'article 2061 C.c. (Ph. FOUCHARD, *op. cit.* {préc. n. 54}, p. 581). Et effectivement, alors que traditionnellement la clause compromissoire était interdite en matière de contrat de travail (v. par ex. Cass. (Ch. soc.), 12 février 1985 (sté Céramiche Ragno c. Chauzy), *Rev. crit. DIP.* 1986, p. 469, note M.-L. NIBOYET-HOEGY), la Cour d'appel de Grenoble a récemment décidé le contraire en se fondant sur l'article II de la Convention de New York et le retrait par la France de sa réserve de commercialité (Grenoble (Ch. soc.), 13 septembre 1993 (sté CFTE c. J. Dechavanne), *Rev. arb.*, 1994, p. 337, note M.-A. MOREAU).

³²⁵ R. LEDOUX, "L'arbitrage en matière de concession de vente" {préc. n. 44}, p. 676. Cet argument a été avancé, sans succès, par le concédant invoquant la reconnaissance des sentences dans l'affaire *Audi-NSU* (précité n. n° 40).

³²⁶ F. RIGAUX, M. FALLON, n° 1343. V. également pour une critique analogue, A. ROGERS, "Arbitrability", *Arbitration International*, 1994, p. 268.

limite à l'hypothèse d'une violation de l'ordre public du for requis la possibilité de s'opposer à la sentence pour des motifs de fond³²⁷.

La même motivation devrait jouer pour exclure du domaine de l'article V 2 (a) les règles consistant à déduire l'"inarbitrabilité" d'un examen concret de la matière en litige, telle, par exemple, la règle française qui liait l'"inarbitrabilité" à une violation de l'ordre public par la situation litigieuse³²⁸. Car il semble qu'il s'agisse, en fait, de règles au moyen desquelles le for requis impose sa manière de résoudre le litige.

Remarquons que l'impact de l'article V 2 (a) de la Convention de New York devrait être limité non seulement par la suggestion qui précède relative aux types de règles d'"inarbitrabilité" dont il permet le contrôle mais encore par une *limitation du contenu* de celles qui seraient effectivement vérifiées³²⁹. Ainsi M. Gaillard suggère-t-il de restreindre le contrôle de l'arbitrabilité en distinguant, comme on le fait de manière classique à propos de l'ordre public, entre la non-arbitrabilité en matière interne et la non-arbitrabilité en matière internationale³³⁰.

D) Le risque d'un contrôle renforcé de la sentence au fond.

290. Pour que l'examen des règles de droit applicables à l'"arbitrabilité" soit complet, il faut observer, en marge de cette problématique, que la souplesse adoptée en ce domaine, pourrait, par l'effet du principe des vases communicants, avoir pour contrepartie un contrôle renforcé de la sentence quant au fond³³¹.

La question se pose actuellement en France. En effet, l'arrêt *Société Ganz* de la Cour d'appel de Paris, tout en reconnaissant aux arbitres le droit de sanctionner une violation de l'ordre public et élargissant ainsi le domaine de l'"arbitrabilité", a précisé que ceux-ci devaient exercer ce pouvoir "sous le contrôle du juge de l'annulation"³³². Comme le remarque M. Mayer, "en même temps qu'elle rend plus fréquent l'examen de la conformité de la sentence à l'ordre public, la nouvelle jurisprudence est susceptible d'en modifier la rigueur. On observe, à cet égard, deux façons de raisonner différentes. Pour les uns, dès lors que l'on ouvre l'arbitrage à des matières nouvelles et sensibles, il convient de faire preuve d'une vigilance accrue vis-à-vis des procédures qui s'y inscrivent. Pour les autres, il ne servirait à rien d'autoriser l'arbitre à statuer en matière d'ordre public si le juge devait ensuite

³²⁷ Or la loi belge de 1961 sur les concessions de vente exclusive ne relève pas de l'ordre public. En ce sens, par exemple, B. HANOTIAU, "What Law Governs the Issue of Arbitrability ?" {préc. n. 166}, p. 401. V. également Civ. Bruxelles (9^o Ch.), 6 mars 1970 (S.A.R.L. Gros Lambert c. Mme Hunin), *J.T.*, 1970, p. 298. Comme l'application de cette loi ne pourrait donc pas être contrôlée au regard de l'article V 2 (b), on comprend l'intérêt de contourner cette difficulté en prétendant qu'elle contient une règle d'"in-arbitrabilité" qui pourrait être vérifiée en vertu de l'article V 2 (a).

³²⁸ Sur ces règles, v. *supra* nos 214 à 217.

³²⁹ Dans le même sens, B. HANOTIAU, "What Law Governs the Issue of Arbitrability ?" {préc. n. 166}, p. 403, qui remarque cependant qu'en fait, le seul cas significatif où il a été fait application de l'article V 2 (a) par un Etat contractant est l'arrêt *Audi-NSU* de la Cour de cassation belge (précité n. n^o 40).

³³⁰ E. GAILLARD, "Arbitrage commercial international. Sentence arbitrale. Contrôle étatique. Droit conventionnel", *J. Cl. Dr. Int.*, fasc. 586-11, n^o 46. Remarquons que cet auteur estime que la règle posée par l'arrêt *Audi-NSU* de la Cour de cassation belge est critiquable sur base de cette distinction. M. Gaillard observe, par ailleurs, que "c'est sans doute pour restreindre les effets fâcheux du contrôle d'arbitrabilité au regard des seules conceptions de l'Etat d'accueil que de très nombreux auteurs ont affirmé que la non-arbitrabilité n'était qu'un aspect du contrôle de l'ordre public international" (*ibidem*, n^o 45).

³³¹ En ce sens. L. IDOT, note sous Cass. (2^o Ch. civ.), 20 février 1991 (sté SICA Veradour c. Etablissements Larroche). *Rev. arb.*, 1991, p. 452.

³³² Paris (1^o Ch. suppl.), 29 mars 1991 (sté Ganz c. sté nationale des Chemins de fer tunisiens). *Rev. arb.*, 1991, p. 478, note L. IDOT.

s'assurer de l'exactitude du résultat en refaisant entièrement le raisonnement ; autant saisir tout de suite un juge. De fait, les tribunaux hésitent sur la conduite à tenir³³³. M. Mayer lui-même estime que le contrôle de fond de la sentence devrait être plus rigoureux car l'arbitre n'est pas le gardien de l'ordre public ; celui qui remplit cette tâche est le juge, notamment lors du contrôle des sentences qui lui sont soumises³³⁴.

Il semble qu'aux Etats-Unis, on constate effectivement une liaison entre une "arbitrabilité" plus large et un contrôle plus sévère de la sentence. Ainsi l'arrêt *Mitsubishi*, qui a reconnu l'"arbitrabilité" des litiges en matière de droit de la concurrence, a-t-il soumis cette solution à l'application, par les arbitres, du droit américain, point qui doit être vérifié lors de l'examen de la sentence³³⁵. Consacrant ainsi ce que certains appellent la "*second look doctrine*"³³⁶, ce phénomène est-il réellement favorable à l'arbitrage ou ne brandit-il pas au-dessus de toutes les procédures arbitrales une épée de Damoclès plus menaçante qu'auparavant³³⁷ ?

291. Le glissement du contrôle d'"arbitrabilité" vers le contrôle au fond de la sentence suscite de nombreuses questions qui ne peuvent être développées dans cette étude. On peut, en effet, se demander s'il n'est pas contraire à l'article V 2 (b) de la Convention de New York d'étendre le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public jusqu'à la vérification des lois de police, comme l'implique l'arrêt *Mitsubishi*³³⁸. Par ailleurs, un contrôle accru de la sentence quant au fond peut paraître contraire à l'objectif de faveur pour la reconnaissance des décisions dont on a dit qu'il devait conduire à la limitation des griefs opposés à la sentence...

Quant à l'"arbitrabilité" qui seule nous intéresse, il faut observer que ce problème de transfert entre les contrôles qui la composent et ceux qui touchent le fond de la sentence a l'intérêt de révéler le véritable objet de prétendues "règles d'inarbitrabilité". On observe, en effet, que quand elles sont abandonnées, les règles qui interdisaient l'arbitrage pour garantir le respect des normes d'ordre public du for, comme par le passé en France³³⁹, ou pour assurer l'application des lois de police, comme c'était le cas aux Etats-Unis avant l'arrêt *Mitsubishi*, ont tendance à être remplacées par des règles de contrôle de la sentence quant au fond. Cela confirme l'idée que de ces "règles d'inarbitrabilité" manifestent plus une méfiance vis-à-vis de l'arbitrage qu'une incompatibilité entre cette institution et la matière

³³³ P. MAYER, "La sentence contraire à l'ordre public au fond" {préc. n. 101}, n° 3, p. 616. V. d'ailleurs Paris (1^o Ch. C.), 30 septembre 1993 (sté European Gas Turbines SA c. sté Westman), *Rev. arb.*, 1994, p. 359, note D. BUREAU, où la Cour met en lien le large pouvoir reconnu à l'arbitre en ce qui concerne l'appréciation de sa compétence avec le fait qu'ensuite le "contrôle de la sentence, par le juge de l'annulation, (porte) en droit et en fait sur tous les éléments permettant notamment de justifier l'application ou non de la règle d'ordre public international et dans l'affirmative, d'apprécier, au regard de celle-ci, la licéité du contrat ; en décider autrement aboutirait, en effet, à priver le contrôle du juge de toute efficacité et, partant, de sa raison d'être".

³³⁴ P. MAYER, "La sentence contraire à l'ordre public au fond" {préc. n. 101}, n° 18, p. 630. V. toutefois L. IDOT, *op. cit.* {préc. n. 331}, p. 452, qui craint qu'il y ait ainsi une "révision déguisée de la sentence".

³³⁵ Cour suprême des Etats-Unis, 2 juillet 1985 (*Mitsubishi c. Soler*), *Rev. arb.*, 1986, p. 273. V. également J. ROBERT, "Une date dans l'extension de l'arbitrage international : l'arrêt *Mitsubishi c. Soler*", *Rev. arb.*, 1986, p. 173 et s., spéc. p. 187.

³³⁶ A. ROGERS, "Arbitrability", *Arbitration International*, 1994, p. 266.

³³⁷ C'est ce que pense A. ROGERS, *op. cit.* {préc. n. 336}, p. 267 et s.

³³⁸ V. A. ROGERS, *op. cit.* {préc. n. 336}, p. 268, qui estime que l'on nuit à l'objectif de cette Convention si le contrôle d'ordre public peut permettre d'imposer la loi américaine.

³³⁹ V. *supra* n° 215.

concernée et qu'elles devraient, comme il a été suggéré, être exclues d'une notion restreinte de l'"arbitrabilité"³⁴⁰.

Par conséquent, il importe, à notre avis, d'encourager l'abandon du cadre de l'"arbitrabilité" de règles qui poursuivent des objectifs qui sont en fait étrangers à cette question³⁴¹. Ce mouvement n'est pas seulement souhaitable sur le plan conceptuel. Il pourrait contribuer à clarifier pas mal de problèmes liés, en réalité, à une perception inexacte de la notion d'"arbitrabilité".

Certes, il faut reconnaître que, sur le plan pratique, cette évolution, si elle est contrebalancée par un contrôle plus sévère de la sentence, ne changera pas de manière décisive la reconnaissance de l'arbitrage. Mais la question qui se pose alors dépasse le cadre de l'arbitrage. Elle consiste à savoir si les Etats veulent se replier sur eux-mêmes, au moyen d'un arsenal de lois de police, ou s'ils sont prêts, lors de la reconnaissance de décisions étrangères, à s'ouvrir à ce qui s'est fait ailleurs et à sacrifier un peu de leurs exigences pour favoriser une certaine harmonie entre les ordres juridiques. Ce problème ne surgit pas seulement dans les rapports entre l'ordre étatique et l'ordre arbitral mais aussi dans les relations entre Etats. C'est un autre débat...

292. Ainsi convient-il de conclure ce chapitre en constatant que les principes théoriques dégagés dans la première partie de cette étude ont permis de présenter de manière nouvelle la vaste problématique soulevée par l'"arbitrabilité" en droit international privé.

Si cette notion peut susciter des difficultés d'analyse au regard de la distinction "admissibilité/formation", nous avons indiqué que son rôle juridictionnel était prépondérant et impliquait dès lors, à notre avis, son rattachement à la matière de la compétence, ou, plus précisément à l'admissibilité de la convention d'arbitrage. Les règles d'"arbitrabilité" sont en effet avant tout des conditions posées par les Etats à l'effet dérogatoire de compétence de la clause. Cette fonction juridictionnelle n'est pas remise en cause par le fait que, traditionnellement, le contenu même de ces règles prend appui sur les caractéristiques matérielles du litige.

La détermination de la qualification de l'"arbitrabilité" a permis d'éclairer la problématique de droit applicable relative à cette question. Sur le plan théorique, en effet, la qualification "admissibilité" la rattache à la loi du for saisi. Cette solution n'est toutefois pas à l'abri des critiques que connaît, de manière générale, le recours à la *lex fori*. Aussi a-t-on suggéré que la loi du for saisi, ainsi qu'elle peut le faire pour tout point relatif à la matière de la compétence, déroge au principe de son application et lui préfère le recours à une règle de conflit de lois. Les liens qu'entretiennent avec le fond les règles d'"arbitrabilité" ont suggéré que soit adoptée à cet égard la loi applicable au fond du litige.

L'étude du point de vue arbitral sur l'"arbitrabilité" a confirmé la qualification de celle-ci. L'arbitre n'est en effet, en principe, pas concerné par des règles contribuant à déterminer la compétence des juridictions étatiques. Il ne s'y intéresse que dans la perspective de la reconnaissance étatique de l'arbitrage auquel il procède. Cette approche arbitrale spécifique contribue à expliquer la diversité des solutions que peut connaître le problème de l'"arbitrabilité" quand il se présente à un arbitre.

³⁴⁰ Sur ce point, v. *supra* n° 232.

³⁴¹ Comp. P. MAYER, "La sentence contraire à l'ordre public au fond" {préc. n. 101}, n° 19, p. 631, qui encourage de même l'abandon de la règle d'"arbitrabilité" liée à la violation de l'ordre public, même si cela doit se solder par un contrôle plus sévère de la sentence.

La qualification "admissibilité" a également permis de rapprocher la problématique de l'"arbitrabilité" des principes dégagés en matière de règles de droit applicables. Dès lors en effet que cette question se rattache à la matière de la compétence, la loi du for saisi, normalement compétente en ce domaine, peut décider d'exercer sa compétence mais en modifiant le contenu des règles applicables quand la situation est internationale ou quand l'examen de l'"arbitrabilité" se pose lors de la reconnaissance d'une sentence, par application respectivement des principes relatifs à la détermination de la compétence internationale et de ceux qui inspirent le contrôle de la compétence de l'instance d'origine. On a observé que l'adoption de règles d'"arbitrabilité" spécifiques à ces deux hypothèses pouvait être favorisée par le désir d'un ordre juridique étatique de reprendre à son compte des solutions effectivement dégagées sur ce problème dans le cadre arbitral.

CHAPITRE V

FORMATION DES CONVENTIONS DE JURIDICTION ET SOLUTIONS DE DROIT APPLICABLE

293. On sait que pour tout ce qui est nécessaire à leur existence en tant que contrat, c'est-à-dire pour les différents aspects de leur "formation", les conventions d'arbitrage et d'élection de for posent le même genre de problèmes que les contrats substantiels. Aussi sont-elles, comme ceux-ci, soumises en droit international privé à la méthode du conflit de lois¹. Or il est intéressant d'observer que même pour leurs côtés contractuels, les conventions de juridiction sont susceptibles de recevoir un traitement trahissant leur dimension juridictionnelle. Il arrive en effet que ces questions soient soumises à la *lex fori*, loi de la compétence, indépendamment du recours à une règle de conflit de lois. Cette solution intéresse particulièrement notre étude car elle témoigne de la spécificité des conventions étudiées en droit international privé.

Ce chapitre a dès lors pour objectif d'étudier ces deux phénomènes : présenter d'abord la mise en œuvre du principe du recours à des *lex causæ* pour les questions relevant de la "formation" des conventions de juridiction (Section I) ; examiner ensuite la dérogation que pourrait subir ce principe au profit de l'application de la *lex fori* (Section II).

Il convient d'indiquer que les développements exposés dans la *première* section jouent non seulement dans le cadre du droit commun mais aussi pour les conventions d'élection de for tombant dans le champ d'application de la Convention de Bruxelles. On sait en effet que cette Convention ne régit, en principe, que l'admissibilité et la forme de ces clauses, laissant au droit commun le soin d'en régler la formation². Certes, il existe une théorie doctrinale divergente qui tend à confier au droit conventionnel le règlement des principaux aspects de la formation de ces clauses. Mais elle sera examinée dans la *deuxième* section de ce chapitre.

SECTION I : LE PRINCIPE : LE RECOURS A DES *LEX CAUSÆ*.

294. Comme cette étude entend surtout mettre en évidence l'approche spécifique que requièrent, en droit international privé, les conventions d'arbitrage et d'élection de for, on ne s'attardera guère sur les règles de conflit applicables à leur formation puisque, *a priori*, sur ce point, le régime des conventions de juridiction est le même que celui des contrats substantiels. Il convient, par ailleurs, de préciser que, conformément à la démarche adoptée jusqu'à présent, on s'attachera plus à repérer les différents aspects de la problématique conflictuelle suscitée par ces clauses qu'à donner un aperçu des solutions effectivement appliquées dans tel ou tel Etat.

Cette problématique peut, à notre avis, être présentée en deux temps, selon qu'est en cause la dimension contractuelle (§1) ou la dimension accessoire des conventions de juridiction (§2)³. En effet, indiquant qu'elles sont des contrats à part entière, la dimension

¹ Sur la notion de "formation" des conventions de juridictions. v. *supra* nos 52 à 55. Sur la soumission de la "formation" à la méthode du conflit de lois. v. *supra* nos 79 à 81.

² V. *supra* nos 117 à 122.

³ On ne s'étonnera pas de ne pas trouver une présentation des conflits de lois relatifs à la "dimension juridictionnelle" des conventions de juridiction (sur les trois dimensions des conventions de juridiction. v. *supra* nos 8 à 12). Les questions susceptibles de se poser à cet égard concernent en effet leur "licéité de principe", leurs "effets sur la compétence" ou leur "admissibilité" (v. *supra* nos 39 à 47 et n°

contractuelle des clauses étudiées souligne leur *autonomie* par rapport au contrat principal, ce qui se répercute sur les solutions de droit applicable envisageables. A l'inverse, les questions soulevées par leur dimension accessoire traduisent leur *dépendance* par rapport à un autre acte juridique, ce qui risque également d'influencer la problématique conflictuelle.

§1 — *La dimension contractuelle des conventions de juridiction.*

295. Sous un intitulé nouveau, les conflits de lois “en lien avec la dimension contractuelle des conventions de juridiction”, se cachent, en réalité, les discussions qui habituellement sont examinées dans le cadre de la recherche de “la loi applicable” à la convention d'arbitrage ou à la clause attributive de juridiction.

Pour présenter ces débats “classiques”, on rappellera d'abord les composantes de la dimension contractuelle des conventions de juridiction (A). Les diverses manières auxquelles il peut être songé pour déterminer la loi qui leur est applicable seront alors évoquées (B).

A) La convention de juridiction comme contrat à part entière : implications.

296. En tant que contrats à part entière, les conventions de juridiction supposent le consentement des parties⁴ (a). Il faut par ailleurs indiquer qu'une des manifestations de leur dimension contractuelle est l'autonomie qui leur est reconnue par rapport au contrat dans lequel elles sont insérées (b).

a. L'importance du consentement à la convention de juridiction.

297. Les conventions d'arbitrage et d'élection de for sont considérées comme des contrats⁵. Les éléments nécessaires à leur formation⁶ sont dès lors ceux que requiert pour toute convention l'article 1108 du Code civil belge ou français : “le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation”⁷. Le contenu précis de ces exigences est toutefois parfois un peu particulier en raison des caractéristiques juridictionnelles de ces clauses. Ainsi a-t-on indiqué que lorsque des règles relatives à la “capacité” ont en fait pour but de limiter l'effet juridictionnel des conventions de juridiction, elles concernent l’“admissibilité” de celles-ci, ce qui est le cas, par exemple, pour la “capacité” de compromettre des personnes morales de droit public, problème désigné aussi sous l'expression “arbitrabilité subjective”⁸. Par ailleurs, en analysant la notion et la fonction de la condition d’“arbitrabilité” du litige, on a pu observer que l’“objet” réel des conventions de juridiction est un objet juridictionnel⁹. Quant à la “cause” qui, même pour les contrats en

55). Or, par leur incidence dans la matière de la compétence, ces problèmes ne suscitent en principe aucun conflit de lois et dépendent de la loi du for saisi, loi applicable en matière de conflits de juridictions (v. *supra* n° 73).

⁴ Il importe de le rappeler car, comme on l'observera plus loin, le contenu de cette exigence consensuelle subit actuellement, en France, une certaine modification en ce qui concerne la convention d'arbitrage (v. *infra* n°s 333 et s.).

⁵ Pour la convention d'élection de for. v. A HUET, n°s 32 et s. ; pour la convention d'arbitrage. B. GOLDMAN. “La convention d'arbitrage. Formation”, *J. Cl. Dr. Int.*, fasc. 586-2. n° 1.

⁶ Sur les conditions de fond de la convention d'arbitrage. v. M. HUYS. G. KEUTGEN, n°s 36 et s.

⁷ B. GOLDMAN. *op. cit.* {préc. n. 5}. n° 1 ; J. LINSMEAU, n° 40, p. 38.

⁸ Sur cette question. v. *supra* n°s 60, 222, 249 et 250.

⁹ V. *supra* n°s 226 et 227.

général, n'est pas une notion universelle, elle ne semble pas exercer de fonction spécifique pour les conventions de juridiction¹⁰.

Par conséquent, la composante essentielle de la dimension contractuelle des clauses étudiées est le *consentement*.

298. Il convient de rappeler que si le consentement des parties est nécessaire à sa formation, la convention de juridiction ne peut lier que les personnes qui l'ont conclue et non les tiers¹¹. Il s'agit de la conséquence naturelle, valable pour tous les contrats, du principe de l'*effet relatif* des conventions qu'expose l'article 1165 du Code civil belge ou français¹².

Pour savoir qui est *partie* et qui est *tiers* aux conventions de juridiction, on se référera, avec M. Goutal, au droit commun des contrats. Ainsi faut-il considérer que "sont parties tous ceux qui ont fait concourir leur volonté à la formation du contrat, soit en personne, soit par le biais d'un mécanisme de représentation parfaite, et que sont tiers tous les autres (y compris donc les héritiers, les cessionnaires, les subrogés...)"¹³. M. Goutal range ces derniers dans la catégorie des "tiers" car s'ils deviennent obligés par le contrat, c'est uniquement suite à un mécanisme de *transmission* (succession à cause de mort, cession, subrogation de l'assureur, ou encore fusion de sociétés) "qui est en soi tout à fait extérieur au contrat et à son effet obligatoire"¹⁴.

Appliquant ces principes aux conventions de juridiction, on constate qu'on peut être lié en tant que "partie" à la clause tout en ne l'ayant pas conclue en personne parce qu'on a été représenté, par exemple dans le cadre d'un mandat ou de la représentation des personnes morales par leurs représentants légaux¹⁵. Quant aux hypothèses de transmission de la clause de juridiction, il faut remarquer qu'eu égard à la fonction qu'elle remplit vis-à-vis du contrat principal, "elle n'est et ne peut être transmise (...) qu'en même temps que celui-ci"¹⁶. La question de l'éventuelle transmission de la clause et de ses effets vis-à-vis des tiers ne se posera donc que lors de la transmission du contrat dans lequel elle est insérée. Pour réfléchir au sort que doit connaître la convention de juridiction dans de telles hypothèses, il paraît opportun de se référer à sa dimension accessoire¹⁷. Aussi retrouvera-t-on cette problématique quand on étudiera les questions de droit applicable qui surgissent en lien avec cette dimension¹⁸.

¹⁰ B. GOLDMAN, *op. cit.* {préc. n. 5}, n° 2. V. également A. HUET, n°s 45 et s., qui, s'il consacre des développements à l'"objet" de la convention d'élection de for, ne parle pas de sa "cause". Dans le même sens. J. LAENENS, p. 162 et s., qui envisage, à propos des conditions de la convention d'élection de for, le consentement, la capacité et l'objet mais ne mentionne pas non plus la cause.

¹¹ V., par ex., pour la convention d'élection de for. J. LAENENS, "Internationaal privaatrechtelijk procesrecht en de bevoegdheidsovereenkomsten", *T.P.R.*, 1982, n° 65, p. 261 ; pour la convention d'arbitrage, J. LINSMEAU, n° 110, p. 76.

¹² B. GOLDMAN, *op. cit.* {préc. n. 5}, n° 30 ; J.-L. GOUTAL, "L'arbitrage et les tiers : I. - Le droit des contrats", *Rev. arb.*, 1988, p. 441.

¹³ J.-L. GOUTAL, *op. cit.* {préc. n. 12}, p. 440.

¹⁴ J.-L. GOUTAL, *op. cit.* {préc. n. 12}, p. 441 et pour plus de détails sur les mécanismes de transmission, p. 444 et s.

¹⁵ J.-L. GOUTAL, *op. cit.* {préc. n. 12}, p. 443, qui rapproche encore de l'idée de représentation l'hypothèse de la gestion d'affaires et celle de codébiteurs solidaires. Dans le même sens, B. GOLDMAN, "La convention d'arbitrage. Effets. Droit commun", *J. Cl. Dr. Int.*, fasc. 586-5-1, n°s 36 et s.

¹⁶ B. GOLDMAN, "La convention d'arbitrage. Transmission. Extinction", *J. Cl. Dr. Int.*, fasc. 586-6, n° 26.

¹⁷ c'est-à-dire sa nécessaire liaison à un rapport de droit sous-jacent. Sur la dimension accessoire des conventions de juridiction, v. *supra* n° 10.

¹⁸ V. *infra* n°s 310 et s.

299. Comme autre implication traditionnelle de l'exigence du consentement des parties pour la formation des conventions de juridiction, il faut mentionner le *formalisme* souvent requis pour leur conclusion.

Il a été indiqué plus haut que la qualification des "formes" était délicate ; considère-t-on qu'elles ont pour objectif d'avertir les parties sur les effets juridictionnels de la clause qu'elles concluent, et on en déduira qu'elles concernent l'"admissibilité" de celle-ci. Toutefois étant donné que généralement¹⁹, les formes spécifiques imposées aux conventions de juridiction ont *pour but de garantir la réalité du consentement* des parties, nous avons choisi de les ranger parmi les conditions de "formation" des conventions de juridiction²⁰. Pour illustrer ce rôle des formes par rapport au consentement, on peut mentionner, par exemple, l'explication de M. Huet à propos de la condition requise par l'article 48 du nouveau Code de procédure civile français, qui exige que la clause attributive de juridiction ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée. Cet auteur rappelle que le consentement des parties n'est éclairé que si elles ont eu connaissance de la clause. La condition de forme imposée en droit français a dès lors pour but d'attirer l'attention de la partie à qui la clause est opposée sur l'existence de celle-ci, pour la protéger contre une clause rédigée subrepticement par l'autre partie²¹. La Cour de Justice des Communautés européennes a justifié de même les conditions de forme de l'article 17 de la Convention de Bruxelles en indiquant que celles-ci avaient pour fonction d'assurer la réalité du consentement des parties²².

Autrement dit, en matière de conventions de juridiction, il n'est pas rare que le principe du consensualisme se voie *renforcé* par un certain formalisme. Ainsi les formes n'éluent-elles pas l'exigence du consentement, leur respect ne suffit pas à remplacer celui-ci²³. Elles témoignent, au contraire, de son importance. Observons encore, car on constatera plus loin une certaine évolution sur ce point, que les précautions particulières qui sont prises pour vérifier le consentement réel à une convention de juridiction s'expliquent par une méfiance traditionnelle vis-à-vis de ces clauses dérogoires au droit commun de la compétence et dont les conséquences pratiques peuvent être néfastes²⁴.

b. L'indépendance par rapport au contrat principal.

300. Il convient de mentionner un autre point indiquant que les conventions de juridiction sont considérées comme des contrats à part entière : leur indépendance ou "autonomie" par rapport au contrat principal qui les contient.

Jusqu'ici, il n'a été question d'"autonomie" qu'à propos de la convention d'arbitrage. Il convient cependant de remarquer que cette problématique surgit dans les

¹⁹ Remarquons que le droit belge ne comprend aucune exigence de forme spécifique pour la convention d'élection de for internationale (en ce sens, J. LAENENS, *op. cit.* {préc. n. 11}, n° 53, p. 251).

²⁰ V. *supra* n° 60.

²¹ A. HUET, n° 39.

²² J. LAENENS, *op. cit.* {préc. n. 11}, n° 54, p. 253. En ce sens également, C.J.C.E., aff. 24/76, 14 décembre 1976 (sté Estasis Salotti di Colzani c. Rüwa Polstereimaschinen GmbH), *Rev. crit. DIP*, 1977, p. 576, qui déclare : "les formes exigées par l'article 17 ont pour fonction d'assurer que le consentement entre parties soit effectivement établi".

²³ B. GOLDMAN, "La convention d'arbitrage. Forme et preuve". *J. Cl. Dr. Int.*, fasc. 586-4, n° 2 ; J. LAENENS, *op. cit.* {préc. n. 11}, n° 54, p. 253.

²⁴ Ainsi, à propos de l'arbitrage, I. FADLALLAH, "Clauses d'arbitrage et groupes de sociétés". *Trav. Com. fr. DIP (1984-1985)*. Ed. CNRS, Paris, 1987, p. 105, qui rappelle que traditionnellement, celui-ci est vu comme un moyen exceptionnel, pour ne pas dire anormal, du règlement des litiges car il entraîne la soustraction des parties à leur juge naturel, la juridiction étatique, et à toutes les garanties inhérentes au recours au juge normalement compétent.

mêmes termes pour la convention d'élection de for. La question à résoudre est la suivante : conclue en même temps ou à propos d'un contrat quelconque, la convention de juridiction doit-elle connaître le même sort que celui-ci ?²⁵

Ce problème naît d'abord quand on se demande si la nullité, l'extinction du contrat principal, la condition ou le terme l'affectant par exemple, implique *nécessairement* le même traitement pour la convention de juridiction. Selon que celle-ci est considérée comme une partie indissociable du contrat principal ou, au contraire, comme un contrat à part entière²⁶, son sort sera lié à celui de ce contrat ou sera examiné de manière indépendante. Cette deuxième solution a l'avantage de permettre à la convention de juridiction de remplir son rôle de règlement des litiges même quand ceux-ci touchent directement à la validité du contrat principal.

Puisque cela favorise le but pour lequel elle a été conclue, la *convention d'arbitrage* est généralement reconnue autonome ou indépendante du contrat principal. On sait qu'en France, l'arrêt *Gosset*²⁷ a ouvert la voie en ce sens dans un cas de nullité du contrat principal et que d'autres décisions ont adopté la même solution pour d'autres hypothèses²⁸. En Belgique, l'autonomie de la clause arbitrale est prévue par l'article 1697 (2) du Code judiciaire²⁹. Faute d'arrêt marquant ou de texte légal en France³⁰ ou en Belgique, la situation de la *convention d'élection de for* est moins claire. Mais la faveur doctrinale pour son autonomie est certaine³¹, position qui paraît justifiée. On ne voit pas pourquoi il faudrait sur ce point distinguer entre les deux conventions de juridiction puisque la reconnaissance de leur autonomie correspond à la fonction propre qu'elles remplissent toutes deux vis-à-vis du contrat principal.

On considère généralement que l'autonomie des conventions de juridiction comporte un second volet : la possibilité que ces clauses soient *soumises à une loi différente* de celle applicable au rapport de droit principal³². Si la clause est envisagée comme un contrat indépendant pour tous les vices ou problèmes éventuels qui pourraient affecter son efficacité, il semble logique que, quant au droit qui lui est applicable de même, son sort soit étudié séparément de celui de la convention principale. Aussi, en France, a-t-on estimé, dans la foulée de l'arrêt *Gosset*, que l'autonomie de fond qui venait d'être reconnue à la clause compromissoire devait avoir pour conséquence que cette dernière puisse être régie par une

²⁵ Pour en savoir plus sur cette question, v. par exemple, F.E. KLEIN, "Du caractère autonome de la clause compromissoire, notamment en matière d'arbitrage international (dissociation de la nullité de cette clause et de celle du contrat principal)", *Rev. crit. DIP*, 1961, p. 499 et s. ; F. RIGAUX, "L'autonomie de la clause compromissoire en droit belge", *Ann. dr. sc. pol.*, 1961, p. 215 et s.

²⁶ V. en ce sens, M.-L. NIBOYET-HOEGY, note sous Cass. fr. (1^o Ch. civ.), 6 décembre 1988 (sté Navimpex c. sté Wiking), *J.D.I.*, 1990, p. 139, qui explique la solution de l'autonomie de la convention d'arbitrage par "la prise en compte d'une *dualité des contrats* qui — malgré le lien d'accessorité qui les unit — portent sur des objets différents".

²⁷ Cass. civ., 7 mai 1963 (Établissements R. Gosset c. sté Carapelli), *JCP*, 1963, II, 13405, note B. GOLDMAN, *Rev. crit. DIP*, 1963, p. 615, note H. MOTULSKY.

²⁸ V. *supra* n^o 99.

²⁹ V. également, M. HUYS, G. KEUTGEN, n^o 159.

³⁰ V. cependant H. GAUDEMET-TALLON, note sous Paris (1^o Ch. suppl.), 26 mars 1991 (Comité populaire de la Municipalité d'El Mergeb c. sté Dalico), *Rev. arb.*, 1991, p. 466, qui déclare que la Cour de cassation française admet de plus en plus une certaine autonomie de la convention d'élection de for par rapport au contrat principal. Cet auteur n'en mentionne toutefois aucun exemple.

³¹ V. par exemple, C. BLANCHIN, p. 85 ; H. GAUDEMET-TALLON, note sous Cass. fr. (1^o Ch. civ.), 9 octobre 1990 (Broca c. Anjot), *Rev. crit. DIP*, 1991, p. 139 ; H.R. WIRTH, "Gerichtsstandsvereinbarungen im internationalen Handelsverkehr", *N.J.W.*, 1978, p. 462.

³² V. par exemple M. de BOISSÉSON, n^o 579, p. 491 ; Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, n^{os} 412 et s., p. 227 et s. ; F.E. KLEIN, *op. cit.* {préc. n. 25}, n^o 2, p. 500.

loi différente de celle du contrat principal³³. Ce point est généralement admis pour les deux conventions de juridiction³⁴. Et il paraît effectivement théoriquement souhaitable pour marquer, comme il a été souligné pour l'autonomie quant aux solutions de fond, la spécificité des conventions de juridiction.

L'autonomie des conventions de juridiction quant au droit applicable permet d'envisager à présent, pour ces clauses uniquement, les lois susceptibles de leur être appliquées.

B) Lois envisageables pour la dimension contractuelle des conventions de juridiction.

301. Comme les conventions de juridiction sont des contrats à part entière, elles sont soumises, en théorie, aux mêmes principes de droit applicable que les autres contrats. Si c'est effectivement le cas pour les conditions de fond des clauses (b), il faut préciser qu'il n'en est pas tout à fait ainsi pour leur forme (a).

a. La forme des conventions de juridiction.

302. On n'évoquera que brièvement le problème de la loi applicable à la forme des conventions de juridiction. Il existe en effet en ce domaine des règles matérielles uniformes retirant à la question une partie de son intérêt pratique. Il faut par ailleurs annoncer qu'en examinant ultérieurement l'évolution que connaît en France la forme de la convention d'arbitrage, on remarquera que, faisant écho aux difficultés de qualification que suscite cette question³⁵, le recours à une *lex causæ* est désormais, dans ce pays, supplanté par l'application de la *lex fori*³⁶.

303. Les *règles matérielles uniformes* régissant la forme des conventions de juridiction sont l'article 17 de la Convention de Bruxelles pour la convention d'élection de for et les articles II (2) de la Convention de New York³⁷ et 2 (a) de la Convention de Genève pour la convention d'arbitrage. Il convient de remarquer qu'alors que la Convention de New York a été conclue en vue de favoriser la reconnaissance et l'exécution des sentences, son article II envisage un moment antérieur à cette question : l'hypothèse du déclinatoire de compétence consécutif à une exception d'arbitrage. Aussi considère-t-on généralement que l'exigence formelle de l'article II est une règle matérielle uniforme dont l'application est *générale*, c'est-à-dire valable pour le stade du déclinatoire de compétence comme pour celui de l'exequatur d'une sentence³⁸.

Quant à la règle de conflit applicable, *en droit commun*, à la forme des conventions d'arbitrage, on recourt, en Allemagne, à la règle valable pour la forme de tout acte juridique, celle qu'énonce l'article 11 de l'*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*

³³ V. par exemple H. MOTULSKY, *op. cit.* {préc. n. 27}, p. 623.

³⁴ V. par exemple pour la convention d'élection de for, H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.* {préc. n. 31}, p. 138 ; H. SCHACK, "Derogation des Vermögensgerichtsstandes zwischen deutscher *lex fori* und ausländischem Prorogationsstatut", *JPRax*, 1990, p. 19 ; H.R. WIRTH, *op. cit.* {préc. n. 31}, p. 462 ; et pour la convention d'arbitrage, C. KESSEDJIAN, note sous Paris (1^o Ch. suppl.), 20 janvier 1987 (Bomar Oil c. E.T.A.P.), *Rev. arb.*, 1987, p. 491.

³⁵ V. *supra* n^o 60.

³⁶ V. *infra* n^{os} 333 à 337 et n^o 345.

³⁷ Sur cet article, v. J. VAN DEN BERG, p. 170 à 228.

³⁸ V. par ex. B. GOLDMAN, *op. cit.* {préc. n. 23}, n^o 37 ; C. KESSEDJIAN, *op. cit.* {préc. n. 34}, p. 496. — Pour un cas d'application, v. Cass. fr. (Ch. com.), 25 février 1986 (sté C.O.N.F.E.X. c. Ets Dahan et Denis Bellue), *J.D.I.*, 1986, p. 735, note J.-M. JACQUET.

(EGBGB, la loi introductive au Code civil allemand)³⁹ : la convention d'arbitrage doit dès lors alternativement répondre aux conditions de forme imposées par sa propre loi ou à celles de la loi du pays où elle a été conclue. En France, la situation traditionnelle est moins claire⁴⁰, mais il semble que la jurisprudence renonce à l'application de la règle *locus regit actum*⁴¹ pour se référer uniquement à la loi de la convention d'arbitrage⁴². La même solution paraît être adoptée en Belgique : la forme de la convention d'arbitrage dépend de la loi d'autonomie⁴³.

La forme de la convention d'élection de for a été explicitement soumise, à plusieurs reprises, à la loi du for saisi par le *Bundesgerichtshof* : un juge allemand imposera dès lors le respect des exigences de l'article §38 de la *Zivilprozessordnung*⁴⁴. C'est la solution que, dans d'autres pays, la doctrine dominante prône⁴⁵.

304. Il convient de faire quelques précisions sur les rapports entre les règles de conflit du droit commun et les règles matérielles conventionnelles.

En principe, le droit commun n'intervient que lorsque le droit conventionnel ne s'applique pas. Mais, en ce qui concerne les conventions d'arbitrage entrant dans le champ d'application de la Convention de New York, M. Hausmann a suggéré qu'en vertu de l'article VII de celle-ci, la règle de conflit du droit commun soit préférée à l'application de la

³⁹ V. R. SCHÜTZE, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1991, n° 75, qui lie cette solution à la nature juridique de la convention d'arbitrage, un contrat de droit privé. V. également D. RAHMANN, p. 41, qui dit que telle est la position de la doctrine et de la jurisprudence dominantes.

⁴⁰ V. E. LOQUIN, note sous Paris (1° Ch. Sect. suppl.), 20 janvier 1987 (Bomar Oil c. E.T.A.P.), *J.D.I.*, 1987, p. 948, qui remarque que le droit international privé français ne comprend pas de règle de conflit certaine pour la forme de la convention d'arbitrage.

⁴¹ V. B. GOLDMAN, *op. cit.* {préc. n. 23}, n° 10, qui remarque que, bien que l'application à la convention d'arbitrage international de la règle de conflit relative à la forme des actes en général n'ait jamais été explicitement déniée par la jurisprudence, il faut constater que jamais la forme de cette convention n'a été appréciée en fonction du lieu de conclusion.

⁴² En ce sens, E. LOQUIN, note sous Cass. fr. (1° Ch. civ.), 10 juillet 1990 (sté L. et B. Cassia c. sté Pia), *J.D.I.*, 1992, p. 172, qui remarque que, dans son article V, la Convention de New York consacre l'exclusion de la loi du lieu de conclusion de l'acte puisqu'elle soumet la question de la validité de la clause compromissoire à la loi d'autonomie sans distinguer les conditions de forme et de fond de l'acte. V. également le même auteur, *op. cit.* {préc. n. 40}, p. 950. — *contra* Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, n° 604, p. 382, qui, après avoir évoqué les différents rattachements possibles pour la forme, pensent pouvoir conclure que "la convention d'arbitrage est valable en la forme si elle respecte soit les prescriptions de la loi choisie par les parties pour régir au fond la convention d'arbitrage, soit celles de son lieu de conclusion".

⁴³ V. M. HUYS, G. KEUTGEN, n° 640, qui disent que les formes du droit belge sont requises quand ce droit est applicable à la convention d'arbitrage. Mais quand ces auteurs abordent plus loin le domaine de la loi de la convention d'arbitrage, la loi d'autonomie, ils ne mentionnent plus explicitement les formes (M. HUYS, G. KEUTGEN, *ibidem*, n° 672).

⁴⁴ Le *Bundesgerichtshof* a adopté cette solution dans un arrêt du 17 mai 1972 (BGH, 17 mai 1972, *N.J.W.*, 1972, p. 1622, note R. GEIMER, *A.W.D.*, 1972, p. 356, et le commentaire de B. von HOFFMANN, *A.W.D.*, 1972, p. 416). A l'époque, l'article §38 ZPO admettait la convention d'élection de for tacite. Le recours à la loi du for saisi pour les formes de cette clause permettait donc de l'affranchir des conditions plus strictes de la loi applicable à sa formation. Cette jurisprudence a été maintenue tandis qu'entretiens (en 1974), l'article §38 ZPO a été modifié et ne permet plus d'éviter la forme écrite que quand il s'agit de commerçants ou de personnes morales de droit public. Ainsi, par exemple, le *Bundesarbeitsgericht* a-t-il confirmé l'application de la loi du for saisi aux formes de la convention d'élection de for (BAG, 27 janvier 1983, *IPRax*, 1985, p. 276). Cette solution semble désormais admise par la doctrine allemande (en ce sens, H. SCHACK, *op. cit.* {préc. n. 34}, p. 20). En 1988, M. Hausmann écrit d'ailleurs que cette solution correspond à la doctrine et à la jurisprudence dominantes (R. HAUSMANN, n° 1236).

⁴⁵ A. HUET, n° 40. V., dans le même sens, G. KAUFMANN-KOLHER, p. 97 et p. 215.

règle matérielle conventionnelle, si cette solution s'avérait favorable à la reconnaissance de la clause et dès lors à l'arbitrage⁴⁶. Il convient d'observer que cette position se fonde sur une interprétation large de l'article VII. Cet article dispose, en effet, que la Convention de New York ne prive pas les parties de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admises par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée. Il ne concerne donc explicitement que l'hypothèse de l'exécution d'une sentence. Peut-on s'y référer quand la règle matérielle de l'article II doit jouer dans l'hypothèse du déclinatoire de compétence ? Les Allemands le pensent⁴⁷ ; les auteurs français sont plus réticents⁴⁸. Il convient cependant de remarquer que la Cour d'appel de Versailles, dans un arrêt *Bomar Oil* du 23 janvier 1991, a décidé que l'article VII pouvait jouer dans le cadre d'un recours en annulation, hypothèse qui, elle aussi, est différente de celle qu'il vise explicitement⁴⁹.

En réalité, la position de M. Hausmann a pour objectif concret de contourner l'exigence de l'article II (2) de la Convention de New York. Requéran un écrit signé des parties ou contenu dans un échange de lettres ou de télégrammes, cette disposition est en effet jugée trop exigeante au regard des usages du commerce international⁵⁰. Or, tout en suggérant d'utiliser l'article VII de la Convention de New York pour permettre l'application du droit commun plus souple de l'Etat où est soulevée la convention d'arbitrage⁵¹, M. Hausmann propose un changement de la règle de conflit allemande applicable à la forme de cette clause. Au lieu de se référer à la règle prévue par l'article 11 EGBGB⁵², on devrait adopter la même solution que celle qui joue pour la forme de la convention d'élection de for : l'application de la *lex fori*⁵³. Cette suggestion, si elle était suivie, aurait un avantage pratique. Elle conduirait à un assouplissement des formes imposées aux conventions d'arbitrage en permettant d'éviter l'exigence d'un écrit imposée par l'article II (2) de la Convention de New York au profit de la règle de l'article §1027 (2) de la *Zivilprozessordnung* qui ne requiert aucune forme particulière quand la convention d'arbitrage est conclue entre commerçants⁵⁴⁵⁵.

⁴⁶ R. HAUSMANN, n° 1339.

⁴⁷ V., par exemple, R. HAUSMANN, n° 1339 ; P. SCHLOSSER, n° 160 ; D. RAHMANN, p. 41.

⁴⁸ V., par exemple, J.-M. JACQUET, *op. cit.* {préc. n. 38}, p. 740, qui estime qu'une interprétation stricte de l'article VII oblige à convenir que cet article ne vise que les sentences. Dans un sens analogue, C. KESSEDJIAN, *op. cit.* {préc. n. 34}, p. 495.

⁴⁹ Versailles, 23 janvier 1991 (sté Bomar Oil c. ETAP), *Rev. arb.* 1991, p. 291, note C. KESSEDJIAN.

⁵⁰ V., par exemple, C. KESSEDJIAN, *op. cit.* {préc. n. 49}, p. 303. — *adde* R. HAUSMANN, n° 1334, qui regrette que l'article II (2) de la Convention de New York ne permette pas de tenir compte des usages du commerce international.

