

---

---

# La Clause de L' Arbitrage Dans les Contrats Internationaux

## Etude du droit Français et du droit international comparée inspirée des droits nationaux, des Conven- tions internationales et de l' usage international

**Dr. Enouz A. Munim**

### **INTRODUCTION:**

1 - Le développement du commerce a montré combien l'arbitrage constitue pour lui une technique conventionnelle efficace par laquelle les opérateurs économiques arrivent à résoudre les litiges qui surviennent dans les relations d'affaires internes et internationales. L'institution fonctionne en effet selon la volonté des contractants. Elle peut être définie comme "une juridiction conventionnelle constituée d' arbitres à laquelle les parties contractantes soumettent leur différend si celui-ci n' a pu être résolu autrement "(1).Et encore comme écrit à juste titre Oppetit" L' arbitrage est un mode de règlement des litiges qui ne se réalise pas en dehors des parties"(2). Cette conception constitue en effet une considérable autonomie aux parties contractantes leur

---

(1) La notion d'arbitrage a reçu plusieurs définitions de la part d'une doctrine spécialisée dans la matière: V.pour cela la doctrine citée par J.R.DEVICHY "Arbitrage", J.Cl.Comm.1984, Fasc.205, n° 1.

Aussi l'art.1442 du N.C.P.C.Français définit la clause compromissoire comme suit: "Est la convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat".

(2) Bruno OPPETIT, théorie de l' arbitrage: PUF, 1998, p. 32.

---

---

permettant d' avoir une juridiction professionnelle qui s' adapte à l' internationalisation du commerce actuel.

Certes, le recours à ce système peut, dans le domaine international, provoquer certaines réserves voire des contestations non négligeables mettant en échec la possibilité réelle de son application<sup>(1)</sup>. Mais cela ne l'a pas empêché de jouer un rôle vital dans l'état actuel du droit commercial international<sup>(2)</sup>. En effet, l'arbitrage se développe sensiblement en reposant sur une aspiration libérale conforme aux exigences et conditions propres aux relations économiques mondiales. Ceci est dû au fait qu'il parvient à des solutions favorables pour les parties à un litige qui manifestent de plus en plus leur inquiétude vis-à-vis des tribunaux étatiques lesquels s'avèrent généralement en retrait tant par la procédure adoptée que par l'interprétation qu'ils font des institutions spécifiques aux relations d' affaires à caractère internationale. Il est certain aussi que dans l' arbitrage les contractants sont bien placés pour savoir la nature de leur litige et ses effets. Ils pensent également à économiser le temps et les frais, et que les parties au contrat veulent confier leur litige à quelqu' un confiant<sup>(3)</sup>.

D'ailleurs, pour garantir et développer son efficacité, l'arbitrage a fait l'objet de sérieuses préoccupations. Des organismes d'arbitrage ont été institués, des règlements adoptés<sup>(4)</sup> et des Conventions Internationales

- 
- (1) ALI Abdul Munim " La protection de l' acheteur dans la vente de marchandises en droit du commerce international ", Thèse pour le doctorat, Université de RENNES I, 1991, Partie 1, n° 434 et s.
  - (2) V. en détail sur les intérêts de l'arbitrage commercial international: EL GOHARY M.F. "L'arbitrage et les contrats commerciaux internationaux à long terme", Thèse Rennes 1982, p.36 et s; Ph. Le Boulanger et A. El kosheri, "L' arbitrage face à la corruption et aux trafics d ' influence ": Rev. arb. 1984, p. 3 ; Alain Plantey, " L 'arbitrage dans les échanges internationaux ": Rev. Sciences morales et politiques, 1995,323 ; Ph. Fouchard, B. Goldman et E. Gaillard, Traité de l ' arbitrage commercial international: Litec, 1996.
  - (3) Cf. OMAR N. I. " Traité de procédure civile et commercial " 1er édition, 1986, p. 647, Almaarif, Alexandrie, Egypte.
  - (4) V.statistiques des centres d'arbitrage, rapp.par R.DAVID "L'arbitrage dans le commerce international", *Economica* 1982, p.44 et s. ; En ce qui concerne les sources du droit de l'arbitrage commercial international, v. FOUCHARD Ph. "L'arbitrage commercial international", Thèse Dijon 1964, p.27 et s. Le nouveau règlement d ' arbitrage de la C. C. I en vigueur depuis le 1e janvier 1998 (Le texte publié à la Revue de l ' arbitrage 1998, p. 243).