⁵¹ R. HAUSMANN, n° 1339 ; P. SCHLOSSER, nos 375 et 377, qui remarque toutefois que dès lors qu'on a décidé d'invoquer le droit commun du for saisi, c'est-à-dire selon cet auteur, la règle de conflit applicable à la convention d'arbitrage, on ne peut pas, par ailleurs, se prévaloir des dispositions conventionnelles sur la reconnaissance des sentences. Cette remarque rejoint en réalité un autre problème qui est celui de savoir si on peut, grâce à l'article VII, faire une combinaison entre les dispositions favorables de la Convention de New York et celles du droit commun (sur cette question, v. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, n° 615, p. 390 ; P. SCHLOSSER, n° 158).

⁵² Sur cette règle v. *supra* n° 303.

⁵³ R. HAUSMANN, n° 1391. Dans le même sens, D. RAHMANN, p. 41.

⁵⁴ R. HAUSMANN, n° 1391. — Pour une présentation de l'article § 1027 ZPO, v. par ex. A. KOHL, "L'arbitrage en droit allemand", *Rev. dr. intern. comp.*, 1990, p. 16.

⁵⁵ On observera plus loin qu'en France la jurisprudence poursuit le même objectif d'assouplissement des formes de la convention d'arbitrage tout en utilisant un procédé un peu différent (v. *infra* nos 332 et s.)

b. Les conditions de fond des conventions de juridiction.

305. S'il est concevable que, pour leurs conditions de fond, les conventions de juridiction soient soumises à une loi différente de celle des autres contrats, on considère généralement qu'elles dépendent de la loi d'autonomie (aa). Il convient de se demander si les règles de la Convention de Rome ne pourraient pas être applicables à la formation des conventions étudiées (bb).

306. (aa) On pourrait se demander si, eu égard à leur spécificité juridictionnelle, les conventions d'arbitrage et d'élection de for ne devraient pas être régies par une règle de conflit qui leur soit propre, différente de celle valable pour les autres contrats.

Cette question semble ne pas avoir été soulevée à propos de la convention d'arbitrage pour laquelle le recours à la loi d'autonomie est la solution traditionnellement retenue⁵⁶, notamment grâce à sa consécration dans les Conventions de Genève et de New York. Mais dans certains exposés relatifs à la clause attributive de juridiction, se retrouve l'idée que l'originalité de cette clause requerrait une règle de conflit spécifique. Ainsi suggère-t-on parfois que cette clause soit régie exclusivement par la loi du for saisi ou seulement par celle du for désigné⁵⁷ ou encore par la loi du contrat de base ou la loi nationale des parties⁵⁸. Dans sa thèse, Mme Gaudemet-Tallon a proposé de soumettre la convention d'élection de for à l'application cumulative de la loi du for désigné et de celle du for exclu⁵⁹.

On ne s'attardera pas sur ces suggestions de règle de conflit propre pour la convention d'élection de for ; on les mentionne uniquement pour indiquer que leur objet n'est pas le même que celui de la réflexion ici menée. De telles propositions ont en effet été défendues dans le cadre d'exposés recherchant une solution de droit applicable valable pour *tous* les aspects de la convention d'élection de for. A la recherche de "la" loi applicable à cette clause, ces auteurs suggéraient des solutions différentes de celle applicable aux contrats substantiels pour marquer l'originalité de la clause attributive de juridiction. Ainsi, pour rendre compte des aspects juridictionnels de celle-ci, a-t-on souvent prétendu que "la" loi qui devait lui être applicable était celle d'un for donné, c'est-à-dire, selon les théories, "la loi du for désigné", celle du "for exclu", ou même parfois ces deux lois en même temps. Mais notre étude a pris pour point de départ le principe du *dépeçage* des lois applicables à la convention d'élection de for. Il semble en effet qu'eu égard à ses composantes contractuelle et juridictionnelle, cette convention de juridiction ne doive rationnellement pas être soumise à une seule loi. Comme on l'a indiqué, la spécificité de cette clause par rapport aux autres contrats se manifeste dans la solution de droit applicable retenue pour ses aspects juridictionnels : la loi du for saisi. Par ses aspects contractuels, par contre, cette clause se rapproche des contrats substantiels puisqu'elle

⁵⁶ En ce sens, par ex., F. RIGAUX, M. FALLON, n° 1413. Pour un cas d'application, v. Paris (1° Ch.), 9 décembre 1955 (sté Goldschmidt c. sté Vis & Zoon), *Rev. crit. DIP.* 1956, p. 523, note H. MOTULSKY.

⁵⁷ V. par exemple, E. LORENZ, "Zur internationalen Zuständigkeit und zur Formwirksamkeit der Derogation deutscher Arbeitsgerichte nach dem autonomen deutschen Kollisionsrecht", *IPRax*, 1985, p. 260 et 261, qui envisage ces diverses possibilités.

⁵⁸ Ces solutions sont évoquées par M^{lle} Blanchin dans sa présentation des solutions de droit applicable qui ont été proposées par la doctrine (C. BLANCHIN, p. 52).

⁵⁹ H. GAUDEMET-TALLON, n°s 128 à 135.

dépend en principe des *lex causae*⁶⁰. Or l'objet de cette section consiste seulement à développer ce dernier principe. Il ne s'agit pas de rechercher "la" loi applicable à la convention d'élection de for, susceptible de rendre compte, à elle seule, de la spécificité de cette convention puisque, à notre avis, l'originalité de celle-ci se traduit, en fait, par le principe d'une scission "*lex fori/lex causae*".

Par conséquent, puisque la règle de conflit envisagée à présent est celle qui régit *uniquement les aspects contractuels* des conventions de juridiction, il semble logique de défendre, pour la convention d'élection de for comme pour la convention d'arbitrage, la solution valable pour tous les contrats : le recours à la *loi d'autonomie*^{61,62}.

307. Cependant, si tel est le principe, il faut remarquer que bien rarement, les parties auront songé à spécifier la loi applicable à la convention de juridiction⁶³. En l'absence de choix exprès des parties, quelle règle de conflit de lois subsidiaire appliquer ?⁶⁴

Aucune unanimité ne semble régner sur ce point. Deux types de solutions surtout se dégagent, censées correspondre à la volonté implicite des parties : tantôt on préconise de soumettre à la loi régissant le contrat principal la formation de la convention de juridiction pour laquelle aucune loi spécifique n'a été choisie⁶⁵ ; tantôt on se réfère à ce qui pourrait être considéré comme la loi du "lieu d'exécution" de la convention de juridiction, la loi du lieu de l'arbitrage pour la convention d'arbitrage⁶⁶ et, pour la convention d'élection de for, la loi du for prorogé ou celle du for saisi et dérogé⁶⁷.

La première solution a l'avantage de favoriser la cohérence entre le traitement du contrat principal et celui de la convention de juridiction. Certes, le principe d'autonomie s'oppose à ce que les clauses arbitrale ou d'élection de for soient *systématiquement* soumises à la même loi que le contrat dans lequel elles sont insérées. Mais on peut penser que ce

⁶⁰ Le principe du double rattachement de la convention d'élection de for, c'est-à-dire la dépendance de celle-ci vis-à-vis des conflits de juridictions et vis-à-vis du conflit de lois a été expliqué dans le premier chapitre de cette étude (v. *supra* n^{os} 37 à 82).

⁶¹ Telle est d'ailleurs, selon Mme Gaudemet-Tallon, l'opinion dominante pour la convention d'élection de for (H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.* {préc. n. 31}, p. 138). V. également en ce sens H.R. WIRTH, *op. cit.* {préc. n. 31}, p. 462.

⁶² On observera dans la section suivante en quoi la spécificité des conventions de juridiction peut se traduire par des solutions de droit applicable originales même à propos de leurs aspects contractuels (v. *infra* n^{os} 326 et s.).

⁶³ En ce sens pour la convention d'arbitrage, C. KESSEDJIAN, *op. cit.* {préc. n. 34}, p. 491.

⁶⁴ Sur cette question à propos de la convention d'arbitrage, v. par ex. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, n^o 425, p. 238 et s.

⁶⁵ En ce sens pour la convention d'élection de for, B. HANOTIAU, M. FALLON, "Chronique de jurisprudence (1965 à 1985) - Les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles et non contractuelles". *J.T.*, 1987, n^o 21, p. 102 ; H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.* {préc. n. 31}, p. 138 ; J. LAENENS, *op. cit.* {préc. n. 11}, n^o 22, p. 228 ; P. MAYER, n^o 302 ; H. SCHACK, *op. cit.* {préc. n. 34}, p. 19 ; H.R. WIRTH, *op. cit.* {préc. n. 31}, p. 462. Pour un cas d'application, v. LG München, 27 novembre 1990, *R.I.W.*, 1991, p. 150. — Pour la convention d'arbitrage, v. H. MOTULSKY, *op. cit.* {préc. n. 27}, p. 624. Pour des cas d'application, v. Trib. civ. de la Seine (1^o Ch.), 7 juin 1956 (Eddie Constantine c. Buck et Dolivet), *Rev. crit. DIP*, 1956, p. 683, note H.B. ; OLG Hamburg, 22 septembre 1978, *RIW/AWD*, 1979, p. 482, note E. MEZGER, où la Cour justifie cette solution par le fait qu'elle correspond à la volonté des parties.

⁶⁶ Telle est la solution retenue par les conventions de New York (art. V 1 a) et de Genève (article IX 1 a). V. également, à propos de cette solution, les sentences citées par C. KESSEDJIAN, *op. cit.* {préc. n. 34}, p. 492.

⁶⁷ V. E. LORENZ, *op. cit.* {préc. n. 57}, p. 261, qui explique de telles solutions par l'idée que les parties auraient implicitement soumis la convention d'élection de for à la loi de l'Etat le plus intéressé. C'est-à-dire selon l'accent posé, celui dont un for a été élu ou celui dont la compétence des tribunaux a été exclue.

principe n'interdit pas, à défaut d'intention explicite des parties d'évincer la loi applicable à la convention principale, de partir d'une présomption d'identité de la loi applicable à toutes les clauses contractuelles, y compris les clauses de juridiction⁶⁸. Une telle position a également l'intérêt pratique de limiter les recherches de droit applicable que doit effectuer le juge puisqu'une seule démarche suffira pour déterminer la loi régissant le contrat principal et la convention de juridiction qu'il contient.

Il faut cependant remarquer que le deuxième type de solution a non seulement l'avantage théorique d'être plus conforme à l'idée d'autonomie des conventions de juridiction mais risque également de se révéler préférable pour la *prévisibilité* de la loi qui leur est applicable. Il arrive en effet que, faute de choix explicite des parties sur ce point, la loi applicable au contrat principal doive elle-même être déterminée par le juge saisi. Or les critères qu'il utilisera à cet égard sont relativement vagues — “la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits”⁶⁹ ou la “loi que les parties ont implicitement choisie” par exemple. Dans une telle hypothèse, il est difficile d'anticiper avec certitude la loi qui régira le contrat principal, et dès lors celle qui régira la formation de la convention de juridiction si telle est la solution retenue.

On comprend dès lors que la doctrine ait du mal à trancher clairement en faveur de l'une ou l'autre proposition pour déterminer la loi applicable aux aspects contractuels des conventions de juridiction en l'absence de choix exprès des parties. On peut cependant penser que le recours à la loi du lieu de l'arbitrage ou à celle du for prorogé, c'est-à-dire à une loi facilement déterminable pour les parties au moment de la conclusion de la clause, est la moins mauvaise des solutions étant donné qu'elle favorise la prévisibilité du régime auquel la clause risque d'être ultérieurement soumise.

308. Il paraît intéressant de terminer cet aperçu de la problématique de la loi applicable à la formation des conventions de juridiction en mentionnant rapidement quelques solutions particulières susceptibles de *compléter le principe général du recours à la loi d'autonomie*.

Ainsi, en Allemagne, les solutions qui viennent d'être exposées sont nuancées par la règle suivante : si le point de formation litigieux concerne *l'interprétation à donner au comportement* de la partie à qui la clause est opposée, par exemple quand on se demande si son silence peut valoir acceptation de la clause, on admet que cette personne invoque la loi de son domicile pour établir qu'elle n'a pas consenti. Cette règle protectrice, qui rejoint celle que stipule, pour les contrats en général, l'article 8 (2) de la Convention de Rome, a été énoncée par la jurisprudence allemande à propos de la convention d'élection de for⁷⁰ et semble devoir jouer également pour la convention d'arbitrage⁷¹.

Il convient également de mentionner la solution retenue par la loi suisse sur le droit international privé. L'article 178 (2) prévoit que la convention d'arbitrage sera considérée comme valable si elle répond aux conditions de “fond” du droit choisi par les parties, du droit régissant le fond du litige et notamment du droit applicable au contrat principal ou du droit suisse. Un tel rattachement alternatif, tout à fait concevable pour la convention d'élection de for également, consacre la “*favor validitatis*” et a pour but d'éviter les contestations sur la validité de la clause⁷², permettant ainsi l'application de celle-ci le plus souvent possible.

⁶⁸ En ce sens. H. MOTULSKY. *op. cit.* {préc. n. 27}. p. 622.

⁶⁹ V. l'art. 4 (1) Conv. Rome.

⁷⁰ V. BGH. 22 septembre 1971. *N.J.W.*. 1972. p. 391. notes R. GEIMER. J. SCHMIDT-SALZER.

⁷¹ En ce sens. D. RAHMANN. p. 36.

⁷² A. BUCHER. n° 102. p. 42.

On voit ainsi que le recours au principe de la loi d'autonomie pour régir les aspects contractuels des conventions de juridiction peut être nuancé soit, dans le but de protéger une partie, en imposant l'application cumulative de la loi de son domicile, soit, pour augmenter les cas d'application de la clause, en déterminant les lois qui contribuent alternativement à décider de sa validité.

309. (bb) Ce bref aperçu des solutions de droit applicable concevables pour régir la formation des conventions de juridiction permet de tirer quelques *conclusions*. On constate qu'il n'y a guère de raison de soumettre la dimension contractuelle des conventions de juridiction à des solutions différentes de celles des autres contrats. Il paraît adéquat de garder comme principe le recours à la loi d'autonomie et, comme solution en l'absence de choix exprès des parties, l'application des lois qui présentent “les liens les plus étroits” avec les clauses concernées. On peut penser que ce serait le cas de la “loi du siège arbitral” pour la convention d'arbitrage et de la “loi du for prorogé” pour la convention d'élection de for.

Or, il convient de remarquer que ces principes, “loi d'autonomie”, “loi du pays qui présente les liens les plus étroits avec la situation”, correspondent à ceux qu'énonce la Convention de Rome, dans ses articles 3 et 4. Par ailleurs, la solution particulière allemande évoquée est inspirée de l'article 8 (2) de cette Convention. Il paraît dès lors possible de défendre l'idée que les questions relatives à la formation des conventions de juridiction devraient se résoudre, en principe, c'est-à-dire abstraction faite des nuances qui seront abordées plus loin⁷³, conformément aux solutions de droit applicable prévues par la *Convention de Rome*⁷⁴.

On rétorquera peut-être que l'article premier de cette convention exclut expressément de son champ d'application les conventions d'arbitrage et d'élection de for. L'argument ne semble pas dirimant. Notre proposition ne concerne *que les aspects contractuels de ces clauses*, c'est-à-dire les points par lesquels elles ne se distinguent pas des contrats substantiels. La Convention de Rome n'aurait pas à régir les autres aspects qui, relatifs à leur effet juridictionnel telles leur “licéité de principe” et leur “admissibilité”, relèvent par principe de la loi du for saisi ou de la Convention de Bruxelles quand il s'agit de la convention d'élection de for⁷⁵. Nous pensons en effet que l'exclusion prévue à l'article premier de la Convention de Rome s'explique parfaitement pour ces questions qui ne dépendent pas du conflit de lois mais des conflits de juridictions. Elle paraît par contre théoriquement moins justifiée pour la dimension contractuelle des conventions de juridiction.

Il semble donc que la soumission de la dimension contractuelle des conventions étudiées aux solutions de droit applicable prévues par la Convention de Rome non seulement ne heurterait pas l'exclusion que celle-ci prévoit mais correspondrait aux ressemblances théoriques entre ces clauses et les autres contrats. Elle aurait en outre l'avantage de favoriser l'uniformisation des solutions applicables dans les pays l'ayant

⁷³ A propos des nuances au principe du recours à des *lex causæ* que la spécificité juridictionnelle des conventions de juridiction peut suggérer dans le cadre du droit commun ou dans celui de la Convention de Bruxelles, v. *infra* nos 326 et s.

⁷⁴ Dans un sens analogue, P. SCHLOSSER, n° 385, qui estime que les principes de la Convention de Rome sont transposables à la convention d'arbitrage. V. également BGH, 15 décembre 1986. *IPRax*, 1988, p. 26, qui applique à la convention d'élection de for la règle posée par l'article 8 (1) de la Convention de Rome et qui a été reprise par l'article §31 (1) de l'EGBGB (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*). — *adde* K. FIRSCHING, B. von HOFFMANN, *Internationales Privatrecht einschliesslich der Grundzüge des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, 4^o éd., Verlag C.H.Beck, Munich, 1995, note 130, p. 84, qui remarquent que les tribunaux appliquent de manière analogue les principes de la Convention de Rome aux conventions d'arbitrage et d'élection de for.

⁷⁵ Sur ces principes, v. *supra* nos 73, 74 et 119.

ratifiée. Par ailleurs, il semble que cette position ne bouleverserait pas de manière sensible les solutions concrètes qui se rencontrent déjà dans les différents pays évoqués. Cette position répondrait dès lors à un souci théorique de clarification et de simplification des problèmes⁷⁶.

§2 — *La dimension accessoire des conventions de juridiction.*

310. Contrat à part entière, la convention de juridiction est soumise à l'effet relatif des contrats : elle ne lie que les personnes qui l'ont conclue. Elle est par ailleurs, pour tout ce qui concerne son appréciation, indépendante du contrat principal. Or, la caractéristique des conventions étudiées qui va être évoquée à présent complète et nuance cette première approche. Se rapportant nécessairement à un rapport de droit sous-jacent, la clause de juridiction va parfois voir son sort *lié* au sort de celui-ci. Par ailleurs, si elle est *transmise* avec le contrat principal, elle va obliger des personnes qui n'ont pas concouru à sa formation. Il convient d'exposer les différentes facettes de cette apparente "exception" à l'autonomie des conventions d'arbitrage et d'élection de for (A) avant d'en déduire des conséquences de droit applicable dans certaines hypothèses de "transmission" au sens large des droits et obligations auxquelles ces clauses se rapportent (B).

A) La convention de juridiction, contrat se référant à un rapport de droit principal : implications.

311. Dès le début de cette étude, nous avons souligné l'importance de ne pas définir les conventions de juridiction uniquement par leur origine contractuelle et leurs effets juridictionnels mais aussi par leur caractère accessoire⁷⁷. Bien qu'elles puissent être abordées comme des contrats à part entière, les conventions de juridiction n'ont, en effet, aucun sens si elles ne concernent pas une situation ou un litige qui leur est extérieur. Elles ne se suffisent pas à elles-mêmes. On l'illustrera en évoquant l'hypothèse de la transmission de la convention de juridiction avec le contrat principal (a) avant d'indiquer l'intérêt de reconnaître, dans certains cas, la dépendance de la première par rapport au second (b).

a. La transmission avec le contrat principal.

312. La dimension accessoire des conventions étudiées explique que chaque fois que le contrat principal fait l'objet de ce que, de manière vague, on désignera par le terme "transmission", celles-ci soient également transmises pour pouvoir trouver application, quels que soient les avatars de la situation contractuelle initiale⁷⁸⁷⁹. Une brève présentation⁸⁰ de ces hypothèses de transmission l'indiquera.

⁷⁶ Remarquons cependant que cette solution ne pourrait pas, en raison des particularités des conventions de juridiction, valoir pour toutes les règles de la Convention de Rome. Ainsi quand l'article 10 de la Convention prévoit que le domaine de la loi du contrat régit l'"exécution des obligations", les "conséquences de leur inexécution" et leurs "modes d'extinction", il faut constater que, pour les conventions de juridiction, chaque fois qu'il s'agit de obligations juridictionnelles, ces points échapperont au domaine de la loi applicable à la clause pour dépendre de la loi du for saisi. Autrement dit, alors que les effets d'un contrat normal sont soumis à la loi qui en régit la formation, tel n'est pas le cas pour les conventions de juridiction (en ce sens pour la convention d'arbitrage. P. SCHLOSSER, n° 394).

⁷⁷ V. *supra* n° 10.

⁷⁸ Dans un sens analogue. B. GOLDMAN, *op. cit.* {préc. n. 16}, n° 26.

⁷⁹ Pour une hypothèse qui s'explique aussi par la dimension accessoire des clauses étudiées tout en ne concernant pas un cas de transmission du contrat principal. v. Comm. Bruxelles (7° Ch.), 5 octobre 1994 (sté Van Hopplynus c. sté Coherent). *J.T.* 1995, p. 344. et les observations de B. HANOTIAU ("Arbitrage et

En cas de *transmission contractuelle* du contrat principal, par exemple suite à une cession ou à une subrogation contractuelle, on considère, en France, que les conventions d'arbitrage et d'élection de for, "indissociables de l'économie du contrat"⁸¹, sont transmises également⁸² sans qu'une clause expresse soit nécessaire à cet effet⁸³. Dans ces hypothèses, un tiers devient donc lié par le contrat en général et par la convention de juridiction en particulier⁸⁴. Cette dernière jouera par conséquent dans les rapports entre le cessionnaire et le débiteur cédé ou entre le subrogé et le subrogataire, que le cessionnaire ou le subrogé invoque lui-même la clause⁸⁵ ou qu'elle lui soit opposée par le débiteur cédé ou le subrogataire⁸⁶⁸⁷. Cette solution s'explique notamment par le fait que si la clause de compétence ne pouvait être invoquée contre le cessionnaire, les prévisions du débiteur cédé ou du subrogé, partie au contrat originaire, seraient déjouées car il suffirait à son contractant de céder sa créance pour y mettre unilatéralement un terme⁸⁸. Il faut toutefois admettre une exception à cette transmissibilité de la clause de juridiction dans les

concessions de vente"), *Rev. Arb.*, 1995, p. 311, note B. HANOTIAU, où le tribunal a décidé que *la prorogation tacite du contrat initial* s'appliquait également à la clause d'arbitrage qu'il contenait.

⁸⁰ Pour un aperçu plus complet, v. B. GOLDMAN, *op. cit.* {préc. n. 16}, n^{os} 3 et s. ; J.-L. GOUTAL, *op. cit.* {préc. n. 12}, p. 444 et s.

⁸¹ J.-L. GOUTAL, *op. cit.* {préc. n. 12}, p. 445 citant un arrêt de la Cour d'appel de Paris relatif à la clause compromissoire ; pour une formule analogue à propos de la convention d'élection de for, v. l'arrêt *Siaci* de la Cour de cassation française du 25 novembre 1986 (sur cet arrêt, v. *infra* n^o 321).

⁸² En ce sens, B. GOLDMAN, *op. cit.* {préc. n. 16}, n^o 4, qui estime que tel est aussi le cas dans l'hypothèse de la *délégation* d'un tiers dans les droits et obligations d'une des parties à la convention. — *contra* toutefois sur ce point J.-L. GOUTAL, *op. cit.* {préc. n. 12}, p. 447, qui considère que la délégation et la novation sont des mécanismes qui opèrent substitution d'un tiers à une partie au rapport obligatoire mais qu'elles ne transmettent pas l'obligation puisqu'elles font naître une nouvelle obligation à la place ou à côté de l'ancienne (par l'engagement du délégué envers le délégataire ou par la convention novatoire) ; aussi la convention de juridiction ne serait-elle pas transmise. Notre présentation, qui entend expliquer les solutions de transmission de la convention de juridiction par la dimension accessoire de celle-ci, peut aider à trancher cette controverse en faveur de l'opinion de M. Goutal. Ce n'est en effet que dans les cas où l'obligation originaire est maintenue, même si c'est entre personnes différentes, qu'il se conçoit que la convention de juridiction qui a été conclue en vue de régler les litiges relatifs à cette obligation-là soit de même maintenue.

⁸³ B. GOLDMAN, *op. cit.* {préc. n. 16}, n^o 27. Dans le même sens pour la convention d'élection de for en Belgique, J. LAENENS, *op. cit.* {préc. n. 11}, n^o 66, p. 262.

⁸⁴ En ce sens, L. AYNES, note sous Paris (1^o Ch. suppl.), 26 mai 1992 (sté Guyapêche c. Abba Import Aktiebolag), *Rev. arb.*, 1993, p. 631.

⁸⁵ Remarquons que dans cette hypothèse, on pourrait se poser la question théorique si le débiteur cédé ou le subrogataire ne pourrait pas s'opposer à l'effet réclamé par celui qui se prévaut de la clause en prétendant qu'il y a eu cession de dette et que celle-ci ne peut avoir d'effet vis-à-vis de lui que s'il l'accepte. V. pour plus de détails, B. GOLDMAN, *op. cit.* {préc. n. 16}, n^{os} 49 et s., qui refuse ce droit au cédé.

⁸⁶ V. l'arrêt *Sté Guyapêche* précité (v. supra note n^o 84) pour le transfert d'une clause compromissoire dans le cas d'une subrogation. Pour un cas d'application relatif à la cession d'une clause compromissoire, v. Aix-en-Provence, 9 janvier 1997 (SNTM Hyproc c. Banque générale du commerce), *Rev. arb.*, 1997, p. 76, note D. COHEN. — V. dans le même sens, à propos de la cession de la *convention d'élection de for* suite à la transmission des obligations principales, A. LYON-CAEN, note sous Cass. fr. (Ch. soc.), 14 janvier 1976 (Genest c. sté Vibram), *J.D.I.*, 1977, p. 499.

⁸⁷ V. également Paris, 11 mars 1993, *Rev. crit. DIP*, 1995, somm. p. 818, qui a appliqué ce principe de transmission de la clause compromissoire à l'hypothèse de l'absorption d'une société par une autre et qui a dès lors décidé que la clause stipulée par la société absorbée était opposable à la société absorbante.

⁸⁸ L. AYNES, *op. cit.* {préc. n. 84}, p. 631.

hypothèses rares où elle aurait été conclue *intuitu personæ*⁸⁹ et où le changement de contractant y mettrait donc fin.

Le droit français décide également que la personne qui était tiers au contrat principal mais qui se retrouve liée par celui-ci suite à un cas de *transmission légale* doit respecter la clause de compétence. Telle est la solution par exemple⁹⁰ dans l'hypothèse de la subrogation légale de l'assureur dans les droits de l'assuré ou quand il y a transmission successorale, universelle ou à titre universel, *ab intestat* ou testamentaire^{91,92}.

Ainsi, "modalité" d'un rapport juridique⁹³, la convention de juridiction est-elle transmise avec celui-ci pour jouer dans les hypothèses et vis-à-vis des personnes envers lesquelles il doit être exécuté⁹⁴. Cette solution lui permet de remplir pleinement sa fonction juridictionnelle vis-à-vis du contrat principal.

313. Il convient de remarquer que la transmission des conventions de juridiction consécutive à la transmission du contrat auquel elles se réfèrent a pour conséquence de *diminuer quelque peu les exigences déduites de leur dimension contractuelle*. On a souligné plus haut l'importance du consentement à la clause de compétence, que des conditions de forme particulières viennent parfois renforcer. Or, la transmission de la clause étant "automatique", concomitante avec celle du contrat principal, elle ne requiert aucun consentement particulier⁹⁵. Sans avoir expressément marqué son accord à une convention d'arbitrage ou respecté les formes imposées à la conclusion d'une convention d'élection de for, un tiers se retrouve dès lors 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 la transmission du contrat principal aient elles-mêmes été observées, pour que le "cessionnaire" au sens large soit lié par celle-ci.

Dans son arrêt *Tilly Russ* du 19 juin 1984, la Cour de Justice des Communautés européennes a explicitement adopté cette solution à propos de la convention d'élection de

⁸⁹ Cette exception est mentionnée par B. GOLDMAN, *op. cit.* {préc. n. 16}, n° 29 et par J.-L. GOUTAL, *op. cit.* {préc. n. 12}, p. 444, note 4. V. toutefois L. AYNES, *op. cit.* {préc. n. 84}, p. 630, qui estime que le cédé ne pourrait s'opposer à la clause compromissoire invoquée par le cessionnaire en prétendant qu'il l'aurait conclue *intuitu personæ* car l'arbitrage est choisi pour les avantages objectifs de ce mode de règlement des litiges et non en fonction de la personne du contractant.

⁹⁰ Pour d'autres hypothèses de transmission légale, v. B. GOLDMAN, *op. cit.* {préc. n. 16}, n° 21.

⁹¹ V., à propos de la convention d'arbitrage, B. GOLDMAN, *op. cit.* {préc. n. 16}, n° 21. Dans le même sens, à propos de la convention d'élection de for, J. LAENENS, *op. cit.* {préc. n. 11}, n° 66, p. 262.

⁹² Cette solution prévaut aussi en Allemagne. V. par exemple BGH, 28 mai 1979, *N.J.W.*, 1979, p. 2567, qui décide que la convention d'arbitrage contenue dans les statuts d'une GmbH lie les héritiers à titre universel et à titre particulier des parts de cette GmbH.

⁹³ En ce sens, J.-L. GOUTAL, *op. cit.* {préc. n. 12}, p. 447.

⁹⁴ Remarquons que la transmission de la clause de compétence avec le contrat auquel elle se rapporte est vue avec une telle faveur en France que certains voudraient s'inspirer de cette idée dans l'hypothèse un peu différente d'une "chaîne de contrats translatifs de propriété", par exemple des contrats de vente successifs. La Cour de cassation française a, en effet, estimé que dans un tel cas le sous-acquéreur bénéficiait d'une action directe en garantie contre le fabricant car en acquérant la chose, il recevait de même les droits et actions identifiés à celle-ci et qui, en tant qu'accessoires, se transmettent avec elle (v. l'arrêt du 7 février 1986, cité par Ph. DELEBECQUE, "La transmission de la clause compromissoire", *Rev. arb.*, 1991, p. 27). Comme cette solution implique que le sous-acquéreur doive respecter toutes les clauses de non garantie contenue dans le contrat initial, on se demande maintenant si elle devrait également conduire à ce que la clause compromissoire insérée dans ce contrat originaire lui soit opposable. Etant elle-même l'accessoire de l'action en garantie ou en responsabilité, la convention d'arbitrage ne doit-elle pas suivre le même sort que celle-ci ? (sur cette problématique, v. Ph. DELEBECQUE, *ibidem*, p. 27 et 28). Sur cette hypothèse v. encore *infra*, note n° 136.

⁹⁵ B. GOLDMAN, *op. cit.* {préc. n. 16}, n° 26.

for incluse dans un connaissance : dès lors que les conditions de forme imposées par l'article 17 de la Convention de Bruxelles ont été respectées dans les relations entre le chargeur et le transporteur, elles ne doivent plus l'être vis-à-vis du tiers porteur qui, selon le droit national applicable, a succédé aux droits et obligations découlant du connaissance⁹⁶.

b. La dépendance par rapport au contrat principal.

314. Les quelques exemples qui viennent d'être évoqués suffisent à démontrer qu'en l'occurrence, et contrairement à ce qui a été dit à propos de la dimension contractuelle de la convention de juridiction, faire subir à celle-ci le même sort que le contrat principal lui est favorable⁹⁷. Cette solution permet, en effet, à la clause de compétence de multiplier les occasions où elle s'applique.

Nous pensons qu'il est important *d'expliquer* ce phénomène *par la dimension accessoire* de la convention de juridiction et sa nécessaire *dépendance par rapport au contrat principal*.

Cette précision s'impose parce qu'en France, on a parfois tendance à ne considérer la convention d'arbitrage qu'au regard de son "principe d'autonomie", dont de si nombreuses et diverses conséquences ont été tirées⁹⁸, et à nourrir une certaine méfiance vis-à-vis de tout ce qui, en s'appuyant sur son caractère "accessoire", semble limiter la portée de ce principe. On en vient alors à se demander comment "réconcilier avec le principe d'autonomie" le fait que la clause compromissoire puisse, le cas échéant, être transmise avec le contrat principal quand celui-ci fait l'objet d'une subrogation ou d'une cession⁹⁹, ou on y voit une "limite à son autonomie"¹⁰⁰.

La situation paraît plus claire si l'on *distingue* entre les questions qui, liées à la dimension contractuelle des conventions de juridiction, appellent une solution inspirée de leur indépendance par rapport au contrat principal et les problèmes relatifs à leur dimension accessoire qui, par définition, requièrent un traitement inspiré de leur "dépendance" par rapport à ce contrat¹⁰¹. On évite ainsi les contradictions apparentes¹⁰² entre des solutions qui s'expliquent en fait chaque fois par le souci de favoriser la fonction juridictionnelle de la

⁹⁶ C.J.C.E., aff. 71/83, 19 juin 1984 (Partenreederei Tilly Russ c. sté Nova et sté Goeminne Hout), *Rec. C.J.C.E.*, 1984, p. 2417, *Rev. crit. DIP*, 1985, p. 385, note H. GAUDEMET-TALLON. Sur cet arrêt, v. encore *supra* n° 122 et *infra* nos 322 à 324.

⁹⁷ V. dans un sens analogue P. MAYER, note sous Paris (1° Ch. suppl.), 28 novembre 1989 (Cotunav c. sté Comptoir commercial André) et Paris (1° Ch. suppl.), 8 mars 1990 (Coumet, ès qual. et Ducler c. sté Polar-Rakennusos a Keythio), *Rev. arb.*, 1990, p. 686, qui remarque que dans ces hypothèses. invoquer l'"autonomie" de la clause compromissoire conduirait à la priver de son objet contre la volonté des parties alors que l'idée à la base de la "séparabilité" de cette clause est de conférer à celle-ci l'efficacité voulue par les parties.

⁹⁸ Pour un résumé de celles-ci, v. E. LOQUIN, note sous Paris (5° Ch.), 9 novembre 1984 (Berlaty c. stés Esselte), *J.D.I.*, 1986, p. 1046 et s. V. également notre présentation de la jurisprudence française, *supra* nos 99 à 111, nos 162 à 168 et nos 192 à 194.

⁹⁹ En ce sens, P.-Y. TSCHANZ, Paris (1° Ch. urg.), 30 novembre 1988 (sté Kornas Marma c. sté Durand-Auzias) et Paris (1° Ch. suppl.), 14 février 1989 (sté Ofer Brothers c. The Tokyo Marine and Fire Insurance Co Ltd e.a.), *Rev. arb.*, 1989, p. 708. V. encore H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.* {préc. n. 30}, p. 466, qui relève qu'il est un peu paradoxal et illogique que la jurisprudence française invoque, à certains égards, l'indépendance des conventions de juridiction par rapport au contrat principal, alors qu'elle fonde les solutions de transmission de celles-ci avec le contrat principal sur le fait qu'elles s'intègrent à celui-ci.

¹⁰⁰ I. FADLALLAH, *op. cit.* {préc. n. 24}, p. 117.

¹⁰¹ Comp., dans un sens analogue, D. COHEN, *op. cit.* {préc. n. 86}, p. 81 et 82.

¹⁰² En ce sens, M.-L. NIBOYET-HOEGY, *op. cit.* {préc. n. 26}, p. 140 : "Le principe d'autonomie ne contredit pas pour autant le caractère accessoire de l'accord compromissoire découlant de ce que la clause ne semble pas pouvoir se concevoir sans un contrat de référence en contemplation duquel elle est adoptée".

clause mais qui se traduisent différemment selon qu'il est question de l'un ou l'autre des aspects de celle-ci.

B) Dépendance” des conventions de juridiction et droit applicable dans les hypothèses de “transmission” du contrat principal.

315. Notre objectif n'est pas de reprendre en détails tous les conflits de lois susceptibles de surgir dans les diverses hypothèses de transmission du contrat principal¹⁰³. Dans le cadre d'une présentation de la problématique des droits applicables aux conventions de juridiction, il intéresse seulement de remarquer quand la dimension accessoire de celles-ci a une incidence sur la solution conflictuelle à retenir. Aussi faut-il s'interroger, de manière générale, sur la loi qui décide si les conventions de juridiction sont transmises lors de telle ou telle hypothèse de transmission du contrat auquel elles se rapportent (a). Après avoir répondu théoriquement à cette question, il restera à en confronter la solution à certains cas d'application susceptibles de la confirmer ou de la nuancer (b).

a. Réflexions sur la loi applicable à la transmissibilité de la convention de juridiction suite à la transmission du contrat auquel elle se réfère.

316. Peu d'auteurs étudient explicitement cette question, qui n'a d'ailleurs probablement pas une grande incidence pratique¹⁰⁴. Il importe cependant de l'aborder parce que les réflexions qui précèdent peuvent l'éclairer. A notre connaissance, seuls des écrits relatifs à la convention d'arbitrage ont examiné la question de la loi applicable à sa transmissibilité suite à la transmission du contrat auquel elle se rapporte. Le même genre de raisonnement semble toutefois être valable pour la convention d'élection de for également. Aussi, après avoir présenté l'opinion de ces auteurs, continuera-t-on la réflexion pour les *deux* conventions de juridiction.

317. Pour déterminer la loi applicable à la transmissibilité de la clause compromissoire, M. Goldman distingue selon que le contrat principal a fait l'objet d'une transmission contractuelle ou d'un mécanisme conduisant à une transmission légale. Il estime que dans la *première* hypothèse, la cessibilité de la clause arbitrale dépend de la loi applicable à cette clause *et* de la loi régissant le contrat principal¹⁰⁵¹⁰⁶. Dans les cas de transmission *légale*, M. Goldman pense que “la loi de l'institution pour le fonctionnement de laquelle celle-ci a été créée” s'applique tant à la transmissibilité du contrat principal qu'à

¹⁰³ Pour plus de détails, v. B. GOLDMAN, *op. cit.* {préc. n. 16}, n° 7, qui aborde la loi applicable aux rapports entre le cessionnaire et le débiteur cédé et celle qui régit les relations entre le “transférant” et le bénéficiaire du transfert (*ibidem*, n° 12).

¹⁰⁴ On observera plus loin que les arrêts qui ont à résoudre incidemment cette question ne se la posent pas de manière indépendante et spécifique : ils donnent la solution sans mentionner la loi appliquée (v. *infra* n° 319).

¹⁰⁵ B. GOLDMAN, *op. cit.* {préc. n. 16}, n° 15. Remarquons que la loi qui régit la cessibilité du contrat principal lui-même est la loi de ce contrat. V. en ce sens B. GOLDMAN, *ibidem*, n° 8, qui cite à cet égard l'article 12 de la Convention de Rome. Cet article soumet, en effet, la cessibilité d'une créance à la loi régissant la créance cédée. Or cette loi est la loi du contrat originaire où cette créance prend sa source.

¹⁰⁶ Rappelons cependant que, le plus souvent, les parties n'auront pas fait un choix exprès pour la loi applicable à la convention d'arbitrage et seront censées avoir choisi la loi régissant le contrat principal (en ce sens, B. GOLDMAN, *op. cit.* {préc. n. 16}, n° 13). Ainsi, alors que la solution théorique que défend M. Goldman est l'application cumulative de la loi de la convention d'arbitrage et de la loi du contrat principal originaire, elle se traduira concrètement souvent par le seul recours à la loi applicable au contrat principal.

celle de la convention d'arbitrage¹⁰⁷. Ainsi, par exemple, la loi de la succession régira-t-elle la transmission aux héritiers du contrat et de la clause compromissoire¹⁰⁸.

M. Schlosser défend une position analogue, qui, sans entrer dans le détail de ces diverses hypothèses, estime, de manière générale, que la transmission de la convention d'arbitrage suite à celle du contrat principal est soumise à la loi de la convention d'arbitrage et à celle qui régit la relation juridique entre la personne à qui est transmis le contrat et la partie originaire¹⁰⁹, c'est-à-dire la loi régissant la convention originaire¹¹⁰.

M. Gaillard, quant à lui, pense que lors d'une transmission conventionnelle, seule la loi de la convention d'arbitrage transmise est applicable tandis que pour les transmissions légales, il prône la même solution que celle de M. Goldman qui vient d'être exposée¹¹¹.

318. Or la référence faite par ces auteurs à la loi applicable à la convention d'arbitrage paraît critiquable. A notre avis, en effet, *seule* la loi qui s'applique à la transmission du rapport de droit principal — c'est-à-dire la loi de ce rapport originaire dans le cas d'une transmission contractuelle ou, pour une transmission légale, la loi de l'institution en cause — devrait décider de la transmissibilité de la convention d'arbitrage ou de la convention d'élection de for qui s'y rapporte¹¹².

Un raisonnement *a contrario* par rapport à celui tenu pour l'"autonomie" des conventions de juridiction justifie notre position. Rappelons en effet que c'est la reconnaissance, quant au fond, de la dissociation du sort des conventions de juridiction par rapport à celui du contrat principal, qui a entraîné, quant au droit applicable, la soumission de ces clauses à une loi propre, distincte de celle de ce contrat¹¹³. Or on ne voit pas pourquoi, si on suivait ces auteurs, on ferait intervenir cette loi de la convention d'arbitrage — ou, si une solution analogue était adoptée pour la convention d'élection de for, la loi de cette dernière — pour un problème qui intéresse ces clauses dans leurs rapports avec le contrat principal. Pour ces questions, en effet, on sait que la solution de fond habituellement retenue s'appuie sur la *dépendance* des clauses vis-à-vis du sort du contrat principal¹¹⁴. Il semble dès lors logique que, quant au droit applicable également, le traitement de la clause

¹⁰⁷ B. GOLDMAN, *op. cit.* {préc. n. 16}, n^{os} 22 et 24.

¹⁰⁸ Pour d'autres illustrations, v. B. GOLDMAN, *op. cit.* {préc. n. 16}, n^o 22.

¹⁰⁹ P. SCHLOSSER, n^o 424.

¹¹⁰ Remarquons que M. Schlosser lui-même ne le dit pas mais telle est l'opinion de M. Goldman (B. GOLDMAN, *op. cit.* {préc. n. 16}, n^o 11). D'après cet auteur en effet, la loi régissant la convention originaire s'applique aux rapports contractuels entre le transféré et le bénéficiaire du transfert car on ne voit pas comment une nouvelle loi pourrait être imposée au transféré sans son consentement.

¹¹¹ E. GAILLARD, *in Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN*, n^{os} 694 et s., p. 433 et s.

¹¹² Il faut préciser qu'il semble que la position de M. Gaillard en faveur de la seule application de la loi de la convention d'arbitrage en cas de transmission conventionnelle s'explique par le fait que cet auteur n'envisage que la transmission de la clause elle-même, et non celle qui résulte de la transmission du contrat principal. En prônant l'application de la loi de la convention d'arbitrage transmise, cet auteur adopte la solution valable pour tous les contrats (v. E. GAILLARD, *in Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN*, n^{os} 696 et 697, p. 434 à 436). On peut se demander si cette manière de présenter le problème n'est pas inexacte. Est-il en effet concevable que la convention d'arbitrage soit transmise indépendamment du contrat auquel elle se réfère ? On peut douter du caractère réaliste de cette hypothèse, contraire à la dimension accessoire de la clause (v. d'ailleurs B. GOLDMAN, *op. cit.* {préc. n. 16}, n^o 26, qui observe que la convention d'arbitrage, eu égard à son objet, ne peut être transmise *qu'en* même temps que le contrat principal).

¹¹³ V. *supra* n^{os} 300.

¹¹⁴ V. *supra* n^{os} 311 à 314.

soit le même que celui du contrat originaire et que sa transmissibilité dépende uniquement de la loi qui régit la transmission de celui-ci¹¹⁵.

En généralisant ces réflexions, nous pouvons ainsi *suggérer, pour les questions de droit applicable soulevées par les conventions de juridiction, le principe suivant*. De même qu'à propos des questions relatives à la convention de juridiction envisagée comme un contrat à part entière, les ordres juridiques qui leur réservent une solution de fond inspirée de l' "*autonomie*" de celle-ci recourent, en cas de conflit de lois, à une loi pour la clause de compétence *différente* de celle du contrat principal, ainsi, pour les problèmes où la convention de juridiction est abordée dans ses rapports avec le contrat auquel elle se rapporte, faut-il considérer que les Etats qui, quant au fond, partent du principe de la *dépendance* de celle-ci vis-à-vis de celui-là doivent logiquement, en droit international privé, soumettre la clause et le contrat principal à la *même* loi.

b. Applications et nuances.

319. Si les réflexions qui précèdent sont théoriquement intéressantes pour la problématique conflictuelle suscitée par les conventions de juridiction, il faut reconnaître que leur utilité pratique risque de rester limitée étant donné que les juges qui ont à résoudre ce problème ne s'expriment généralement pas sur la loi qu'ils lui appliquent¹¹⁶.

Il importe cependant de préciser et de compléter la solution proposée pour la loi applicable à la transmissibilité de la convention de juridiction dans l'hypothèse particulière où sur cette question se greffe un problème d'admissibilité de la clause (aa). On observera, par ailleurs, que l'arrêt *Tilly Russ* de la Cour de Justice des Communautés européennes semble apporter une solution originale au problème du droit applicable à la transmissibilité de la convention d'élection de for (bb).

320. (aa) Il peut arriver que la question de la transmissibilité de la convention de juridiction en raison de la transmission du contrat la contenant — c'est-à-dire une question relative à la "formation" de la clause — soit "perturbée" par un problème relatif à son "admissibilité". Il est en ainsi quand le cessionnaire du contrat comprenant la convention de juridiction possède une qualité qui lui interdit normalement de conclure la clause lui-même. Tel peut être le cas, par exemple, si le cessionnaire est une personne morale de droit public tombant sous le coup d'une interdiction de compromettre, alors que le cédant, personne privée, avait conclu une convention d'arbitrage.

Sur le fond, il s'agit de savoir si l'on accorde plus d'importance à la solution donnée au problème de formation — vu le mécanisme de transmission du contrat principal en

¹¹⁵ En ce sens R. HAUSMANN, n° 1409, qui défend la même solution sans en donner l'explication mais en l'illustrant, notamment en disant qu'on appliquera la loi régissant la fusion pour la transmissibilité de la convention d'arbitrage dans le cas d'une reprise de société.

¹¹⁶ V. par ex. Cass. fr. (Ch. civ.), 12 juillet 1950 (*Montané c. Cie des Chemins de fer portugais*), *Rev. crit. DIP*, 1952, p. 509, note Ph. FRANCESKAKIS, qui décide que la clause compromissoire insérée dans un contrat est "opposable" à une société cessionnaire de la créance dudit contrat. La Cour de cassation ne mentionne pas la loi qui a déterminé cette solution. Elle ne dit pas s'il s'agit de la loi portugaise, loi qui probablement devait régir le contrat initial conclu entre deux sociétés portugaises pour la construction d'une ligne de chemin de fer au Portugal, ou la loi française, loi du lieu d'exécution de la créance cédée. V. également Paris (1° Ch. suppl.), 13 novembre 1992 (*sté Casco Nobel France c. Sico Inc. et Kansa*), *Rev. arb.*, 1993, p. 632, note J.-L. GOUTAL, qui décide que "par l'effet translatif de la subrogation, la clause compromissoire est transmise à l'assureur avec la créance et les droits de l'assuré dont elle constitue une modalité". Or s'il est dit que le contrat initial, un contrat de licence technique conclu entre une société française et une société de droit canadien pour la fabrication et la vente de produits au Canada et aux Etats-Unis, était régi par la loi française, il n'est fait aucune mention explicite de la loi décidant de la transmissibilité de la clause compromissoire en cas de subrogation relative à celui-ci.

cause, la clause de juridiction est-elle transmise avec celui-ci ? — ou à celle que requiert la question d'admissibilité — la clause étant transmise, son effet juridictionnel est-il admissible, eu égard aux personnes vis-à-vis de qui elle est censée jouer ? Ainsi, par exemple, la Cour de cassation belge a-t-elle choisi la seconde option dans une hypothèse de transmission d'un contrat à une personne morale de droit public. En effet, dans un arrêt du 10 octobre 1996, la Cour a décidé que la Communauté française pouvait invoquer l'article 1676 (2) du Code judiciaire pour s'opposer à l'effet de la clause d'arbitrage contenue dans un contrat de construction conclu avec un architecte et un entrepreneur par la personne de droit privé dont elle était l'ayant-cause¹¹⁷. La Cour de cassation se fonde sur le fait que l'article 1676 (2) du Code judiciaire a pour objectif de soumettre les actes du pouvoir public au contrôle de l'opinion publique par la publicité dont bénéficient les procédures devant les Cours et tribunaux ; il doit dès lors, selon la Cour, être respecté dans l'hypothèse considérée. En faveur de la solution faisant prévaloir la transmissibilité de la clause sur son inadmissibilité, on aurait toutefois pu invoquer une valeur tout aussi importante : la sécurité juridique. Pour l'architecte et l'entrepreneur, en effet, il était probablement difficilement envisageable lors de la conclusion du contrat que celui-ci serait cédé à une personne morale de droit public, circonstance rendant inefficace la convention d'arbitrage. Ce dénouement improbable a bouleversé leurs attentes légitimes. Ainsi observe-t-on que, sur le fond, le sort à réserver à la convention de juridiction dans une hypothèse où se mêlent des questions relatives à sa formation et à son admissibilité ne se détermine pas aisément.

Mais, *sous l'angle du droit applicable* — qui est le point de vue privilégié dans cette étude —, il semble qu'une réponse claire puisse être donnée à cette question si elle se présente dans le cadre d'une situation internationale. Dans ce contexte, il convient de *scinder* les problèmes de formation et d'admissibilité de la clause et de *soumettre chacun d'eux à la loi qui lui est normalement applicable*. En effet, alors que sur le fond les solutions données à ces deux problèmes risquent de s'anéantir si l'on opte d'un côté pour la transmissibilité de la clause et de l'autre pour son inadmissibilité, ce qui rend superflu leur scission et encourage à choisir de privilégier l'un ou l'autre, sur le plan du droit applicable, il est tout à fait possible de distinguer les solutions à réserver à chacun d'entre eux. Ainsi, s'interrogera-t-on d'abord sur la transmissibilité de la convention de juridiction suite à la transmission du contrat dans lequel elle est insérée en se référant, comme on l'a suggéré, à la loi du contrat principal. Et, dans l'hypothèse où cette loi décide que la clause est transmise, on appliquera ensuite la *lex fori*, loi normalement applicable en matière d'admissibilité, pour savoir si l'effet juridictionnel de la clause peut être admis dans l'ordre juridique où elle est invoquée. Ainsi, pour reprendre l'hypothèse visée par l'arrêt de la Cour de cassation belge mentionné, si la situation avait été internationale, il aurait fallu consulter la loi applicable au contrat de construction pour savoir si la cession de celui-ci entraînait celle de la convention d'arbitrage. Ensuite, dès lors que la transmission de la clause était avérée, le droit belge, droit du for, aurait été applicable à la question si la clause était admissible dans l'ordre juridique belge vis-à-vis d'une personne morale de droit public belge. On remarquera que la réponse à cette dernière question ne doit pas nécessairement être la même que celle que la Cour de cassation a énoncée dans son arrêt du 4 octobre 1996, étant donné que les règles internes d'inadmissibilité des conventions de juridiction sont susceptibles d'être adaptées pour tenir compte des spécificités des situations internationales¹¹⁸.

¹¹⁷ Cass. b. (1^o Ch.), 4 octobre 1996 (L. et D. c. Communauté française), *R.W.* 1996-1997, p. 996.

¹¹⁸ Sur la qualification "admissibilité" pour les règles qui interdisent aux personnes morales de droit public de compromettre, v. *supra* n^o 60. Sur la possibilité de principe de recourir à des règles adaptées aux situations internationales en matière d'"admissibilité", en raison des liens entre cette matière et la compétence internationale, v. *supra* n^{os} 151 à 153.

321. Il semble la solution de droit applicable qui vient d'être proposée — application distributive de la loi du contrat principal et de celle du for saisi selon qu'il s'agit d'un point relatif à la formation ou à l'admissibilité de la clause de juridiction — puisse faciliter l'interprétation de l'arrêt *Siaci* rendu le 25 novembre par la Cour de cassation française¹¹⁹.

Pour comprendre le problème à l'origine de cet arrêt, il faut rappeler que l'article 14 du Code civil français ouvre un chef de compétence qui permet au Français demandeur d'assigner en France son opposant ; le Français est toutefois censé avoir renoncé à ce privilège de juridiction s'il a conclu une convention de juridiction. En cas de transmission d'une convention d'élection de for suite à la transmission du contrat qui la contient, la question se pose si le Français, tiers à la clause mais qui devrait se retrouver lié par celle-ci suite à la transmission du contrat principal, est censé avoir renoncé à l'article 14 du Code civil ou si, faute de consentement exprès en ce sens, il conserve la faculté de saisir les juridictions françaises. Ainsi, par exemple, l'assureur français subrogé aux droits de la victime qu'il a indemnisée peut-il assigner en France le responsable du sinistre en se fondant sur l'article 14 du Code civil ou la convention de juridiction contenue dans le contrat initial peut-elle lui être opposée ? On observe que cette hypothèse est proche de celle qui vient d'être étudiée dans le cadre du droit belge. En effet, un problème d'admissibilité de la convention de juridiction — la question des conditions auxquelles il peut être renoncé à la compétence prévue par l'article 14 du Code civil — se greffe sur celui qui concerne sa formation, son éventuelle transmissibilité.

On remarquera que, *sur le fond*, l'arrêt *Siaci* adopte une solution plus favorable à la convention de juridiction que celle retenue par la Cour de cassation belge dans son arrêt du 4 octobre 1996 précité. La Cour de cassation française décide, en effet, que la transmission de la clause prévaut et que le tiers français succédant aux droits et obligations du contrat initial ne peut invoquer l'article 14 du Code civil pour s'y opposer¹²⁰ car "l'insertion d'une clause attributive de compétence dans un contrat international fait partie de l'économie de la convention et emporte renonciation à tout privilège de juridiction". Dès lors, "cette clause s'impose aussi bien à l'égard de l'ancien titulaire du droit qu'à l'assureur français subrogé". Enoncée à propos de la convention d'élection de for, cette solution semble devoir jouer également en présence d'une convention d'arbitrage¹²¹.

Quant au *droit applicable*, il faut observer qu'alors qu'il s'agissait d'une situation internationale, la Cour de cassation française n'a pas mentionné explicitement la loi qu'elle appliquait. Il y a toutefois lieu de penser qu'il s'agissait du droit français puisqu'était en cause un problème relatif à la compétence des juridictions françaises, à savoir les conditions

¹¹⁹ Cass. fr. (1^o Ch. civ.), 25 novembre 1986 (*Siaci c. Zim Israël Navigation Company*), *Rev. crit. DIP*, 1987, p. 396, note H. GAUDEMET-TALLON. Pour un commentaire critique de cet arrêt, v. P. COURBE, "Privilège de juridiction et transmission de la clause de compétence", *Mélanges offerts à A. Colomer*, Litec, Paris, 1993, p. 147 et s.

¹²⁰ Il convient de remarquer que, jusqu'à l'arrêt *Siaci*, on pouvait se demander si la réponse à cette question ne devait pas être trouvée dans les décisions qui, se rapportant de manière générale aux conditions d'application de l'article 14 du Code civil, ont décidé que "la compétence internationale des tribunaux français est fondée non sur le droit né des faits litigieux mais sur la nationalité des parties" (v. l'arrêt de la Cour de cassation française du 21 mars 1966 et ceux qui l'ont suivi, cités par H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.* {préc. n. 119}, p. 398). Autrement dit, la personne dont la nationalité doit être prise en considération dans le cadre de cet article est l'ayant cause (le plaideur) et non l'auteur du droit (H. GAUDEMET-TALLON, *ibidem*, p. 398). Transposée à l'hypothèse étudiée ici, cette solution semblerait indiquer que le tiers français qui a succédé aux droits et obligations du contrat initial pourrait invoquer l'article 14 du Code civil, en dépit de la convention de juridiction contenue dans celui-ci ; cela constituerait donc une exception à la transmissibilité de la convention de juridiction suite à la transmission du contrat principal. Comme indiqué dans le texte, l'arrêt *Siaci* en a toutefois décidé autrement.

¹²¹ H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.* {préc. n. 119}, p. 399.

d'application de l'article 14 du Code civil. A notre avis, on peut expliquer le recours au droit français de la manière suivante. N'envisageant que les conditions de renonciation à l'article 14 du Code civil, la Cour de cassation française n'a abordé *que le problème de l'admissibilité* de la convention d'élection de for invoquée. Elle n'a pas expressément étudié celui de sa formation, plus particulièrement de sa transmission suite à la transmission du contrat principal. En fait, dans le cadre de l'arrêt *Siaci*, ce dernier problème était supposé résolu. La question si la convention d'élection de for concernée valait renonciation à l'article 14 du Code civil *ne pouvait en effet surgir que si la clause était censée jouer vis-à-vis de la personne à qui le contrat principal avait été transmis*. La Cour de cassation française est donc partie de l'hypothèse que la clause était transmise avec le contrat principal mais elle n'a pas mentionné la loi qu'elle avait appliquée pour déduire ce point.

L'arrêt *Siaci* vient donc confirmer la thèse selon laquelle l'éventuel problème d'admissibilité qui se greffe sur la transmission de la convention de juridiction reste soumis à la *lex fori*. Il ne permet cependant pas de vérifier la pertinence de la solution de droit applicable qui a été proposée pour la transmissibilité de la clause suite à la transmission du contrat principal puisque, semble-t-il, il n'a pas abordé explicitement ce problème.

322. (bb) L'arrêt *Tilly Russ* de la Cour de Justice des Communautés européennes¹²² se rapporte à la transmissibilité d'une convention d'élection de for suite à la transmission du connaissance dans lequel elle est incluse. Or, il semble qu'il adopte sur ce point une solution *originale* par rapport à la suggestion que nous avons défendue.

La question posée concernait la portée de la convention de juridiction vis-à-vis de la personne qui, sans avoir conclu elle-même le connaissance la comprenant, s'en prévalait pour récupérer la marchandise. La Cour de Justice décide que si la convention d'élection de for répond aux formes prévues par l'article 17 dans la relation entre le chargeur et le transporteur, elle est opposable au tiers porteur du connaissance qui, "selon le droit national applicable, succède aux droits et obligations du chargeur"¹²³.

323. Si l'on confronte cette décision aux réflexions qui précèdent, on remarque d'abord qu'abordant le problème de la transmissibilité de la convention d'élection de for, la Cour de Justice ne mentionne pas la loi applicable à la clause. Ainsi la théorie qui a été critiquée et selon laquelle cette question doit être soumise à l'application cumulative de la loi applicable au contrat principal et de celle qui régit la convention de juridiction n'a-t-elle pas été suivie par la Cour de Justice.

La seule loi évoquée est celle qui décide si le tiers porteur du connaissance a succédé aux droits et obligations du chargeur, autrement dit la loi applicable à la transmission du connaissance. Ainsi, à première vue, la Cour de Justice opte-t-elle pour la solution de droit applicable que nous avons suggérée.

Mais il semble que pour la Cour de justice, la clause doive, en toute hypothèse, connaître le même sort que le connaissance. La Cour ne paraît pas admettre que selon la loi applicable à la transmission du connaissance, celui-ci soit transmis au tiers porteur mais pas la convention de juridiction elle-même. Or si la Cour de Justice se référait vraiment, pour la transmissibilité de la convention d'élection de for, à la loi applicable à la transmission du connaissance, elle devrait accepter cette éventualité.

Il apparaît donc à l'examen que sur la question de la loi applicable à la transmissibilité de la convention d'élection de for suite à la transmission du contrat principal, la Cour de Justice adopte une solution originale : ce point lui-même n'est soumis à

¹²² C.J.C.E., aff. 71/83, 19 juin 1984 (Partenreederei Tilly Russ c. sté Nova et sté Goeminne Hout), *Rec. C.J.C.E.*, 1984, p. 2417, *Rev. crit. DIP*, 1985, p. 385, note H. GAUDEMET-TALLON.

¹²³ Sur cet arrêt, v. par ex. F. RIGAUX, M. FALLON, n^{os} 1316 et 1368.

aucune loi étrangère ; il est résolu directement par la Cour elle-même, par une règle matérielle uniforme. Et cette règle jurisprudentielle consiste à *lier d'office le sort de la clause de compétence à celui du document qui la contient*.

324. Ainsi, le seul point d'interrogation soulevé par l'attendu cité concerne la détermination de la loi applicable à la transmission du connaissement. Cette question ne nous intéresse guère car elle ne se rapporte pas à un point de droit applicable à la convention de juridiction. On peut toutefois se demander si la réponse qui lui a été réservée en Belgique n'a pas été influencée par la règle matérielle adoptée par la Cour de justice pour la transmissibilité de la clause de compétence.

On sait que, de manière générale, les conventions d'élection de for incluses dans des connaissements sont vues avec défaveur en Belgique¹²⁴. Peut-être est-ce pour cette raison que la Cour de cassation belge a appliqué, de la manière suivante, les principes dégagés par l'arrêt *Tilly Russ* : la Cour décide que selon l'article 91 de la Loi maritime belge, le tiers porteur du connaissement *ne succède pas* aux droits et obligations du chargeur ; il puise, en effet, ses droits non dans les rapports entre le chargeur et le transporteur mais dans le connaissement lui-même¹²⁵. Le connaissement n'étant pas transmis, la Cour de cassation a pu, par conséquent, refuser l'exception d'incompétence fondée sur la convention dérogatoire de compétence qu'il contenait.

Or cet arrêt ne s'explique nullement sur la règle de conflit dont il a déduit la compétence de la loi belge pour régir la transmission du connaissement¹²⁶. Le caractère de "loi de police" des dispositions belges citées est parfois invoqué¹²⁷, mais il ne fait pas l'unanimité¹²⁸. Aussi peut-on se demander si l'application de la loi belge sur ce point n'a pas été retenue uniquement pour contourner indirectement la solution relative à la convention d'élection de for énoncée par la Cour de justice. En effet, si la Cour de cassation belge s'était référée à une loi étrangère pour la transmission du connaissement, elle aurait couru le risque, si la transmission de celui-ci avait été avérée, de devoir admettre, conformément à la

¹²⁴ V. les développements relatifs à la règle jurisprudentielle d'inadmissibilité de la convention d'élection de for déduite de l'article 91 de la Loi maritime belge (*supra* n° 124).

¹²⁵ Cass., 18 septembre 1987 (N.V. Precam c. Alpina Reederei), *R.D.C.B.*, 1988, p. 376, note J.L.

¹²⁶ Il est intéressant de rapprocher cet arrêt de celui de la Cour de cassation de France du 10 janvier 1995 qui manifeste des tendances similaires (Cass. (Ch. com.), 10 janvier 1995 (GIE Réunion européenne c. sté Plate et Ruys), *Rev. crit. DIP*, 1995, p. 610, note H. GAUDEMET-TALLON, et la présentation de cet arrêt dans la chronique de jurisprudence de A. HUET, *J.D.I.*, 1996, p. 141). Confrontée à la question de l'opposabilité d'une convention d'élection de for insérée dans un connaissement vis-à-vis du destinataire de celui-ci, la Cour de cassation, tout en invoquant l'article 17 de la Convention de Bruxelles, néglige l'enseignement de l'arrêt *Tilly Russ*. La Cour ne recherche pas le droit national applicable à la transmission du connaissement mais raisonne en droit français, sans s'expliquer sur ce point. Par ailleurs, quant au fond, cet arrêt apparaît hostile aux conventions de juridiction insérées dans un connaissement : il exige, en effet, pour que la clause lie le destinataire du connaissement, que ce dernier l'ait acceptée de manière expresse. Cette sévérité de la Cour de cassation, que Mme Gaudemet-Tallon juge peu en harmonie avec l'arrêt *Siaci* (H. GAUDEMET-TALLON, *ibidem*, p. 615), lui permet, dans l'affaire qui lui était soumise, de refuser l'effet dérogatoire de la clause de compétence.

¹²⁷ En ce sens, N. WATTÉ, note sous Cass. b., 25 janvier 1985 (Partenreederei Tilly Russ c. S.A. Nova et Goemine Hout), *J.D.I.*, 1989, p. 1090. — *adde* R. ROLAND, "le connaissement et le droit européen", *R.D.C.B.*, 1985, p. 92, et, du même auteur, "La clause de juridiction du connaissement en droit belge", *Liber amicorum L. Tricot*, Kluwer, Anvers, 1988, p. 453, qui remarque qu'en Belgique la question du "droit national applicable" mentionné par l'arrêt *Tilly Russ* ne se pose pas car l'article 91 de la Loi maritime est d'ordre public international.

¹²⁸ En ce sens apparemment, M. EKELMANS, "Les conditions de validité au regard de l'article 17 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 d'une clause attributive de juridiction insérée dans un connaissement maritime", *Cah. dr. eur.*, 1985, p. 444, qui estime qu'il faudra recourir au droit international privé belge pour connaître la loi applicable au connaissement et ne semble pas considérer que la loi belge serait d'application immédiate.

règle posée par l'arrêt *Tilly Russ*, la transmission de la convention d'élection de for elle-même. Tandis qu'en appliquant le droit belge et en décidant que le tiers ne succédait pas aux droits du chargeur, la Cour de cassation belge pouvait conclure à la non-transmissibilité de la convention d'élection de for. L'effet dérogatoire de compétence de la clause étant refusé, le juge belge restait compétent et avait la possibilité de faire appliquer, quant au fond du litige, les dispositions belges.

325. L'arrêt *Tilly Russ* de la Cour de Justice des Communautés européennes illustre, semble-t-il, un cas où, pour un point relatif à la "formation" d'une convention de juridiction, sa transmissibilité, on n'a pas appliqué la loi normalement compétente en vertu de la règle de conflit mais la loi applicable à la compétence, en l'occurrence une règle tirée de la Convention de Bruxelles. Le recours à la *lex fori* plutôt qu'à une *lex causæ*, alors que le caractère contractuel de la question considérée suggère l'application de cette dernière, connaît, à propos des conventions de juridiction, d'autres manifestations. Leur examen constitue l'objet de la section suivante.

SECTION II : LA DEROGATION AU PRINCIPE : L'APPLICATION DE LA LEX FORI, LOI DE LA COMPETENCE.

326. Alors que la "formation" des conventions de juridiction comprend les questions qu'elles ont en commun avec les contrats substantiels et qu'elle est dès lors normalement soumise à des règles de conflit de lois, il est intéressant de constater que cette solution est actuellement remise en cause au profit de l'application de la *lex fori*, indépendamment du recours à une règle de conflit de lois. Ce phénomène intéresse notre étude car, à notre avis, il témoigne de la spécificité juridictionnelle des conventions d'arbitrage et d'élection de for. Ainsi, même dans leurs aspects *a priori* purement contractuels, celles-ci bénéficieraient d'une approche particulière en droit international privé.

L'application de la loi du for saisi, loi de la compétence, à des questions relevant de la "formation" des conventions de juridiction est une solution déjà *ponctuellement* adoptée en France, à propos de la forme de la convention d'arbitrage (§1). Or quelques auteurs français et certains interprètes de la Convention de Bruxelles proposent d'en faire le principe *général* de solution pour les conventions de juridiction, ce qui signifie que la "formation" de celles-ci échapperait tout à fait au jeu des règles de conflit de lois (§2).

§1 — L'application ponctuelle de la *lex fori*.

327. Le désir d'appliquer la *lex fori* plutôt que la loi qu'aurait désignée la règle de conflit de lois normalement applicable est né de certaines difficultés que suscitent les dimensions contractuelle et accessoire des conventions de juridiction (A). Les solutions données en France à ces problèmes à propos de la convention d'arbitrage (B) doivent être appréciées non seulement sous l'angle du droit applicable (D) mais également au regard de la conception de cette clause qu'elles traduisent (C).

A) Difficultés liées aux dimensions contractuelle et accessoire des conventions de juridiction.

328. Contrats à part entière, les clauses étudiées sont soumises à l'effet relatif des conventions et ne jouent qu'entre les personnes qui y sont parties. Elles sont, par

ailleurs, intimement liées à un certain rapport de droit principal et ne peuvent trouver application que pour des litiges le concernant¹²⁹. Or ces limites *ratione personæ* et *ratione materiæ* peuvent parfois paraître problématiques (a). Il faut rappeler, par ailleurs, qu'en France, jusqu'aux arrêts dont il va être question¹³⁰, la façon dont pouvait être réglée, en matière internationale, la forme de la convention d'arbitrage ne paraissait ni certaine ni satisfaisante (b).

a. La caractère problématique des limitations *ratione personæ* et *ratione materiæ* des conventions de juridiction.

329. Il existe des cas où le contrat pour lequel une convention de juridiction a été conclue présente des liens avec d'autres contrats et dès lors avec des personnes différentes de celles qui sont convenues de la clause. Un litige naissant à propos du premier contrat risque de concerner également en partie ces situations liées. Il serait intéressant, pour éviter les solutions contradictoires et les pertes de temps, que tous les problèmes soulevés puissent être concentrés devant l'instance chargée de trancher le premier différend. Ainsi, par exemple¹³¹, paraîtrait-il conforme à la réalisation d'une bonne administration de la justice que la *caution* puisse être assignée devant le juge¹³² ou l'arbitre choisi par le débiteur principal et le créancier¹³³ ou qu'un *sous-traitant* dont les prestations sont mises en cause puisse être impliqué dans l'instance engagée en vertu d'une clause de juridiction conclue entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal. Il peut également paraître opportun de pouvoir invoquer contre *une des sociétés d'un groupe* la convention d'arbitrage conclue entre une autre société appartenant au groupe et une personne qui y est étrangère¹³⁴.

Il importe d'observer que ces diverses hypothèses sont différentes de celles mentionnées dans les développements qui précèdent¹³⁵. On ne rencontre pas ici un des cas classiques de *représentation* qui permet de considérer comme partie à la clause quelqu'un qui ne l'a pas conclue en personne. La personne tierce n'est pas non plus liée par la convention de juridiction en vertu d'un mécanisme de *transmission* du contrat principal. En effet, il n'est pas prétendu que celui-ci soit devenu obligatoire pour le tiers et que ce dernier soit, pour cette raison, tenu de respecter la clause de juridiction. Ce n'est pas un lien

¹²⁹ V. la 1^o section de ce chapitre (*supra* nos 295 à 300 et 310 à 314).

¹³⁰ V. *infra* nos 332 et s.

¹³¹ Pour d'autres hypothèses, v. B. GOLDMAN, *op. cit.* {préc. n. 15}, nos 34 et s. V. encore, à propos de la garantie à première demande, J.-L. GOUTAL, *op. cit.* {préc. n. 12}, p. 453 et les observations de M. Costet dans les débats qui ont suivi (*ibidem*, p. 456). Au cours de ces discussions, M. Level a présenté les aspects pratiques des problèmes que pose la convention d'arbitrage en matière d'assurance-crédit (*ibidem*, p. 460).

¹³² Sur cette question à propos de la convention d'élection de for, v. A. LYON-CAEN, *op. cit.* {préc. n. 86}, p. 499.

¹³³ Sur cette question à propos de la convention d'arbitrage, v. J.-L. GOUTAL, *op. cit.* {préc. n. 12}, p. 453 ; B. GOLDMAN, *op. cit.* {préc. n. 15}, n^o 38. Remarquons que cet auteur estime que seule la loi régissant le cautionnement peut décider de l'obligation ou de l'absence d'obligation pour la caution d'observer la convention d'arbitrage conclue par le débiteur principal (B. GOLDMAN, *ibidem*, n^o 40). Ainsi pour cette question, M. Goldman ne mentionne-t-il pas, alors qu'il le faisait pour celle de la transmissibilité de la convention d'arbitrage par suite de la transmission du contrat principal, l'application complémentaire de la loi de cette clause. La différence entre ces deux solutions qu'on ne voit guère comment expliquer permet rétrospectivement de douter du caractère inéluctable de la position de cet auteur à propos des cas de transmissibilité de la convention d'arbitrage et d'encourager à se référer à ce propos, comme nous l'avons proposé, à la seule loi régissant le rapport de droit principal en cause (sur ce débat, v. *supra* nos 316 à 318).

¹³⁴ Sur cette problématique, v. I. FADLALLAH, *op. cit.* {préc. n. 24}, p. 105.

¹³⁵ V. *supra* nos 298 et 312.

juridique de transmission qui relie le tiers au contrat originaire comprenant la convention d'arbitrage ou la convention d'élection de for, mais une *situation de fait* : par sa qualité ou par ses obligations découlant d'autres contrats, il est concerné ou relié au sens large à ce contrat¹³⁶.

Or, dans les hypothèses qui ont été évoquées, le regroupement de différents litiges nés de situations connexes est problématique parce qu'il devrait intervenir devant une instance *conventionnellement* élue. En effet, les dimensions contractuelle et accessoire des conventions d'arbitrage et d'élection de for dessinent, en principe, les limites de la compétence *ratione personæ* et *ratione materiæ* de l'arbitre ou du juge élu. On ne peut dès lors concevoir qu'une instance compétente en vertu de la volonté des parties étende sa compétence vis-à-vis de litiges et de personnes reliés à l'affaire pour laquelle elle a été saisie de manière analogue à ce que font les juges de droit commun en vertu des règles de "compétence dérivée"¹³⁷. L'extension de la compétence d'une instance contractuellement élue n'est possible que si toutes les parties concernées marquent leur accord sur ce point.

330. Il faut préciser cependant que la matière de l'arbitrage connaît divers remèdes spécifiques susceptibles de faire face à des situations complexes semblables à celles qui ont été exposées. Ceux-ci sont généralement étudiés dans le cadre de réflexions relatives à l'"*arbitrage multipartite*" et concernent, pour la plupart, l'hypothèse où les différents litiges connexes sont régis par des conventions d'arbitrage différentes. Face à cette *pluralité d'arbitrages*, comment éviter les sentences contradictoires ? La présentation des solutions

¹³⁶ Cherchant à respecter cette distinction entre "lien juridique de transmission" et "situation de fait" comme deux pôles par lesquels un tiers peut être relié au contrat originaire comprenant la convention de juridiction, nous avons présenté plus haut la question si, dans le cas d'une *chaîne de contrats*, la clause compromissoire pouvait être opposée à la personne située en bout de chaîne et qui exerce une action directe contre "le premier maillon". L'éventuelle application de la clause compromissoire pourrait en effet être fondée sur le fait qu'on considère que l'action directe est transmise avec la chose et que la clause de juridiction est elle-même un accessoire de cette chose. Ce problème a dès lors été évoqué avec les hypothèses de transmission de la convention d'arbitrage par suite de la transmission du contrat principal (v. *supra* note n° 94). Mais il aurait pu être examiné aussi ici car la "transmission" invoquée ne concerne pas l'ensemble d'un contrat mais seulement une de ses actions, l'action directe, tandis que par ailleurs, la situation continue de concerner *plusieurs* contrats. Ainsi la personne qui exerce l'action directe et à qui on voudrait imposer le respect de la convention d'arbitrage est-elle et reste-t-elle tiers au contrat comprenant celle-ci. En effet, sur le plan juridique, son seul lien avec ce contrat est le droit d'assigner en garantie ou en responsabilité une des parties originaires. Elle est dès lors concernée par le contrat contenant la convention d'arbitrage *en fait* surtout plutôt qu'en droit. On comprend aisément que la Cour de cassation française, dans son arrêt *Fraser* ait refusé, "*faute de transmission contractuelle*", l'opposabilité de cette clause au dernier acquéreur exerçant l'action directe (Cass.fr. (1^o Ch. civ.), 6 novembre 1990 (sté Fraser c. Cie européenne des Pétroles), *Rev. arb.*, 1991, p. 73). La transmissibilité de la convention d'arbitrage ne pourrait en effet se fonder sur la transmission du contrat principal, puisque celui-ci n'est pas transmis. La clause de juridiction ne pourrait dès lors être reconnue obligatoire pour un *tiers* que par une dérogation aux principes du droit des contrats. Or, à notre avis, une telle solution ne serait guère opportune car elle priverait la personne située au bout de la chaîne de contrats d'une partie de l'intérêt que représente pour elle la possibilité d'assigner directement une des parties originaires, puisqu'elle pourrait se voir opposer une convention d'arbitrage qu'elle n'a pas conclue.

¹³⁷ Sur les règles de compétence dérivée des juridictions de droit commun et la question du maintien de leur application quand une convention de juridiction est invoquée, v. *supra* n° 47. — Pour illustrer le fait que les règles de compétence dérivée ne jouent pas quand l'instance devant laquelle le regroupement devrait se faire est conventionnellement élue, on indiquera, par exemple, que devant un tribunal compétent en vertu d'une *convention d'élection de for*, il ne peut y avoir de regroupement des codéfendeurs (en ce sens, A. HUET, n° 58 ; J. LAENENS, *op. cit.* {préc. n. 11}, n° 65, p. 261) et que le tiers appelé en garantie ne peut pas être obligé d'y procéder (v. J. LAENENS, *ibidem*, n° 64, p. 260, qui, pour la Convention de Bruxelles, invoque en ce sens le rapport de M. Jenard). — Dans un sens analogue pour la *convention d'arbitrage*, v. A. KASSIS, "L'arbitrage multipartite et les clauses de consolidation", *Droit et Pratique du commerce international*, 1988, p. 223.

envisageables à ce propos sera brève car, comme on l'expliquera ensuite, dans cette étude consacrée aux principes de droit applicable aux conventions d'arbitrage et d'élection de for, l'hypothèse qui mérite des développements est autre.

Pour diminuer les inconvénients d'une pluralité d'arbitrages quand les litiges auxquels ils se rapportent sont connexes, on peut d'abord songer à désigner des *arbitres communs* aux instances parallèles. Cependant, cette solution ne paraît pas idéale car non seulement elle suppose que les parties se soient entendues sur une autorité compétente pour procéder à la désignation des mêmes arbitres mais en outre, dès lors qu'elle implique des communications de dossiers d'une instance à l'autre, elle risque de nuire au caractère confidentiel de l'arbitrage¹³⁸. Il semble donc préférable de tenter de regrouper ces arbitrages en une instance *unique*¹³⁹.

Ce résultat peut être atteint si un juge étatique ordonne la *jonction* des différentes procédures arbitrales. Cette solution est courante aux Etats-Unis où elle est désignée sous le terme "*consolidation*". Elle est prévue par la loi de quelques Etats¹⁴⁰ mais, même en l'absence de disposition législative expresse, les juridictions américaines ont tendance à se reconnaître ce pouvoir¹⁴¹, pourvu toutefois qu'au moins une des parties participe à tous les arbitrages, que les questions débattues dans chaque instance arbitrale soient presque les mêmes et que la jonction des demandes ne porte pas préjudice aux droits matériels d'une des parties¹⁴². Il semble que l'argument invoqué par la plupart des décisions américaines qui ont effectué une telle jonction des arbitrages consiste à dire que la clause d'arbitrage contiendrait "un accord tacite sur la consolidation, la charge de la preuve contraire reposant sur la partie qui entend l'éviter"¹⁴³¹⁴⁴. Par conséquent, si, à première vue, la "consolidation"

¹³⁸ A. KASSIS, *op. cit.* {préc. n. 137}, p. 228, qui remarque encore que cette solution comporte des dangers si les sentences des deux arbitrages ne sont pas rendues en même temps, une partie pouvant reprocher à la sentence déjà rendue de provoquer, dans le cadre de la seconde procédure, un préjugé à son encontre, si la première sentence peut être interprétée comme retenant sa responsabilité. Par ailleurs, cette solution présente un danger d'inégalité entre les parties si une seule d'entre elles a le même arbitre dans les deux instances. Sur cette solution, v. également Ph. DELTOMBE, "L'arbitrage multipartite", *Actualités du droit*, 1992, p. 1282 et s.

¹³⁹ V. cependant P. VAN OMMESLAGHE, "L'arbitrage multipartite", in *L'arbitrage, Journée d'étude du barreau de Bruxelles*, Ed. du Jeune Barreau, 1983, p. 120 et s., qui envisage également comme solutions indépendantes du regroupement des instances arbitrales, la conciliation, l'expertise technique et l'harmonisation des diverses procédures, par exemple quant au lieu et aux délais de procédure.

¹⁴⁰ Ainsi en est-il de la loi de l'Etat du Massachussets et de celle de la Californie (en ce sens Ph. DELTOMBE, *op. cit.* {préc. n. 138}, p. 1288 ; A. KASSIS, *op. cit.* {préc. n. 137}, p. 230 ; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.* {préc. n. 139}, p. 129).

¹⁴¹ V. Ph. DELTOMBE, *op. cit.* {préc. n. 138}, p. 1288 et 1289, qui expose quelques dispositions existant au niveau fédéral et qui, combinées entre elles, contribuent, eu égard au caractère prétorien de la jurisprudence des pays de *Common Law*, à encourager les juridictions américaines à procéder à des consolidations.

¹⁴² Th.E. CARBONNEAU, "Le droit américain de l'arbitrage", *L'arbitrage. Travaux offerts au professeur A. Fettweis*, Story-Scientia, Bruxelles, 1989, p. 227.

¹⁴³ A. KASSIS, *op. cit.* {préc. n. 137}, p. 231. Cet auteur précise toutefois que "certaines décisions se fondent sur la communauté des points de droit et de fait, sur l'identité des clauses, sur les dangers de la contrariété de décisions, sur le souci d'une bonne administration de la justice, d'efficacité et d'économie. D'autres affirment que le pouvoir de faire exécuter une clause d'arbitrage entraîne pouvoir de contrôler son mode d'exécution, telle la consolidation, en l'absence de préjudice ou d'accord exprès visant à la non-consolidation".

¹⁴⁴ Il semble d'ailleurs que les réformes nord-américaines récentes consacrent explicitement l'idée que ce qui, à leurs yeux, justifie la consolidation est la volonté des parties. En effet, "les lois de Colombie Britannique et de Floride prévoient toutes deux la consolidation, mais seulement lorsque les parties en sont convenues dans la convention d'arbitrage ou par tout autre moyen" (C. LÉCUYER-THIEFFRY, P. THIEFFRY, "L'évolution du cadre législatif de l'arbitrage commercial international dans les années 1980", *J.D.I.*, 1991, p. 961).

peut paraître contraire au fondement consensuel de l'arbitrage et au principe de l'effet relatif de la convention d'arbitrage, on remarque toutefois que les juridictions américaines justifient leur pouvoir au regard de la volonté des parties. Mais il faut préciser qu'il ne s'agit en fait que d'une *présomption de consentement*, et qui, dans le contexte où elle est utilisée, paraît particulièrement artificielle¹⁴⁵. L'article 1046 du Code de procédure civile néerlandais¹⁴⁶ procède, lui aussi, d'une telle présomption¹⁴⁷. Il décide en effet qu'"à moins que les parties n'en soient convenues autrement, si un tribunal arbitral siégeant aux Pays-Bas est saisi d'un différend dont l'objet est connexe à celui d'une procédure pendante devant un autre tribunal arbitral siégeant aux Pays-Bas, la partie la plus diligente peut demander au Président du Tribunal de première instance d'Amsterdam d'ordonner la jonction des procédures". Puisque cette disposition réserve l'hypothèse d'une convention contraire des parties, on peut penser que ce qui l'inspire est ce qui correspond, à ses yeux, à la volonté présumée de celles-ci¹⁴⁸. On conclura de ces différents exemples de consolidation judiciaire des arbitrages¹⁴⁹ que s'ils continuent d'accorder un certain rôle à la volonté des parties, c'est en inversant les principes. La consolidation et non le cloisonnement des procédures arbitrales est présentée comme le principe. Aussi l'accord des parties n'intervient-il *que pour éviter* l'arbitrage multipartite.

En l'absence de textes légaux autorisant la consolidation judiciaire, il est concevable, et irréprochable au regard du fondement contractuel de l'arbitrage, que l'arbitrage multipartite résulte de l'accord explicite des parties. Ainsi l'organisation d'une procédure unifiée est-elle liée à l'insertion de *conventions d'arbitrage multilatérales* dans les contrats conclus entre les divers participants à un projet international¹⁵⁰. Chaque contrat contient sa convention d'arbitrage mais celle-ci prévoit expressément que les parties s'engagent à accepter l'intervention, la mise en cause dans un autre arbitrage ou la jonction de leur instance arbitrale avec celles qui sont nées d'autres contrats, pourvu que ces derniers contiennent la même convention arbitrale et qu'ils suscitent des litiges connexes¹⁵¹. Cette solution suppose toutefois que le caractère multipartite d'un conflit soit prévisible dès le

¹⁴⁵ En ce sens, A. KASSIS, *op. cit.* {préc. n. 137}, p. 231.

¹⁴⁶ Le droit néerlandais de l'arbitrage a été modifié par la loi du 2 juillet 1986 (entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1986) qui est présentée aux pages 349 et suivantes de la Revue d'arbitrage de 1988.

¹⁴⁷ En ce sens, A. KASSIS, *op. cit.* {préc. n. 137}, p. 231.

¹⁴⁸ En ce sens, A. KASSIS, *op. cit.* {préc. n. 137}, p. 232.

¹⁴⁹ On observera que la consolidation judiciaire est encore prévue par la loi sur l'arbitrage de Hong-Kong qui accorde, sur ce point, des pouvoirs très étendus aux tribunaux d'Etats : la consolidation serait possible dès que ceux-ci l'estiment souhaitable, même si les litiges ne sont pas connexes (en ce sens, Ph. DELTOMBE, *op. cit.* {préc. n. 138}, p. 1292). — L'éventualité d'une consolidation judiciaire a également été évoquée en Belgique. Ainsi, en avril 1984, le CEPANI a-t-il "jeté les bases d'un projet de loi portant modification de la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage. Un nouvel article 1697 bis est proposé qui consacrerait, en droit belge, la technique de la consolidation judiciaire" (J. VAN COMPERNOLLE, "L'arbitrage multipartite", *L'arbitrage. Travaux offerts au professeur A. Fettweis*, Story-Scientia, Bruxelles, 1989, p. 86). Cette suggestion n'a cependant pas été suivie. — Il convient également de préciser qu'en France, la consolidation judiciaire d'instances arbitrales ne pourrait pas se fonder sur les articles 1444 et 1493 NCPC qui organisent, respectivement pour l'arbitrage interne et l'arbitrage international, les pouvoirs des juridictions françaises pour assurer la constitution du tribunal arbitral en cas de difficulté. En effet, "en matière de consolidation, la situation est tout à fait différente : de quel droit imposer, *sans texte*, à un litigant qui a souscrit une clause correcte, a fait toutes diligences, etc., d'avoir à changer d'arbitre, de procédure, de lieu d'arbitrage ?" (J. RUBELLIN-DEVICHI, "L'arbitrage et les tiers. III. - Le droit de l'arbitrage. Les solutions juridictionnelles", *Rev. arb.*, 1988, p. 524).

¹⁵⁰ J. VAN COMPERNOLLE, "L'arbitrage dans les relations commerciales internationales : questions de procédure", *Rev. dr. intern. comp.*, 1989, p. 122, qui précise que cette solution est recommandée par le "Guide sur l'arbitrage multipartite" publié par la C.C.I.

¹⁵¹ V. à cet égard A. KASSIS, *op. cit.* {préc. n. 137}, p. 234, qui propose une clause d'arbitrage multilatérale modèle.

départ et qu'un soin tout particulier soit apporté à la rédaction des conventions d'arbitrage et à l'unification des clauses arbitrales dans tous les contrats relatifs à l'opération juridique envisagée¹⁵².

Aussi la solution qui a la préférence de la doctrine belge est-elle celle qui confie à une *institution d'arbitrage* un rôle analogue à celui dévolu aux tribunaux américains, c'est-à-dire le pouvoir de joindre des instances arbitrales connexes¹⁵³. "La formule présente l'avantage de permettre d'insérer dans le règlement de l'institution les dispositions nécessaires pour organiser l'arbitrage multipartite tout en permettant une suffisante souplesse dans l'application, à la faveur des décisions particulières que peuvent prendre les organes de l'institution, en tenant compte des spécificités de chaque espèce"¹⁵⁴. Cette solution a été consacrée par l'article 20 du règlement d'arbitrage du CEPANI qui décide que "lorsque plusieurs contrats contenant la clause d'arbitrage du Cepani donnent lieu à des différends qui présentent entre eux un lien de connexité ou d'indivisibilité, le président du Cepani a le pouvoir d'en ordonner la jonction"¹⁵⁵. Cette solution respecte le fondement contractuel de l'arbitrage puisque les parties, en choisissant la clause d'arbitrage du Cepani, adhèrent au règlement de cette institution ; elle permet, en outre, à celles-ci d'éviter les soucis liés à la rédaction de conventions d'arbitrage multilatérales, l'institution d'arbitrage se voyant confier le soin d'organiser les modalités de l'arbitrage multipartite.

Il importe de remarquer que l'hypothèse qui va être étudiée dans les développements qui suivent est *différente* de celle qui vient d'être exposée. Il ne s'agit pas de la jonction de plusieurs arbitrages portant sur des litiges connexes. Seul *un* arbitrage est examiné, et l'on se demande dans quelle mesure la convention d'arbitrage qui en est à l'origine peut être appliquée à des personnes ou des litiges qui, *a priori*, paraissent étrangers à ceux qu'elle concerne explicitement. Certes l'une et l'autre de ces hypothèses surgissent à partir des mêmes types de situations concrètes. Pour cette étude cependant, c'est surtout la seconde d'entre elles qui intéresse. En effet, ce cas a donné lieu, en France, à des solutions spécifiques : il n'est plus question de coordonner plusieurs arbitrages ou plusieurs conventions d'arbitrage mais, par une interprétation nouvelle des conditions nécessaires à la formation de la convention d'arbitrage, d'en "étendre" le champ d'application à des situations connexes. Comme on l'observera, les solutions dégagées par les juridictions françaises ont pris appui sur les incertitudes régnant en France en matière de forme de la convention d'arbitrage international et se sont traduites par l'adoption de règles matérielles françaises sur ce point. Dans le cadre de notre recherche, cette jurisprudence mérite, par conséquent, une attention particulière car elle illustre la possibilité d'une intervention ponctuelle de la *lex fori* à propos de questions relevant de la "formation" des conventions de juridiction. En outre, dès lors qu'il ne suppose pas une pluralité d'arbitrages mais se rapporte aux conditions imposées à la clause d'arbitrage elle-même, ce mouvement jurisprudentiel est susceptible d'intéresser également la situation de la convention d'élection de for, ce qui, dans le cadre d'une approche comparative des deux clauses, renforce l'intérêt de son examen.

¹⁵² P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.* {préc. n. 139}, p. 123.

¹⁵³ V., en faveur de cette solution, J. VAN COMPENOLLE, *op. cit.* {préc. n. 149}, p. 88 ; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.* {préc. n. 139}, p. 132.

¹⁵⁴ P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.* {préc. n. 139}, p. 132.

¹⁵⁵ Sur cet article, v. G. KEUTGEN, "Les règlements d'arbitrage", *L'arbitrage. Travaux offerts au professeur A. Fettweis*, Story-Scientia, Bruxelles, 1989, p. 49.

b. La forme de la convention d'arbitrage.

331. Comme il a été indiqué plus haut, en matière internationale, la forme de la convention d'arbitrage est régie par les dispositions matérielles de la Convention de New York quand celle-ci est applicable. Mais l'écrit requis par l'article II (2) de cette Convention paraît être une condition trop exigeante au regard des usages du commerce international¹⁵⁶. Par ailleurs, cet article ne permet pas de décider de la validité d'une convention d'arbitrage acceptée *tacitement* par une des parties ou de celle qui est contenue dans un document auquel il est simplement fait référence dans la convention principale, ce qu'on appelle "*la convention d'arbitrage par référence*"¹⁵⁷.

Comme d'autre part, la règle de conflit de lois relative à la forme de la convention d'arbitrage n'était pas certaine en droit français¹⁵⁸ et qu'on pouvait se demander, de manière générale, si la méthode conflictuelle était adaptée à ce problème¹⁵⁹, quelques auteurs français ont suggéré que la jurisprudence française s'oriente dans la même direction que celle qu'elle avait suivie dans les décisions traduisant l'"autonomie" de la convention d'arbitrage par rapport à la règle de conflit¹⁶⁰¹⁶¹ et qu'elle applique dès lors à la forme de la convention d'arbitrage des règles matérielles françaises. Cette suggestion a été entendue.

B) Les solutions dégagées par la jurisprudence française à propos de la convention d'arbitrage.

332. Pour faire face aux difficultés dues aux limites *ratione materiae* et *ratione personae* de la compétence arbitrale (a) et aux lacunes du droit conventionnel en matière de convention d'arbitrage tacite ou par référence (b), les juridictions françaises ont renoncé à appliquer une règle de conflit de lois et créé des règles matérielles françaises. Avant d'apprécier cette solution de droit applicable¹⁶², il faut présenter les règles dégagées par les juges français car leur signification sur le fond¹⁶³ peut aider à cette analyse.

¹⁵⁶ V. *supra* nos 302 à 304.

¹⁵⁷ V. E. LOQUIN, *op. cit.* {préc. n. 40}, p. 944. Il convient toutefois de remarquer que la Cour de cassation, dans l'arrêt qui a suivi celui que commentait M. Loquin, a estimé que l'article II de la Convention de New York n'excluait pas la clause compromissoire par référence, à la condition cependant que l'existence de cette clause soit mentionnée dans la convention principale sauf s'il existe entre les parties des relations habituelles d'affaires (Cass. (1^o Ch. civ.), 11 octobre 1989 (sté Bomar Oil c. ETAP), *Rev. arb.*, 1990, p. 134, note C. KESSEDJIAN). Mme Kessedjian a critiqué cette référence à l'article II de la Convention de New York qui, à son avis, est totalement muet sur la validité de la clause compromissoire par référence (C. KESSEDJIAN, *ibidem*, p. 138). — Pour une présentation générale sur les clauses compromissoires par référence et les questions qu'elles suscitent, v. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, nos 491 et s., p. 290 et s.

¹⁵⁸ En ce sens E. LOQUIN, *op. cit.* {préc. n. 40}, p. 948.

¹⁵⁹ V. B. AUDIT, note sous Cass. fr. (1^o Ch. civ.), 3 mars 1992 (sté Sonetex c. sté Charphil et sté Topkapi), *J.D.I.* 1993, p. 147, qui remarque qu'"il est connu, de manière générale, que les exigences de forme et de preuve se révèlent inutilement encombrantes lorsqu'il apparaît que l'existence de l'acte et sa régularité sont autrement établies", ce qui pousse cet auteur à suggérer que la forme de la convention d'arbitrage soit affranchie de toute loi nationale, c'est-à-dire qu'elle soit soumise à des règles matérielles du for.

¹⁶⁰ V. C. KESSEDJIAN, *op. cit.* {préc. n. 34}, p. 495 ; E. LOQUIN, *op. cit.* {préc. n. 40}, p. 948.

¹⁶¹ Sur cette jurisprudence, v. *supra* nos 100 à 111.

¹⁶² V. *infra* nos 343 et s.

¹⁶³ Pour une appréciation de fond sur cette jurisprudence, v. *infra* nos 338 et s.

a. L'“extension” *ratione personæ* et *ratione materiæ* de la convention d'arbitrage.

333. Les juridictions françaises ont effectivement, dans certaines hypothèses, “étendu” le champ d'application de la convention d'arbitrage à des personnes ou à des litiges qu'elle ne concernait pas *a priori* mais qui étaient liés aux parties qui l'avaient conclue ou à son objet initial. La portée réelle de ces décisions n'est pas toujours facile à déterminer. Il importe de les présenter ainsi que les discussions qu'ils suscitent car ces débats expliquent, en partie, la thèse doctrinale qui sera examinée ultérieurement et selon laquelle tous les aspects des conventions de juridiction devraient être soumis à la loi du for saisi¹⁶⁴.

334. Quand une personne non-signataire de la convention d'arbitrage s'en *prévaut*, il semble qu'elle soit sans difficulté considérée comme liée par celle-ci. Il y a eu de nombreuses applications en ce sens dans le cas de groupes de sociétés¹⁶⁵. Les juridictions arbitrales et, à leur suite les juridictions françaises, admettent ainsi qu'une société, bien que non concernée au départ par une convention d'arbitrage conclue par une société appartenant au même groupe, participe *de son plein gré* à l'arbitrage mis en place¹⁶⁶.

On observe que tout en favorisant une meilleure administration de la justice, cette solution respecte la base consensuelle de l'arbitrage. Cependant *les exigences formelles quant à l'expression du consentement sont assouplies*, pour permettre de considérer comme “parties” à la convention d'arbitrage le plus possible de personnes. Aussi la portée de ces décisions ne concerne-t-elle que la *forme* de la convention d'arbitrage, et non le consentement requis à son propos.

Il convient de remarquer que, quant aux principes, on pourrait s'étonner qu'alors qu'il n'y a pas eu de stipulation pour autrui¹⁶⁷, un “tiers” puisse invoquer à son profit un contrat qu'il n'a pas conclu¹⁶⁸ et que, semble-t-il, l'accord des parties initiales à la convention d'arbitrage ne soit pas exigé à cet effet¹⁶⁹. Il faut croire que l'objectif recherché, la

¹⁶⁴ V. *infra* nos 349 et s.

¹⁶⁵ V. I. FADLALLAH, *op. cit.* {préc. n. 24}, p. 108, qui résume par cette constatation les sentences de la CCI et les décisions des juridictions étatiques qu'il a étudiées.

¹⁶⁶ Sur cette jurisprudence, v. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, nos 500 et s., p. 299 et s. — Pour des cas d'application, v. par ex. Paris (1^o Ch. suppl.), 21 octobre 1983 (sté Isover-St-Gobain c. sté Dow Chemical France), *Rev. arb.*, 1984, p. 98, note A. CHAPELLE, qui rejette le recours en annulation contre une sentence ayant considéré que “suivant la volonté commune de toutes les sociétés intéressées, deux sociétés avaient été parties à ces conventions bien que ne les ayant pas matériellement signées, et que la clause compromissoire leur était dès lors applicable” ; Sentence rendue en 1993 dans l'affaire n^o 7155, *J.D.I.*, 1996, p. 1037, obs. J.-J.A., où le tribunal arbitral a refusé d'étendre la clause compromissoire aux sociétés filiales faute de consentement de leur part.

¹⁶⁷ Comp. C.J.C.E., aff. 201/82, 14 juillet 1983 (Gerling Konzern c. Amministrazione del Tesoro dello Stato), *Rec. C.J.C.E.*, 1983, p. 2503, *Rev. crit. DIP*, 1984, p. 141, note H. GAUDEMET-TALLON, où la Cour a décidé que le tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui dans le cadre d'une assurance pouvait se prévaloir de la convention d'élection de for contenue dans le contrat d'assurance. Ainsi, le champ d'application de la clause a-t-il été étendu parce qu'il y avait stipulation pour autrui.

¹⁶⁸ Ainsi, conformément aux principes du droit des obligations, le tribunal de Commerce de Liège a-t-il estimé qu'un maître de l'ouvrage *ne pouvait se prévaloir* d'une clause d'élection de for contenue dans le marché de sous-traitance avenant entre l'entrepreneur et le sous-traitant, cette clause étant pour lui une *res inter alios acta* (Comm. Liège, 10 mars 1993 (Clemessy c. Socabelec c. Cockerill Sambre), *R.D.C.B.*, 1995, p. 395). La volonté du tiers n'a donc pas été jugée suffisante pour permettre l'application de la clause de juridiction.

¹⁶⁹ V. cependant A. KASSIS, *op. cit.* {préc. n. 137}, p. 224, qui remarque que le caractère conventionnel de l'arbitrage impose normalement l'accord de toutes les parties à l'arbitrage.

concentration de litiges connexes devant la même instance, justifie cette dérogation aux principes¹⁷⁰.

En fait cette solution paraît moins étrange si, au lieu de la présenter comme un cas d'extension du champ d'application de la convention d'arbitrage initiale, on considère qu'il y a une *nouvelle* convention d'arbitrage dont la particularité est d'être *tacite*, hypothèse dont le pendant pour les juridictions étatiques est la "prorogation tacite de juridiction"¹⁷¹. On comprend alors pourquoi seule la volonté de la partie "tierce" est déterminante — il suffit en effet que les autres parties ne manifestent pas expressément leur désaccord — et pourquoi le formalisme requis normalement pour la conclusion d'une convention d'arbitrage n'est pas nécessaire.

335. Quand le tiers ne se prévaut pas de la convention d'arbitrage initiale et de l'arbitrage qu'elle a engendré, son consentement se démontre moins aisément. Il est dès lors plus délicat d'"étendre" le champ d'application de la convention d'arbitrage tout en respectant le fondement consensuel de l'arbitrage. Quelques arrêts de la Cour d'appel de Paris l'illustrent.

La Cour d'appel de Paris estime, en effet, que "la clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commandent d'en étendre les effets aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat, dès lors que leur situation et leurs activités font présumer qu'elles avaient connaissance de l'existence et de la portée de cette clause, bien qu'elles n'aient pas été signataires du contrat la stipulant"¹⁷². Cet attendu ne concerne-t-il, comme les décisions précédemment

¹⁷⁰ V. I. FADLALLAH, *op. cit.* {préc. n. 24}, n° 4, p. 106, qui souligne que "l'idée-force qui se dégage des décisions qui ont admis l'extension est que la participation de la société non signataire est conforme à une bonne administration de la justice et aux besoins du commerce international. Il n'y a qu'avantage, en matière de frais, de délais, de commodité des parties, à grouper dans une même instance des prétentions connexes. L'on évitera, surtout, les risques de contrariété des décisions".

¹⁷¹ Remarquons que l'idée d'une "convention d'arbitrage tacite", pendant de la "prorogation tacite de juridiction", n'est pas neuve. En Allemagne, on utilise d'ailleurs la même expression pour les deux hypothèses : "rügeloze Einlassung" c'est-à-dire une présentation devant l'instance saisie qui n'est pas contestée par l'autre partie (v., pour la convention d'arbitrage, M. WACKENHUTH, "Ersetzbarkeit der Formerfordernisse des Art. 2 Abs. 2. des UN-Übereinkommens durch Klagererhebung und rügeloze Einlassung vor dem Schiedsgerichts?", *R.I.W.*, 1985, p. 568 et s. ; à propos de l'article 18 de la Convention de Bruxelles, v. H. SCHACK, n° 488). A propos de la convention d'arbitrage, certains Allemands se sont demandé si une telle convention d'arbitrage tacite était compatible avec la règle matérielle exigeant un écrit que pose l'article II (2) de la Convention de New York (U. HAAS, "Zur formellen und materiellen Wirksamkeit des Schiedsvertrages", *IPRax*, 1993, p. 382 et s. ; M. WACKENHUTH, *ibidem*, p. 568 et s.). On observera que, du point de vue de l'arbitre uniquement, cette question ne doit faire aucun problème puisqu'il n'est pas lié par cette Convention. — Il convient également de remarquer que les auteurs belges estiment que l'écrit que prévoit pour la convention d'arbitrage l'article 1677 C. Jud. n'est requis qu'*ad probationem*. Aussi considère-t-on que la comparution volontaire des parties devant l'arbitre suffit à mettre en route de manière efficace l'arbitrage (en ce sens, par ex., D. PIRE, "La convention d'arbitrage", *L'arbitrage. Travaux offerts au professeur A. Fettweis*, Story-Scientia, Bruxelles, 1989, p. 32 ; H. VAN HOUTTE, "Arbitrage", *R.W.*, 1976-1977, n° 11, col. 2121). On observera que l'article 17 du règlement d'arbitrage du CEPANI, en prévoyant qu'"à défaut de convention apparente d'arbitrage, celui-ci ne peut avoir lieu si le défendeur ne répond pas dans le délai de trente jours visé à l'article 13, ou s'il décline l'arbitrage à l'intervention du Cepani" semble admettre *a contrario* la possibilité d'un accord tacite sur l'arbitrage, quand le défendeur accepte l'arbitrage engagé.

¹⁷² Paris (1° Ch. urg.), 30 novembre 1988 (sté Kornas Marma c. sté Durand-Auzias) et Paris (1° Ch. suppl.), 14 février 1989 (sté Ofer Brothers c. The Tokyo Marine and Fire Insurance Co Ltd e.a.), *Rev. arb.*, 1989, p. 691, note P.-Y. TSCHANZ ; Paris (1° Ch. suppl.), 28 novembre 1989 (Cotunav c. sté Comptoir commercial André) et Paris (1° Ch. suppl.), 8 mars 1990 (Coumet. ès qual. et Ducler c. sté Polar-Rakennusos a Keythio), *Rev. arb.*, 1990, p. 675, note P. MAYER ; Paris (1° Ch. sect. C.), 11 janvier 1990 (Sieur Mohamed Abdul Rahman Orri c. sté des Lubrifiants Elf-Aquitaine), *J.D.I.*, 1991, p. 141, note B. AUDIT.

évoquées, que la forme de la convention d'arbitrage ou n'énonce-t-il pas une *règle de fond relative au consentement* requis pour sa conclusion ? Ce point est controversé.

M. Mayer estime que pour pouvoir prétendre que cette jurisprudence crée une règle de fond relative à la convention d'arbitrage, il faudrait que le consentement d'une partie non-signataire à cette clause soit *déduit de sa seule intervention* dans l'exécution du contrat principal. Or, d'après cet auteur, la portée de ces arrêts est plus modeste. "Si les non-signataires se voient étendre l'application de la clause, (...) c'est tout simplement parce que, de par leur propre volonté, pas toujours expresse mais certaine, ils y sont devenus parties". De l'examen des faits, il apparaîtrait, en effet, qu'il pouvait toujours être présumé que ces personnes avaient accepté la clause. L'application de celle-ci reposerait donc sur son *acceptation tacite*. Il serait dès lors inutile de parler d'un principe de "validité et d'efficacité propres de la clause compromissoire"¹⁷³, donnant faussement l'impression que le point réglé concerne la validité au fond de cette clause.

Dans le cadre de cette interprétation, les arrêts de la Cour d'appel de Paris innoveraient donc uniquement quant à la *forme* de la convention d'arbitrage, en créant une règle matérielle française selon laquelle une convention d'arbitrage peut lier des parties alors qu'elle n'a pas fait l'objet d'un écrit entre elles¹⁷⁴. Ils resteraient ainsi fidèles au principe de l'effet relatif de la convention d'arbitrage selon lequel celle-ci ne peut être appliquée à des tiers mais uniquement aux personnes qui y ont consenti¹⁷⁵.

Les décisions considérées suscitent toutefois quelques interrogations quant à l'*acceptation réelle* de la clause par les parties qu'elle est censée lier.

En effet, quand le consentement d'une partie n'est plus nécessairement lié à l'accomplissement de certaines formalités mais est déduit d'un ensemble de circonstances, on risque d'accorder plus d'importance à celles-ci qu'à la vérification d'une volonté réelle. M. Fadlallah soulève ce problème, à propos d'une jurisprudence d'inspiration analogue à celle qui vient d'être présentée, et qui, dans le cadre d'un groupe de sociétés, admet qu'une société non-signataire soit "atraite" à l'arbitrage alors qu'elle ne se prévaut pas expressément de la convention d'arbitrage¹⁷⁶. Certes, en théorie, cette jurisprudence se fonde, elle aussi, sur la volonté des parties et se contente de libéraliser les formes imposées

¹⁷³ P. MAYER, *op. cit.* {préc. n. 172}, p. 689 et 690. L'arrêt de la Cour de cassation qui a suivi est d'ailleurs conforme aux remarques de M. Mayer. La Cour de cassation évite toute référence au principe de "la validité et de l'efficacité propres" de la clause compromissoire et si elle rejette le pourvoi, c'est en se démarquant des motifs de la Cour d'appel. La Cour de cassation assimile, en effet, l'attitude de la partie qui a exécuté le contrat principal en connaissance de cause à une ratification de ce contrat et de la clause d'arbitrage qui s'y trouve (v. Cass. fr. (1^o Ch. civ.), 25 juin 1991 (Cotunav c. sté Comptoir commercial André), *Rev. arb.*, 1991, p. 453, note P. MAYER. Cet auteur approuve ce motif car sur la question de savoir si une personne est partie à la convention d'arbitrage, cette clause ne comporte aucune spécificité et doit suivre le sort des autres clauses du contrat, dont elle est l'accessoire).

¹⁷⁴ Dans un sens analogue, P. MAYER, *op. cit.* {préc. n. 172}, p. 690.

¹⁷⁵ V., pour une application de cette idée, l'arrêt *Swiss Oil* de la Cour d'appel de Paris où il n'y a pas eu extension de la convention d'arbitrage à une partie concernée mais ne l'ayant pas signée. La société pétrolière Swiss Oil avait conclu un contrat de vente de pétrole avec la République du Gabon et voulait attirer à l'arbitrage la société nationale pétrolière gabonaise (Petrogab) alors que celle-ci, si elle avait conclu un avenant au contrat initial, n'avait pas participé à la conclusion de ce dernier. La Cour d'appel de Paris a estimé, au vu des circonstances, qu'il n'y avait pas accord de cette société pour être liée par la clause compromissoire (Paris (1^o Ch. suppl.), 16 juin 1988 (sté Swiss oil c. sté Petrogab et République du Gabon), *Rev. arb.*, 1989, p. 309, note Ch. JARROSSON). Observons avec M. Jarrosson qu'un tel arrêt ne va pas à contresens de la jurisprudence relative à l'extension de la convention d'arbitrage à des personnes qui ne l'ont pas signée. Il indique simplement l'importance accordée à la volonté réelle des parties (Ch. JARROSSON, *ibidem*, p. 326).

¹⁷⁶ Il faut rappeler qu'on a déjà envisagé plus haut le cas où une société du groupe se prévaut de la convention d'arbitrage conclue par d'autres sociétés du groupe, v. *supra* n^o 334.

à la conclusion de la clause¹⁷⁷. Mais, comme le note M. Fadlallah, la volonté de la société non-signataire à attirer à l'arbitrage est déduite de l'appartenance de cette société au même groupe que la société signataire et de son rôle dans l'affaire concernée, c'est-à-dire de sa participation à l'opération objet de la convention d'arbitrage¹⁷⁸. "La donnée objective — le groupe — vient au soutien d'une réalité subjective spécifique : l'adhésion de la société non-signataire à la clause, dégagée d'une analyse concrète des relations contractuelles"¹⁷⁹.

N'est-on pas proche alors d'une *présomption de consentement* tirée de telle ou telle circonstance particulière ? Si tel était le cas, ces décisions ne se contenteraient plus d'assouplir les formes exigées pour l'expression de la volonté des "parties". Elles concerneraient le consentement lui-même, qui serait déduit de la réunion d'un ensemble de faits objectifs. Sans aller jusqu'à prétendre qu'il y ait création d'une présomption de consentement¹⁸⁰, M. Tschanz estime d'ailleurs, contrairement à M. Mayer, que les arrêts de la Cour d'appel de Paris relatifs aux parties non-signataires mais impliquées dans l'exécution du contrat sous-jacent à la convention d'arbitrage établissent des règles concernant *l'existence du consentement* exigé pour celle-ci¹⁸¹.

336. Il faut conclure cette présentation des arrêts français "étendant" le champ d'application de la convention d'arbitrage en observant qu'ils soulèvent des difficultés d'analyse parce que la frontière est ténue entre la démarche qui *vérifie* le consentement à partir des données multiples et complexes de la réalité et celle qui *induit* de ces situations particulières une présomption de consentement. Certes, en théorie, les deux attitudes sont différentes ; dans la réalité toutefois, il ne sera pas toujours facile de repérer celle qui a été suivie par telle ou telle décision.

Plus fondamentalement, le caractère délicat de ces interprétations découle de la complexité des relations entre ces éléments *distincts mais liés que sont la forme et l'acceptation*. Le formalisme requis pour la conclusion des conventions de juridiction a normalement pour rôle de garantir la réalité de l'accord des parties. Or comme le remarque M. Jacquet, "s'il n'y a ni forme particulière, ni contenu minimum, les difficultés ne seront pas levées pour autant. Car la réduction, voire l'anéantissement du formalisme ne peuvent faire disparaître les problèmes que le formalisme avait pour objet de résoudre"¹⁸². Si les conditions relatives à la forme de la clause ne sont plus là pour indiquer l'existence du consentement, il reste en effet à déterminer d'autres indices de celui-ci, car l'accord d'une partie est, en soi, une réalité subjective et palpable.

Ainsi les décisions qui veulent assouplir la forme de la convention d'arbitrage sont-elles amenées à établir des règles plus ou moins claires sur les éléments pertinents qui pourraient remplir le rôle anciennement attribué à la forme quant à l'établissement du consentement. Et c'est ce qui rend leur analyse aussi difficile.

b. La convention d'arbitrage par référence.

337. Il convient de présenter brièvement quelques autres décisions où les juridictions françaises ont renoncé à l'application de la règle de conflit de lois pour adopter des règles

¹⁷⁷ I. FADLALLAH, *op. cit.* {préc. n. 24}, n° 38, p. 117.

¹⁷⁸ I. FADLALLAH, *op. cit.* {préc. n. 24}, n°s 31 et 32, p. 114.

¹⁷⁹ I. FADLALLAH, *op. cit.* {préc. n. 24}, n° 38, p. 117.

¹⁸⁰ V. P.-Y. TSCHANZ, *op. cit.* {préc. n. 172}, p. 707, qui met en garde contre une application trop littérale de la formule de la Cour d'appel de Paris qui "pourrait aboutir à étendre les effets d'une clause compromissoire à des personnes qui n'y ont en fait pas consenti, même implicitement".

¹⁸¹ P.-Y. TSCHANZ, *op. cit.* {préc. n. 172}, p. 705.

¹⁸² J.-M. JACQUET, *op. cit.* {préc. n. 38}, p. 742.

matérielles françaises à propos de la forme de la convention d'arbitrage. On remarquera qu'ils témoignent eux aussi des relations complexes entre la forme et le fond.

Ainsi l'arrêt *Bomar Oil* de la Cour d'appel de Versailles du 23 janvier 1991 comble-t-il la lacune existant en matière de convention d'arbitrage par référence en décidant que le droit français n'exclut pas l'adoption d'une clause compromissoire par référence à un document qui la contient¹⁸³, même lorsque l'existence de cette clause n'est pas mentionnée dans la convention principale¹⁸⁴, pourvu qu'en vertu du principe du consensualisme, soit rapportée la preuve que la partie à qui la clause est opposée a bien eu connaissance de ladite clause au moment de la conclusion de la convention principale. On observe ainsi que si les formes requises pour la convention d'arbitrage sont assouplies, le consentement des parties continue d'être explicitement exigé¹⁸⁵.

Dans son arrêt *Dalico* du 20 décembre 1993, la Cour de cassation française¹⁸⁶ confirme cette solution tout en déclarant, de manière générale, 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".

Déterminer la portée réelle de cet attendu est délicat. Il est en effet tellement général et la référence à l'"existence et l'efficacité" de la convention d'arbitrage si vaste, qu'on pourrait se demander si l'arrêt *Dalico* ne s'oriente pas vers une application généralisée des règles matérielles françaises à toutes les questions que pose une convention d'arbitrage, y compris donc les questions relatives au *consentement* nécessaire à cette clause. Comme on l'indiquera, c'est effectivement ce que suggèrent certains auteurs français¹⁸⁷.

¹⁸³ Versailles, 23 janvier 1991 (sté Bomar Oil c. ETAP), *Rev. arb.* 1991, p. 291, note C. KESSEDJIAN. Il faut préciser que la Cour d'appel de Versailles ne fonde pas seulement son raisonnement sur le droit français mais aussi sur la Convention de New York et estime que ni l'un ni l'autre n'exclut la possibilité de la convention d'arbitrage par référence. Nous pensons toutefois que la condition à laquelle la Cour de Versailles soumet une telle clause ne peut être déduite de la Convention de New York qui est totalement muette sur ce point (en ce sens, à propos d'un autre arrêt, C. KESSEDJIAN, *op. cit.* {préc. n. 157}, p. 138). Il ne peut dès lors s'agir que d'une règle française, ce qui s'explique par le fait que la Cour estime que l'article VII de la Convention de New York permet d'écarter l'article II si le droit français est plus favorable. — Remarquons, quant au droit français, que si le nouveau Code de procédure civile exige un écrit pour la clause compromissoire et le compromis conclus en matière *interne* (art. 1443 et 1449), dans ses articles consacrés à l'arbitrage international (art. 1492 et s.), il ne parle pas de la forme de ces conventions. Le seul texte dont on pourrait déduire une exigence de forme est l'article 1499 qui dispose que "l'existence d'une sentence arbitrale est établie par la production de l'original accompagné de la convention d'arbitrage". M. Goldman estime toutefois qu'il s'agit d'une règle de preuve n'affectant en rien la validité de la convention d'arbitrage et qui peut être rencontrée par tous écrits quelconques, quelles qu'en soient la nature et la forme (B. GOLDMAN, *op. cit.* {préc. n. 23}, n° 20). Le droit français est de toute façon muet sur la possibilité de conclure une convention d'arbitrage tacitement ou par référence à un document la contenant. Aussi, sur ces questions, fallait-il développer des règles jurisprudentielles.

¹⁸⁴ Cet arrêt se démarque sur ce point de la position de la Cour de cassation française qui avait imposé comme condition à la convention d'arbitrage par référence que son existence soit mentionnée dans la convention principale (v. l'arrêt *Bomar Oil* précité à la note n° 157).

¹⁸⁵ V. dans le même sens, Paris (1° Ch. Sect. D.), 17 mai 1995 (sté Trafidi c. sté International Spice and Food), *J.D.I.*, 1996, p. 110, note E. LOQUIN.

¹⁸⁶ Cass. fr. (1° Ch. civ.), 20 décembre 1993 (Comité populaire de la municipalité de Khoms El Mergeb c. sté Dalico), *J.D.I.*, 1994, p. 432, note E. GAILLARD, *Rev. arb.*, 1994, p. 116, note H. GAUDEMET-TALLON, *Rev. crit. DIP*, 1994, p. 663, note P. MAYER.

¹⁸⁷ V. E. GAILLARD, *op. cit.* {préc. n. 186}, p. 435 et s. spéc. 444., qui plaide en ce sens. V. également *infra* n°s 350 et s.

Remarquons, dans l'immédiat, que le point en litige dans cet arrêt concernait la *forme* de la convention d'arbitrage¹⁸⁸ : il s'agissait encore d'une convention d'arbitrage par référence. Cette clause figurait, en effet, dans un document non signé par les parties et auquel renvoyait l'annexe aux conditions-types, elle-même non signée. En analysant les circonstances de fait, la Cour d'appel de Paris a estimé que, dans la volonté commune des parties, cette annexe avait été intégrée dans l'ensemble contractuel. La Cour de cassation rejette le pourvoi en décidant, suite à l'attendu général cité, que "la Cour d'appel a légalement justifié sa décision en établissant l'existence de la clause d'arbitrage sans avoir égard à la loi libyenne du contrat et a souverainement retenu que (...) l'intégration (de l'annexe en cause) dans l'ensemble contractuel démontrait, bien que ce document ne fût pas signé, la commune intention des parties de se soumettre à la clause litigieuse". On peut donc penser que l'arrêt *Dalico* s'est contenté de régler la forme de la convention d'arbitrage et non le consentement exigé à son propos.

C) Appréciation quant au fond.

338. Avant d'examiner sous l'angle des principes de droit applicable à la formation des conventions de juridiction les différents arrêts dont il vient d'être question, il importe, à notre avis, de les apprécier au regard des dimensions contractuelle (a) et accessoire (b) de la convention d'arbitrage. On constatera qu'en voulant favoriser la dimension juridictionnelle de celle-ci, c'est en réalité, une nouvelle conception de l'arbitrage lui-même que les juridictions françaises adoptent (c).

a. Au regard de la dimension contractuelle de la convention d'arbitrage.

339. On a déjà exposé certaines interrogations quant au caractère réel de l'acceptation de la partie censée liée par une convention d'arbitrage alors qu'aucune forme ne permet de garantir l'existence de son consentement¹⁸⁹. Il importe d'observer à présent que la souplesse affichée par la jurisprudence française dans l'appréciation de l'accord des volontés des parties implique une certaine modification du contenu de la dimension contractuelle de la convention d'arbitrage.

Normalement en effet, la convention de juridiction, contrat à part entière, doit faire l'objet d'un consentement qui lui est *propre*. Cela ne signifie pas nécessairement que ce consentement doive se traduire par des formes particulières pour la clause. Intellectuellement toutefois, il faut que la convention de juridiction elle-même ait été voulue. Or, en attachant une grande importance aux faits — implication dans la réalisation d'un même contrat, appartenence au même groupe de sociétés — qui "font présumer que les parties ont eu connaissance de l'existence et de la portée de la clause d'arbitrage"¹⁹⁰, ne se contente-t-on pas en réalité d'un consentement portant uniquement sur la situation de fait dans laquelle les parties concernées ont accepté de s'impliquer ? Si consentement il y a, il ne se rapporterait plus spécifiquement à la convention de juridiction et à l'instance qu'elle désigne mais concernerait globalement les conséquences juridiques qui peuvent être attendues de telles situations.

Il paraît intéressant de rapprocher cette question de l'hypothèse visée par l'arrêt *Powell Duffryn* de la Cour de Justice des Communautés européennes qui décide que la convention insérée dans les statuts d'une société anonyme et désignant le tribunal chargé de

¹⁸⁸ En ce sens, H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.* {préc. n. 186}, p. 120.

¹⁸⁹ V. *supra* n° 335.

¹⁹⁰ Telle est l'expression de la Cour d'appel de Paris dans les arrêts *Kornas Marma* et *Ofer Brothers* précités (v. *supra* note n° 172).

connaître des différends opposant cette société à ses actionnaires joue vis-à-vis de tous les actionnaires, même vis-à-vis de ceux qui se sont opposés à l'adoption de la clause ou qui sont devenus actionnaires après l'assemblée générale où les statuts ont été adoptés¹⁹¹. "En effet, en devenant et en demeurant actionnaire d'une société, l'actionnaire donne son consentement pour se soumettre à l'ensemble des dispositions figurant dans les statuts de la société, (...) même si certaines de ses dispositions (...) ne rencontrent pas son accord"¹⁹². Cette solution a pour objectif d'éviter "la multiplication des chefs de compétence pour les litiges issus d'un même rapport de droit et de fait entre la société et ses actionnaires"¹⁹³. On observe que pour favoriser la concentration des litiges devant l'instance élue, la Cour de Justice des Communautés européennes juge suffisant un consentement qui ne porte pas sur la clause de juridiction elle-même mais sur la situation d'ensemble et qui s'exprime par la volonté d'être ou de ne pas être actionnaire de cette société. Mme Gaudemet-Tallon pense qu'une telle solution s'éloigne beaucoup du fondement consensuel sur lequel repose l'article 17 de la Convention de Bruxelles car elle conduira parfois à se contenter d'un consentement tacite, voire d'un consentement présumé¹⁹⁴.

Ainsi, pour l'arrêt *Powell Duffryn* comme pour les décisions présentées à propos de la convention d'arbitrage, peut-on se demander si de tels contrôles du consentement rencontrent suffisamment le fondement consensuel de la convention de juridiction.

340. Il convient de remarquer que, devant le caractère parfois illusoire du consentement effectivement requis, M. Fouchard suggère que cette condition soit abandonnée. Selon cet auteur, une *règle objective et précise* décidant de l'extension de cette clause dans telle ou telle hypothèse serait en effet préférable à l'interprétation artificielle de la volonté des parties¹⁹⁵.

Il faut observer qu'une telle suggestion impliquerait une *renonciation totale à la dimension consensuelle de la convention d'arbitrage* et consacrerait, par conséquent, l'abandon du fondement volontaire de l'arbitrage.

Sans entrer dans ce débat qui dépasse l'objet de nos recherches, nous voudrions faire l'observation suivante. On sait qu'en France, les compétences légales dérivées ne jouent pas dans l'hypothèse où la partie à attirer à l'instance étatique a conclu une convention d'arbitrage avec un des litigants. La raison invoquée est que l'objectif de concentration des litiges devant le juge étatique doit céder le pas devant la volonté des parties exprimée par cette clause¹⁹⁶. Or en créant une règle de regroupement des litiges devant l'arbitre, indépendante du consentement des parties, on défendrait la solution contraire : on bafouerait la volonté des personnes concernées en leur imposant l'application d'une convention d'arbitrage qu'elles n'ont pas voulue, dans le seul intérêt de la bonne administration de la justice. On ne voit pas pourquoi il faudrait accorder plus de prix à la volonté de recourir à l'arbitrage plutôt qu'à celle de l'éviter ni pourquoi le souci de favoriser

¹⁹¹ C.J.C.E., aff. C-214/89, 10 mars 1992 (*Powell Duffryn c. Wolfgang Petercit*), *Rec. C.J.C.E.*, 1992, p. 1745, *Rev. crit. DIP*, 1992, p. 528, note H. GAUDEMET-TALLON, *R.D.C.B.*, 1992, p. 872, notes I. COUWENBERG et F. BOUCKAERT. Sur cet arrêt, v. également *supra* n° 122.

¹⁹² Point 19 de l'arrêt *Powell Duffryn* précité (v. *supra* note n° 191).

¹⁹³ Point 20 de l'arrêt *Powell Duffryn* précité (v. *supra* note n° 191).

¹⁹⁴ H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.* {préc. n. 191}, p. 537 et 538. V., dans un sens analogue, I. COUWENBERG, *op. cit.* {préc. n. 191}, p. 882. Rappelant que les arrêts *Salotti* et *Segoura* de la Cour de Justice des Communautés européennes ont insisté sur le fait que les formes prévues par l'article 17 de la Convention de Bruxelles avaient pour but de garantir la réalité du consentement des parties, cet auteur s'étonne que dans l'arrêt *Powell Duffryn*, la Cour ait attaché aussi peu d'importance au consentement réel de l'actionnaire.

¹⁹⁵ V. l'intervention de cet auteur au colloque sur "L'arbitrage et les tiers", *Rev. arb.*, 1988, p. 500.

¹⁹⁶ V. *supra* n° 47.

une bonne administration de la justice devrait l'emporter devant l'arbitre mais pas devant le juge étatique¹⁹⁷. Les avantages de l'arbitrage en matière internationale sont-ils tels qu'ils fassent oublier qu'il s'agirait de forcer des personnes à procéder selon une procédure dérogatoire au droit commun et devant des arbitres qui ont été choisis par d'autres qu'elles ?

b. Au regard de la dimension accessoire de la convention d'arbitrage.

341. On sait que les conventions de juridiction sont conclues pour régler les différends nés d'un rapport de droit déterminé, exigence qui a pour but d'éviter une application généralisée de ces clauses dérogatoires au droit commun¹⁹⁸. En matière d'arbitrage, cela a pour conséquence que la compétence matérielle de l'arbitre dépend en principe uniquement de ce qui est indiqué dans la clause compromissoire ; la sentence qui révélerait que la mission de l'arbitre n'a pas été respectée pourrait d'ailleurs, pour cette raison, être annulée¹⁹⁹.

Il faut remarquer que la jurisprudence qui étend le champ d'application *ratione materiae* de la convention d'arbitrage, par exemple en concentrant devant le même arbitre les litiges relatifs à un ensemble de contrats, adopte une *conception très souple de la dimension accessoire* de la convention d'arbitrage et des conséquences sur la compétence de l'arbitre qui normalement s'y attachent. Il est intéressant d'observer que l'arrêt *Glacetal* de la Cour de Justice des Communautés européennes manifeste la même tendance²⁰⁰. La Cour estime que la condition selon laquelle une convention d'élection de for soumise à l'article 17 de la Convention de Bruxelles doit concerner un "rapport de droit déterminé" ne s'oppose pas, eu égard aux besoins de l'économie de procédure qui sont à la base de cette Convention, à ce que le juge élu prenne en considération une compensation *connexe* au rapport de droit visé par la clause, s'il estime cette prise en considération compatible avec les termes et le sens de celle-ci.

On observe que l'assouplissement de la dimension accessoire de la convention de juridiction, qui permet d'élargir l'objet de celle-ci à des questions liées, repose sur la volonté des parties — soit que la personne impliquée est censée avoir donné son consentement à l'arbitrage prévu, soit que l'interprétation de la convention d'élection de for ne s'y oppose pas.

Il convient de préciser que si une telle approche accentue le détachement de la convention de juridiction vis-à-vis du contrat principal, elle ne peut, à notre avis, trouver son explication et sa justification dans le principe d'"*autonomie*" de cette clause, du moins pas dans l'acception classique de celui-ci. En effet, l'indépendance de la clause de compétence vis-à-vis du contrat principal *ne nie pas le caractère accessoire* de cette clause. Permettant à celle-ci de s'appliquer même quand la validité du contrat principal est

¹⁹⁷ Remarquons d'ailleurs que l'arrêt *Fraser* de la Cour de cassation française déjà mentionné (v. *supra* note n° 136) parce qu'il a refusé d'admettre qu'une clause compromissoire puisse être opposée au sous-acquéreur qui se prévaut d'une action directe, a ainsi adopté une solution privilégiant la concentration des litiges devant le *juge étatique*.

¹⁹⁸ V., dans un sens analogue, le point 31 de l'arrêt *Powell Duffryn* de la Cour de Justice des Communautés européennes précité (v. *supra* note n° 191).

¹⁹⁹ Art. 1704 d) du C. Jud. belge et art. 1504 et 1502 3° du NCPC français.

²⁰⁰ C.J.C.E., aff. 23/78, 9 novembre 1978 (*Meeth c. Glacetal*), *Rec. C.J.C.E.*, 1978, p. 2133, *Rev. crit. DIP*, 1981, p. 127, note H. GAUDEMET-TALLON. — On remarquera que la *clause type d'arbitrage CCI* que contient le nouveau règlement d'arbitrage de cette institution (en vigueur à compter du 1^{er} janvier 1998) témoigne également du souhait d'interpréter largement la dimension accessoire de la clause. En effet, à la différence de sa formulation antérieure, cette clause type est actuellement libellée en précisant que "tous différends découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci seront tranchés définitivement suivant le Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale..." (c'est nous qui soulignons).

contestée, ce principe a été reconnu *en considération* de ce dernier, pour que la clause puisse effectivement remplir à son égard son rôle pour le règlement des litiges qu'il suscite²⁰¹²⁰². Or on peut se demander si la jurisprudence évoquée ne néglige pas la dimension accessoire de la convention de juridiction. Aussi, au lieu de s'inspirer de l'indépendance de la clause par rapport à la situation principale, elle consacrerait le *détachement* de la première par rapport au second²⁰³, ce qui est différent.

c. En conséquence : une autre conception de l'arbitrage.

342. Il convient d'observer que si la jurisprudence examinée assouplit ainsi les implications normales des dimensions contractuelle et accessoire de la convention d'arbitrage, c'est pour accentuer la *fonction juridictionnelle* de celle-ci. En acceptant que la convention d'arbitrage joue vis-à-vis de personnes ou de situations pour lesquelles elle n'a pas été initialement prévue, ou en décidant qu'il faut bannir tout formalisme susceptible de la rendre inefficace, les juridictions françaises entendent non seulement favoriser l'arbitrage mais également lui conférer des caractéristiques juridictionnelles.

Ce mouvement semble pouvoir être rapproché de celui qui a conduit à reconnaître à l'arbitre "la compétence de la compétence". On sait que la compétence de l'arbitre ayant pour origine la convention d'arbitrage, il paraît logiquement difficile, si l'on se place dans le cadre de l'ordre arbitral, qu'il puisse en tant qu'arbitre en apprécier la validité, puisqu'à l'issue de cet examen, il constatera peut-être qu'il n'avait pas la qualité pour le faire. Les ordres étatiques ont résolu ce problème en reconnaissant à l'arbitre la "compétence de la compétence", c'est-à-dire en admettant que, comme une juridiction étatique, il "préexiste" en quelque sorte à la clause dont il tire sa compétence²⁰⁴.

A notre avis, la jurisprudence qui étend le champ d'application personnel et matériel de la convention d'arbitrage initialement conclue prolonge cette idée. Elle *détache* en effet la compétence de l'arbitre des limites quant aux faits et quant aux personnes que lui assigne en principe la convention d'arbitrage. Considérant l'arbitre comme un organe dont l'existence n'est plus tout à fait liée à la convention qui l'a créé, elle confère à celui-ci des caractéristiques *juridictionnelles* qu'il ne saurait avoir dans le cadre arbitral uniquement²⁰⁵. On observe que cette jurisprudence offre un autre exemple des impulsions déterminantes que peut donner à l'arbitrage la reconnaissance étatique dont il fait

²⁰¹ V. en ce sens l'arrêt *Cassia* de la Cour de cassation française précité (v. *supra* note n° 42) qui, en décidant que "l'autonomie de la clause compromissoire trouve sa limite dans l'existence, en la forme, de la convention principale qui contiendrait la clause invoquée", souligne que cette clause ne peut logiquement pas s'exercer "dans le vide".

²⁰² Comme on l'a souligné, en effet, la dimension accessoire de la convention d'arbitrage constitue tout naturellement une "limite à l'autonomie" de celle-ci vis-à-vis du contrat principal (v. *supra* nos 310 à 314).

²⁰³ V. le commentaire de M.-L. NIBOYET-HOEGY, *op. cit.* {préc. n. 26}, p. 140, qui estime qu'un tel détachement de la clause compromissoire par rapport au rapport de base constituerait une conception extrême de l'autonomie de cette clause.

²⁰⁴ Sur ce point, v. *supra* n° 31.

²⁰⁵ Certes, on pourrait imaginer que le règlement d'arbitrage d'un centre d'arbitrage prévoit explicitement des règles analogues. Mais il faut remarquer que cette hypothèse ne changerait pas les principes ayant cours dans l'ordre arbitral. Ce serait en effet par la volonté des parties, ayant choisi de se référer à ce règlement d'arbitrage, que l'arbitre posséderait ces caractéristiques "juridictionnelles". L'origine de ces dernières serait donc contractuelle. Ainsi l'arbitre tiendrait-il encore ses pouvoirs de la convention à laquelle il doit son existence. Or, il nous paraît intéressant de mettre en évidence que la reconnaissance étatique de l'arbitrage peut conférer à celui-ci des caractéristiques *indépendantes de la volonté des parties* qui ont décidé de recourir à l'arbitrage.

l'objet²⁰⁶ ; en l'occurrence, cette évolution jurisprudentielle revient à reconnaître que joue devant l'arbitre un mécanisme proche de celui des *compétences dérivées* devant le juge étatique.

Il faut conclure de ces réflexions que *si la jurisprudence évoquée ne concerne à première vue que le champ d'application de la convention d'arbitrage, elle se fonde donc en fait sur une évolution de la conception de l'arbitrage et de la fonction de l'arbitre*²⁰⁷.

Comme cette évolution n'en est encore qu'à ses balbutiements et que, par ailleurs, il dépasserait le propos de cette étude de s'attarder sur ses implications théoriques et pratiques²⁰⁸, nous nous contenterons d'observer que cette approche nouvelle de la fonction arbitrale paraît pouvoir être mise plus facilement en œuvre dans le cadre de l'arbitrage *institutionnalisé* que dans celui de l'arbitrage *ad hoc*. En effet, la reconnaissance d'une indépendance plus grande de l'arbitre vis-à-vis de la convention d'arbitrage à laquelle il doit son existence — et donc vis-à-vis des parties et du contrat originaires — témoigne de la confiance croissante qui est faite à ce mode de règlement des litiges. Or cette confiance se justifie plus aisément quand elle peut s'appuyer sur des règles de procédure et de contrôle, relatives notamment à la nomination des arbitres, telles que les prévoient les règlements d'arbitrage des centres d'arbitrage²⁰⁹.

D) Appréciation quant au droit applicable.

343. La jurisprudence française qui a été examinée traduit une nouvelle étape du “principe d'autonomie” de la clause compromissoire (a) et s'explique, à notre avis, par la prépondérance du rattachement juridictionnel de celle-ci (b).

a. Une nouvelle étape dans la jurisprudence française relative à la convention d'arbitrage.

344. On sait qu'il n'est pas facile de déterminer la portée exacte, quant au fond, des décisions françaises qui ont été présentées²¹⁰. On raisonnera, dans l'immédiat, sur l'hypothèse minimaliste selon laquelle elles ne concernent que la *forme* de la convention d'arbitrage, réservant à plus tard l'examen des conséquences de droit applicable de

²⁰⁶ Pour un autre exemple, v. *supra* n° 269.

²⁰⁷ Comp. Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, L.G.D.J., Paris, 1987, n°s 192 et s., qui défend l'élargissement de la fonction juridictionnelle de l'arbitre. En effet, dès lors que la fonction de l'arbitre est liée au modèle juridictionnel étatique, il convient, selon cet auteur, qu'elle suive les mêmes orientations et évolutions que l'office du juge, qu'il s'agisse de la mission de l'arbitre dans le temps ou du rôle de celui-ci quant à l'objet du jugement. Ainsi, par exemple, quand M. Jarrosson observe que le juge ne se limite plus à trancher des litiges mais doit être, le cas échéant, expert en économie, censeur des époux, défenseur de l'enfant, etc., il estime que *de lege lata* l'arbitre devrait bénéficier également de pouvoirs analogues.

²⁰⁸ V., par exemple, pour une approche plutôt critique de la jurisprudence française, J.-F. POUDRET, “L'extension de la clause d'arbitrage : approches française et suisse”, *J.D.I.*, 1995, p. 893 et s., spéc. p. 914, où cet auteur doute que les usages du commerce international consacrent l'extension de la convention d'arbitrage et où il remarque que dans le conflit qui oppose parfois l'unité économique d'un groupe de contrats et le caractère volontaire de l'arbitrage, on ne saurait sacrifier aisément le second au premier.

²⁰⁹ V. par exemple la procédure de choix des arbitres qu'instaure l'article 2 du Règlement de la Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale. V. également G. KEUTGEN, “Les règlements d'arbitrage”, *L'arbitrage. Travaux offerts au professeur A. Fethweis*, Story-Scientia, Bruxelles, 1989, p. 47, qui explique que les règlements d'arbitrage de la C.C.I. (art. 2) et du CEPANI (art. 18) subordonnent le choix de l'arbitre opéré par les parties à une agrégation par le centre d'arbitrage.

²¹⁰ V. *supra* n°s 333 à 337.

l'interprétation maximaliste, qui impliquerait qu'elles manifestent le désir de soumettre à des règles françaises tous les aspects de la formation de la convention d'arbitrage, c'est-à-dire notamment le consentement que celle-ci suppose²¹¹.

345. Il est certain que les solutions jurisprudentielles évoquées plus haut sont le fruit de règles matérielles françaises²¹². M. Loquin les résume par la constatation que les juridictions françaises adoptent, pour la forme de la convention d'arbitrage, la règle générale suivante : "en matière d'arbitrage international, la clause compromissoire est valable indépendamment de tout formalisme dès lors que l'accord des parties, exprès ou implicite, sur son principe et sur son contenu, est établi sans équivoque et cela indépendamment de toute recherche de loi applicable à la convention"²¹³.

Comme ces règles interviennent dans un domaine normalement dévolu au conflit de lois, la "formation" de la convention d'arbitrage, il peut être question, à leur propos, de "règles matérielles de droit international privé"²¹⁴ : des normes de la *lex fori* qui s'appliquent indépendamment du recours à la règle de conflit de lois normalement compétente²¹⁵ et dont le contenu est spécialement adapté aux situations internationales.

On remarque que cette solution est un peu différente de celle que propose M. Hausmann et qui consiste à soumettre la forme de la convention d'arbitrage international à la loi allemande quand un for allemand est saisi²¹⁶. Si l'objectif de cet auteur est le même que celui des juridictions françaises, assouplir les formes requises pour la conclusion de la clause, l'application de la loi du for saisi ne va pas de pair, dans le cadre de sa thèse, avec l'élaboration de règles spécialement adaptées à l'arbitrage international. C'est en effet la disposition du droit interne allemand, l'article §1027 de la *Zivilprozessordnung* que M. Hausmann propose d'appliquer en toute hypothèse, interne ou internationale.

346. En réalisant une intervention ponctuelle de la *lex fori* dans un domaine normalement réservé au conflit de lois, les décisions françaises examinées marquent une nouvelle étape du "principe d'autonomie de la clause compromissoire"²¹⁷.

On sait en effet que l'"autonomie de la clause compromissoire" a été invoquée par la jurisprudence française pour justifier le recours à des règles matérielles françaises adaptées aux relations internationales et qui s'appliquent indépendamment d'une règle de conflit de lois. Or comme on l'a indiqué, jusqu'aux décisions dont il vient d'être question, ce

²¹¹ V. *infra* n^{os} 350 et s.

²¹² En ce sens, P. MAYER, *op. cit.* {préc. n. 172}, p. 684 ; P.-Y. TSCHANZ, *op. cit.* {préc. n. 99}, p. 704.

²¹³ E. LOQUIN, *op. cit.* {préc. n. 42}, p. 176. Pour un cas d'application, v. Paris (1^o Ch. C), 8 juin 1995 (sarl Centro Stocaggio c. sté Granit), *Rev. arb.*, 1997, p. 89.

²¹⁴ V. *supra* n^o 154.

²¹⁵ En ce sens, par exemple, E. GAILLARD, *op. cit.* {préc. n. 186}, p. 439. — Rappelons cependant que les relations entre les règles matérielles de droit international privé et les règles de conflit de lois sont controversées. Tous les auteurs n'admettent pas la proposition selon laquelle "la règle matérielle s'appliquerait indépendamment d'une règle de conflit de lois". Pour s'appliquer, elle suppose, en effet, au moins une règle d'applicabilité désignant l'ordre juridique du for (sur ces questions, v. *supra* n^o 164).

²¹⁶ Sur cette thèse, v. *supra* n^o 304.

²¹⁷ V. en ce sens P.-Y. TSCHANZ, *op. cit.* {préc. n. 172}, p. 698, à propos des décisions sur l'"extension" de la convention d'arbitrage à des parties qui ne l'ont pas signée. Il faut toutefois préciser que cet auteur estime que ces décisions marquent cette nouvelle étape parce qu'elles ne se contenteraient plus d'éliminer des obstacles à la convention d'arbitrage mais établiraient des règles positives relatives au consentement. Comme on sait, la portée exacte de ces arrêts est controversée (v. *supra* n^o 335). L'explication de M. Tschanz doit donc être appréciée avec précaution. Il n'en reste pas moins que, pour les raisons exprimées dans le texte, on peut dire que ces décisions marquent une nouvelle étape du principe de l'autonomie de la clause compromissoire.

phénomène ne s'était manifesté qu'à propos de questions relatives à l'*admissibilité* de la convention d'arbitrage, pour lesquelles l'application de la loi du for saisi était normale²¹⁸.

Mais il apparaît que désormais, la compétence de la *lex fori* empiète sur le domaine normalement réservé aux *lex causæ*, la "formation" de la convention d'arbitrage dont la forme constitue un élément. Ainsi cette jurisprudence innove-t-elle, tout en illustrant qu'il peut être dérogé au principe du recours à des règles de conflit de lois pour la "formation" des conventions de juridiction au profit de l'application de la loi du for saisi.

Sous l'angle théorique, ce phénomène s'explique, à notre avis, par la prépondérance du rattachement juridictionnel de la convention d'arbitrage.

b. La prépondérance du rattachement juridictionnel de la convention d'arbitrage.

347. Nous avons tenté de démontrer que les conventions de juridiction avaient la spécificité de ne pas seulement être soumises au conflit de lois, mais de se rattacher également à la matière des conflits de juridictions. Il a été expliqué que ce dernier rattachement pouvait attirer à lui des questions relevant normalement du conflit de lois. En effet, la *lex fori*, loi de la compétence, peut, si elle l'estime nécessaire au regard de l'effet juridictionnel de ces clauses, décider de régler elle-même leurs aspects contractuels²¹⁹.

La jurisprudence française qui a été examinée en est, à notre avis, une illustration. C'est en effet *pour favoriser l'effet juridictionnel* de la convention d'arbitrage que les conditions relatives à sa forme ont été assouplies²²⁰. Ce qui a motivé la loi du for saisi à empiéter sur le domaine des *lex causæ* est l'incidence juridictionnelle de la clause.

On objectera peut-être que cette jurisprudence ne présente aucune caractéristique particulière puisqu'elle adopte des "règles matérielles de droit international privé", phénomène concevable pour tout contrat en général. Or il faut, à notre avis, souligner qu'en raison du rattachement juridictionnel des conventions de juridiction, de telles manifestations sont susceptibles de se produire *plus souvent* que pour les contrats substantiels²²¹. Il suffit que la loi du for saisi invoque un "intérêt juridictionnel". Or il n'est pas difficile de considérer qu'une question suscitée par les conventions de juridiction, même *a priori* contractuelle, présente en réalité une dimension juridictionnelle. Ainsi, par exemple, si la forme des conventions de juridiction garantit, en principe, la réalité du consentement, ce qui la rattache à la "formation" de ces clauses, on voit que, dans le cadre de la jurisprudence française, l'assouplissement de son contenu a été utilisé comme levier pour favoriser la dimension juridictionnelle de la clause arbitrale²²².

348. Ainsi la *spécificité des conventions de juridiction* se traduit-elle notamment par le fait que toutes les questions qu'elles suscitent concernent en dernière analyse "leurs effets juridictionnels", ce qui peut pousser la loi du for saisi à les régir. Cette constatation contribue probablement à expliquer l'émergence de l'idée selon laquelle la loi de la compétence devrait régir *tous* les aspects des conventions de juridiction.

²¹⁸ Sur ces questions, v. *supra* nos 110 et 111.

²¹⁹ Sur la prépondérance du rattachement juridictionnel des conventions de juridiction, v. *supra* nos 77 à 81.

²²⁰ V. *supra* n° 342.

²²¹ Et c'est pourquoi, les "règles matérielles de droit international privé" dont on a dit qu'elles sont rares en droit international privé (v. *supra* n° 164) risquent de se rencontrer plus souvent en matière de formation des conventions de juridiction que pour les contrats substantiels.

²²² Cela rejoint les réflexions exposées lorsqu'on a remarqué que la qualification de la "forme" pouvait paraître problématique au regard de la distinction "admissibilité/formation" (v. *supra* n° 60).

§2 — *Le recours général à la lex fori, loi de la compétence.*

349. La thèse selon laquelle les conventions de juridiction devraient être soumises, dans tous leurs aspects, à la loi de la compétence, se rencontre dans le cadre du droit commun, en France (A), mais aussi dans le cadre de la Convention de Bruxelles (B). Il est intéressant de rapprocher ces suggestions doctrinales car tout en étant motivées par des préoccupations différentes, elles présentent en réalité à l'analyse quelques points en commun.

A) Dans le droit commun.

350 On sait que la jurisprudence française actuelle soumet de plus en plus souvent la convention d'arbitrage à des règles matérielles françaises au contenu adapté aux relations internationales. Le recours traditionnel à des règles de conflit de lois pour apprécier les divers aspects de cette clause est ainsi progressivement abandonné au profit de l'application de la *lex fori*²²³. Les décisions qui viennent d'être examinées indiquent que désormais cette tendance ne se limite plus aux questions relatives à l'"admissibilité" de la clause mais gagne des points concernant sa "formation".

Or, comme on l'a observé, en réglant la forme de la convention d'arbitrage, les règles matérielles françaises semblent également empiéter dans le domaine du consentement exigé des parties qui concluent la clause. Dès lors en effet que la volonté de celles-ci n'est plus vérifiée à l'aune des conditions de forme, il importe de déterminer les autres éléments qui vont être pris en considération pour établir qu'il y a bien eu accord sur le recours à l'arbitrage. Ainsi, en assouplissant les exigences de forme, les juridictions françaises énoncent-elles, dans le même temps, des règles relatives à la détermination du consentement des contractants.

L'emprise de la loi française sur les conventions d'arbitrage soulevées devant les juges français apparaît dès lors très vaste. Et il semble qu'elle soit appelée à s'étendre encore davantage ainsi que l'indiquent certains arrêts, tel par exemple l'arrêt *Dalico* déjà évoqué, dont les attendus sont tellement généraux qu'ils peuvent laisser croire que la jurisprudence française ne recourra, à l'avenir, qu'à des règles matérielles françaises pour apprécier cette clause²²⁴.

²²³ Pour une présentation de la jurisprudence française, v. *supra* nos 99 à 111 et nos 163 à 168.

²²⁴ Arrêt *Dalico* précité (v. *supra* note n° 186). V. également J.-C. DUBARRY, E. LOQUIN, "Chronique de jurisprudence française", *R.T.D. com.*, 1994, p. 257, qui estiment que l'arrêt *Dalico* écarte de manière générale le mécanisme conflictuel. Dans le même sens, Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, n° 422, p. 235. — V. également Paris (1^o Ch. sect. C), 13 juin 1996 (sté Kuwait Foreign Trading Contracting and Investment c. sté Icori Estero SPA et sté Lombardini Estero SPA), *J.D.I.*, 1997, p. 151, note E. LOQUIN, où la Cour pose le principe général suivant : "en matière d'arbitrage international, le principe de l'autonomie de la clause compromissoire est d'application générale, en tant que règle matérielle internationale consacrant la licéité de la convention d'arbitrage, hors de toute référence à un système de conflits de lois, la validité de la convention devant être contrôlée au regard des seules exigences de l'ordre public international, abstraction faite de toute loi étatique, fût-elle celle régissant la forme ou le fond du contrat qui la contient". Un tel attendu indique que la Cour d'appel de Paris estime superflu le recours à une règle de conflit de lois non seulement pour la "licéité" (c'est-à-dire l'admissibilité) mais aussi pour la "validité" (c'est-à-dire la formation) de la convention d'arbitrage. Celle-ci ne dépendrait plus que de l'"ordre public international". Quoique les termes "abstraction faite de toute loi étatique" pourraient laisser croire que l'"ordre public international" en question est un ordre public transnational, détaché de tout ordre juridique, il faut entendre par là l'"ordre public international tel qu'il est conçu par le juge français" (en ce sens, E. LOQUIN, *ibidem*, p. 164. V. également nos développements sur la source des normes appliquées par la jurisprudence française, *supra* nos 101 à 103). L'explication qui suit cette expression "abstraction faite de toute loi étatique", indique d'ailleurs qu'elle signifie uniquement

Aussi certains auteurs considèrent-ils que le recours à des règles matérielles du for constitue le principe *unique* et *général* pour régir la convention d'arbitrage en matière internationale. Cette position nous intéresse surtout pour ce qu'elle apporte de neuf par rapport aux principes exposés ci-dessus, autrement dit parce qu'elle défend l'idée que même la *formation* de la convention d'arbitrage devrait être soumise, *indépendamment* de la règle de conflit de lois normalement applicable à cette question, à des normes de la *lex fori*. Remarquons par ailleurs que certains estiment que cette solution pourrait également convenir à la convention d'élection de for, ce qui rejoint le parallélisme suivi dans cette étude dans l'approche des deux conventions de juridiction.

Après avoir rappelé brièvement les principaux éléments du débat doctrinal qui entoure cette thèse (a), on la confrontera aux principes observés dans cette étude car, semble-t-il, ils peuvent contribuer à en éclairer la portée tant pratique que théorique (b).

a. Le débat doctrinal en France.

351. Comme principal argument en faveur du recours exclusif à des règles matérielles françaises, c'est-à-dire à la loi du for saisi, pour régir les conventions de juridiction²²⁵, on invoque généralement les *difficultés et les complications auxquelles conduit la méthode conflictuelle*. Il convient cependant de rappeler que selon les principes exposés plus haut et qui, dans une large mesure, ont été traduits par la jurisprudence française récente, le recours à des règles de conflit de lois incriminé ne concerne en réalité que la "formation" des conventions de juridiction, leur "admissibilité" étant déjà réglée par des normes du for, que ce soit via le principe d'autonomie pour la convention d'arbitrage ou grâce à l'idée de "licéité" pour la convention d'élection de for²²⁶.

Ce qu'on reproche à ce qui n'est en fait qu'une intervention partielle de la méthode conflictuelle est notamment le caractère malaisé de la détermination de la loi applicable à ces clauses. On sait que si le principe est le recours à la loi d'autonomie, tout au moins pour la convention d'arbitrage, souvent les parties ne font aucun choix exprès à ce propos ; or aucun facteur de rattachement subsidiaire ne paraît parfait²²⁷.

Le recours à une règle de conflit de lois complique par ailleurs le traitement des conventions de juridiction, les soumettant à deux types de solutions de droit applicable — la *lex fori* pour leur admissibilité et des *lex causæ* pour leur formation — alors que ce serait un facteur de cohérence et de simplicité de les faire dépendre uniquement d'une seule loi, la loi du for saisi²²⁸.

l'exclusion des lois désignées par des règles de conflit de lois. Ainsi cet arrêt semble-t-il considérer qu'en matière internationale, tous les aspects des conventions d'arbitrage soulevées devant le juge français doivent être soumis à des règles matérielles françaises.

²²⁵ Pour une présentation plus détaillée de cette thèse, v. à propos de la *convention d'arbitrage*, C. BLANCHIN p. 31 et s. ; Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, n^{os} 435 et s., p. 245 et s. Pour la *convention d'élection de for*, v. H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.* {préc. n. 31}, p. 139 et s. et, du même auteur, note sous Paris (1^o Ch. sect. des urg.), 10 octobre 1990 (sté Belle Vue Mauricia c. sté Canmaga Trade Corporation), *Rev. crit. DIP*, 1991, p. 611 et s. — *adde* C. BLANCHIN, p. 62 à 99, qui développe longuement les raisons de soumettre la convention d'élection de for à un régime de règles matérielles du for, similaire à celui qui existe déjà en France pour la convention d'arbitrage.

²²⁶ V. *supra* n^{os} 87 à 90 et n^{os} 110 et 111.

²²⁷ En ce sens, E. GAILLARD, *op. cit.* {préc. n. 186}, p. 441. V. également C. BLANCHIN, p. 52, qui estime qu'il n'y a pas de solution de droit applicable parfaitement satisfaisante pour la validité de la convention d'élection de for. — Sur ces questions, v. également *supra* n^{os} 305 à 307.

²²⁸ En ce sens, H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.* {préc. n. 225}, p. 611, à propos des implications de droit applicable attachées à la distinction entre la "licéité" et la "validité" de la convention d'élection de for — c'est-à-dire selon la terminologie de cette étude, son "admissibilité" et sa "formation".

La nécessité de créer des règles dont le contenu est adapté aux relations internationales est aussi une des raisons de ce choix doctrinal²²⁹. Souvent, en effet, la loi étrangère que désignerait une règle de conflit n'a été édictée qu'en fonction de préoccupations internes²³⁰ alors qu'en matière internationale, il faudrait des règles plus souples, qui garantissent une effectivité maximale aux conventions de juridiction²³¹.

Évitant les aléas de la méthode conflictuelle et privilégiant le recours à des normes adaptées, la thèse de l'application généralisée des règles matérielles françaises renforcerait donc la sécurité juridique²³², la prévisibilité des solutions²³³ et l'efficacité des conventions de juridiction^{234,235}.

352. Il faut observer que cette thèse comporte encore beaucoup d'*imprécisions quant aux normes matérielles* qui doivent être appliquées aux conventions de juridiction.

M^{lle} Blanchin reconnaît en effet que l'élaboration d'un ensemble complet de règles matérielles prendra du temps car elle est tributaire de l'action jurisprudentielle qui ne dégage ses solutions qu'*au cas par cas*²³⁶. Aussi, selon cet auteur, tant que les juridictions françaises n'auront pas eu l'occasion de développer une norme matérielle pour tous les problèmes susceptibles de se poser, il faudra bien conserver à la *méthode conflictuelle* sa fonction résiduelle²³⁷.

En ce qui concerne la *convention d'arbitrage*, M. Gaillard pense toutefois que l'arrêt *Dalico* rendu le 20 décembre 1993 par la Cour de cassation française marque la condamnation définitive de la méthode conflictuelle²³⁸. Dans cet arrêt, la Cour de cassation déclare en effet 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». Cependant, comme le remarque M. Mayer, il paraît insatisfaisant, pour définir les règles matérielles applicables à la convention d'arbitrage, de se contenter, comme semble le faire cet arrêt, d'invoquer «l'ordre public international» et les normes que celui-ci dicterait. Cet auteur se demande en effet en quoi le remplacement des règles spécialisées du droit des obligations par une formule aussi générale constituerait un progrès. Car «ce qui distingue le droit des pays évolués de celui des sociétés primitives est précisément le haut degré de spécialisation, fruit d'une expérience riche, et facteur de prévisibilité. Certes, il est nécessaire d'*adapter* les règles énoncées pour l'arbitrage interne aux particularités de l'arbitrage international. Mais il n'est pas nécessaire pour cela de faire table rase d'une théorie qui est l'aboutissement d'une évolution deux fois millénaire. Ainsi puisque les vices

²²⁹ C. BLANCHIN, p. 68.

²³⁰ V. C. BLANCHIN, p. 28 ; E. GAILLARD, *op. cit.* {préc. n. 186}, p. 442, qui cite M. Derains.

²³¹ C. BLANCHIN, p. 71.

²³² C. BLANCHIN, p. 27.

²³³ C. BLANCHIN, p. 28 ; J. ROBERT, «De la règle de conflit à la règle matérielle en matière d'arbitrage international (spécialement en droit international privé français)», *The Art of Arbitration, Liber amicorum P. Sanders*, Deventer, 1982, p. 280.

²³⁴ C. BLANCHIN, p. 28.

²³⁵ A ces motifs, Mme Gaudemet-Tallon ajoute qu'un des intérêts d'une telle méthode serait d'éviter au juge saisi d'avoir à se préoccuper des questions de droit applicable alors qu'il est au stade de l'appréciation de sa compétence (H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.* {préc. n. 31}, p. 139 ; du même auteur, *op. cit.* {préc. n. 225}, p. 612).

²³⁶ C. BLANCHIN, p. 32.

²³⁷ C. BLANCHIN, p. 33 et 94.

²³⁸ E. GAILLARD, *op. cit.* {préc. n. 186}, p. 443. L'arrêt *Dalico* a été cité à la note n° 186.

du consentement ne présentent aucune particularité en matière internationale, pourquoi faut-il absolument substituer aux règles qui les régissent en droit français la réserve générale de l'ordre public ?²³⁹

Par conséquent, même si comme le prétend M. Gaillard, la thèse du recours exclusif à des normes matérielles du for est déjà une réalité pour apprécier la convention d'arbitrage, elle doit encore être développée quant au contenu précis des règles qu'elle comprend²⁴⁰, notamment quant à la position exacte de ces dernières par rapport aux règles générales applicables aux contrats.

En ce qui concerne *la clause attributive de juridiction*, le chemin qu'il reste à parcourir avant la réalisation d'un ensemble de règles matérielles jurisprudentielles est plus long que pour la convention d'arbitrage. Jusqu'à présent en effet, les juridictions françaises n'ont que rarement adopté ce genre de solution pour la convention d'élection de for²⁴¹. M^{lle} Blanchin estime toutefois que les similitudes tant théoriques que pratiques qui rapprochent les deux conventions de juridiction²⁴² devraient encourager la jurisprudence française à évincer, pour la convention d'élection de for conclue en matière internationale également, les règles de conflit de lois²⁴³. Mais il reste encore à préciser, quant au fond, si les normes relatives à cette clause devraient être les mêmes que celles qui valent pour la convention d'arbitrage ou si elles devraient être différentes, la mesure et les accents de cette différence devant eux-mêmes être précisés.

353. Outre les imprécisions qu'elle comporte, la thèse du recours exclusif à des règles matérielles françaises se voit reprocher l'"*expansionnisme juridique*" qu'elle manifeste²⁴⁴. Même si elles prétendent avoir un contenu adapté aux relations internationales, les règles matérielles créées conformément à cette théorie seront *françaises*,²⁴⁵ elles correspondront à la conception des besoins du commerce international que se fait le juge *français*. Et l'application de la loi française ne dépendra plus d'un lien objectif entre le litige et ce pays, ce qui dans le cadre des conflits de lois aurait constitué le facteur de rattachement, mais uniquement de la saisine d'un juge français ; la loi française régira donc des situations parfois totalement étrangères à la France²⁴⁶.

²³⁹ P. MAYER, *op. cit.* {préc. n. 186}, p. 669.

²⁴⁰ V. cependant déjà en ce sens, Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, n^{os} 452 et s., p. 261 et s., qui envisagent les différents aspects de la formation de la convention d'arbitrage (capacité et pouvoir, existence, portée et validité du consentement, arbitrabilité et forme), en indiquant chaque fois quelles sont les règles matérielles envisageables pour régler ces points.

²⁴¹ Cela a toutefois été le cas pour les arrêts *Sorelec* et *Siaci* de la Cour de cassation française qui ont déclaré que les exigences de l'article 48 NCPC ne jouaient pas quand il y avait litige international (Cass. fr. (1^o Ch. civ.), 17 décembre 1985 (Cie de signaux et d'entreprises électriques c. sté Sorelec), *Rev. crit. DIP*, 1986, p. 537, note H. GAUDEMET-TALLON ; Cass. fr. (1^o Ch. civ.), 25 novembre 1986 (Siaci c. Zim Israël Navigation Company), *Rev. crit. DIP*, 1987, p. 396, note H. GAUDEMET-TALLON). Sur l'arrêt *Sorelec*, v. *supra* n^o 157. Sur l'arrêt *Siaci*, v. *supra* n^o 321.

²⁴² V. C. BLANCHIN, p. 62 à 72.

²⁴³ C. BLANCHIN, p. 90 à 94.

²⁴⁴ En ce sens, H. SYNVEY, note sous Paris (1^o Ch. suppl.), 17 décembre 1991 (sté Gatoil c. National Iranian oil company), *Rev. arb.*, 1993, p. 296.

²⁴⁵ V. nos réflexions sur la source des normes appliquées par les juridictions françaises (*supra* n^{os} 101 à 103).

²⁴⁶ V. en ce sens la critique de M. Mayer à propos des règles nouvelles relatives à la forme de la convention d'arbitrage : "la règle que l'on se défend de formuler comme une règle de droit français est en fait appliquée par les tribunaux français à titre de *lex fori*. même si l'arbitrage ne présente de liens qu'avec des États dont le droit exige toujours la rédaction d'un compromis" (P. MAYER, *op. cit.* {préc. n. 172}, p. 684). Dans un sens analogue, H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.* {préc. n. 186}, p. 467 ; H. SYNVEY, *op. cit.* {préc. n. 244}, p. 296.

D'après MM. Fouchard, Gaillard et Goldman toutefois, ce grief d'impérialisme juridique n'est pas fondé. Quand les juridictions françaises se prononcent sur une convention d'arbitrage litigieuse dans le cadre du contentieux de l'annulation ou de l'exequatur d'une sentence, cela se fait dans un contexte où il est question d'accueillir cette dernière dans l'ordre juridique français. "Il n'est donc nullement excessif, à cette fin, d'apprécier la validité de la convention sur laquelle la sentence se fonde au regard des conceptions retenues par le droit français en matière internationale"²⁴⁷.

Or ce genre de justification paraît remettre en cause la prévisibilité des solutions qui est pourtant un des objectifs avoués des défenseurs de cette thèse. En effet, si tous les pays se lançaient comme la France dans l'élaboration de leurs propres règles matérielles pour régir tous les aspects des conventions de juridiction, on peut craindre que cela nuise à l'harmonie internationale du traitement de celles-ci. MM. Fouchard, Gaillard et Goldman répondent toutefois à cette objection de la manière suivante : "la méthode, d'inspiration internationaliste, qui s'efforce de dégager sur la base de considérations de droit comparé et des aspirations légitimes des opérateurs du commerce international, des règles spécifiques à l'arbitrage commercial international, est sans doute moins aléatoire que celle qui consiste à faire dépendre le sort de la convention d'arbitrage de l'application d'une loi nationale déterminée par les règles de conflit françaises qui, trouvant la seule justification de leur application dans l'existence d'un recours en annulation ou d'une demande d'exequatur en France, peuvent elles-mêmes ne pas correspondre aux hypothétiques prévisions des parties"²⁴⁸.

b. Appréciation.

354. Il convient d'apprécier cette thèse au regard des principes dégagés dans cette étude, sur le plan théorique (aa) et sous un angle plus pratique (bb).

355. (aa) *Sur le plan théorique*, le point essentiel à souligner est, à notre avis, que la distinction entre l'"admissibilité" et la "formation" des conventions de juridiction²⁴⁹ conserve son intérêt et sa valeur alors même que ces deux catégories de questions seraient soumises à la même loi, la loi du for saisi.

En effet, si l'on se réfère aux principes théoriques développés dans la première partie de ce travail, on constate que dans le cadre de la thèse française nouvelle qui vient d'être présentée, l'application de la loi du for saisi se fait à *deux titres différents* selon qu'il s'agit d'un point d'admissibilité ou de formation de la clause envisagée. Dans le premier cas, elle exerce sa "compétence première" : elle s'applique *parce qu'il y a matière à conflits de juridictions*. Mais quand la *lex fori* veut régir une question relative à la formation de ces clauses, elle prend la place de la loi que désignerait une règle de conflit ; elle s'applique *pour favoriser l'adoption de telle ou telle règle "mieux adaptée aux relations internationales"* que la norme étrangère que désignerait la règle de conflit.

Cette précision a, à notre avis, trois implications importantes.

356. Elle signifie d'abord qu'on recourt, en France, à propos des conventions de juridiction, à *deux types* de règles matérielles françaises.

En effet, conformément à ce qui a été expliqué, les règles adaptées aux situations internationales qui sont adoptées en matière d'*admissibilité* des conventions de juridiction se

²⁴⁷ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, n° 442, p. 251.

²⁴⁸ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, n° 442, p. 251.

²⁴⁹ Sur cette distinction, v. *supra* n°s 48 à 63.

justifient, théoriquement, par les principes de détermination de la compétence internationale. Il s'agit de "*règles matérielles relatives à la compétence internationale*"²⁵⁰.

Or quand la *lex fori* régit également la *formation* des conventions de juridiction, elle s'applique à la place de la loi normalement applicable en vertu d'une règle de conflit de lois et crée dès lors une "*règle matérielle de droit international privé*" au sens classique de ce terme²⁵¹.

357. Il semble ainsi que le reproche d'"impérialisme juridique" opposé à la jurisprudence française ne puisse être fait que pour les règles matérielles énoncées à propos de la *formation* de ces clauses. Il est en effet normal que la loi française, loi du for saisi, décide de régler un aspect de l'"admissibilité" des conventions de juridiction, puisqu'il s'agit de questions qui touchent à la compétence des juridictions françaises.

On remarquera que cette explication pour justifier la compétence de la loi française est plus précise que celle donnée par MM. Fouchard, Gaillard et Goldman. Si, comme le prétendent ces auteurs, l'application de la loi française s'explique parce qu'il est question d'"accueillir une sentence dans l'ordre juridique français"²⁵², on peut en effet se demander si, à suivre cette idée au pied de la lettre, on ne devrait pas en conclure que *tout acte juridique* ayant à déployer ses effets en France devrait être soumis à la loi française. Cette conclusion excessive est évitée si l'on précise qu'accueillir une sentence dans l'ordre juridique français est un problème qui relève des conflits de juridictions au sens large retenu dans cette étude²⁵³ ; et en cette matière, comme plus particulièrement en matière de contrôle de la compétence de l'instance d'origine — point qui dans le cadre de l'arbitrage se concrétise par le contrôle imposé à la convention d'arbitrage —, l'application de la loi du for saisi est de règle²⁵⁴. Soulignant les liens entre les conventions de juridiction et la matière des conflits de juridictions, l'approche juridictionnelle des clauses que nous défendons permet ainsi de justifier l'application de la *lex fori* à l'admissibilité de celles-ci.

Or il convient d'ajouter encore la précision suivante. Il semble qu'*au stade de la reconnaissance d'une décision*, sentence ou jugement, le grief d'impérialisme juridique fait à l'ordre juridique français parce qu'il applique à la convention de juridiction sa propre loi, doit tomber, *même* quand la règle considérée concerne la *formation* de la clause. En effet, à ce stade, comme on l'a remarqué plus haut, tout doit être fait pour favoriser la reconnaissance de la décision. Cet objectif peut notamment se traduire par l'adoption, au lieu des règles de conflit de lois normalement applicables en matière de formation des conventions de juridiction, de règles matérielles du for requis, destinées à éviter de remettre en question ce qui a été fait devant l'instance d'origine²⁵⁵. *Dans ce contexte*, et conformément à l'intuition de MM. Fouchard, Gaillard et Goldman, on peut comprendre que la loi française s'applique à *tous* les aspects de la convention d'arbitrage. Ce ne serait pas la manifestation d'un expansionnisme exagéré de cette loi mais uniquement du désir des

²⁵⁰ V. *supra* nos 151 à 153. Pour des exemples de telles règles à propos de la convention d'élection de for, v. *supra* nos 157 à 161. Pour des exemples relatifs à la convention d'arbitrage, v. *supra* nos 110 et 111 et nos 166 à 168.

²⁵¹ Rappelons que les relations entre les règles de conflit de lois et les règles matérielles de droit international privé sont controversées (v. *supra* n° 164). Notre propos dans le texte n'entend pas prendre parti sur ce point mais veut seulement mettre en évidence qu'on se trouve devant deux types de règles matérielles différents étant donné que, selon le cas, celles-ci jouent pour des matières normalement soumises aux conflits de juridictions ou au conflit de lois.

²⁵² V. *supra* n° 353.

²⁵³ Sur cette notion, v. *supra* n° 70.

²⁵⁴ Sur ces principes, v. *supra* n° 73.

²⁵⁵ V. *supra* nos 187 à 189.

juridictions françaises de ne pas remettre en cause les règles matérielles développées, à propos de la clause, par les arbitres, pour ne pas compromettre l'efficacité de la sentence.

358. On observera enfin que, même dans le cadre de cette théorie nouvelle, la distinction "admissibilité/formation" conserve un intérêt, notamment face à une situation présentant une "internationalité juridique" mais pas une "internationalité économique"²⁵⁶.

Le recours à des règles matérielles du for pour régir la formation des conventions de juridiction a, en effet, pour objectif de pallier aux insuffisances de la méthode conflictuelle quand les intérêts du commerce international sont concernés²⁵⁷, c'est-à-dire quand la situation présente une "internationalité économique". Quand une telle internationalité n'est pas vérifiée, la méthode conflictuelle est appelée à jouer chaque fois qu'il y a "internationalité juridique", c'est-à-dire quand les normes de plusieurs ordres juridiques sont susceptibles de s'appliquer, puisque cela suffit pour susciter un conflit de lois²⁵⁸.

Mais dans une telle hypothèse, tandis que la "formation" des conventions de juridiction resterait régie par des règles de conflit de lois, leur "admissibilité", quant à elle, relèverait de la compétence normale de la loi du for saisi. En effet, l'application de la *lex fori* à l'admissibilité constitue la norme, quelles que soient les caractéristiques de la situation considérée²⁵⁹.

Ainsi l'objectif de cette thèse nouvelle, rattacher tous les aspects des conventions de juridiction à la même loi, ne serait-il pas atteint. Dans l'hypothèse envisagée, ces clauses continueraient à être soumises au *dépeçage* des principes de droit applicable qu'implique la distinction entre leurs aspects d'"admissibilité" et de "formation".

359 (bb) On terminera l'examen de cette thèse doctrinale, en recherchant les *raisons pratiques* qui pourraient encourager l'adoption de "règles matérielles de droit international privé" du for pour régir la "formation" des conventions de juridiction.

²⁵⁶ Pour une réflexion approfondie sur les diverses utilisations de la notion d'internationalité, v. E. LOQUIN, *op. cit.* {préc. n. 98}, p. 1042 et s. Les deux critères d'internationalité ne se recouvrent pas toujours puisque, comme le remarque cet auteur, le critère économique est plus restrictif que le critère juridique car il ne vise que certains contrats internationaux (E. LOQUIN, *ibidem*, p. 1044). V. dans le même sens, B. GOLDMAN, note sous Paris (5^o Ch.), 19 juin 1970 (Hecht c. sté Buisman's), *J.C.P.*, 1971, II, 16927 ; E. MEZGER, note sous Rouen (2^o Ch. civ.), 27 novembre 1986 (sté Mediterranean Shipping c. C.R.A.M.A de La Réunion et U.R.C.O.P.A.), *Rev. arb.*, 1987, p. 349).

²⁵⁷ En ce sens, E. LOQUIN, *op. cit.* {préc. n. 98}, p. 1044, qui remarque que "le critère économique est né lorsqu'il est apparu opportun d'appliquer à une relation contractuelle commerciale des normes matérielles propres à faciliter les relations économiques internationales". V. également E. MEZGER, *op. cit.* {préc. n. 256}, p. 348, qui observe que le critère d'internationalité ayant parfois conduit la jurisprudence française à créer des normes adaptées pour la *convention d'élection de for* est le même que celui retenu par cette jurisprudence pour la convention d'arbitrage, à savoir le critère économique. — Certes, par le passé, plusieurs juridictions françaises n'ont pas clairement fondé sur le critère économique leurs décisions relatives à la convention d'arbitrage, préférant opter pour une *combinaison* des critères (v. par ex. Paris (4^o Ch.), 13 décembre 1975 (Menicucci c. Mahieux), *Rev. crit. DIP*, 1976, p. 507, note B. OPPETIT, *J.D.I.*, 1977, p. 106, note E. LOQUIN, *Rev. arb.*, 1977, p. 147, note Ph. FOUCHARD ; Toulouse, 26 octobre 1982 (Sieur Behar c. sté Monoceram), *J.D.I.*, 1984, p. 603, note H. SYNDET). Mais comme le remarquait M. Synvet, on ne pouvait se dispenser de choisir un jour entre les deux (H. SYNDET, *ibidem*, p. 609). Il semble qu'on puisse dire actuellement que ce choix a été fait en faveur du critère économique.

²⁵⁸ En ce sens, E. LOQUIN, note sous Paris (1^o Ch. sect. C), 13 juin 1996 (sté Kuwait Foreign Trading...), {préc. n. 224}, p. 168.

²⁵⁹ Il faut toutefois préciser que la situation française n'est pas claire sur la loi applicable à l'admissibilité quand il y a internationalité juridique mais pas internationalité économique. On ne sait si les juridictions appliquent alors le principe théorique, la loi du for saisi, ou si elles continuent d'aborder la convention d'arbitrage selon l'optique conflictuelle classique (sur cette question, v. *supra* n^o 107).

Comme on vient de l'évoquer, il semble que le *souci de favoriser le maintien d'une décision existante* puisse inspirer ce phénomène : pour ne pas remettre en question l'efficacité d'un jugement ou d'une sentence uniquement parce que l'instance d'origine a appliqué à la "formation" de la convention de juridiction une règle matérielle qui contredit la solution à laquelle conduit sa règle de conflit, le *for* requis adopterait lui-même cette règle matérielle.

Or il convient d'observer que cette situation est susceptible de se produire plus souvent quand l'instance d'origine est un arbitre que lorsqu'il s'agit d'un juge.

On sait, en effet, que les arbitres internationaux jouissent d'une grande liberté dans le choix des normes applicables²⁶⁰. Ils pourraient dès lors la mettre à profit pour soumettre la "formation" de la convention d'arbitrage non plus à des règles de conflit mais à des règles matérielles. Et dans l'intérêt de l'efficacité des sentences prononcées, les ordres juridiques étatiques appelés à reconnaître celles-ci pourraient s'incliner devant les normes ainsi appliquées à la convention d'arbitrage²⁶¹²⁶². Il faut d'ailleurs observer que pratiquement toutes les décisions françaises ayant adopté des règles matérielles françaises à propos de la forme de la convention d'arbitrage concernaient des recours en annulation contre la sentence²⁶³.

Mais cette explication pour le recours à des règles matérielles à propos de la formation des conventions de juridiction *risque de ne pas jouer pour la convention d'élection de for*. Il faudrait, en effet, que de telles règles aient été adoptées par le juge d'origine. Or, comme, par hypothèse, la convention d'élection de *for* aura été soulevée dans un ordre étatique, la probabilité qu'on lui ait appliqué le même genre de normes que celles qui se rencontrent dans le cadre arbitral est très faible.

360. Pour fonder l'abandon de la méthode conflictuelle pour la formation de la *convention d'élection de for*, on pourrait, par conséquent, invoquer le désir d'harmoniser le régime de cette clause avec celui de la convention d'arbitrage, si tant est que pour cette dernière les règles de conflit de lois auraient effectivement été abandonnées tout à fait.

Mais faut-il absolument que pour tous leurs aspects de droit applicable, les conventions de juridiction aient le même traitement dans un ordre juridique donné ? Certes, on a essayé de le démontrer tout au long de cette étude, elles obéissent aux mêmes grands principes en droit international privé — le dépeçage entre la *lex fori* et les *lex causæ*. Cependant, elles mettent en présence des ordres juridiques différents. A notre avis, cela peut justifier que, sur certains points, il leur soit réservé un régime différent.

En effet, la convention d'arbitrage soulève la question des relations entre l'ordre étatique et l'ordre arbitral. Aussi le souci de réaliser une certaine harmonie entre les solutions dégagées dans ces deux ordres juridiques peut-il, comme on vient de l'indiquer, expliquer l'adoption par le juge de règles matérielles dans son appréciation de la convention d'arbitrage

Mais la convention d'élection de *for* ne met en présence que des ordres étatiques, celui du *for* prorogé, celui du *for* dérogé, ou celui du *for* confronté au jugement

²⁶⁰ V. *supra* nos 18, 19 et 23.

²⁶¹ En ce sens, C. KESSEDJIAN, *op. cit.* {préc. n. 34}, p. 495.

²⁶² Rappelons que nous avons indiqué qu'à notre avis, l'attitude d'un ordre étatique face aux solutions arbitrales est théoriquement différente selon que le point réglé par l'arbitre concerne l'admissibilité ou la formation de la convention d'arbitrage, et que cette différence pourrait être traduite par la distinction entre la *reprise* et la *réception* des normes arbitrales, le premier terme soulignant le caractère plus actif de l'intervention du droit du *for* quand il est question d'admissibilité (v. *supra* n° 194).

²⁶³ V., outre les arrêts cités aux notes n° 172 et 186, Versailles, 23 janvier 1991 (sté Bomar Oil c. ETAP), *Rev. arb.* 1991, p. 291, note C. KESSEDJIAN ; Cass. fr. (1° Ch. civ.), 25 juin 1991 (Cotunav c. sté Comptoir commercial André), *Rev. arb.*, 1991, p. 453, note P. MAYER.

rendu en conformité ou en violation de la clause. Si l'on veut tenter d'harmoniser les solutions de droit applicable qui peuvent être appliquées à cette clause, il convient dès lors de se placer *dans le cadre de ces relations inter-étatiques*. Il importe peu que le régime de la convention d'élection de for soit en tous points semblable à celui de la convention d'arbitrage, comme le suggèrent les auteurs français qui voudraient qu'elle soit soumise uniquement à des règles matérielles du for²⁶⁴. Une telle solution conduirait plutôt à accentuer les différences entre les Etats ayant à apprécier cette clause. En effet, l'approche française de la convention d'arbitrage est loin d'être universelle²⁶⁵. Si, sous prétexte d'harmoniser la situation des deux conventions de juridiction, elle est étendue à la convention d'élection de for, cela signifie que dans le cadre des relations que suscite cette dernière clause, c'est-à-dire des relations, par définition, inter-étatiques, la France accentuerait sa singularité.

Il semble, par conséquent, que le recours à des règles matérielles du for pour l'appréciation de la formation des conventions de juridiction se justifie plus pour la convention d'arbitrage que pour la convention d'élection de for. Or cette réflexion souligne l'intérêt de la thèse qui va être examinée et qui consiste à favoriser, *sur le plan inter-étatique*, l'harmonie des solutions relatives à la convention d'élection de for.

B) Dans le cadre de la Convention de Bruxelles.

361. Pour remédier à la difficulté de cerner la portée exacte de l'exclusion du droit commun que prévoit la Convention de Bruxelles (a), on peut se demander s'il ne faudrait pas accroître l'emprise de cette Convention sur les conventions d'élection de for comprises dans son champ d'application (b). Cette suggestion peut être vue comme le pendant conventionnel de la théorie française qui vient d'être examinée puisqu'elle consiste à confier à la loi de la compétence non seulement le règlement de la licéité de principe, de la portée des effets juridictionnels et de l'admissibilité de la convention d'élection de for mais aussi celui des aspects essentiels de sa formation.

a. Le problème de la portée de l'exclusion du droit commun.

362. On sait que la Convention de Bruxelles, en tant que loi unifiée sur la compétence, règle, à l'exclusion des droits nationaux, la licéité de principe, la portée des effets juridictionnels et l'admissibilité des conventions d'élection de for comprises dans son champ d'application. La formation, qui ne concerne que les aspects contractuels de ces clauses, reste, quant à elle, sous l'empire du droit international privé du for saisi, si ce n'est la forme qui est explicitement régie par la Convention²⁶⁶.

Ce système suscite cependant quelques difficultés, notamment²⁶⁷ quant à la portée de l'exclusion du droit commun en matière de *formation* de la convention d'élection de for.

Le problème de fond à la base de cette difficulté est le même que celui qui a encouragé la thèse française qui vient d'être envisagée. La forme présente en effet de

²⁶⁴ V. les auteurs cités à la note n° 225.

²⁶⁵ On a d'ailleurs observé plus haut que cela posait des problèmes quand les juges français doivent reconnaître un jugement rendu en violation d'une convention d'arbitrage qui aurait été efficace selon le droit français (v. *supra* n^{os} 196 à 199).

²⁶⁶ V. *supra* n^{os} 114 à 122.

²⁶⁷ Il convient de rappeler qu'on a déjà observé que le caractère délicat de la qualification de certaines conditions au regard de la distinction "admissibilité/formation" permettait aux juridictions nationales désireuses de contourner ce système de considérer comme "formation" ce qui, en réalité, relève de l'"admissibilité" de la clause et ne devrait donc normalement pas être soumis à l'application concurrente des droits nationaux (v. *supra* n^{os} 124 et 125).

nombreux liens avec le "fond", c'est-à-dire avec l'établissement du consentement lui-même. Ainsi les exigences formelles ont-elles pour objectif de garantir la réalité de celui-ci, comme la Cour de Justice l'a d'ailleurs répété à propos de l'article 17 de la Convention de Bruxelles²⁶⁸. Et, par ailleurs, les conditions relatives à l'existence du consentement se traduisent souvent par l'obligation de respecter certaines formes.

Par conséquent, le système de répartition consistant à confier à la Convention de Bruxelles le règlement exclusif de la forme tout en laissant au droit commun celui du consentement n'est-il pas impraticable ?²⁶⁹ Ou bien, en effet, la Convention accepte, conformément à ce principe, l'application concurrente des normes nationales destinées à assurer l'existence de l'accord des parties même quand ces règles s'expriment par des exigences formelles, et alors l'objectif d'uniformisation du droit conventionnel est compromis. Ou bien, la Convention refuse l'application de ces règles, sous prétexte qu'elle impliquent des conditions de forme, et le recours au droit commun pour la formation de la clause de juridiction n'a plus guère de signification concrète.

363. La situation allemande illustre ce problème. Le droit allemand connaît, en effet, en matière de conditions générales, des règles précises destinées à protéger le consommateur contre les clauses dont il n'aurait pas eu réellement connaissance ou qui lui seraient trop défavorables²⁷⁰. Ainsi, par exemple, l'article §2 de l'AGBG (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, loi réglementant le droit des conditions générales d'affaires²⁷¹) prévoit-il les diverses conditions dont la réalisation est nécessaire pour que les conditions générales puissent être considérées comme *intégrées* aux contrats qui les contiennent. Cette disposition indique que la partie qui impose ses clauses doit avoir renvoyé à celles-ci "de manière expresse" et que le cocontractant doit avoir été en mesure de prendre connaissance de leur contenu. Ayant pour but de garantir l'existence du consentement, cet article a donné lieu, dans la jurisprudence allemande, à des conditions de *forme*. Il a en effet été décidé que si les conditions générales étaient rédigées dans une langue différente de celle utilisée pour la négociation du contrat, ce dernier devait contenir une indication *spéciale* à leur propos, *dans la langue* que connaît le contractant à qui elles sont opposées²⁷².

Les difficultés présentées sur la portée de l'exclusion des droits nationaux par la Convention de Bruxelles prennent une signification concrète quand on se demande si cette

²⁶⁸ C.J.C.E., aff. 24/76, 14 décembre 1976 (sté Estasis Salotti di Colzani c. Rüwa Polstereimaschinen GmbH), *Rev. crit. DIP*, 1977, p. 576.

²⁶⁹ Comp. H. BORN, "Le régime général des clauses attributives de juridiction dans la Convention de Bruxelles", *J.T.*, 1995, n° 20, p. 357, qui exprime le problème différemment. Cet auteur parle du principe de l'"auto-suffisance de l'article 17", expression qui indique que, dans le cadre de son champ d'application, cet article se suffit à lui-même sur les plans qu'il entend régler. Or, comme le remarque M. Born, ce principe soulève, à propos des formes, un problème particulier.

²⁷⁰ Pour un examen complet de la question, v. T. RAUSCHER, "Gerichtsstandsbeeinflussende AGB im Geltungsbereich des EuGVÜ", *ZZP*, 1991, p. 284 et s.

²⁷¹ V. la présentation de cette loi par B. von HOFFMANN, *Rev. crit. DIP*, 1977, p. 635.

²⁷² Pour un cas d'application, v. OLG Hamm, 10 octobre 1988, *IPRax*, 1991, p. 324, et le commentaire de Ch. KOHLER, "Gerichtsstandsklauseln in fremdsprachigen AGB : Das Clair-obscur des Art. 17 EuGVÜ", *IPRax*, 1991, p. 299. — Pour un cas similaire, v. Cass. fr. (1° Ch. civ.), 9 janvier 1996 (sté Fulgurit c. Cie P.F.A.), *Rev. crit. DIP*, 1996, p. 731, note H.G.-T. Dans cette affaire, on s'interrogeait sur l'efficacité d'une convention d'élection de for rédigée en allemand et opposée à un contractant français qui prétendait ne pas l'avoir comprise. En l'occurrence toutefois, les parties étaient en relations d'affaires depuis de nombreuses années, et des centaines de documents contractuels reproduisant cette clause avaient été acceptés sans protestation de la part de la partie française. Aussi est-ce par application de l'article 17 (1) b) de la Convention de Bruxelles — qui reconnaît l'efficacité de la clause conclue sous une forme conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles — que la Cour de cassation a estimé la clause valable.

condition, destinée à limiter le “*Sprachrisiko*” (le risque linguistique) et dès lors à garantir le consentement réel des parties, peut être imposée à une convention d'élection de for tombant dans le champ d'application de la Convention de Bruxelles.

Cette question et, de manière plus générale, celle des liens entre les droits communs et le droit conventionnel quant à la formation de la convention d'élection de for a été posée à la Cour de Justice des Communautés européennes par le *Bundesgerichtshof*, dans l'affaire *Custom Made c. Stawa*²⁷³. La Cour n'y a pas répondu, étant donné que la compétence des tribunaux allemands s'avérait, en l'occurrence, fondée indépendamment de la clause de juridiction. Il importe toutefois de présenter les solutions envisageables pour ce problème.

b. Solutions.

364. Il faut préciser que les solutions qui vont être exposées ne remettent pas en cause le principe de la soumission au droit national des conditions de formation dont il est clair qu'elles ne sont pas réglées par la Convention de Bruxelles, telle la capacité des parties ou leur représentation. Pour ces questions, le recours à une règle de conflit de lois du for reste préconisé²⁷⁴. Mais pour *l'établissement du consentement*, certains auteurs suggèrent de se référer uniquement à la Convention de Bruxelles²⁷⁵.

Ainsi M. Born estime-t-il que l'article 17 exclut le recours à une loi nationale sur ce point. En effet, le respect des formes prévues par cette disposition *impliquerait le consentement à la clause*²⁷⁶.

M. Kohler entend, lui aussi, éviter l'application des droits nationaux en matière de consentement, mais il explique sa position différemment. Cet auteur pense qu'il faut considérer que l'article 17 ne requiert pas seulement le respect de conditions formelles mais exige *en outre* qu'il y ait eu “accord entre les parties”²⁷⁷. M. Kohler fonde cette opinion sur le terme “convention” que comprend cet article et sur la jurisprudence de la Cour de Justice dans ses arrêts *Estasis Salotti et Segoura*²⁷⁸. En précisant que les formes ont pour objectif d'assurer la réalité du consentement, la Cour aurait en effet indiqué qu'elle considère que les

²⁷³ BGH, 26 mars 1992, *IPRax*, 1992, p. 373 ; C.J.C.E., aff. C-288/92, 29 juin 1994 (*Custom Made Commercial Ltd c. Stawa Metallbau GmbH*), *Rec. C.J.C.E.*, 1994, p. 2913, *Rev. crit. DIP*, p. 692, note H. GAUDEMET-TALLON.

²⁷⁴ En ce sens, H. BORN, *op. cit.* {préc. n. 269}, n° 22, p. 358 ; Ch. KOHLER, “Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen : Liberalität und Rigorismus im EuGVÜ”, *IPRax*, 1983, p. 268.

²⁷⁵ V. l'opinion un peu différente de T. RAUSCHER, *op. cit.* {préc. n. 270}, p. 299, qui pense que la Convention de Bruxelles exclurait le droit commun pour toutes les conditions relatives au consentement qui se traduisent par des exigences formelles, ainsi notamment l'article §2 AGBG, mais le contrôle de fond que prévoit cette loi (art. §2) et qui permet de rendre inefficaces les clauses trop défavorables à une partie, resterait soumis à une règle de conflit. Cet auteur reconnaît cependant que la frontière entre ces deux types de question est floue.

²⁷⁶ H. BORN, “Les enseignements pratiques essentiels de sept ans d'application et d'interprétation de la Convention C.E.E. du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale”, *R.R.D.*, 1980, n° 62, p. 319. V. également, du même auteur, *op. cit.* {préc. n. 269}, n° 20, p. 357, qui estime que l'arrêt *Elefanten Schuh* de la Cour de Justice des Communautés européennes est la consécration explicite de cette solution. Dans le même sens, F. RIGAUX, M. FALLON, n° 1318.

²⁷⁷ Ch. KOHLER, *op. cit.* {préc. n. 274}, p. 268 et s. — *contra* H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.* {préc. n. 273}, p. 706, qui estime qu'on ne peut nier que l'article 17 est muet sur les questions d'existence et de validité du consentement et qu'il faut dès lors se tourner vers une loi étatique pour régler ce point.

²⁷⁸ C.J.C.E., aff. 25/76, 14 décembre 1976 (sté Galeries Segoura c. sté Bonakdarian), *Rec. C.J.C.E.*, 1976, p. 1851, *Rev. crit. DIP*, 1977, p. 581, note E. MEZGER ; C.J.C.E., aff. 24/76, 14 décembre 1976 (sté Estasis Salotti di Colzani c. Rüwa Polstereimaschinen GmbH), *Rev. crit. DIP*, 1977, p. 576, note E. MEZGER.

formes ne constituent pas une condition suffisante pour l'efficacité de la convention d'élection de for²⁷⁹.

M. Kohler pense dès lors qu'il serait possible de *déduire d'une interprétation autonome de ce terme "convention"* les conditions particulières nécessaires à la vérification d'un consentement réel des parties²⁸⁰. Ainsi, par exemple, dans les hypothèses révélant un "risque linguistique", faudrait-il que la Cour de Justice elle-même, et non les droits nationaux, développe une solution matérielle uniforme. M. Kohler suggère, à cet égard, que le contenu de celle-ci soit le même que celui de la règle allemande, c'est-à-dire que soit exigée une mention spéciale dans la langue du cocontractant et renvoyant aux conditions générales rédigées dans une langue étrangère²⁸¹.

365. Il semble que la suggestion de M. Kohler soit appelée à devenir réalité. En effet, dans ses conclusions avant l'arrêt *Custom Made c. Stawa*, M. l'Avocat Général Lenz a indiqué, pour répondre au *Bundesgerichtshof*, que l'article 17 définissait "de manière exhaustive les exigences en matière d'accord matériel des volontés ainsi que les formes nécessaires pour garantir ces exigences"²⁸².

Ainsi le respect des formes n'épuiserait-il pas la question du consentement des parties, contrairement à l'opinion de M. Born. Cependant, conformément aux suggestions de cet auteur et de M. Kohler, l'application du droit commun serait exclue pour le consentement.

366. On observe que si cette thèse était effectivement adoptée, elle réaliserait, dans le cadre de l'application de la Convention de Bruxelles, le même phénomène que celui préconisé par certains auteurs en droit commun français²⁸³ : la soumission à la loi de la compétence de tous les aspects²⁸⁴ de la convention d'élection de for comprise dans le champ d'application de cette Convention.

Il convient de remarquer que, comme son pendant dans le droit commun français, cette thèse pourrait invoquer en sa faveur la prépondérance du rattachement juridictionnel de la convention d'élection de for²⁸⁵. Et elle présenterait l'avantage d'éviter les problèmes dus aux liens étroits entre la forme et le consentement et au caractère dès lors un peu artificiel de la répartition de ces questions sous l'empire de deux droits différents.

Mais, intervenant dans un cadre conventionnel, cette position aurait en outre l'intérêt *d'uniformiser* la situation des Etats contractants qui, jusqu'à présent, se réfèrent pour la formation de la convention d'élection de for à des règles de conflit de lois différentes. On sait, en effet, que celles-ci ne sont pas unifiées par la Convention de Rome, en principe inapplicable aux conventions de juridiction²⁸⁶, et que, même au sein de chaque ordre juridique, elles ne sont pas toujours certaines²⁸⁷. Cette solution permettrait par ailleurs d'éliminer totalement toute velléité de la part des juridictions nationales de garder la maîtrise

²⁷⁹ Ch. KOHLER, *op. cit.* {préc. n. 272}, p. 299.

²⁸⁰ Ch. KOHLER, *op. cit.* {préc. n. 274}, p. 270.

²⁸¹ Ch. KOHLER, *op. cit.* {préc. n. 272}, p. 301.

²⁸² C.O. LENZ, Conclusions avant C.J.C.E., aff. C-288/92, 29 juin 1994 (*Custom Made Commercial Ltd c. Stawa Metallbau GmbH*), *Rec. C.J.C.E.*, 1994, n° 126, p. 2947 (c'est nous qui soulignons).

²⁸³ Sur cette thèse française, v. *supra* nos 350 à 360.

²⁸⁴ Sous réserve, comme on l'a dit, de la capacité ou la représentation des parties (v. *supra* n° 364).

²⁸⁵ V. sur ce point, *supra* nos 77, 78 et 347.

²⁸⁶ Il faut toutefois rappeler que nous pensons qu'il ne serait pas contraire à l'esprit de la Convention de Rome de considérer qu'elle régit la formation des conventions de juridiction (sur ce point, v. *supra* n° 309).

²⁸⁷ Ainsi en est-il notamment de la loi applicable à défaut de choix des parties (v. *supra* n° 307).

d'une question en jouant sur les difficultés de qualification entre l'admissibilité et la formation de la clause²⁸⁸. Désormais ces deux domaines seraient confiés à la Convention de Bruxelles.

367. Pour la réalisation effective de cette suggestion, il convient de préciser comment la Convention de Bruxelles pourrait remplir son rôle en matière d'établissement du consentement à la convention d'élection de for, dans l'hypothèse toutefois où elle ne ferait pas l'objet d'une révision et resterait dans son état actuel. Il semble qu'il y ait sur ce point quelques divergences entre M. Kohler et M. Lenz.

M. Kohler considère que ce serait à la Cour de Justice d'élaborer, au cas par cas, des règles relatives au consentement tirées de l'interprétation de la notion "convention entre les parties" comprise dans l'article 17 (1)²⁸⁹.

Or, dans ses conclusions avant l'arrêt *Custom Made c. Stawa*, M. Lenz paraît concevoir de manière beaucoup plus modeste l'intervention de la Convention de Bruxelles dans le domaine du consentement. Ainsi, pour reprendre l'exemple d'un cas présentant un risque linguistique, M. Lenz estime que cette question est visée par le point (c) de l'alinéa 1 de l'article 17, autrement dit par la référence aux "usages du commerce international". Les conditions générales rédigées dans une langue différente de celle qui a été utilisée pour la négociation du contrat seraient valables s'il apparaissait qu'un usage en vigueur les autorise²⁹⁰. Pour une autre question soulevée par le *Bundesgerichtshof*, concernant cette fois l'efficacité d'une convention de juridiction comprise dans des conditions générales qui ont été envoyées par une partie après la négociation du contrat mais n'ont pas été acceptées expressément par le contractant²⁹¹, M. Lenz pense de même qu'il faut se référer aux usages en vigueur dans les milieux concernés par les échanges commerciaux en cause²⁹². L'usage déciderait dès lors de l'interprétation à accorder au silence de la partie à qui sont expédiées les conditions générales.

M. Lenz semble ainsi penser, du moins quand la situation concerne le commerce international, que les questions pouvant se poser à l'occasion du consentement sont prises en charge par l'article 17 (1) point (c)²⁹³. Or il faut observer que cela signifie que la Convention de Bruxelles, au lieu d'élaborer elle-même, par la voie d'une interprétation autonome des notions qu'elle contient, des règles sur l'établissement du consentement des parties, déléguerait ce point aux "usages". Au lieu de renvoyer au droit international privé du for saisi, la Convention de Bruxelles se référerait, dans de telles hypothèses internationales, à ces "usages". On peut se demander si la sécurité juridique et l'uniformité des solutions y gagneraient vraiment...

²⁸⁸ Pour un exemple de ce genre de problème en droit belge, v. *supra* n^{os} 124 et 125.

²⁸⁹ Ch. KOHLER, *op. cit.* {préc. n. 274}, p. 268.

²⁹⁰ C.O. LENZ, *op. cit.* (préc. n. 282), n^o 124, p. 2946.

²⁹¹ C.O. LENZ, *op. cit.* (préc. n. 282), n^{os} 83 et s., p. 2934 et s.

²⁹² C.O. LENZ, *op. cit.* (préc. n. 282), n^o 108, p. 2942.

²⁹³ On remarquera que la portée exacte de cette partie de l'article 17 par rapport à l'établissement du consentement des parties est difficile à déterminer. Ainsi M. Kohl va-t-il jusqu'à considérer qu'"en faisant référence aux usages du commerce international que les parties "sont censées connaître", la nouvelle rédaction de l'article 17 implique en réalité que le consentement n'est plus seulement présumé mais qu'il est réputé donné" (A. KOHL, "Observations sur les conditions de forme et sur les limites de la prévalence du for élu conformément à l'article 17 de la Convention C.E.E. du 27 septembre 1968", note sous Liège, 3 décembre 1990 (Perfetto c. Parlapiano), *J.L.M.B.*, 1992, p. 1376). Dans le même sens, B. ANCEL, "La clause attributive de juridiction selon l'article 17 de la Convention de Bruxelles", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, p. 279. — *contra* H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.* {préc. n. 273}, p. 705, qui estime au contraire que le fait que les parties doivent être censées connaître l'usage en question témoigne du maintien du souci que le consentement des parties soit réel.

Aussi pensons-nous que la prise en charge par la Convention de Bruxelles des aspects de formation de la convention d'élection de for qui touchent à l'établissement du consentement devrait se faire dans les termes de la suggestion de M. Kohler.

368. Dans ce dernier chapitre consacré d'abord à la *mise en œuvre du principe* du recours à des *lex causæ* pour la formation des conventions de juridiction, on a proposé d'aborder la problématique conflictuelle surgissant à ce propos en distinguant selon qu'est en cause une question relative à la dimension contractuelle des clauses ou un point touchant à leur dimension accessoire.

En effet, dans la première hypothèse, puisque les conventions considérées sont appréhendées comme des contrats à part entière, il paraît opportun de les traiter, sur le plan du droit applicable également, de manière *autonome* par rapport au contrat auquel elles se réfèrent. Comme, par ailleurs, pour ces questions contractuelles, ces clauses ne diffèrent pas, *a priori*, des contrats substantiels, on a pu remarquer qu'elles étaient soumises aux mêmes solutions conflictuelles que ces derniers. Nous avons indiqué qu'à notre avis, cette similitude de traitement devrait aller jusqu'à la soumission à la Convention de Rome de ces aspects des clauses étudiées.

Mais quand on envisage les conventions de juridiction dans leurs liens avec la relation de base à laquelle elles se rapportent, on constate que les solutions de fond données aux problèmes qui se posent partent du principe de la "dépendance" entre le sort de la clause et celui de cette relation principale. Ainsi, en effet, permet-on aux clauses considérées de remplir leur fonction juridictionnelle quels que soient les avatars de la situation initiale qui les a suscitées. Aussi, sur le plan du droit applicable, faut-il, à notre avis, partir aussi de cette idée de "dépendance" et, pour les questions que soulève leur dimension accessoire, soumettre les conventions de juridiction à la même loi que celle qui s'applique, pour le même problème, à la relation principale concernée.

Or, dans le chapitre qui s'achève, ont également été examinées des *dérogations* susceptibles d'être apportées au principe de l'application de *lex causæ* à la formation des conventions de juridiction. Il semble en effet que la spécificité juridictionnelle de ces clauses, qui implique notamment la prépondérance de leur rattachement à la matière des conflits de juridictions par rapport à celui du conflit de lois, puisse conduire la *lex fori* à régir des points normalement soumis à des règles de conflit de lois, pourvu qu'elle invoque à ce propos un "intérêt juridictionnel".

On a constaté que ce phénomène se rencontre actuellement en France à propos de la *forme* de la convention d'arbitrage, qui dépend désormais de règles matérielles françaises plutôt que de la loi qu'aurait désignée la règle de conflit pertinente. Cette tendance, qui se traduit par un assouplissement des formes exigées, a effectivement pour objectif de favoriser la fonction juridictionnelle de l'arbitrage et dès lors la dimension juridictionnelle de la convention d'arbitrage.

Mais, en allégeant les conditions de forme, les juridictions françaises sont obligées de préciser comment désormais il faut établir l'existence du consentement des parties, puisque les formes ne sont plus là pour remplir ce rôle. L'application de normes de la *lex fori* à la formation de la convention d'arbitrage concerne ainsi également le *consentement* requis pour la conclusion de celle-ci. Aussi, plusieurs auteurs français proposent-ils que dorénavant seule la loi du for saisi, en l'occurrence la loi française, s'applique à la convention d'arbitrage, c'est-à-dire à son admissibilité et à sa formation.

On a observé que cette suggestion est défendue en droit commun français pour la convention d'arbitrage et pour la convention d'élection de for et qu'elle se retrouve également *sous une forme un peu différente dans le cadre de la Convention de Bruxelles*. Eu égard en effet à la difficulté de cerner et de respecter la répartition des compétences que celle-ci prévoit entre le droit commun et le droit conventionnel en ce qui concerne la formation des conventions d'élection de for comprises dans son champ d'application, certains auteurs proposent de confier à la loi unifiée sur la compétence, c'est-à-dire à la Convention de Bruxelles, le règlement de toutes les questions relatives à ces clauses. Il importe de constater que cette dérogation au principe de l'application des *lex causæ* à la formation de la convention d'élection de for, si elle était admise sur le plan conventionnel, aurait des avantages qu'elle n'a pas dans le cadre du droit commun. En effet, l'adoption de cette thèse aurait l'intérêt de favoriser *l'uniformisation* dans les Etats contractants des solutions applicables à la formation des conventions d'élection de for visées par la Convention de Bruxelles. Elle serait dès lors propice à la *prévisibilité des solutions*, même si, en l'absence de révision de cette Convention, sa réalisation par le biais d'arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes impliquerait une période transitoire incertaine.

CONCLUSION GÉNÉRALE

369. Etant donné que la démarche et les idées défendues dans cette étude ont été résumées à l'issue de chaque chapitre, on n'en rappellera ici que les aspects essentiels (aa) avant d'indiquer en quoi elles ont pu contribuer aux débats relatifs à chacune des clauses considérées, en expliquant différemment la situation juridique de la convention d'arbitrage (bb) ou en suggérant des évolutions à propos de celle de la convention d'élection de for (cc). Comme la comparaison des conventions de juridiction a parfois orienté également la réflexion vers des rapprochements entre le juge et l'arbitre ou entre le jugement et la sentence, on terminera par quelques considérations sur ces questions (dd).

370. (aa) Ayant choisi de mettre l'accent sur les ressemblances entre les conventions d'arbitrage et d'élection de for et de les comparer telles qu'elles se présentent au juge étatique, on a été amené à souligner leur dimension juridictionnelle commune. Aussi a-t-on cherché à défendre la thèse selon laquelle la *spécificité juridictionnelle des conventions de juridiction leur conférerait une place originale en droit international privé*.

En effet, dès lors qu'elles influencent la compétence du juge saisi, soit en la prorogeant, soit en y dérogeant, ou qu'au stade de la reconnaissance d'une décision, jugement ou sentence, elles apparaissent comme l'un des éléments à partir desquels l'instance d'origine a apprécié sa compétence, on peut penser que les clauses étudiées *se rattachent*, au moins par certains côtés, à la matière des "*conflits de juridictions*", ceux-ci étant compris dans un sens plus large que celui qui leur est habituellement donné en droit international privé puisqu'ils comprennent non seulement les conflits entre juridictions étatiques mais aussi ceux qui naissent entre la juridiction étatique et la juridiction arbitrale. Ainsi, à la différence des contrats substantiels, les conventions considérées ne dépendraient-elles pas uniquement du conflit de lois mais aussi des conflits de juridictions. C'est cette hypothèse d'un *double rattachement des conventions de juridiction* qu'on a essayé de fonder et d'explicitier dans ce travail.

Ainsi le rattachement aux conflits de juridictions ne concernerait-il pas seulement les questions relatives à la "licéité de principe" et à la "portée de l'effet juridictionnel" des conventions d'arbitrage et d'élection de for. Il embrasserait également les *conditions* qui leur sont imposées en raison de leur effet juridictionnel et qui touchent à leur "*admissibilité*". Conformément à cette analyse, ne seraient réellement "contractuelles" que les questions qui se posent en lien avec la "*formation*" des conventions de juridiction, c'est-à-dire les conditions qui ont pour but de garantir l'existence d'un accord entre les parties. En théorie, seules ces dernières devraient être réglées par la méthode du conflit de lois.

Ce double rattachement, en soumettant les conventions d'arbitrage et d'élection de for à deux types de régime selon que le problème examiné relève du conflit de lois ou des conflits de juridictions, donnerait à leur approche en droit international privé des contours spécifiques. En effet, dans la mesure où elle se rattachent à la matière de la compétence, les conventions examinées, à la différence des contrats substantiels, seraient susceptibles d'être influencées par le *principe de droit applicable* valable en ce domaine — c'est-à-dire l'application de principe de la *lex fori* — et les principes inspirant la détermination des règles de compétence dans deux hypothèses particulières : quand la situation auquel est confronté le for chargé d'apprécier sa compétence est internationale et quand, au stade de la reconnaissance d'une décision, il s'agit d'apprécier la compétence de l'instance ayant rendue celle-ci — c'est-à-dire respectivement les principes de détermination des règles de *compétence internationale* et ceux qui inspirent les règles de *compétence indirecte*.

371. (bb) A propos de la *convention d'arbitrage*, plus que pour la convention d'élection de for, cette thèse peut paraître neuve. Aussi a-t-on consacré de longs développements à cette clause, cherchant à démontrer que les idées défendues pouvaient *expliquer de manière différente* des phénomènes actuellement répandus dans la jurisprudence française ou en voie de l'être ailleurs.

L'intérêt explicatif que peut avoir cette étude pour la situation juridique de la convention d'arbitrage se percevra peut-être plus aisément si l'on rappelle d'abord brièvement la place stratégique qu'occupe cette clause au sein de plusieurs débats et évolutions qui animent la matière de l'arbitrage en général.

372. L'arbitrage est un mode de règlement des litiges particulièrement apprécié des acteurs du commerce international. Aussi observe-t-on depuis quelques décennies l'émergence d'un courant de pensée tendant à favoriser l'arbitrage international et dont l'objectif consiste à libérer celui-ci du maximum des contraintes susceptibles d'entraver sa fonction juridictionnelle. Ce mouvement se traduit notamment par le souhait d'une "*jurisdictionalisation*" *accrue de l'arbitrage*. Ainsi paraît-il important que l'arbitre, comme une juridiction étatique, soit en mesure d'apprécier lui-même sa propre compétence ; on souhaite qu'il soit possible d'atteindre devant le tribunal arbitral l'objectif que réalisent, devant le tribunal étatique, les règles de compétence dérivée, c'est-à-dire le regroupement au sein d'une même instance de litiges connexes que le souci d'une bonne administration de la justice suggère de régler ensemble ; on voudrait encore que l'arbitre puisse remplir un rôle de "*moralisation*" du commerce international et puisse dès lors soulever d'office la violation de certaines règles fondamentales. Par ailleurs, pour permettre à l'arbitre international de rendre des décisions adaptées aux situations internationales complexes auxquelles il est confronté, on l'encourage à développer des normes originales, le cas échéant non-étatiques, pour résoudre les questions de fond, de procédure ou de compétence qui se posent à lui.

Or la convention d'arbitrage se situe au cœur de la plupart de ces questions. En principe, en effet, elle constitue l'élément par lequel se traduisent l'origine et les caractéristiques *contractuelles* de l'arbitrage. Ainsi détermine-t-elle les limites *ratione personæ* de la compétence de l'arbitre, cette dernière ne s'exerçant normalement que vis-à-vis des personnes qui sont convenues de la clause. Par ailleurs la convention d'arbitrage définit la compétence et les pouvoirs *ratione materiæ* du tribunal arbitral : la mission de celui-ci est limitée aux litiges visés par la clause et il ne peut pas soulever d'office une question qui ne lui a pas été soumise par les parties.

Par conséquent, le mouvement de "*jurisdictionalisation*" de l'arbitrage dont on a donné quelques illustrations ne peut devenir réalité que si l'on adopte une *approche de la convention d'arbitrage différente de celle qu'implique la rigueur de ces principes contractuels*. Ainsi pour que l'arbitre reste compétent même quand il s'agit d'apprécier la clause dont il tire sa qualité d'arbitre, ou même vis-à-vis de litiges et de personnes différents de ceux pour lesquels celle-ci a été expressément conclue, il faut admettre un certain détachement de la compétence arbitrale par rapport à la convention d'arbitrage. Par ailleurs, la question de l'application d'office par l'arbitre de certaines dispositions d'ordre public suppose d'une part que, sur le plan de l'"arbitrabilité", on accepte que l'objet de la convention d'arbitrage se rapporte à des matières faisant intervenir de telles dispositions et d'autre part que l'on estime que l'arbitre ne viole pas sa mission contractuelle s'il aborde un point qui n'a pas été invoqué par les parties.

Les arbitres eux-mêmes ou les centres d'arbitrage peuvent décider de mettre en œuvre ces différents aspects d'une "*jurisdictionalisation*" *accrue de l'arbitrage*. Mais, celle-ci ne peut devenir vraiment réalité que si elle est admise par l'ordre juridique étatique chargé

de reconnaître la sentence dans laquelle de telles idées ont pris corps. Dès lors en effet que toutes les sentences ne sont pas exécutées spontanément et que seul l'Etat possède le monopole de la contrainte physique, l'efficacité des décisions arbitrales dépend de la reconnaissance étatique dont elles font l'objet.

Or, si le principe de la compétence de l'arbitre pour apprécier sa propre compétence jouit d'une reconnaissance étatique assez générale, puisqu'il est notamment consacré par la Convention de Genève sur l'arbitrage commercial international, il n'en est pas encore ainsi de tous les autres points par lesquels peut s'exprimer le souci de renforcer le caractère juridictionnel de l'arbitrage.

On constate toutefois qu'en France, les juridictions étatiques se montrent très favorables à cette évolution des idées. Ainsi le recours à l'arbitrage est-il désormais admis alors même que le contrat auquel la convention d'arbitrage se rapporte viole l'ordre public français. Car on estime qu'on peut faire confiance à l'arbitre pour veiller au respect de cet ordre public et pour sanctionner son éventuelle violation. Parallèlement, on encourage celui-ci à soulever d'office ce problème quand il se pose. D'autre part, pour favoriser le regroupement de situations connexes devant le même tribunal arbitral, les juridictions françaises interprètent actuellement de manière très souple les concepts contractuels "parties à la convention d'arbitrage" et "litiges visés par celle-ci". Il convient de remarquer que de telles évolutions témoignent d'une *modification de l'approche de la convention d'arbitrage*. Ainsi semble abandonnée la conception traditionnelle qui rapproche le compromis du contrat de transaction et qui se traduit notamment par cette condition commune selon laquelle seuls les droits dont on a la libre disposition peuvent constituer l'objet de ces conventions. Admettre que la violation de l'ordre public par la situation litigieuse n'interdit pas de conclure une convention d'arbitrage signifie en effet que l'arbitrage est considéré comme un procédé qui permet d'aller au-delà des concessions réciproques que pourraient se faire les parties, parce qu'il implique l'intervention d'un tiers qui, à certains égards, comme une juridiction étatique, se situe au-dessus de celles-ci. Ainsi reconnaît-on que la convention d'arbitrage a pour spécificité de conduire à un mode particulier de règlement des litiges, c'est-à-dire qu'elle a une fonction juridictionnelle. Par ailleurs, comme on vient de l'indiquer, pour favoriser ce rôle de la convention d'arbitrage, on en assouplit les présupposés contractuels.

Pour atteindre ces objectifs, les juridictions françaises ont appliqué à la convention d'arbitrage des "règles matérielles de l'arbitrage international" censées mieux lui convenir que les règles de la loi interne qu'aurait désignée la règle de conflit de lois pertinente si la clause avait été soumise à la méthode conflictuelle.

Si, conformément à l'opinion dominante, il faut admettre que les règles ainsi appliquées sont françaises quoique, le cas échéant, leur inspiration soit transnationale, il reste encore à *expliquer pour quelle raison, la loi française, loi du for saisi, régit ces questions relatives à la convention d'arbitrage*.

373. Or, il semble que *l'approche juridictionnelle* défendue dans cette thèse puisse se révéler utile pour expliquer l'évolution que connaît en France depuis quelques décennies la convention d'arbitrage quand elle se rapporte à un arbitrage commercial international. Cette explication peut également donner des "outils théoriques" aux autres Etats désireux de réserver à cette clause un régime de droit international privé différent de celui des contrats substantiels.

Le rattachement partiel de la convention d'arbitrage à la matière de la compétence peut en effet justifier que, pour tous ses aspects juridictionnels, elle soit soumise à la loi française, loi du for saisi. Car, dès lors qu'on est en matière de conflits de juridictions et non de conflit de lois, *l'application de la lex fori est de règle*. Et le titre d'application de la *lex fori* découle non d'une véritable "règle de conflit de lois", puisque sur ce point il n'y a pas

une concurrence de lois ayant un titre égal pour s'appliquer, mais d'une "règle d'applicabilité" tirée du droit international public et qui prévoit que chaque Etat a la compétence législative exclusive en ce qui concerne son organisation, c'est-à-dire notamment pour la compétence de ses organes judiciaires. Ainsi, cette explication permet-elle de répondre, sous l'angle théorique, au reproche d'impérialisme juridique qui est parfois fait à la jurisprudence française parce qu'elle applique la loi française indépendamment de la règle de conflit de lois à laquelle la convention d'arbitrage était traditionnellement soumise.

Que les règles françaises ainsi appliquées à la convention d'arbitrage soient des "règles spécifiques à l'arbitrage international" peut, par ailleurs, se comprendre notamment au regard des *principes inspirant la matière de la compétence internationale*. En effet, dans le cadre des conflits de juridictions, face à une situation internationale, la loi du for saisi ne se réfère pas à une loi étrangère — comme c'est le cas dans le cadre du conflit de lois par l'intermédiaire de la règle de conflit de lois — : la *lex fori* garde son titre pour régler la question de compétence, mais elle peut adopter sur ce point des règles différentes de celles qui régissent la compétence interne des juridictions de l'Etat concerné. L'adaptation des règles internes de compétence constituant, en matière de conflits de juridictions, la réaction normale face à l'internationalité d'une situation, on pourrait expliquer par ce principe que la convention d'arbitrage soit soumise en France à de si nombreuses règles matérielles adaptées à l'arbitrage international alors que, dans le cadre du conflit de lois, le phénomène analogue que désigne l'expression "règles matérielles de droit international privé" est assez rare.

Enfin, comme on l'a expliqué dans cette étude, il semble que des *principes* semblables à ceux qui animent la question de la *compétence indirecte* dans le cadre de la reconnaissance des jugements étrangers jouent quand l'instance d'origine est un arbitre et la décision à reconnaître une sentence. Cela signifie que le souci de favoriser l'efficacité des sentences pourrait conduire les ordres juridiques étatiques à limiter le contrôle de la compétence arbitrale qu'ils effectuent à ce stade pour s'en remettre, pour le plus de points possible, à l'appréciation qu'a faite de sa compétence l'instance d'origine, en l'occurrence l'arbitre. Il pourrait y avoir là une explication supplémentaire pour la jurisprudence française. En effet, le plus souvent, les juridictions françaises sont confrontées à la clause arbitrale au stade de la reconnaissance d'une sentence, soit dans le cadre d'un recours en annulation contre celle-ci, soit lors d'une procédure d'exequatur, c'est-à-dire quand un arbitre a déjà eu l'occasion de se prononcer sur sa compétence. Or les arbitres jouissent d'une grande liberté dans la recherche du droit applicable, qui les conduit souvent à négliger le recours à une règle de conflit de lois pour créer eux-mêmes des règles matérielles appropriées. Aussi peut-on penser que les règles matérielles adoptées par les juridictions françaises procèdent du désir de ne pas contredire les règles dégagées à propos de la convention d'arbitrage par les arbitres internationaux. Ainsi les juges français se conformeraient-ils aux principes valables en matière de compétence indirecte : en énonçant des règles matérielles françaises semblables à celles qu'ont créées les arbitres, ils s'en remettraient en fait à l'appréciation de la convention d'arbitrage faite par ceux-ci ; seules les questions les plus importantes continueraient d'être vraiment contrôlées, telle l'"arbitrabilité" du litige.

Il semble, par conséquent, que le principe de droit applicable et les principes relatifs à la détermination des règles de droit applicables qui se déduisent théoriquement du rattachement de la convention d'arbitrage à la matière des conflits de juridictions auraient été mis en œuvre dans le cadre de la jurisprudence française, dans la mesure toutefois où celle-ci a développé des règles matérielles françaises à propos des aspects *juridictionnels* de cette clause — c'est-à-dire sa "licéité de principe", la "portée de son effet juridictionnel" et son "admissibilité".

374. Il convient de préciser que, depuis peu, les juridictions françaises ont tendance à appliquer également des règles matérielles françaises à des aspects de la convention d'arbitrage qui, selon notre analyse, concernent sa "formation" et se rattachent dès lors théoriquement au conflit de lois. Telles sont par exemple les règles qui se rapportent à la "forme requise pour considérer que la clause résulte d'un accord véritable entre les parties", question dont on a dit qu'elle faisait l'objet d'une interprétation souple de la part des juridictions françaises afin de favoriser le regroupement de plusieurs litiges devant le même tribunal arbitral. Par ailleurs, une partie de la doctrine française considère actuellement que l'application de règles matérielles françaises devrait être *généralisée* à tous les aspects de la convention, c'est-à-dire à ses aspects juridictionnels comme à tous ses aspects *contractuels*.

S'agissant de questions que leur caractère contractuel relie normalement au conflit de lois, l'explication proposée pour justifier la compétence de la loi française, loi du for saisi, paraît ne plus pouvoir trouver à s'appliquer, puisqu'elle se fonde sur les liens entre la convention d'arbitrage et la matière de la compétence.

Sans reprendre tous les éléments de la démonstration faite dans cette étude, on rappellera qu'il semble qu'on puisse comprendre, au moins *sous l'angle théorique*, l'application de normes de la *lex fori* aux aspects contractuels des conventions de juridiction. Comme il a été expliqué, en effet, l'incidence juridictionnelle de ces clauses peut colorer de manière spécifique toutes les questions qu'elles posent, même celles qui, à première vue, sont semblables à celles que suscitent les contrats substantiels. En droit international privé, cela implique, à notre avis, qu'il faut reconnaître *la prépondérance du rattachement des conventions de juridiction à la matière des conflits de juridictions* par rapport à celui du conflit de lois. Par conséquent, en tant que loi des conflits de juridictions, la *lex fori* peut théoriquement prétendre régir tous les aspects de ces clauses.

On peut toutefois s'interroger sur *l'opportunité* de cette solution. En effet, le recours à des règles matérielles de la loi du for saisi pour tous les côtés contractuels de la convention d'arbitrage n'a de sens que si l'on souhaite, par cette approche de droit applicable, atteindre un résultat différent de celui qu'aurait donné aux mêmes problèmes la loi désignée par la règle de conflit normalement pertinente. Mais est-il vraiment opportun de s'éloigner, quant aux solutions de fond relatives à la convention d'arbitrage, de toutes les règles prévues par le droit des obligations applicable aux contrats en général ? Le désir de favoriser le recours à l'arbitrage en accentuant la spécificité de la convention d'arbitrage par rapport aux autres conventions doit-il se traduire en tous points ? Ces questions méritent d'être posées car il convient de ne pas oublier qu'en adoptant une conception différente de la convention d'arbitrage, on adopte par là même une approche différente du caractère volontaire et contractuel de l'arbitrage.

375. (cc) Quant à l'éventuel apport de cette étude à propos de la *convention d'élection de for*, on sera plus bref car le caractère novateur de la thèse défendue est moins prononcé pour cette clause. L'idée selon laquelle celle-ci bénéficie, en droit international privé, d'un double rattachement jouit en effet déjà d'une reconnaissance assez générale, si pas toujours explicite, en ce qui concerne ses conséquences de droit applicable, c'est-à-dire la répartition des compétences entre la *lex fori*, loi de la compétence, et les *lex causæ* désignées par les règles de conflit de lois.

L'approche juridictionnelle proposée présente toutefois l'intérêt d'expliquer de manière explicite l'application de la *lex fori* par le rattachement de la convention d'élection de for à la matière des conflits de juridictions, et de chercher à systématiser les conséquences de ce rattachement sur les règles de droit applicables à cette clause au regard des principes déterminant la compétence internationale et la compétence indirecte. Cette explication ouvre peut-être, dans le cadre des droits communs, des perspectives pour

l'adaptation des normes juridiques applicables aux aspects juridictionnels de la convention d'élection de for conclue en matière internationale ou soulevée au stade de la reconnaissance d'un jugement.

On remarquera, par ailleurs, que la comparaison entre les conventions de juridiction suggère parfois d'appliquer à la convention d'élection de for des règles analogues à celles rencontrées pour la convention d'arbitrage. On pourrait ainsi contrer une des conséquences néfastes susceptibles de naître de l'approche juridictionnelle de la convention d'élection de for en droit international privé. En effet, comme dans le cadre de cette théorie, on confie à la loi du for saisi le règlement de la plupart des questions qui se posent, on s'expose à des divergences d'appréciation de la clause selon le for qui y est confronté. Un *déni de justice* peut en résulter si, reconnue par le juge dérogé, la clause ne l'est pas quand elle est ultérieurement présentée au juge élu. Aussi pourrait-on proposer que les différentes *lex fori* de la compétence adoptent une règle analogue à celle que prévoit, à propos de la convention d'arbitrage, l'article 1458 du nouveau Code de procédure français : on concéderait à l'instance élue, en l'occurrence la juridiction dont la compétence est prorogée, la priorité quant à l'appréciation de l'efficacité de la clause ; ce n'est dès lors qu'en cas de refus de celle-ci par le juge désigné, que les autres juridictions pourraient être saisies du litige considéré. Cette solution est déjà prévue, pour une hypothèse marginale, par l'article 17 (1) *in fine* de la Convention de Bruxelles. Il semble qu'elle devrait être généralisée, dans le cadre conventionnel comme dans celui des droits communs des Etats contractants.

376. Si, comme il a été constaté tout au long de cette étude, les conventions de juridiction présentent de nombreuses ressemblances quant aux principes qui leur sont applicables en droit international privé et si, comme on vient de l'indiquer, il est possible de s'inspirer parfois, à propos de l'une d'elles, des règles composant le régime de l'autre, il importe de rappeler dans cette conclusion qu'à notre avis, on se tromperait d'objectif à vouloir que le régime de la convention d'élection de for ressemble *en tous points* à celui de la convention d'arbitrage.

Certes, en France, l'enthousiasme que provoquent les évolutions dont fait l'objet la convention d'arbitrage encourage certains auteurs à proposer que la convention d'élection de for connaisse le même sort, c'est-à-dire qu'elle soit soumise, pour le plus de questions possible, y compris contractuelles, à des règles matérielles de la loi du for saisi. Mais il convient de rappeler que ce qui contribue à expliquer le recours à des "règles matérielles de l'arbitrage international" pour la convention d'arbitrage est le fait que de telles règles sont effectivement mises en œuvre par les arbitres et qu'elles sont ensuite reprises par les ordres juridiques étatiques soucieux d'harmoniser leurs relations avec l'ordre arbitral. Or la convention d'élection de for ne met en présence que des ordres juridiques étatiques, ceux des fors qui y seront confrontés, c'est-à-dire le juge élu, un des juges dérogés ou le juge chargé de reconnaître un jugement rendu conformément ou en violation de la clause. Par conséquent, si l'on veut améliorer le statut de la convention d'élection de for, ce doit être, à notre avis, plus par des tentatives pour uniformiser son traitement *sur le plan inter-étatique* qu'au sein d'un Etat, par un alignement de son régime sur celui de la convention d'arbitrage.

Aussi, dans cette étude, diverses voies ont-elles été examinées, qui tendent à favoriser, *par le biais des conventions internationales*, l'unification du régime des conventions d'élection de for. On peut en rappeler brièvement quelques-unes.

On sait que le double rattachement de la convention d'élection de for a en principe pour conséquence que le droit conventionnel issu de la Convention de Bruxelles s'applique à l'exclusion du droit commun à tous les aspects juridictionnels des clauses relevant de son champ d'application : la "formation" de celles-ci reste, quant à elle, soumise aux *lex causæ* désignées par le droit international privé du for saisi, si ce n'est leur "forme", point

explicitement réglé par la Convention de Bruxelles. Or, la soumission de la formation de ces clauses au droit commun présente le *danger d'une appréciation divergente* de la clause selon le for qui y est confronté.

Pour remédier à cette situation, on pourrait soumettre les aspects contractuels des conventions d'élection de for non expressément réglés par la Convention de Bruxelles aux règles de conflit de lois qu'énonce la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Il semble en effet que l'exclusion des conventions de juridiction que celle-ci prévoit ne s'applique logiquement qu'aux aspects par lesquels celles-ci se distinguent des contrats substantiels, c'est-à-dire tous les points par lesquels elles se rattachent à la matière de la compétence. Or tel n'est pas le cas des questions que soulève leur "formation".

On a par ailleurs indiqué que certains auteurs défendent l'idée que la Convention de Bruxelles comprendrait, au moins de manière implicite, les conditions nécessaires à *l'établissement du consentement* requis pour les conventions d'élection de for tombant dans son champ d'application. Dès lors, en effet, que la Convention régit déjà, de manière exclusive, la forme de ces clauses, le principe d'un renvoi au droit commun en ce qui concerne le consentement des parties paraît assez illusoire étant donné que, le plus souvent, les normes ayant pour objectif de régler ce point se traduisent par des conditions de forme. Cette position, qui implique pour devenir réalité que la Cour de Justice énonce des règles matérielles uniformes en ce domaine, permettrait également d'accroître l'uniformisation du régime des conventions d'élection de for.

377. (dd) Ainsi, par le biais des règles nouvelles qui peuvent être appliquées à la convention d'arbitrage, comme c'est le cas par exemple en France, le mouvement de "juridictionnalisation" de l'arbitrage rapproche-t-il les pouvoirs de l'arbitre de ceux du juge. Un certain alignement du statut de la sentence par rapport à celui du jugement peut par ailleurs être perçu puisqu'au stade de la reconnaissance d'une sentence, le contrôle de la compétence arbitrale devrait s'inspirer des principes valables, dans le cadre de la reconnaissance des jugements étrangers, pour le contrôle de la compétence indirecte. Il semble que l'approche juridictionnelle de la convention d'arbitrage en droit international privé, fondée sur une acception large de l'expression "conflits de juridictions", cautionne, sous l'angle théorique, de tels *rapprochements entre la justice arbitrale et la justice étatique*.

Or, on a pu constater au cours de cette recherche que, dans un pays comme la France, le souhait de favoriser l'arbitrage et la toute puissance de la *lex fori* ne faisaient pas sentir leur influence uniquement à propos de la convention d'arbitrage. Ils tendent à gagner toute la matière arbitrale et à placer la justice arbitrale à un niveau *supérieur* à celui de la justice étatique. Il importe de terminer cette étude en rappelant les interrogations et les réflexions que de telles évolutions suscitent.

378. Il apparaît en effet que la tendance à mettre en avant le point de vue français en matière arbitrale ait gagné l'ensemble du contrôle de la sentence. Ainsi, la Cour de cassation française, dans un arrêt *Hilmarton* approuvé par la doctrine dominante, a-t-elle refusé de tenir compte d'un jugement étranger annulant une sentence, estimant que cette dernière pouvait être exécutée en France. Cette solution implique que le seul contrôle pertinent imposé à la décision arbitrale soit celui du juge de l'exequatur. Certes, cette évolution accentue le rapprochement entre la sentence et le jugement étranger, ce dernier n'étant pas non plus susceptible de recours en annulation. On peut toutefois se demander si la "juridictionnalisation" de l'arbitrage doit aller jusqu'à la suppression du "vestige contractuel" que constitue ce recours. Dans la mesure en effet où l'annulation d'une sentence est reconnue à l'étranger, elle présente l'avantage d'éviter l'incertitude juridique et les

contradictions qui risquent de naître suite aux possibles divergences d'appréciation de la décision selon les juges de l'exequatur qui y seront confrontés.

Le souci de faire prévaloir les conceptions françaises sur l'arbitrage se manifeste également dans la difficulté qu'éprouvent les auteurs français à admettre la reconnaissance d'un jugement étranger ayant statué au fond après avoir refusé de tenir compte d'une convention d'arbitrage qui aurait été reconnue en France. Pourquoi cependant, parce qu'il est question d'arbitrage, irait-on négliger les principes applicables à la reconnaissance des jugements étrangers et qui, comme on l'a expliqué dans cette étude, n'offrent que peu de possibilités pour s'opposer à ce jugement ? Et si, pour le litige visé par un tel jugement, a néanmoins été rendue une sentence et que se pose la question de la compatibilité entre ces décisions, pourquoi voudrait-on privilégier systématiquement la reconnaissance de l'une d'elles, la sentence ou le jugement ? Ne conviendrait-il pas d'abandonner sur ce point toute arrière-pensée idéologique pour ou contre l'arbitrage et, s'inspirant de la tendance à rapprocher la sentence et le jugement, opter pour la reconnaissance de la décision, quelle qu'elle soit, qui a été rendue la première ?

Le souhait de favoriser l'arbitrage peut-il expliquer que, pour regrouper des litiges connexes devant le tribunal arbitral, on adopte une conception "très souple" de la volonté des parties, allant presque jusqu'à présumer celle-ci, alors que c'est au nom du respect de cette même volonté des parties que l'on refuse d'admettre la concentration devant le juge étatique d'affaires liées quand, pour l'une d'elles, a été conclue une convention d'arbitrage ? Pourquoi le désir de réaliser une bonne administration de la justice ou celui de faire prévaloir la volonté réelle des parties ne l'emporterait-il pas en toute hypothèse ?

379. En guise de réponse à ces interrogations, on se contentera d'observer que, dès lors qu'on assiste à divers niveaux à une "juridictionnalisation" accrue de l'arbitrage, il serait peut-être bon que l'on s'inspire, à ce propos, des principes valables en matière de compétence des juridictions étatiques et de reconnaissance des jugements étrangers.

Ainsi, s'il est vrai que dans le cadre du conflit de juridictions au sens classique, l'application de la *lex fori* est de règle, il existe néanmoins quelques garde-fous destinés à limiter l'incidence de celle-ci et garantir une certaine harmonie entre les Etats. La Convention de Bruxelles en est un bon exemple, qui harmonise les règles de compétence directe et restreint au maximum le contrôle des jugements étrangers. Mais, comme on l'a indiqué, dans le cadre des droits communs également, se retrouve le souci de favoriser l'efficacité de la décision ; dans l'intérêt des parties, on n'ignore pas totalement ce qui a été fait à l'étranger. Quant aux règles de compétence internationale du droit commun, elles tiennent compte de la spécificité internationale des litiges, notamment en cherchant de même à ne pas imposer "à tort et à travers" la compétence des juridictions du for.

Il semble que ce souci des ordres juridiques étatiques d'harmoniser leurs relations avec leurs voisins doive se retrouver également lorsqu'il est question d'arbitrage. Certes, il est important aussi que les Etats s'ouvrent à ce qui s'est fait dans l'ordre arbitral. Mais, à notre avis, ce ne peut être au mépris total de ce qui se passe dans les autres Etats. Les voies à explorer pour une telle harmonisation des points de vue sur l'arbitrage pourraient être *conventionnelles*. Ainsi pourrait-on, par exemple, songer à réviser la Convention de Bruxelles. En effet, comme on l'a expliqué dans cette étude, l'approche juridictionnelle de la convention d'arbitrage souligne l'intérêt qu'aurait l'"ordre judiciaire européen" initié par la Convention de Bruxelles pour régler les aspects juridictionnels de cette clause. Par ailleurs, si la tendance à négliger les jugements étrangers d'annulation des sentences se confirmait, il faudrait probablement, pour faire face à la multiplication des demandes d'exequatur que cela pourrait provoquer, adapter la Convention de New York afin d'accentuer l'harmonisation internationale des contrôles qu'elle prévoit.

On observera encore que si, comme en France par exemple, le domaine de l'“arbitrabilité” est élargi, parce qu'on reconnaît à l'arbitre de véritables pouvoirs juridictionnels indépendants de la volonté des parties, il paraîtrait logique que *le contrôle de fond imposé à la sentence soit plus rigoureux*. On peut penser, en effet, que ce contrôle est généralement plus souple que celui opposé, en droit commun, aux jugements étrangers parce que traditionnellement le recours à l'arbitrage est limité aux questions à propos desquelles les parties peuvent valablement se faire des concessions réciproques. Dès lors cependant que la mission reconnue à l'arbitre est plus vaste et se rapproche ainsi de celle d'un juge, on ne voit guère pourquoi la décision du premier serait soumise à une vérification moins étendue que celle d'une juridiction étrangère.

Ainsi, l'approche juridictionnelle de la convention d'arbitrage défendue sur base de la comparaison entre celle-ci et la convention d'élection de for a-t-elle peut-être eu au moins l'intérêt de proposer une acception large des termes “conflits de juridictions” et, en indiquant que les divers types de conflits visés par cette notion sont régis par des principes analogues, de suggérer à présent que le mouvement de “juridictionnalisation” de l'arbitrage ne néglige pas, dans son évolution, les acquis de la matière classique du conflit de juridictions...

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux — Monographies — Thèses.

- ARMINJON, P., *Précis de droit international privé*, t. III, 2^o éd., Dalloz, Paris, 1952.
- BARBER, H., *Objektive Schiedsfähigkeit und ordre public in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, Peter Lang, Europäischer Verlag der Wissenschaften, 1994.
- BARTIN, E., *Etudes sur les effets internationaux des jugements*, L.G.D.J., Paris, 1907.
- BERNARD, A., *L'Arbitrage volontaire en droit privé. L'Arbitrage en Droit interne belge et français, Etude critique comparée. L'Arbitrage en Droit international privé. Droit comparé*, Bruylant - Librairie Générale de Droit, Bruxelles - Paris, 1937.
- COHEN, D., *Arbitrage et société*, L.G.D.J., Paris, 1993.
- DEBY-GERARD, F., *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Dalloz, Paris, 1973.
- DE GAVRE, J., *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, t. I, Bruylant, Bruxelles, 1967.
- DE LY, F., *International Business Law and Lex Mercatoria*, North Holland, Amsterdam, 1992.
- FAUVARQUE-COSSON, B., *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, L.G.D.J., Paris, 1996.
- FAWCETT, J.J., *Declining Jurisdiction in Private International Law. Reports to the XIVth Congress of the International Academy of Comparative Law. Athens, August 1994*, Clarendon Press, Oxford, 1995.
- FETTWEIS, A., *Manuel de procédure civile*, 2^o éd., Faculté de droit de Liège, Liège, 1987.
- FIRSCHING, K., HOFFMANN, B. von, *Internationales Privatrecht einschliesslich der Grundzüge des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, 4^o éd., Verlag C.H.Beck, Munich, 1995.
- GAUDEMET-TALLON, H., *Les Conventions de Bruxelles et Lugano*, 2^o éd., L.G.D.J., Paris, 1996.
- GEIMER, R., *Zur Prüfung der Gerichtsbarkeit und der internationalen Zuständigkeit bei der Anerkennung ausländischer Urteile*, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1966.
- GEOUFFRE de LA PRADELLE, G. de, *Les conflits de lois en matière de nullités (du droit interne français au droit international privé)*, Dalloz, Paris, 1967.
- HAHN, D., *L'arbitrage commercial international en Suisse face aux règles de concurrence de la CEE*, Librairie de l'Université Georg & Cie S. A., Genève, 1983.
- HOLLEAUX, D., FOYER, J., GEOUFFRE de LA PRADELLE, G. de, *Droit international privé*, Masson, Paris, 1987.
- HÜLSEN, H.-V. von, *Die Gültigkeit von internationalen Schiedsvereinbarungen nach Konventionsrecht mit Hinweisen auf deutsches, französisches, englisches und US-amerikanisches Recht*, J. Schweitzer Verlag, Berlin, 1973.
- JACQUET, J.-M., *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Economica, Paris, 1982.
- JARROSSON, Ch., *La notion d'arbitrage*, L.G.D.J., Paris, 1987.
- JENARD, P., *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et ses prolongements*, Répertoire notarial, t. XI, Larcier, Bruxelles, 1994.
- LALIVE, P., POUURET, J.-F., REYMOND, C., *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Editions Payot, Lausanne, 1989.
- LYON-CAEN, G., *Les relations de travail internationales*, éd. Liaisons, Paris, 1991.
- MATSCHER, F., *Zuständigkeitsvereinbarungen im österreichischen und im internationalen Zivilprozessrecht*, Vienne - New York, 1967.

MAYER, P., *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, Paris, 1973.

MONGALVY, M., *Traité de l'arbitrage en matière civile et commerciale*, Société typographique belge, Bruxelles, 1837.

MOTULSKY, H., *Ecrits. Etudes sur l'arbitrage*, Dalloz, Paris, 1974.

MÜNZBERG, R., *Die Schranken der Parteivereinbarungen in der privaten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, Duncker & Humblot, Berlin, 1970.

NORTH, P.M., FAWCETT, J.J., *Cheshire and North's Private International Law*, 12^o éd., Butterworths, London, 1992.

NUYTS, A., *La concession de vente exclusive et l'agence commerciale et l'arbitrage*, Coll. Fac. droit ULB, Bruylant, Bruxelles, 1996.

POMMIER, J.-C., *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Economica, Paris, 1982.

ROBERT, J., *L'arbitrage. Droit interne. Droit international privé*, avec la collaboration de B. Moreau, 5^o éd., Dalloz, Paris, 1983.

ROTH, G.H., *Der Vorbehalt des Ordre Public gegenüber fremden gerichtlichen Entscheidungen*, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1967.

RUBELLIN-DEVICHI, J., *L'arbitrage. Nature juridique. Droit interne et droit international privé*, L.G.D.J., Paris, 1965.

SANDROCK, O., *Handbuch der Internationalen Vertragsgestaltung*, II, Heidelberg, 1980.

SCHÜTZE, R.A., *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1991.

SINAY-CYTERMANN, A., *L'ordre public en matière de compétence internationale*, thèse dactyl., Université Strasbourg, 1980.

STORME, M., DEMEULENAERE, B., *International Commercial Arbitration in Belgium. A Handbook*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer - Boston, 1989.

THÉRY, Ph., *Pouvoir juridictionnel et compétence (étude de droit international privé)*, thèse dactyl., Université Paris II, 1981.

VAN HECKE, G., LENAERTS, K., *Internationaal privaatrecht*, Story-Scientia, Bruxelles, 1986.

WENGLER, W., *Internationales Privatrecht*, t. I, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1981.

Articles — Cours — Communications.

ANCEL, B., "La clause attributive de juridiction selon l'article 17 de la Convention de Bruxelles", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, p. 263.

ANCEL, P., "Conventions d'arbitrage. Conditions de fond", *J. Cl. Dr. Com.*, fasc. 211.

- "Conventions d'arbitrage. Conditions de fond. Litiges arbitrables", *J. Cl. Dr. Com.*, fasc. 212.

- "Arbitrage et procédures collectives après la loi du 25 janvier 1985", *Rev. arb.*, 1987, p. 127.

ARETS, J., "Réflexions sur la nature juridique de l'arbitrage", *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1962, p. 173.

AUDIT, B., "Arbitration and the Brussels Convention", *Arbitration International*, 1993, Vol. 9, N^o 1, p. 1.

- "L'arbitre, le juge et la Convention de Bruxelles", *L'internationalisation du droit. Mélanges Y. Loussouarn*, Dalloz, Paris, 1994, p. 15.

BASEDOW, J., "Das forum conveniens der Reeder im EuGVÜ", *IPRax*, 1985, p. 133.

BATIFFOL, H., "Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative", *De Conflictu Legum. Mélanges offerts à R.D. Kollwijn et J. Offerhaus*, Leiden, 1962, p. 55.

- "Le pluralisme des méthodes en droit international privé", *Rec. des cours*, 1973-II, t. 139, p. 79.

BAUER, H., "Les traités et les règles de droit international privé matériel", *Rev. crit. DIP*, 1966, p. 537.

BEHRENS, P., "Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen vor Amerikanischen Gerichten", *RebelsZ.*, 1974, p. 590.

BELLET, P., MEZGER, E., "L'arbitrage international dans le nouveau Code de procédure civile", *Rev. crit. DIP*, 1981, p. 611.

BENOIT-MOURY, A., MATRAY, D., "L'arbitrage et le droit des sociétés", *Rev. arb.*, 1978, p. 130.

BERAUDO, J.-P., "Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Généralités", *J. Cl. Europe*, fasc. 3000.

- "Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Compétence. Compétences exclusives. Compétences à raison de la matière. Prorogation volontaire de compétence", *J. Cl. Europe*, fasc. 3010.

BÖCKSTIEGEL, K.H., "Public Policy and Arbitrability", in *Comparative arbitration practice and public policy in arbitration, ICCA Congress Series n° 3*, Kluwer, 1987, p. 177.

BORK, R., "Der Begriff der objektiven Schiedsfähigkeit (§1025 Abs.1 ZPO)", *Z.Z.P.*, 1987, p. 249.

BORN, H., "Les enseignements pratiques essentiels de sept ans d'application et d'interprétation de la Convention C.E.E. du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale", *R.R.D.*, 1980, p. 195 à 209, p. 295 à 341.

- "Le régime général des clauses attributives de juridiction dans la Convention de Bruxelles", *J.T.*, 1995, p. 353.

BREDIN, J.-D., "La Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères", *J.D.I.*, 1960, p. 1002.

- "Le contrôle du juge de l'exequatur au lendemain de l'arrêt Munzer", *Trav. Com. fr. DIP*, (1964-1966), Dalloz, Paris, 1967, p. 19.

- "La loi du juge", *Le droit des relations économiques internationales. Mélanges Goldman, Litec*, Paris, 1982, p. 15.

BUDIN, R. "La nouvelle loi suisse sur l'arbitrage international", *Rev. arb.*, 1988, p. 51.

BÜLOW, A., "Effets de la prorogation internationale de juridiction en matière patrimoniale", *De Conflictu Legum. Mélanges offerts à R.D. Kollwijn, J. Offerhaus*, Leiden, 1962, p. 89.

CARBONNEAU, Th.E., "L'arbitrage en droit américain", *Rev. arb.*, 1988, p. 3.

- "Le droit américain de l'arbitrage", *L'arbitrage. Travaux offerts au professeur A. Fettweis*, Story-Scientia, Bruxelles, 1989, p. 205.

COURBE, P., "Privilège de juridiction et transmission de la clause de compétence", *Mélanges offerts à A. Colomer*, Litec, Paris, 1993, p. 143.

DELAUME, G.R., "Clauses d'élection de for et clauses compromissaires : évolution et gestation d'un nouveau droit américain", *J.D.I.*, 1975, p. 486.

DELEBECQUE, Ph., "La transmission de la clause compromissoire", *Rev. arb.*, 1991, p. 19.

DELTOMBE, Ph., "L'arbitrage multipartite", *Actualités du droit*, 1992, p. 1277.

DELVOLVÉ, J.-L., "L'arbitrage et les tiers. III.-Le droit de l'arbitrage. Les solutions contractuelles : la clause d'arbitrage multipartite", *Rev. arb.*, 1988, p. 501.

DE LY, F., "De liberalisering van de internationale arbitrage", *T.P.R.*, 1985, p. 1025.

DENNEMARK, S., "Quelle est la loi selon laquelle on tranche la question de la validité d'un accord sur la compétence internationale ?", *De Conflictu Legum. Mélanges offerts à R.D. Kollwijn, J. Offerhaus*, Leiden, 1962, p. 118.

DERAINS, Y., "Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale", *Le droit des relations économiques internationales. Mélanges Goldman, Litec*, Paris, 1982, p. 29.

- "L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international", *Rev. arb.*, 1986, p. 375.

- "Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale", *J.D.I.*, 1993, p. 829.

DE WEERDT, I., "Bevoegdheidsbeding in Cognossementen voor de Belgische Rechter. Artikel 91 van de Belgische zeewet en artikelen 17 en 18 EEG Executieverdrag", *Dr. europ. transp.*, 1987, p. 317.

DROZ, G.A.L., "Regards sur le droit international privé comparé", *Rec. des cours*, 1991-IV, t. 229, p. 9.

EKELMANS, M., "Les conditions de validité au regard de l'article 17 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 d'une clause attributive de juridiction insérée dans un connaissance maritime", *Cah. dr. eur.*, 1985, p. 426.

- "L'exclusion de l'arbitrage du champ d'application de la Convention de Bruxelles", *J.T.*, 1992, p. 495.

FADLALLAH, I., "Clauses d'arbitrage et groupes de sociétés", *Trav. Com. fr. DIP (1984-1985)*, Ed. CNRS, Paris, 1987, p. 105.

- "L'ordre public dans les sentences arbitrales", *Rec. des cours*, 1994-V, t. 249, p. 369.

FALLON, M., "Autonomie de la volonté et rattachement du contrat international de travail en droit belge", *J.T.T.*, 1984, p. 265.

- "Les règles d'applicabilité en droit international privé", *Mélanges Vander Elst, Nemesis*, 1986, t. I, p. 285.

- "L'appréciation, par le juge, de la compétence internationale en matière civile et commerciale", *Ann. Dr.*, 1994, p. 373.

FOUCHARD, Ph., "Les conflits de lois en matière d'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle", *Rev. arb.*, 1977, p. 63.

- "L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981", *J.D.I.*, 1982, p. 374.

- "La levée par la France de sa réserve de commercialité pour l'application de la Convention de New York", *Rev. arb.* 1990, p. 571.

- "Rapport de synthèse du Colloque du Comité français de l'arbitrage du 27 janvier 1992 "Perspectives d'évolution du droit français de l'arbitrage"", *Rev. arb.*, 1992, p. 381.

FRAGISTAS, C.N., "La compétence internationale en droit privé", *Rec. des cours*, 1961-III, t. 104, p. 159.

- "La compétence internationale exclusive en droit privé", *Studi in onore di Antonio Segni*, t. II, Ed. A. Giuffrè, Milan, 1967, p. 199.

FRANDESCAKIS, Ph., "Compétence étrangère et jugement étranger", *Rev. crit. DIP*, 1953, p. 1.

- "Quelques précisions sur les "lois d'application immédiate" et leurs rapports avec les règles de conflit de lois", *Rev. crit. DIP*, 1966, p. 1.

- "Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire après l'arrêt Hecht de la Cour de cassation", *Rev. arb.*, 1974, p. 67.

- "Le contrôle de la compétence du juge étranger après l'arrêt "Simitch" de la Cour de cassation", *Rev. crit. DIP*, 1985, p. 244.

GAILLARD, E., "Arbitrage commercial international. Sentence arbitrale. Contrôle étatique. Droit conventionnel", *J. Cl. Dr. Int.*, fasc. 586-11.

- "Trente ans de *Lex Mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit", *J.D.I.*, 1995, p. 5.

GAUDEMET-TALLON, H., "La compétence internationale à l'épreuve du nouveau Code de procédure civile : aménagement ou bouleversement ?", *Rev. crit. DIP*, 1977, p. 1.

- "Réflexions comparatives sur certaines tendances nouvelles en matière de compétence internationale des juges et des arbitres", *Mélanges G. Marty*, Toulouse, 1978, p. 531.

GEIMER, R., "Nachprüfung der internationalen Zuständigkeit des Urteilsstaates in Versicherungs- und Verbrauchersachen", *R.I.W.*, 1980, p. 305.

- "Kompetenzkonflikte im System des Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens", *Festschrift für W. Kralik zum 65. Geburtstag*, Vienne, 1986, p. 179.

GOLDMAN, B., "Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé", *Rec. des cours*, 1963-II, t. 109, p. 347.

- "Frontières du droit et "lex mercatoria""", *Archives de philosophie du droit*, 1964, p. 177.

- "V^o Arbitrage (droit international privé)", *Répert. Dalloz, Dr. Int.*, 1968, p. 111.

- "Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international", *Trav. Com. fr. DIP*, (1966-1969), Dalloz, Paris, 1970, p. 119.

- "La convention d'arbitrage. Généralités. Autonomie et principe de validité. Loi applicable", *J. Cl. Dr. Int.*, fasc. 586-1.

- "La convention d'arbitrage. Formation", *J. Cl. Dr. Int.*, fasc. 586-2.

- "La convention d'arbitrage. Forme et preuve", *J. Cl. Dr. Int.*, fasc. 586-4.

- "La convention d'arbitrage. Effets. Droit commun", *J. Cl. Dr. Int.*, fasc. 586-5-1.

- "La convention d'arbitrage. Transmission. Extinction", *J. Cl. Dr. Int.*, fasc. 586-6.

GOTHOT, P., "Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé", *Rev. crit. DIP*, 1971, p. 1 à 36, 209 à 243, 415 à 450.

GOTHOT, P., HOLLEAUX, D., "La Convention entre les Etats membres de la Communauté économique européenne sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale", *J.D.I.*, 1971, p. 747.

GOUTAL, J.-L., "L'arbitrage et les tiers : I.- Le droit des contrats", *Rev. arb.*, 1988, p. 439.

GRAULICH, P., "Règles de conflit et règles d'application immédiate", *Mélanges J. Dabin*, t. II, Bruxelles, Paris, 1963, p. 629.

GUEDJ, T.G., "The Theory of the Lois de police, A Functional Trend In Continental Private International Law — A Comparative Analysis With Modern American Theories", *Am. J. Com. L.*, 1991, p. 661.

HAAS, U., "Der Ausschluss der Schiedsgerichtsbarkeit vom Anwendungsbereich des EuGVÜ", *IPRax*, 1992, p. 292.

- "Zur formellen und materiellen Wirksamkeit des Schiedsvertrages", *IPRax*, 1993, p. 382.

HABSCHEID, W.J., "Parteivereinbarungen über die internationale Zuständigkeit nach deutschem und schweizerischem Recht", *Festschrift H. Schima*, Vienne, 1969, p. 175.

HAMEL, J., "La clause compromissoire dans les contrats internationaux", *D.*, II., 1926, p. 13.

HANOTIAU, B., "L'arbitrage international en Belgique", *L'arbitrage. Travaux offerts au professeur A. Fettweis*, Story-Scientia, Bruxelles, 1989, p. 143.

- "L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen", *J.D.I.*, 1994, p. 899.

- "L'arbitrabilité des litiges en droit belge au regard de la pratique internationale", *Mélanges R.O. Dalcq*, Larcier, Bruxelles, 1994, p. 269.

- "What Law Governs the Issue of Arbitrability?", *Arbitration International*, 1996, p. 391.

- "L'arbitrage et le droit européen de la concurrence", in *L'Arbitrage et le Droit européen. Actes du colloque international du CEPANI du 25 avril 1997*, Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 33.

HAUSMANN, R., "Einheitliche Anknüpfung internationaler Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen?", *Festschrift W. Lorenz*, Tübingen, 1991, p. 359.

HAY, P., "The Interrelation of Jurisdiction and Choice-of-Law in United States Conflicts Law", *I.C.L.Q.*, 1979, p. 161.

HEBRAUD, P., "De la corrélation entre la loi applicable à un litige et le juge compétent pour en connaître", *Rev. crit. DIP*, 1968, p. 205.

HOFFMANN, B. von., "Formfreiheit der Vereinbarung der Internationalen Zuständigkeit eines deutschen Gerichts", *A.W.D.*, 1972, p. 416.

- "Das EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen", *A.W.D.*, 1973, p. 57.

- "Loi réglementant le droit des conditions générales d'affaires (AGB-Gesetz) du 9 décembre 1976", *Rev. crit. DIP*, 1977, p. 635.

- "Gegenwartsprobleme internationaler Zuständigkeit", *IPRax*, 1982, p. 217.

- "Inländische Sachnormen mit zwingendem internationalem Anwendungsbereich", *IPRax*, 1989, p. 261.

HORSMANS, G., "L'importance de l'arbitrage pour le juriste belge", *L'arbitrage. Travaux offerts au professeur A. Fettweis*, Story-Scientia, Bruxelles, 1989, p. 3.

- "Actualité et évolution du droit belge de l'arbitrage", *Rev. arb.*, 1992, p. 417.

HUET, A., "Le nouveau Code de Procédure civile du 5 décembre 1975 et la compétence internationale des tribunaux français", *J.D.I.*, 1976, p. 342.

- "Les procédures de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers et des sentences arbitrales en droit international privé français", *Diritto del Commercio Internazionale*, 1987, p. 5.

JARROSSON, Ch., "L'arbitrabilité : présentation méthodologique", *Rev. jur. com.*, 1996, N° 1, p. 1.

JARVIN, S., "The source and limits of the arbitrator's powers", *Arbitration International*, 1986, p. 140.

JAYME, E., HAACK, H., "Reziproke Gerichtsstandsklauseln - EuGVÜ und Drittstaaten", *IPRax*, 1985, p. 323.

JENARD, P., "Opinion", *Arbitration International*, 1991, Vol. 7, N° 3, p. 243.

KAHN, Ph., "Droit international économique, droit du développement, *lex mercatoria* : concept unique ou pluralisme des ordres juridiques ?", *Le droit des relations économiques internationales. Mélanges Goldman*, Litec, Paris, 1982, p. 97.

KAHN-FREUND, O., "Jurisdiction agreements : some reflection", *I.C.L.Q.*, 1977, p. 825.

KASSIS, A., "L'arbitrage multipartite et les clauses de consolidation", *Droit et Pratique du commerce international*, 1988, p. 221.

KAYE, P., "The Judgments Convention and Arbitration : Mutual Spheres of Influence", *Arbitration International*, 1991, Vol. 7, N° 3, p. 289.

KEUTGEN, G., "Arbitrage et propriété intellectuelle", *Rev. arb.*, 1978, p. 175.

- "Les règlements d'arbitrage", *L'arbitrage. Travaux offerts au professeur A. Fettweis*, Story-Scientia, Bruxelles, 1989, p. 45.

KLEIN, F.E., "Autonomie de la volonté et arbitrage", *Rev. crit. DIP*, 1958, p. 255 à 284, 479 à 494.

- "Du caractère autonome de la clause compromissoire, notamment en matière d'arbitrage international (dissociation de la nullité de cette clause et de celle du contrat principal)", *Rev. crit. DIP*, 1961, p. 499.

KOHL, A., "L'arbitrage en droit allemand", *Rev. dr. intern. comp.*, 1990, p. 7.

KOHLER, Ch., "Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen : Liberalität und Rigorismus im EuGVÜ", *IPRax*, 1983, p. 265.

- "Gerichtsstandsklauseln in fremdsprachigen AGB : Das Clair-obscur des Art. 17 EuGVÜ", *IPRax*, 1991, p. 299.

KORNMEIER, U., "Schiedsfähigkeit und materielle Vergleichsbefugnis-Überlegungen zur Auslegung des Merkmals "Vergleich" in §1025 Abs.1 ZPO", *Z.Z.P.*, 1981, p. 27.

KRINGS, E., "Réflexions au sujet de la prorogation de compétence territoriale et du for contractuel", *Rev. dr. intern. comp.*, 1978, p. 78.

- "L'application de la Convention de Bruxelles par la Cour de Justice des Communautés européennes", *Cah. dr. eur.*, 1981, p. 151.

LAGARDE, P., "Approche critique de la *lex mercatoria*", *Le droit des relations économiques internationales. Mélanges Goldman*, Litec, Paris, 1982, p. 125.

LAENENS, J., "Internationaal privaatrechtelijk procesrecht en de bevoegdheidsovereenkomsten", *T.P.R.*, 1982, p. 215.

- "Bevoegdheidsovereenkomsten in Europese context", *Liber amicorum E. Krings*, Story-Scientia, Bruxelles, 1991, p. 635.
- LALIVE, P.**, "Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international", *Rev. arb.*, 1986, p. 329.
- LAMBERT, P.**, "L'arbitrage et les pouvoirs publics", in *L'arbitrage, Journée d'étude du barreau de Bruxelles*, Ed. du Jeune Barreau, 1983, p. 23.
- LANDO, O.** "The *lex Mercatoria* in International Commercial Arbitration", *I.C.L.Q.*, 1985, p. 745.
- LÉCUYER-THIEFFRY, C., THIEFFRY, P.**, "L'évolution du cadre législatif de l'arbitrage commercial international dans les années 1980", *J.D.I.*, 1991, p. 947.
- LEDOUX, R.**, "La convention de New York et la Convention européenne sur l'arbitrage international et les concessions de vente en Belgique", *J.T.*, 1976, p. 305.
- "L'arbitrage en matière de concession de vente", *J.T.*, 1978, p. 673.
- LENAERTS, K., PITTIE, M.**, "Conclusions générales", in *L'Arbitrage et le Droit européen. Actes du colloque international du CEPANI du 25 avril 1997*, Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 185.
- LENHOFF, A.**, "The Parties' Choice of a Forum: "Prorogation Agreements"", *Rutgers Law Review*, 1961, p. 414.
- LEREBOURS-PIGEONNIERE, P.**, "A propos du contrat international", *J.D.I.*, 1951, p. 4.
- LEURENT, B.**, "Réflexions sur l'efficacité internationale des sentences arbitrales", *Trav. Com. fr. DIP*, 1994-1995, éd. Pedone, Paris, 1996, p. 181.
- LEVEL, P.**, "L'arbitrabilité", *Rev. arb.*, 1992, p. 213.
- LINSMEAU, J.**, "L'annulation des sentences arbitrales en droit belge", *L'arbitrage. Travaux offerts au professeur A. Fettweis*, Story-Scientia, Bruxelles, 1989, p. 91.
- LINSMEAU, J., VAN GELDER, J.**, "La nouvelle loi sur l'arbitrage volontaire", *J.T.*, 1973, p. 205.
- LOQUIN, E.**, "Compétence arbitrale. Introduction générale", *J. Cl. Dr. Com.*, fasc. 214.
- "Compétence arbitrale. Etendue", *J. Cl. Dr. Com.*, fasc. 215.
- "Compétence arbitrale. Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire", *J. Cl. Dr. Com.*, fasc. 216.
- LORENZ, E.**, "Zur internationalen Zuständigkeit und zur Formwirksamkeit der Derogation deutscher Arbeitsgerichte nach dem autonomen deutschen Kollisionsrecht", *IPRax*, 1985, p. 256.
- LORENZ, W.**, "Internationaler Filmverleih: Forum Selection, Choice of Law, Unconscionability", *IPRax*, 1989, p. 22.
- MAIER, H.G., McCOY, T.R.**, "A Unifying Theory for Judicial Jurisdiction and Choice of Law", *Am. J. Comp. L.*, 1991, p. 249.
- MATRAY, L.**, "La loi belge du 27 mars 1985 et ses répercussions sur l'arbitrage commercial international", *Rev. dr. intern. comp.*, 1987, p. 243.
- "Le droit belge de l'arbitrage", *L'arbitrage. Travaux offerts au professeur A. Fettweis*, Story-Scientia, Bruxelles, 1989, p. 231.
- MATSCHER, F.**, "Etude des règles de compétence judiciaire dans certaines conventions internationales", *Rec. des cours*, 1978-III, p. 131.
- MAYER, P.**, "Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence", *Rev. crit. DIP*, 1979, p. 1 à 29, 349 à 388, 537 à 583.
- "Les lois de police étrangères", *J.D.I.*, 1981, p. 277.
- "Le mythe de l'"ordre juridique de base"", *Le droit des relations économiques internationales. Mélanges Goldman*, Litec, Paris, 1982, p. 119.
- "Le contrat illicite", *Rev. arb.*, 1984, p. 205.
- "L'insertion de la sentence dans l'ordre juridique français", in *Droit et Pratique de l'arbitrage international en France*, Feduci, 1984, p. 81.
- "Mandatory rules of law in international arbitration", *Arbitration International*, 1986, p. 274.

- "Les lois de police", *Trav. Com. fr. DIP*, 1988, p. 105.
- "L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence", *Rec. des cours*, 1989, t. 217, p. 323.
- "Les clauses relatives à la compétence internationale insérées dans les contrats de travail", *Mélanges D. Holleaux*, Litec, Paris, 1990, p. 263.
- "L'application par l'arbitre des conventions internationales de droit privé", *Mélanges Y. Loussouarn*, Dalloz, Paris, 1994, p. 275.
- "La sentence contraire à l'ordre public au fond", *Rev. arb.*, 1994, 615.
- MEZGER, E.**, "La jurisprudence française relative aux sentences arbitrales étrangères et la doctrine de l'autonomie de la volonté en matière d'arbitrage international de droit privé", *Mélanges J. Maury*, t. I, Dalloz, Paris, 1960, p. 273.
- "Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche. Zur Auslegung von §1044 ZPO", *A.W.D.*, 1970, p. 258.
- MIAJA de la MUELA, A.**, "Compétence territoriale et litiges à élément international", *Rec. des cours*, 1972, t. 135, p. 11.
- MOITRY, J.H.**, "Arbitrage international et droit de la concurrence : vers un ordre public de la *lex mercatoria* ?", *Rev. arb.*, 1989, p. 3.
- NUYTS, A.**, "La loi belge du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée et les conventions d'arbitrage", *J.T.*, 1993, p. 349.
- OPPETIT, B.**, "L'arbitrage en matière de brevets d'invention après la loi du 13 juillet 1978", *Rev. arb.*, 1979, p. 83.
- PARTSCH, P.-E.**, "L'arbitrabilité des litiges dans la Convention de New York", *Actualités du droit*, 1992, p. 1259.
- PECOURT GARCIA, E.**, "La voluntad de las partes y su posible virtualidad en la determinación de la competencia judicial internacional", *Rev. espan. de derecho internacional*, 1964, p. 6 à 80, 370 à 405, 528 à 560.
- PERROT, R.**, "L'application à l'arbitrage des règles du nouveau Code de procédure civile", *Rev. arb.*, 1980, p. 642.
- PIRE, D.**, "La convention d'arbitrage", *L'arbitrage. Travaux offerts au professeur A. Fettweis*, Story-Scientia, Bruxelles, 1989, p. 31.
- POMMIER, J.-C.**, "La résolution du conflit de lois en matière contractuelle en présence d'une élection de droit : le rôle de l'arbitre", *J.D.I.*, 1992, p. 5.
- PONSARD, A.**, "La jurisprudence de la Cour de cassation et le droit commercial international", *Le droit des relations économiques internationales, Mélanges Goldman*, Litec, Paris, 1982, p. 241.
- POUDRET, J.-F.**, "L'extension de la clause d'arbitrage : approches française et suisse", *J.D.I.*, 1995, p. 893.
- PRIOUX, R.**, "Le juge et l'arbitre face aux lois étrangères d'application immédiate dans les contrats internationaux : les nouvelles possibilités offertes par la loi du 14 juillet 1987", *R.D.C.B.*, 1988, p. 251.
- "Le droit international privé et les contrats illicites dans le commerce international", *J.T.*, 1990, p. 733.
- PRYLES, M.**, "Comparative aspects of Prorogation and Arbitration agreements", *I.C.L.Q.*, 1976, p. 543.
- RAESCHKE-KESSLER, H.**, "Neuere Entwicklungen im Bereich der Internationalen Schiedsgerichtsbarkeit", *N.J.W.*, 1988, p. 3041.
- RAS, H.E.**, "De betekenis van het EEG-Executieverdrag voor de rechter van het land waar een onder het verdrag vallende zaak wordt aangebracht", *T.P.R.*, 1975, p. 851.
- RAUSCHER, T.**, "Gerichtsstandsbeeinflussende AGB im Geltungsbereich des EuGVÜ", *Z.Z.P.*, 1991, p. 271.
- RIGAUX, F.**, "L'autonomie de la clause compromissoire en droit belge", *Ann. dr. sc. pol.*, 1961, p. 215.

- "Souveraineté des Etats et arbitrage international", *Le droit des relations économiques internationales, Mélanges Goldman*, Litec, Paris, 1982, p. 261.

- "Les règles de droit délimitant leur propre domaine d'application", *Ann. Dr.*, 1983, p. 285.

- "Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale", *Rec. des Cours*, 1989-I, t. 213, p. 9.

RIGAUX, F., VANDER ELST, R., "Relations juridiques transnationales ou Dialogue sur un autre droit", *J.T.*, 1982, p. 230.

ROBERT, J., "De la règle de conflit à la règle matérielle en matière d'arbitrage international (spécialement en droit international privé français)", *The Art of Arbitration, Liber amicorum P. Sanders*, Deventer, 1982, p. 273.

- "Une date dans l'extension de l'arbitrage international : l'arrêt Mitsubishi c. Soler", *Rev. arb.*, 1986, p. 173.

ROGERS, A., "Arbitrability", *Arbitration International*, 1994, p. 263.

ROLAND, R., "le connaissance et le droit européen", *R.D.C.B.*, 1985, p. 84.

- "La clause de juridiction du connaissance en droit belge", *Liber amicorum L. Tricot*, Kluwer, Anvers, 1988, p. 439.

ROTH, G.H., "Internationalrechtliche Probleme bei Prorogation und Derogation", *Z.Z.P.*, 1980, p. 156.

- "International zwingender Rechschutz : materiell und prozessual", *IPRax*, 1985, p. 198.

- "Zur Derogation der deutschen Gerichtszuständigkeit", *IPRax*, 1987, p. 141.

- "Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 17 EuGVÜ und Kartellrechtliches Derogationsverbot", *IPRax*, 1992, p. 67.

RUBELLIN-DEVICHI, J., "L'arbitrage et les tiers. III.- Le droit de l'arbitrage. Les solutions juridictionnelles", *Rev. arb.*, 1988, p. 515.

SAMTLEBEN, J., "Warentermingeschäfte im Ausland - ein Glücksspiel ?", *IPRax*, 1989, p. 148.

SAUSER-HALL, M.G., "Rapport et projet de résolutions sur l'arbitrage en droit international privé", *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1952, t. I, p. 469.

SCHACK, H., "Derogation des Vermögensgerichtsstandes zwischen deutscher *lex fori* und ausländischem Prorogationsstatut", *IPRax*, 1990, p. 19.

SCHAMP, J., "Het Europees bevoegdheidsrecht inzake overeenkomsten - Een grondige bespreking van de artikelen 5, 1° en 17 van het Europees Bevoegdheids- en Executieverdrag (EEX)", *R.W.*, 1988-1989, col. 897.

SCHLOSSER, P., "Rapport sur la Convention relative à l'adhésion du royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord à la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale", *J.O.C.E.*, C 59, 5 mars 1979, p. 71.

- "Conflits entre jugement judiciaire et arbitrage", *Rev. arb.*, 1981, p. 371.

- "The 1968 Brussels Convention and Arbitration", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, p. 545.

SCHRÖDER, J., "Nach Damaskus : kein Traumspiel", *IPRax*, 1988, p. 144.

SEVER, J.R., "The relaxation of inarbitrability and public policy checks on U.S. and foreign arbitration : arbitration out of control ?", *Tulane Law Review*, vol. 65, 1991, p. 1661.

SIMON-DEPITRE, M., "Les règles matérielles dans le conflit de lois", *Rev. crit. DIP.* 1974, p. 591.

STERN, B., "*Lex mercatoria* et arbitrage international (à propos des Mélanges Goldman)", *Rev. arb.*, 1983, p. 447.

STORME, M., "Aspects importants du droit arbitral belge", *Rev. dr. intern. comp.*, 1976, p. 116.

THOMAS, R., "The Arbitration Exclusion in the Brussels Convention 1968 : An English Perspective", *J.I.A.*, 1990, n° 3, p. 43.

8. **TRAPPE, J.**, "Zulässigkeit von Gerichtswahlklauseln im Konnossement", *IPRax*, 1985, p. 8.
- VAN COMPERNOLLE, J.**, "L'arbitrage dans les relations commerciales internationales : questions de procédure", *Rev. dr. intern. comp.*, 1989, p. 101.
- "L'arbitrage multipartite", *L'arbitrage. Travaux offerts au professeur A. Fettweis*, Story-Scientia, Bruxelles, 1989, p. 81.
- VANDER ELST, R.**, "Arbitrabilité des litiges et fraude à la loi en droit international privé", *R.C.J.B.*, 1981, p. 347.
- VAN HECKE, G.**, "Arbitrage et restrictions de la concurrence", *Rev. arb.*, 1973, p. 3.
- "Le contrôle de la loi applicable par le juge requis", *Rev. b. dr. intern.*, 1991, p. 408.
- VAN HOUTTE, H.**, "Arbitrage", *R.W.*, 1976-1977, col. 2113.
- "L'arbitrage : son territoire et ses frontières", *Rev. dr. intern. comp.*, 1976, p. 140.
- "La loi applicable à l'arbitrage commercial international", *Rev. dr. intern. comp.*, 1980, p. 285.
- "L'arbitrabilité de la résiliation des concessions de vente exclusive", *Mélanges R. vander Elst*, Nemesis, Bruxelles, 1986, t. II, p. 821.
- VAN OMMEREN, P.J.**, "Réflexions sur le rôle de l'arbitrage international", *Rev. arb.*, 1972, p. 40.
- VAN OMMESLAGHE, P.**, "L'arbitrage multipartite", in *L'arbitrage, Journée d'étude du barreau de Bruxelles*, Ed. du Jeune Barreau, 1983, p. 109.
- VIRALLY, M.**, "Un tiers droit ? Réflexions théoriques", *Le droit des relations économiques internationales, Mélanges Goldman*, Litec, Paris, 1982, p. 373.
- VON MEHREN, A.T.**, "To what Extent Is International Commercial Arbitration Autonomous?", *Le droit des relations économiques internationales, Mélanges Goldman*, Litec, Paris, 1982, p. 217.
- VON OVERBECK, A.E.**, "Les règles de droit international privé matériel", *De Conflictu Legum. Mélanges offerts à R.D. Kollwijn, J. Offerhaus*, Leiden, 1962, p. 362.
- "Les élections de for selon la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987", *Festschrift M. Keller*, Zürich, 1989, p. 609.
- WACKENHUTH, M.**, "Ersetzbarkeit der Formerfordernisse des Art. 2 Abs. 2. des UN-Übereinkommens durch Klagerhebung und rügelose Einlassung vor dem Schiedsgerichts ?", *R.I.W.*, 1985, p. 568.
- WATTÉ, N.**, "Le sort des sentences arbitrales en droit belge depuis la loi du 27 mars 1985", *Rev. b. dr. intern.*, 1988, p. 496.
- WESER, M.**, "L'article 91 de la loi maritime belge et la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968", *Jur. comm. Belg.*, 1976, p. 666.
- WIRTH, H.R.**, "Gerichtsstandsvereinbarungen im internationalen Handelsverkehr", *N.J.W.*, 1978, p. 460.
- ZORBAS, G.**, "L'effacement difficile de l'article 91 de la loi maritime belge face à l'article 17 de la Convention C.E.E. du 27 septembre 1968", *J.T.*, 1982, p. 521.
- ZULEEG, M.**, "Report for the Hearing", *Arbitration International*, 1991, Vol. 7, N° 3, p. 187.

Chroniques de jurisprudence — Notes de jurisprudence — Comptes rendus d'ouvrages.

- ANCEL, P.**, Note sous Rennes (1° Ch.), 26 septembre 1984 (sté Auvinet c. S.A. Sacomi et Poirier), *Rev. arb.*, 1986, p. 447.
- Note sous Paris (1° Ch. suppl.), 27 février 1992 (M^e Sohm ès-qual. c. sté Simex), *Rev. arb.*, 1992, p. 593.
- AUDIT, B.**, Note sous Paris (1° Ch. sect. C.), 11 janvier 1990 (Sieur Mohamed Abdul Rahman Orri c. sté des Lubrifiants Elf-Aquitaine), *J.D.I.*, 1991, p. 145.

- Note sous Cass. fr. (1° Ch. civ.), 3 mars 1992 (sté Sonetex c. sté Charphil et sté Topkapi), *J.D.I.*, 1993, p. 142.

AYNÈS, L., Note sous Paris (1° Ch. suppl.), 26 mai 1992 (sté Guyapêche c. Abba Import Aktiebolag), *Rev. arb.*, 1993, p. 629.

BATIFFOL, H., Note sous Cass. fr. (Ch. civ., Sect. civ.), 21 juin 1950 (Etat français c. Comité de la Bourse d'Amsterdam et de Mouren), *Rev. crit. DIP*, 1950, p. 611.

- Note sous Cass. fr. (Ch. civ. 1° Sect.), 6 juillet 1959 (sté des Fourrures Renel c. Allouche), *Rev. crit. DIP*, 1959, p. 709.

- Note sous Cass. fr. (1° Ch. civ.), 7 janvier 1964 (Munzer c. Dame Munzer), *Rev. crit. DIP*, 1964, p. 346.

- Note sous Cass. fr. (Ch. civ. 1° Sect.), 14 avril 1964 (O.N.I.C. c. capitaine du San Carlo), *Rev. crit. DIP*, 1966, p. 69.

BAUER, H., Compte-rendu de l'ouvrage de R. Geimer (*Zur Prüfung der Gerichtsbarkeit und der internationalen Zuständigkeit bei der Anerkennung ausländischer Urteile*, Ernst und Werner Giesecking, Bielefeld, 1966), *Rev. crit. DIP*, 1967, p. 226.

BLAISE, J.-B., Note sous Paris (1° Ch. suppl.), 22 mai 1980 (sté Decaux c. sté Dauphin) et Cass. fr. (Ch. com.), 21 octobre 1981 (sté Dauphin c. sté Decaux), *Rev. arb.*, 1982, p. 275.

BORN, H., FALLON, M., "Chronique de jurisprudence (1978 à 1982) - Droit judiciaire international", *J.T.*, 1983, p. 181.

- "Chronique de jurisprudence (1986 à 1990) - Droit judiciaire international", *J.T.*, 1992, p. 401 à 422, p. 425 à 439.

BOUCKAERT, F., "De vennootschapsrechtelijke implicaties van "Powell Duffryn t. Petereit"", Note sous C.J.C.E., aff. C-214/89, 10 mars 1992 (Powell Duffryn c. Wolfgang Petereit), *R.D.C.B.*, 1992, p. 883.

BUHART, J., Note sous Cass. fr. (Ch. com. et fin.), 8 novembre 1982 (Sté Burmeister et Wain Engineering c. Sté Creusot Loire et autres), *J.D.I.*, 1984, p. 152.

BUREAU, D., Note sous Paris (1° Ch. C.), 30 septembre 1993 (sté European Gas Turbines SA c. sté Westman), *Rev. arb.*, 1994, p. 371.

CARBONNIER, J., Note sous Cass. fr., 29 avril 1938 (Soc. des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Amandric), *D. P.*, I, 1939, p. 93.

CHAPELLE, A., Note sous Paris (1° Ch. suppl.), 21 octobre 1983 (sté Isover-St-Gobain c. sté Dow Chemical France), *Rev. arb.*, 1984, p. 101.

COHEN, D., Note sous Paris (1° Ch. D.), 20 septembre 1995 (sté Matra Hachette c. sté Reteitalia), *Rev. arb.*, 1996, N° 1, p. 92.

- Note sous Aix-en-Provence, 9 janvier 1997 (SNTM Hyproc c. Banque générale du commerce), *Rev. arb.*, 1997, p. 78.

COUCHEZ, G., Note sous Cass. fr. (2° Ch. civ.), 1 février 1989 (sté S.C.A.C. c. Brajeux), *Rev. arb.*, 1989, p. 499.

COUWENBERG, I., "De statutaire bevoegdheidsclausule getoetst aan de vereisten van artikel 17 E.E.X.", Note sous C.J.C.E., aff. C-214/89, 10 mars 1992 (Powell Duffryn c. Wolfgang Petereit), *R.D.C.B.*, 1992, p. 878.

DARMON, M., Conclusions avant C.J.C.E., Aff. 190/89, 25 juillet 1991 (Marc Rich c. società Italiana Impianti), *Rec. C.J.C.E.*, 1991, p. 3865.

DELEBECQUE, Ph., Note sous Cass. fr. (Ch. com.), 7 janvier 1992 (Psichikon Compania naviera Panama c. sté SIER e.a), *Rev. arb.*, 1992, p. 555.

DERAINS, Y., Note sous Sentence CCI rendue dans l'affaire n° 2879 en 1978, *J.D.I.*, 1979, p. 991.

- Note sous Cass. fr. (1° Ch. civ.), 7 juin 1989 (sté Anhydro c. sté Caso Pillet e.a.), *Rev. arb.*, 1992, p. 62.

- Note sous Paris (1° Ch. C), 16 mars 1995 (SARL Enodis c. sté SNC Prodim), *Rev. arb.*, 1996, N° 1, p. 147.

DERMINE, L., Note sous Civ. Bruxelles (2° Ch.), 15 octobre 1975 (Preflex c. Lipski), *J.T.*, 1976, p. 495.

- Note sous Cour trav. Mons, 15 novembre 1979 (Van Damme c. A.S.B.L. "L'Enseignement catholique diocésain de Braine-le-Comte"), *R.R.D.*, 1980, p. 148.
- D.H.**, Obs. sous la Sentence CCI rendue dans l'affaire n° 6709 en 1991, *J.D.I.*, 1992, p. 1001.
- DROZ, G.A.L.**, Note sous Aix-en-Provence, 10 mai 1974 (sté Naturana c. Varenne), *D.*, 1975, p. 342.
 - Note sous Conseil des Prud'hommes de Vannes, 19 décembre 1975 (Laforge c. sté Naturana-Miederfabriken), *D.*, 1976, p. 204.
 - Note sous Cass. fr. (1° Ch. civ.), 6 février 1996 (San Carlo Gruppo alimentare SPA c. SBC Vico), *Rev. crit. DIP*, 1996, p. 505.
- FOUCHARD, Ph.**, Note sous Paris (4° Ch.), 13 décembre 1975 (Menicucci c. Mahieux), *Rev. arb.*, 1977, p. 149.
 - Note sous Cass. fr. (1° Ch. civ.), 20 mars 1989 (République islamique d'Iran e.a. c. sté Framatome e.a., O.E.A.I. e.a. c. Eurodif e.a.) et 28 juin 1989 (Eurodif c. République islamique d'Iran), *Rev. arb.*, 1989, p. 657.
- FRANCESCAKIS, Ph.**, Note sous Cass. fr. (Ch. civ.), 12 juillet 1950 (Montané c. Cie des Chemins de fer portugais), *Rev. crit. DIP*, 1952, p. 512.
 - Note sous Paris (1° Ch.), 26 avril 1952 (Epoux Franchini), *Rev. crit. DIP*, 1952, p. 349.
 - Note sous Cass. fr. (Ch. civ. 1° Sect.), 30 octobre 1962 (Dame Scheffel c. Scheffel), *Rev. crit. DIP*, 1963, p. 388.
- FRANCON, A.**, Note sous Paris (4° Ch., sect. A.), 15 juin 1981 (sté Aplix c. sté Velcro), *Rev. arb.*, 1983, p. 98.
- GAILLARD, E.**, Note sous Cass. fr. (1° Ch. civ.), 20 décembre 1993 (Comité populaire de la municipalité de Khoms El Mergeb c. sté Dalico), *J.D.I.*, 1994, p. 433.
 - Note sous Cass. fr. (2° Ch. civ.), 10 mai 1995 (Sté Coprodag e.a. c. dame Bohin), *Rev. arb.*, 1995, p. 618.
 - Note sous Versailles, 29 juin 1995 (sté OTV c. sté Hilmarton), *J.D.I.*, 1996, p. 133.
- GAUDEMET-TALLON, H.**, Note sous Paris (5° Ch.), 19 janvier 1974 (Dinguigard c. sté Sea Containers) et 9 mai 1974 (sté Ott c. sté I.T.P. et sté Dubus), *Rev. crit. DIP*, 1975, p. 101.
 - Note sous C.J.C.E., aff. 23/78, 9 novembre 1978 (Meeth c. Glacetal), *Rev. crit. DIP*, 1981, p. 136.
 - Note sous Cass. fr. (Ch. com.), 19 décembre 1978 (sté Europe Carton c. sté Cifal), *J.D.I.*, 1979, p. 367.
 - Note sous Cass. fr. (1° Ch. civ.), 13 janvier 1981 (Dame de B... c. de B...), *Rev. crit. DIP*, 1981, p. 332.
 - Note sous C.J.C.E., aff. 201/82, 14 juillet 1983 (Gerling Konzern c. Amministrazione del Tesoro dello Stato), *Rev. crit. DIP*, 1984, p. 146.
 - Note sous C.J.C.E., aff. 71/83, 19 juin 1984 (Partenreederei Tilly Russ c. sté Nova et sté Goeminne Hout), *Rev. crit. DIP*, 1985, p. 391.
 - Note sous Cass. fr. (Ch. soc.), 8 juillet 1985 (Allard c. sté Construcciones Tissot), *Rev. crit. DIP*, 1986, p. 115.
 - Note sous Cass. fr. (1° Ch. civ.), 17 décembre 1985 (Cie de signaux et d'entreprises électriques c. sté Sorelec), *Rev. crit. DIP*, 1986, p. 540.
 - Note sous C.J.C.E., aff. 313/85, 11 novembre 1986 (sté Iveco Fiat c. sté Van Hool), *Rev. crit. DIP*, 1987, p. 423.
 - Note sous Cass. fr. (1° Ch. civ.), 25 novembre 1986 (Siaci c. Zim Israël Navigation Company), *Rev. crit. DIP*, 1987, p. 398.
 - Note sous Cass. fr. (Ch. soc.), 7 mai 1987 (sté des travaux d'outre-mer c. Wraber), et Cass. fr. (1° Ch. civ.), 16 juin 1987 (Cie Air Afrique c. Sylvestre e.a.), *Rev. crit. DIP*, 1988, p. 80.
 - Note sous Cass. fr. (1° Ch. civ.), 9 octobre 1990 (Broca e.a. c. Anjot), *Rev. crit. DIP*, 1991, p. 136.

- Note sous Paris (1^o Ch. sect. des urg.), 10 octobre 1990 (sté Belle Vue Mauricia c. sté Canmaga Trade Corporation), *Rev. crit. DIP*, 1991, p. 608.
- Note sous Paris (1^o Ch. sect. urg.), 14 novembre 1990 (Sieur et Dame Nahas c. Banque arabe et internationale d'investissement), *J.D.I.*, 1991, p. 738.
- Note sous Paris (1^o Ch. suppl.), 26 mars 1991 (Comité populaire de la Municipalité d'El Mergeb c. sté Dalico), *Rev. arb.*, 1991, p. 462.
- Note sous Cass. fr. (1^o Ch. civ.), 3 décembre 1991 (Sté Compagnie Alliance e.a. c. Sté The Scindia), *Rev. crit. DIP*, 1992, p. 341.
- Note sous C.J.C.E., aff. C-214/89, 10 mars 1992 (Powell Duffryn c. Wolfgang Petereit), *Rev. crit. DIP*, 1992, p. 535.
- Note sous Cass. fr. (Ch. com.), 30 mars 1993 (sté COMANAV e.a. c. Cie S.R.O.R. e.a.), *Rev. crit. DIP*, 1993, p. 681.
- Note sous Cass. fr. (1^o Ch. civ.), 20 décembre 1993 (Comité populaire de la municipalité de Khoms El Mergeb c. sté Dalico), *Rev. arb.*, 1994, p. 118.
- Note sous C.J.C.E., aff. C-288/92, 29 juin 1994 (Custom Made Commercial Ltd c. Stawa Metallbau GmbH), *Rev. crit. DIP*, p. 698.
- Note sous Cass. fr. (Ch. com.), 10 janvier 1995 (GIE Réunion européenne c. sté Plate et Ruys), *Rev. crit. DIP*, 1995, p. 612.
- Note sous Cass. fr. (1^o Ch. civ.), 9 janvier 1996 (sté Fulgurit c. C^{ie} P.F.A.), *Rev. crit. DIP*, 1996, p. 734.
- GEIMER, R.**, Note sous BGH, 8 février 1971, *N.J.W.*, 1971, p. 1525.
- Note sous BGH, 22 septembre 1971, *N.J.W.*, 1972, p. 391.
- Note sous BGH, 17 mai 1972, *N.J.W.*, 1972, p. 1622.
- GOLDMAN, B.**, Note sous Cass. civ., 7 mai 1963 (Etablissements R. Gosset c. sté Carapelli), *JCP*, 1963, II, 13405.
- Note sous Cass. fr. (Ch. civ. 1^o Sect.), 14 avril 1964 (O.N.I.C. c. capitaine du San Carlo), *J.D.I.*, 1965, p. 647.
- Note sous Cass. fr. (Ch. civ. 1^o Sect.), 2 mai 1966 (Trésor public c. Galakis), *Rev. crit. DIP*, 1967, p. 554.
- Note sous Paris (5^o Ch.), 19 juin 1970 (Hecht c. sté Buisman's), *J.C.P.*, 1971, II, 16927.
- Note sous Paris (1^o Ch. suppl.), 12 juillet 1984 (République Arabe d'Egypte c. Southern Pacific Properties Limited), *J.D.I.*, 1985, p. 142.
- Note sous Cass. fr. (1^o Ch. civ.), 9 octobre 1984 (sté Pabalk c. sté Norsolor), *Rev. arb.*, 1985, p. 433.
- Note sous Cass. fr. (1^o Ch. civ.), 6 janvier 1987 (Southern Pacific Properties Limited c. République Arabe d'Egypte), *J.D.I.*, 1987, p. 640.
- GOUTAL, J.-L.**, Note sous Paris (1^o Ch. suppl.), 13 novembre 1992 (sté Casco Nobel France c. Sico Inc. et Kansa), *Rev. arb.*, 1993, p. 637.
- HANOTIAU, B., FALLON, M.**, "Chronique de jurisprudence (1965 à 1985) - Les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles et non contractuelles", *J.T.*, 1987, p. 97.
- HANOTIAU, B.**, "L'arbitrabilité des litiges relatifs à la résiliation d'une concession exclusive de vente à durée indéterminée", Note sous Sentence CCI n^o 6379 de 1990, *R.D.C.B.*, 1993, p. 1146.
- "Arbitrage et concessions de vente", Note sous Comm. Bruxelles (7^o Ch.), 5 octobre 1994 (sté Van Hopplynus c. sté Coherent), *J.T.* 1995, p. 346
- Note sous Comm. Bruxelles (7^o Ch.), 5 octobre 1994 (sté Van Hopplynus c. sté Coherent), *Rev. arb.*, 1995, p. 317.
- HASCHER, D.**, Note sous Sentence arbitrale *ad hoc* rendue à Lausanne, 18 novembre 1983 (Benteler e.a. c. Etat Belge), *Rev. arb.*, 1989, p. 347.
- Note sous C.J.C.E., aff. 190/89, 25 juillet 1991 (Marc Rich c. società Italiana Impianti), *Rev. arb.*, 1991, p. 697.
- Note sous Cass. fr. (1^o Ch. civ.), 19 novembre 1991 (Sté TRH Graphics c. sté Offset Aubin), *Rev. arb.*, 1992, p. 464.

- Note sous Cass. fr. (1° Ch. civ.), 18 février 1992 (Mamadou Ba c. sté SIDECI), Cass. fr. (1° Ch. civ.), 10 mars 1993 (sté Polish Ocean Line c. sté Jolasry), Paris (1° Ch. suppl.), 12 février 1993 (sté Unichips c. Gesnoux), *Rev. arb.* 1993, p. 265.

H.B., Note sous Trib. civ. de la Seine (1° Ch.), 7 juin 1956 (Eddie Constantine c. Buck et Dolivet), *Rev. crit. DIP*, 1956, p. 687.

H.M.W., Note sous Paris (1° Ch. civ.), 25 mars 1994 (sté Falcor Cement c. M. G. Pharaon), *Rev. crit. DIP*, 1996, p. 124.

HOFFMANN, B. von, Note sous BGH, 17 mai 1972, *A.W.D.*, 1972, p. 416.

HOLLEAUX, D., Note sous Cass. fr. (Ch. mixte), 28 juin 1974 (Sté Industrielle de Boulangerie c. Demoiselle L'Abbé), Aix-en-Provence, 10 mai 1974 (Sté Naturana c. Varenne), Trib. gde instance Paris (référés), 7 juin 1974 (Dame Schuhmann c. Halphen), *J.D.I.*, 1975, p. 88.

HUET, A., Note sous Paris (1° Ch.), 10 novembre 1971 (stés Mack Worldwide et Mack Trucks c. COFICOMEX), *J.D.I.*, 1973, p. 244.

- Note sous Cass. fr. (Ch. com.), 19 décembre 1978 (sté Europe Carton c. sté Cifal), *Rev. crit. DIP*, 1979, p. 619.

- Note sous Cass. fr. (1° Ch. civ.), 13 janvier 1981 (Dame de B... c. de B...), *J.D.I.*, 1981, p. 361.

- Note sous Cass. fr. (1° Ch. civ.), 9 janvier 1996 (sté Fulgurit c. Assurances P.F.A.), *J.D.I.*, p. 173.

HUYS, M., KEUTGEN, G., "Chronique de jurisprudence - L'arbitrage (1950 à 1975)", *J.T.*, 1976, p. 53.

- "L'arbitrage et les concessions de vente", obs. sous Liège (3° Ch.), 12 mai 1977 (Audi-NSU c. S.A. Adelin Petit), *J.T.*, 1977, p. 713.

- "Chronique de jurisprudence - L'arbitrage (1975 à 1982)", *J.T.*, 1984, p. 53.

- "Chronique de jurisprudence - L'arbitrage (1982 à 1987)", *J.T.*, 1988, p. 417.

IDOT, L., Note sous Paris (1° Ch. suppl.), 20 janvier 1989 (sté Phocéenne de Dépôt c. sté Dépôts pétroliers de Fos), *Rev. arb.*, 1989, p. 296.

- Note sous Paris (1° Ch. suppl.), 16 février 1989 (sté Almira Films c. Pierrel ès qual.), *Rev. arb.*, 1989, p. 715.

- Note sous Cass. fr. (2° Ch. civ.), 20 février 1991 (sté SICA Veradour c. Etablissements Larroche), *Rev. arb.*, 1991, p. 448.

- Note sous Paris (1° Ch. suppl.), 29 mars 1991 (sté Ganz c. sté nationale des Chemins de fer tunisiens), *Rev. arb.*, 1991, p. 481.

- Note sous Trib. féd. de Suisse, 28 avril 1992 (sté G. c. sté V), *Rev. arb.*, 1993, p. 128.

- Note sous Paris (1° Ch. A), 19 mai 1993 (sté Labinal c. sté Mors et Westland Aerospace), *J.D.I.*, 1993, p. 979.

JACQUET, J.-M., Note sous Cass. fr. (Ch. com.), 25 février 1986 (sté C.O.N.F.E.X. c. Ets Dahan et Denis Bellue), *J.D.I.*, 1986, p. 738.

JARROSSON, Ch., Note sous Cass. fr. (1° Ch. civ.), 10 mai 1988 (Cosiac c. consorts Luchetti e.a.), *Rev. arb.*, 1988, p. 640.

- Note sous Paris (1° Ch. suppl.), 16 juin 1988 (sté Swiss oil c. sté Petrogab et République du Gabon), *Rev. arb.*, 1989, p. 318.

- Note sous Paris (1° Ch. A), 19 mai 1993 (sté Labinal c. sté Mors et Westland Aerospace), *Rev. arb.*, 1993, p. 653.

- Note sous Paris (1° Ch. C), 14 octobre 1993 (sté Aplix c. sté Velcro), *Rev. arb.*, 1994, p. 170.

- Note sous Cass. fr. (1° Ch. civ.), 23 mars 1994 (sté Hilmarton c. sté OTV), *Rev. arb.*, 1994, p. 329.

- Note sous Paris (1° Ch. D), 7 décembre 1994 (Sté V 2000 c. sté Project XJ 220 ITD), *Rev. arb.*, 1996, p. 72.

- Note sous Versailles, 29 juin 1995 (sté OTV c. sté Hilmarton), *Rev. arb.*, 1995, p. 651.

JARVIN, S., Note sous Paris (1° Ch. C), 7 juillet 1994 (Uzinexportimport Romanian Co c. Attock Cement C°), *Rev. arb.*, 1995, p. 115.

- J.-J. A.**, Note sous la sentence rendue en 1993 dans l'affaire n° 7155, *J.D.I.*, 1996, p. 1040.
- KAHN, Ph.**, Note sous Cass. fr. (1° Ch. civ.), 18 mai 1971 (sté Impex c. stés P.A.Z.), *Rev. arb.*, 1972, p. 6.
- Note sous Cass. fr. (1° Ch. civ.), 9 octobre 1984 (sté Pabalk c. sté Norsolor), *J.D.I.*, 1985, p. 681.
- KESSEDIAN, C.**, Note sous Paris (1° Ch. suppl.), 20 janvier 1987 (Bomar Oil c. E.T.A.P.), *Rev. arb.*, 1987, p. 489.
- Note sous Cass. fr. (1° Ch. civ.), 11 octobre 1989 (sté Bomar Oil c. ETAP), *Rev. arb.*, 1990, p. 136.
- Note sous Versailles, 23 janvier 1991 (sté Bomar Oil c. ETAP), *Rev. arb.* 1991, p. 300.
- KEUTGEN, G.**, "Chronique de jurisprudence. L'arbitrage (1987 à 1992)", *J.T.*, 1993, p. 677.
- KILESTE, P., HOLLANDER, P.**, "Examen de jurisprudence. La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée (1987 à 1992)", *R.D.C.B.*, 1993, p. 32.
- KNOEPFLER, F.**, Note sous Tribunal Fédéral suisse (1° Cour civile), 23 juin 1992 (Fincantieri-Cantieri Navali c. M.), *Rev. arb.*, 1993, p. 695.
- KOHL, A.**, Note sous Bruxelles (3° Ch. ter), 4 octobre 1985 (Sté de droit suisse M. c. S.A. M.), *J.T.*, 1986, p. 94.
- "Observations sur les conditions de forme et sur les limites de la prévalence du *for élu* conformément à l'article 17 de la Convention C.E.E. du 27 septembre 1968", Note sous Liège, 3 décembre 1990 (Perfetto c. Parlapiano), *J.L.M.B.*, 1992, p. 1376
- Note sous Mons, 7 janvier 1992 (S.A. Sudry international c. S.P.R.L. Dujardin), *J.L.M.B.*, 1992, p. 884.
- KRINGS, E.**, Conclusions avant Cass. b. (1° Ch.), 28 juin 1979 (Sté Audi-NSU c. S.A. Adelin petit), *Pas.*, 1979, p. 1260.
- LAENENS, J.**, "Bevoegdheidsaanwijzing in cognosementen", Note sous Anvers, 15 juin 1977 (GmbH P. c. N.V. D. e.a.), *R.W.*, 1977-1978, col. 1635.
- "Arbitrage : Rechtsmacht of bevoegdheid?", Note sous Comm. Bruxelles, 16 janvier 1991 (Guardian Royal Exchange e.a. c. Acomar), *R.D.C.B.*, 1992, p. 139.
- LAGARDE, P.**, Note sous Cass. (Ch. com.), 15 juillet 1975 (Dinguigard c. sté Sea Containers France), *Rev. crit. DIP*, 1976, p. 133.
- Note sous Paris (1° Ch. suppl.), 13 juillet 1989 (Compania Valenciana de Cementos Portland c. Primary Coal), *Rev. arb.*, 1990, p. 666.
- LEVAL, G. de**, Note sous Liège, 25 juin 1982 (Carlier c. Devaux e.a.), *J.L.*, 1982, p. 342.
- LEVEL, P.**, Note sous Cass. fr. (Ch. civ. 1° Sect.), 2 mai 1966 (Trésor public c. Galakis), *J.D.I.*, 1966, p. 649.
- Note sous Cass. fr. (1° Ch. civ.), 4 juillet 1972 (Hecht c. sté Buisman's), *Rev. crit. DIP*, 1974, p. 83.
- Note sous Cass. fr. (1° Ch. civ.), 6 juin 1978 (sté British Leyland c. sté d'exploitation des Etablissements Richard), *Rev. arb.*, 1979, p. 233.
- Note sous Cass. fr. (1° Ch. civ.), 7 octobre 1980 (Tardieu c. sté Bourdon), *Rev. arb.*, 1982, p. 37.
- Note sous Paris (1° Ch. suppl.), 12 décembre 1989 (sté Binaate Maghreb s. sté Screg Routes), *Rev. arb.*, 1990, p. 867.
- Note sous Paris (1° Ch. C), 27 octobre 1994 (sté de Diseno c. sté Mendes), *Rev. arb.*, 1995, p. 267.
- LOQUIN, E.**, Note sous Paris (4° Ch.), 13 décembre 1975 (Menicucci c. Mahieux), *J.D.I.*, 1977, p. 108.
- Note sous Paris (5° Ch.), 9 novembre 1984 (Berlaty c. stés Esselte), *J.D.I.*, 1986, p. 1041.
- Note sous Paris (1° Ch. Sect. suppl.), 20 janvier 1987 (Bomar Oil c. E.T.A.P.), *J.D.I.*, 1987, p. 941.

- Note sous Cass. fr. (1° Ch. civ.), 10 juillet 1990 (sté L. et B. Cassia c. sté Pia), *J.D.I.*, 1992, p. 170.

- Note sous Paris (1° Ch. Sect. D.), 17 mai 1995 (sté Traffidi c. sté International Spice and Food), *J.D.I.*, 1996, p. 114.

- Note sous Paris (1° Ch. sect. C), 13 juin 1996 (sté Kuwait Foreign Trading Contracting and Investment c. sté Icori Estero SPA et sté Lombardini Estero SPA), *J.D.I.*, 1997, p. 159.

LYON-CAEN, A., Note sous Cass. fr. (Ch. soc.), 14 janvier 1976 (Genest c. sté Vibram), *J.D.I.*, 1977, p. 496.

- Note sous Cass. fr. (1° Ch. civ.), 16 juin 1987 (C^{ie} Air Afrique c. Sylvestre e.a.) et Cass. (1° Ch. civ.), 8 mars 1988 (C^{ie} Air Zaïre c. Restout), *J.D.I.*, 1988, p. 1043.

MAYER, P., Note sous Paris (1° Ch. suppl.), 28 novembre 1989 (Cotunav c. sté Comptoir commercial André) et Paris (1° Ch. suppl.), 8 mars 1990 (Coumet, ès qual. et Ducler c. sté Polar-Rakennusos a Keythio), *Rev. arb.*, 1990, p. 681.

- Note sous Cass. fr. (1° Ch. civ.), 25 juin 1991 (Cotunav c. sté Comptoir commercial André), *Rev. arb.*, 1991, p. 454.

- Note sous C.J.C.E., aff. 190/89, 25 juillet 1991 (Marc Rich c. società Italiana Impianti), *Rev. crit. DIP*, 1993, p. 316.

- Note sous Cass. fr. (1° Ch. civ.), 20 décembre 1993 (Comité populaire de la municipalité de Khoms c. sté Dalico Contractors), *Rev. crit. DIP*, 1994, p. 664.

MEZGER, E., Note sous Cass. fr. (Ch. civ. 2° Sect.), 1 juillet 1966 (Agence maritime A. Boccara c. Cie tunisienne de navigation e.a.), *Rev. crit. DIP*, 1967, p. 359.

- Note sous Cass. fr. (1° Ch. civ.), 18 mai 1971 (sté Impex c. stés P.A.Z.), *Rev. crit. DIP*, 1972, p. 129.

- Note sous C.J.C.E., aff. 25/76, 14 décembre 1976 (sté Galeries Segoura c. sté Bonakdarian) et C.J.C.E., aff. 24/76, 14 décembre 1976 (sté Estasis Salotti di Colzani c. Rüwa Polstereimaschinen GmbH), *Rev. crit. DIP*, 1977, p. 585.

- Note sous OLG Hamburg, 22 septembre 1978, *RIW/AWD*, 1979, p. 486.

- Note sous Paris, (1° Ch. suppl.), 7 juin 1984 (sté Belin c. S.A.T.E.C.), *Rev. arb.*, 1984, p. 509.

- Note sous Rouen (2° Ch. civ.), 27 novembre 1986 (sté Mediterranean Shipping c. C.R.A.M.A de La Réunion et U.R.C.O.O.P.A.), *Rev. arb.*, 1987, p. 346.

MOREAU, M.-A., Note sous Grenoble (Ch. soc.), 13 septembre 1993 (sté CFTE c. J. Dechavanne), *Rev. arb.*, 1994, p. 342.

MOTULSKY, H., Note sous Paris (1° ch. suppl.), 27 janvier 1955 (sté Jansen c. sté Heurtey), *Rev. crit. DIP*, 1955, p. 340.

- Note sous Paris (1° Ch.), 9 décembre 1955 (sté Goldschmidt c. sté Vis & Zoon), *Rev. crit. DIP*, 1956, p. 529.

- Note sous Cass. civ., 7 mai 1963 (Etablissements R. Gosset c. sté Carapelli), *Rev. crit. DIP*, 1963, p. 617.

NIBOYET, J.-P., Note sous Cass. (req.), 22 janvier 1923 (Chem. de fer de Madrid-Saragosse-Alicante c. Colom et Abadie), *S.*, 1924, p. 73.

NIBOYET-HOEGY, M.-L., Note sous Cass. fr. (Ch. soc.), 12 février 1985 (sté Céramiche Ragno c. Chauzy), *Rev. crit. DIP*, 1986, p. 470.

- Note sous Cass. fr. (1° Ch. civ.), 6 décembre 1988 (sté Navimpex c. sté Wiking), *J.D.I.*, 1990, p. 136.

- Note sous Cass. fr. (1° Ch. civ.), 9 octobre 1990 (Prince M. Bin Seoud Bin Abdul Aziz e.a. c. Banque Rivaud e.a.), *Rev. arb.*, 1991, p. 307.

NUYTS, A., Note sous Comm. Bruxelles, 29 octobre 1991 (S.A. Parbelux c. Jean Patou Parfums), *R.D.C.B.*, 1993, p. 1120.

OPPETIT, B., Note sous Cass. fr. (1° Ch. civ.), 4 juillet 1972 (Hecht c. sté Buisman's), *J.D.I.*, 1972, p. 844.

- Note sous Paris (4° Ch.), 13 décembre 1975 (Menicucci c. Mahieux), *Rev. crit. DIP*, 1976, p. 510.

- Note sous Cass. fr. (1^o Ch. civ.), 6 juin 1978 (sté British Leyland c. sté d'exploitation des Etablissements Richard), *J.D.I.*, 1978, p. 910.
- Note sous Cass. fr. (1^o Ch. civ.), 23 mars 1994 (sté Hilmarton c. sté OTV), *Rev. crit. DIP*, 1995, p. 357.
- PELLERIN, J.**, Obs. sous Paris (1^o Ch. C), 11 mars 1994 (Alexandre c. La prévention routière), *Rev. arb.*, 1996, p. 139.
- P.L.**, Note sous Cass. fr. (Ch. soc.), 10 janvier 1979 (sté Sanicentral c. Collin), *Rev. crit. DIP*, 1979, p. 456.
- R. J.-M.**, Note sous Rouen (2^o Ch. civ.), 3 mars 1961 (Bourdon c. Capitaine du navire Oris), *Rev. crit. DIP*, 1962, p. 128.
- ROBERT, J.**, Note sous Cass. civ. (Sect. com.), 29 novembre 1950 (Tissot c. Neff), *Sirey*, 1951, p. 120.
- Note sous Paris, 15 juin 1956 (sté Sigma c. Bezard) et (sté Totaliment c. Comptoir agricole du Pays Bas normand), *D.*, 1957, p. 588.
- RONDEAU-RIVIER, M.-C.**, Note sous Paris (1^o Ch. C), 24 mars 1994 (sté Deko c. G. Dingler et sté Meva), *Rev. arb.*, 1994, p. 520.
- ROTH, G.H.**, Note sous BGH, 20 janvier 1986, *IPRax*, 1987, p. 141.
- SCHMIDT-SALZER, J.**, Note sous BGH, 22 septembre 1971, *N.J.W.*, 1972, p. 392.
- STRUYCKEN, A.V.M.**, Note sous Cass. Pays-Bas, 13 mai 1966 (Van Nievelt Goudriaan c. N.V. Hollandsche Assurantie Societeit), *Rev. crit. DIP*, 1967, p. 523.
- SYNVET, H.**, Note sous Toulouse, 26 octobre 1982 (Sieur Behar c. sté Monoceram), *J.D.I.*, 1984, p. 606.
- Note sous Paris (1^o Ch. suppl.), 17 décembre 1991 (sté Gatoil c. National Iranian oil company), *Rev. arb.*, 1993, p. 288.
- TAGARAS, H.**, "Chronique de jurisprudence de la Cour de Justice relative à la Convention de Bruxelles (1990 à 1992)", *Cah. dr. eur.*, 1992, p. 653.
- TRINKNER, R.**, Note sous BGH, 20 juillet 1970, *AWD*, 1970, p. 578.
- TSCHANZ, P.-Y.**, Note sous Paris (1^o Ch. urg.), 30 novembre 1988 (sté Kornas Marma c. sté Durand-Auzias) et Paris (1^o Ch. suppl.), 14 février 1989 (sté Ofer Brothers c. The Tokyo Marine and Fire Insurance Co ltd e.a.), *Rev. arb.*, 1989, p. 698.
- Note sous Trib. féd. suisse (1^o Ch. civ.), 15 mars 1990 (Sonatrach c. K.C.A. Drilling Ltd), *Rev. arb.*, 1990, p. 925.
- VAN DEN BERG, J.**, "New York Convention of 1958. Consolidated commentary cases reported in volumes XVII (1992) - XIX (1994)", *Yearbook Comm. Arb'n*, 1994, p. 475.
- VANDEPITTE, P., SCHOUTHEETE, A. de**, "Le champ d'application territorial de la loi du 27 juillet 1961 sur les concessions de vente exclusive", note sous Bruxelles, (1^o Ch.), 4 janvier 1989, *J.T.*, 1990, p. 725.
- VAN HOUTTE, H.**, Note sous Comm. Tongeren, 9 juin 1977 (N.V. E. c. L.), *R.W.*, 1977-1978, col. 1911.
- "Het recht van toepassing op het bevoegdheidsbeding. Bedenkingen bij Cass., 15 juni 1988", *R.D.C.B.*, 1989, p. 565.
- "Wanneer verliest de Belgische rechter rechtsmacht over de beëindiging van een concessie-overeenkomst omdat de zaak bij een andere E.E.X.-rechter aanhangig is ?", note sous Comm. Bruxelles, 31 mars 1994 (Asscherickx c. Skaar c. Acciaierie Weissenfels), *R.D.C.B.*, 1995, p. 420.
- WATTÉ, N.**, Note sous Cass. belge, 25 janvier 1985 (Partenreederei Tilly Russ c. S.A. Nova et Goemine Hout), *J.D.I.*, 1989, p. 1089.
- Y.D.**, Obs. sous la sentence CCI rendue dans l'affaire n^o 2730 en 1982, *J.D.I.*, 1984, p. 918.
- Obs. sous la sentence CCI rendue dans l'affaire n^o 4145 en 1984, *J.D.I.*, 1985, p. 987.
- Obs. sous la sentence rendue dans l'affaire n^o 7539 en 1995, *J.D.I.*, 1996, p. 1030.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION (n^{os} 1 à 5)

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE PRECISIONS SUR LA COMPARAISON ENTRE LA CONVENTION D'ARBITRAGE ET LA CONVENTION D'ELECTION DE FOR

(n^{os} 6 à 35)

Section I

PRESENTATION DES CARACTERISTIQUES ESSENTIELLES DES CONVENTIONS D'ARBITRAGE ET D'ELECTION DE FOR.

(n^{os} 7 à 20)

§1 — *Les dimensions communes.* (n^{os} 8 à 14)

A) La dimension contractuelle.

B) La dimension accessoire.

C) La dimension juridictionnelle.

D) La convention d'arbitrage et la convention d'élection de for, conventions de juridiction.

§2 — *La spécificité de la juridiction désignée par la convention d'arbitrage.* (n^{os} 15 à 20)

A) La notion d'“ordre arbitral”.

B) Caractéristiques fondamentales de l'arbitrage.

a. La liberté de l'arbitre dans la recherche des normes applicables.

b. Les limites *ratione personæ* et *ratione materiæ* de la compétence arbitrale.

Section II

DETERMINATION DE LA PERSPECTIVE CHOISIE

(n^{os} 21 à 35)

§1 — *Intérêt limité de la comparaison des conventions de juridiction telles qu'elles sont appréhendées par l'instance dont elles fondent la juridiction.* (n^{os} 22 à 26)

A) L'ordre étatique et l'ordre arbitral fonctionnent selon des normes juridiques d'inspirations différentes.

B) Les conventions de juridiction ne soulèvent pas les mêmes problèmes dans l'ordre arbitral et dans l'ordre étatique.

§2 — *La comparaison des conventions de juridiction quand elles sont soulevées devant le juge étatique.* (n^{os} 27 à 34)

- A) Des problématiques semblables.
- B) L'indépendance de l'ordre étatique dans son examen de la convention d'arbitrage.
 - a. La reconnaissance de la "compétence de la compétence" de l'arbitre.
 - b. La souveraineté de l'ordre étatique dans son appréciation de la convention d'arbitrage.

Première partie

APPROCHE THEORIQUE DES CONVENTIONS DE JURIDICTION EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE

(n^{os} 36 à 205)

CHAPITRE I

LE DOUBLE RATTACHEMENT DES CONVENTIONS DE JURIDICTION

(n^{os} 37 à 82)

Section I

LE RATTACHEMENT A LA MATIERE DE LA COMPETENCE.

(n^{os} 38 à 64)

§1 — *Le rattachement à la matière de la compétence de la "licéité de principe" et de la "portée de l'effet juridictionnel" des conventions de juridiction.* (n^{os} 39 à 47)

- A) La licéité de principe des conventions de juridiction.
- B) La portée de l'effet juridictionnel des conventions de juridiction.
 - a. Les modalités de l'effet juridictionnel des conventions de juridiction.
 - b. L'étendue de l'effet juridictionnel des conventions de juridiction.

§2 — *Le rattachement à la matière de la compétence de certaines des conditions des conventions de juridiction.* (n^{os} 48 à 64)

- A) Dualité des conditions imposées à la convention d'élection de for.
- B) Approfondissement de la distinction "admissibilité/formation".
- C) La pertinence de la distinction "admissibilité/formation" pour la convention d'arbitrage soulevée devant le juge étatique.
- D) Applications.
 - a. Conditions liées à la dimension juridictionnelle des conventions de juridiction.
 - b. Conditions liées à la dimension contractuelle des conventions de juridiction.
 - c. Conditions liées à la dimension accessoire des conventions de juridiction.

Section II
CONSEQUENCES THÉORIQUES.
(n^{os} 65 à 81)

§1 — *Le rattachement aux "conflits de juridictions". (n^{os} 66 à 75)*

- A) Le rattachement des conventions de juridiction au système des conflits de juridictions.
a. L'insertion des conventions de juridiction dans le système de compétence du juge saisi.
b. Les différents types de "conflit de juridictions".
- B) Conséquences sur les principes de droit applicable.
a. L'absence de conflit de lois dans le cadre des "conflits de juridictions".
b. La soumission des conventions de juridiction à l'application de principe de la loi du for saisi.

§2 — *Le caractère contingent de la soumission des conventions de juridiction à la méthode des conflits de lois. (n^{os} 76 à 81)*

- A) La prépondérance du rattachement à la matière des conflits de juridictions.
- B) Le recours éventuel à la méthode du conflit de lois.
- C) La justification de l'emploi de l'expression "double rattachement des conventions de juridiction".

CHAPITRE II
CONSEQUENCES SUR LA DETERMINATION DES DROITS APPLICABLES.
(n^{os} 83 à 147)

Section I
LA REPARTITION THEORIQUE ENTRE LA *LEX FORI* ET LES *LEX CAUSÆ*.
(n^{os} 84 à 112)

§1 — *La confrontation aux conceptions doctrinales et jurisprudentielles relatives à la convention d'élection de for. (n^{os} 85 à 90)*

- A) La reconnaissance d'une répartition entre la *lex fori* et les *lex causæ*.
- B) Applications jurisprudentielles.

§2 — *La confrontation aux conceptions doctrinales et jurisprudentielles relatives à la convention d'arbitrage soulevée devant un juge étatique. (n^{os} 91 à 111)*

- A) L'approche contractuelle traditionnelle de la convention d'arbitrage.
- B) L'approche juridictionnelle de la convention d'arbitrage dans le cadre de la jurisprudence française.
a. Présentation de la jurisprudence française.
b. La source des normes appliquées.
c. Le titre d'application de la loi française.
d. Le champ d'application de la loi française.

Section II
LA REPARTITION THEORIQUE ENTRE LES NORMES DE LA CONVENTION DE
BRUXELLES ET LE DROIT NATIONAL.

(n^{os} 113 à 146)

§1 — *Les conventions d'élection de for visées par la Convention de Bruxelles.* (n^{os} 114 à 126)

- A) L'intérêt de la distinction "admissibilité/formation".
 - a. Les conditions réglées par la Convention de Bruxelles.
 - b. Les rapports entre le droit commun et le droit conventionnel.
- B) Difficultés d'application.
 - a. L'exemple de la jurisprudence belge relative à l'article 91 de la Loi maritime.
 - b. La critique sous l'angle de la qualification retenue.

§2 — *Les conventions de juridiction exclues du champ d'application de la Convention de Bruxelles.* (n^{os} 127 à 146)

- A) Les conventions désignant un for dans un Etat tiers.
 - a. La thèse selon laquelle ces clauses devraient respecter certaines normes conventionnelles.
 - b. Eléments théoriques pour fonder cette thèse.
- B) Les conventions d'arbitrage.
 - a. La question de l'applicabilité de la Convention de Bruxelles aux contestations concernant les conventions d'arbitrage.
 - b. La question de la soumission de la convention d'arbitrage à certaines conditions conventionnelles.

CHAPITRE III
CONSEQUENCES SUR LA DETERMINATION DES REGLES DE DROIT
APPLICABLES

(n^{os} 148 à 205)

Section I
FACE À UNE SITUATION INTERNATIONALE.

(n^{os} 149 à 170)

§1 — *Principes théoriques.* (n^{os} 150 à 154)

- A) "Admissibilité" et "règles matérielles relatives à la compétence internationale".
- B) "Formation" et "règles matérielles de droit international privé".

§2 — *Applications.* (n^{os} 155 à 169)

- A) La convention d'élection de for.
 - a. La jurisprudence française.
 - b. La situation belge.

- B) La convention d'arbitrage soulevée devant un juge étatique.
 - a. L'explication classique pour les "règles matérielles" françaises.
 - b. L'intérêt de l'explication proposée.

Section II
 AU STADE DE LA RECONNAISSANCE D'UNE DÉCISION.
 (n^{os} 171 à 204)

§1 — *Principes théoriques.* (n^{os} 173 à 190)

- A) Les objectifs et les paramètres du contrôle de régularité des "décisions issues d'une juridiction étrangère".
 - a. La reconnaissance des jugements étrangers.
 - b. La reconnaissance des sentences arbitrales.
- B) Les conventions de juridiction au stade de la reconnaissance d'une décision.
 - a. La prépondérance du rattachement juridictionnel.
 - b. Conséquences pour les contrôles d'admissibilité et de formation.

§2 — *Applications.* (n^{os} 191 à 204)

- A) La reconnaissance d'une décision fondée sur une convention de juridiction.
- B) La reconnaissance d'une décision ayant méconnu une convention de juridiction.
 - a. Problématique en cas de méconnaissance d'une convention d'arbitrage.
 - b. Appréciation.

Deuxième Partie

APPROCHE PRATIQUE DES CONVENTIONS DE JURIDICTION EN DROIT
 INTERNATIONAL PRIVE
 (206 à 368)

CHAPITRE IV
INADMISSIBILITE ET DROITS AU FOND : L'“INARBITRABILITE”
 (n^{os} 207 à 292)

Section I
 LA QUALIFICATION DES REGLES D'“INARBITRABILITE”.
 (n^{os} 208 à 234)

§1 — *Pluralité des règles d'“inarbitrabilité”.* (n^{os} 209 à 222)

- A) Les règles portant un contrôle abstrait sur l'objet en litige.
- B) Les règles portant un contrôle concret sur l'objet en litige.
 - a. L'exemple français : la règle tirée d'une violation de l'ordre public par la situation litigieuse.
 - b. L'exemple allemand : la possibilité concrète de conclure une transaction.

C) Les règles visant le droit applicable au fond du litige.

D) Les règles visant la clause elle-même.

E) L'“inarbitrabilité subjective”.

§2 — Une qualification commune. (n^{os} 223 à 233)

A) Analyse de la notion d'“inarbitrabilité”.

- a. La qualification apparente comme condition de “formation”.
- b. L'“arbitrabilité”, “condition de l'objet de la convention d'arbitrage”.
- c. La fonction de la condition d'“arbitrabilité”.
- d. La qualification véritable comme “condition d'admissibilité de la convention d'arbitrage”.

B) “Inadmissibilité” et “inarbitrabilité *sensu stricto*”.

Section II

DROITS APPLICABLES À L'“INARBITRABILITE *SENSU LATO*”.

(n^{os} 235 à 277)

§1 — *Devant le juge étatique.* (n^{os} 237 à 261)

A) Le principe théorique : l'application de la *lex fori*.

- a. Le principe.
- b. Illustrations dans le droit conventionnel.
- c. Illustration dans la jurisprudence française.

B) La dérogation au principe théorique : le recours à une *lex causæ*.

- a. La loi applicable à l'“arbitrabilité subjective”.
- b. La loi de la convention d'arbitrage.
- c. La loi applicable à la situation litigieuse.

C) Synthèse.

§2 — *Devant l'arbitre.* (n^{os} 262 à 276)

A) L'approche différenciée du problème de l'“arbitrabilité”.

- a. Analyse de l'“arbitrabilité” dans l'ordre arbitral.
- b. Le pouvoir de l'arbitre de soulever la question de l'“arbitrabilité”.

B) Solutions arbitrales en présence d'une “inarbitrabilité”.

- a. Un problème de détermination des règles d'“inarbitrabilité” envisageables.
- b. La diversité des réactions arbitrales face aux règles étatiques d'“inarbitrabilité”.

Section III
PRINCIPES RELATIFS AUX REGLES DE DROIT APPLICABLES À L'“ARBITRABILITE”.
(n^{OS} 278 à 291)

§1 — *Des règles d'“arbitrabilité” adaptées aux situations internationales. (n^{OS} 279 à 283)*

- A) Une idée répandue.
- B) Les arbitres et la *favor arbitrandum*.

§2 — *Une appréciation de l'“arbitrabilité” spécifique au stade de la reconnaissance. (n^{OS} 284 à 291)*

- A) Des règles d'“arbitrabilité” souples.
- B) La jurisprudence belge.
- C) Une obligation découlant de l'article V 2 (a) de la Convention de New York.
- D) Le risque d'un contrôle renforcé de la sentence au fond.

CHAPITRE V
**FORMATION DES CONVENTIONS DE JURIDICTION
ET SOLUTIONS DE DROIT APPLICABLE**
(n^{OS} 293 à 368)

Section I
LE PRINCIPE : LE RECOURS A DES *LEX CAUSÆ*.
(n^{OS} 294 à 325)

§1 — *La dimension contractuelle des conventions de juridiction. (n^{OS} 295 à 309)*

- A) La convention de juridiction comme contrat à part entière : implications.
 - a. L'importance du consentement à la convention de juridiction.
 - b. L'indépendance par rapport au contrat principal.
- B) Lois envisageables pour la dimension contractuelle des conventions de juridiction.
 - a. La forme des conventions de juridiction.
 - b. Les conditions de fond des conventions de juridiction.

§2 — *La dimension accessoire des conventions de juridiction. (n^{OS} 310 à 325)*

- A) La convention de juridiction, contrat se référant à un rapport de droit principal : implications.
 - a. La transmission avec le contrat principal.
 - b. La dépendance par rapport au contrat principal.
- B) Dépendance” des conventions de juridiction et droit applicable dans les hypothèses de “transmission” du contrat principal.
 - a. Réflexions sur la loi applicable à la transmissibilité de la convention de juridiction suite à la transmission du contrat auquel elle se réfère.
 - b. Applications et nuances.

Section II
LA DEROGATION AU PRINCIPE : L'APPLICATION DE LA *LEX FORI*, LOI DE LA
COMPETENCE.
(n^{OS} 326 à 367)

§1 — L'application ponctuelle de la lex fori. (n^{OS} 327 à 348)

- A) Difficultés liées aux dimensions contractuelle et accessoire des conventions de juridiction.
 - a. La caractère problématique des limitations *ratione personæ* et *ratione materiæ* des conventions de juridiction.
 - b. La forme de la convention d'arbitrage.

- B) Les solutions dégagées par la jurisprudence française à propos de la convention d'arbitrage.
 - a. L'«extension» *ratione personæ* et *ratione materiæ* de la convention d'arbitrage.
 - b. La convention d'arbitrage par référence.

- C) Appréciation quant au fond.
 - a. Au regard de la dimension contractuelle de la convention d'arbitrage.
 - b. Au regard de la dimension accessoire de la convention d'arbitrage.
 - c. En conséquence : une autre conception de l'arbitrage.

- D) Appréciation quant au droit applicable.
 - a. Une nouvelle étape dans la jurisprudence française relative à la convention d'arbitrage.
 - b. La prépondérance du rattachement juridictionnel de la convention d'arbitrage.

§2 — Le recours général à la lex fori, loi de la compétence. (n^{OS} 349 à 367)

- A) Dans le droit commun.
 - a. Le débat doctrinal en France.
 - b. Appréciation.

- B) Dans le cadre de la Convention de Bruxelles.
 - a. Le problème de la portée de l'exclusion du droit commun.
 - b. Solutions.

CONCLUSION GÉNÉRALE (n^{OS} 369 à 379)