---

---

portant sur la matière ont été élaborées<sup>(1)</sup>. Par ailleurs, un esprit de faveur lui a été consenti en droit national<sup>(2)</sup> où apparaît une importante réglementation régissant l'arbitrage international et les sentences arbitrales rendues à l'étranger. Cette attitude favorable du législateur français ne fait que conforter la position adoptée par les juges à ce sujet<sup>(3)</sup> qui ont fait prévaloir les intérêts et les exigences de l'internationalisation du commerce<sup>(4)</sup> et par conséquent, des règles juridiques et des procédures nationales devraient être appliquées.

2 - De tout ce qui précède, on peut affirmer qu'un contrat international ne doit pas négliger les avantages que présente un mode de règlement des conflits qui mène le différend entre opérateurs économiques vers des solutions conformes aux usages et à la justice privée. Ce résultat n'est atteint que lorsque les parties organisent dans leur convention une clause d'arbitrage dans laquelle figurent tous les éléments aidant au règlement d'éventuels litiges, nés entre elles. De ce fait, la sécurité du contractant se trouve assurée. Prenons à titre d'exemple la clause suivante insérée dans un contrat international: " toute controverse, tout différend ou toute réclamation découlant du présent contrat ou y relatif ou toute violation de ce contrat sera tranchée par arbitrage.....etc "<sup>(5)</sup>.

- 
- (1) La Convention de New-York 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères ; la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international - Genève 21 avril 1961 ; V. les textes de ces Conventions, J. Cl. droit international, Conventions internationales - Arbitrage international, Fas.588 ; V. aussi Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, rapp.par ROBERT J. "Droit interne et droit international privé", Dalloz 1983, annexes p.455 ; même auteur, " L' arbitrage ": Dalloz, 6e édition 1993.
  - (2) Voir à titre d'exemple le Nouveau Code de Procédure civile français (NCPC) art.1442 à 1497 ; A.-L. Mariott, Le nouveau droit anglais de l' arbitrage: bull., Cour Internationale d' arbitrage de la CCI, vol. n° I, mai 1997, p. 28. Autres droits nationaux, V.FOUCHARD Ph., th.cit., p.28 ets.; Code de procédure civile et commerciale koweïtien, la loi n° 38, année 1980, et la loi n° 11, année 1995 ; Code de procédure civile et commerciale Egyptien, articles 501 et s.
  - (3) V. PALEWSKI J.P. "L'arbitrage commercial en France et la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce international", Clunet 1926, p.43 et 44 ; du même auteur, "L'arbitrage en matière commerciale et la jurisprudence de la Cour de cassation", Clunet 1933, p.845 et s.
  - (4) Cf. Cass.18 mai 1971 (Trois arrêts) note B.OPPETIT Clunet 1972, p 62 et s. Voir aussi la sentence rendue dans l' affaire Iran-Cubic, CCI - Paris, datée du 25 septembre 1991, Clunet (Journal Droit International ) 1999, jurisprudence, p. 163 et s.
  - (5) Cour d' appel de Paris - 15 sept. 1998, affaire Iran - Cubic, J.D.I. 1999,jurisprudence, p. 162 et s.

---

---

Mais, une clause d'arbitrage n' a de valeur que si elle est acceptée dans tous ses effets qu'ils soient économiques ou juridiques. Dans cette optique, on peut se demander comment lui garantir cela et quelles sont les conditions qui font de cette clause un moyen efficace en faveur des contractants dans un contrat international.

Ainsi, l'adoption d'une clause d'arbitrage par une volonté claire et certain exprimé dans le contrat (Section 1) paraît être la première précaution que devra prendre le contractant afin de préserver ses intérêts. Mais, s'agissant d'une clause d'arbitrage anationale, il est nécessaire de poser à l'avance les mécanismes et les structures qui permettent un règlement efficace des différends. Il s'agit de mettre sur pied une structure juridique conventionnelle avec toutes ses règles de constitution et de fonctionnement garantissant sa mise en oeuvre et l' aboutissement à ses effets positifs (Section 2).

## **SECTION I: L' ADOPTION DE LA CLAUSE D'ARBITRAGE**

3 - L'arbitrage se présente comme un mode conventionnel de règlement des litiges nés à propos de l'exécution d'obligations contractuelles. C'est un mode alternatif à celui de la juridiction officielle du droit commun. Aussi doit-on s'interroger sur les raisons de la préférence d' un contractant à ce procédé de règlement des conflits. Certes, de nombreux auteurs soutiennent que l'arbitrage constitue un système adapté aux intérêts des relations d'affaires internationales par rapport aux tribunaux de droit commun habitués aux rapports internes. Le recours à l'arbitrage ne laisse aucun doute sur l'intention des agents économiques qui cherchent une sécurité maximale dans leurs transactions. La nature conventionnelle de ce système peut réaliser cela lorsque les contractants précisent les règles qui conditionnent son déroulement efficace.

Tous ces caractères font dire à certains que l'arbitrage se présente comme une justice mais une justice privée qui trouve sa source dans un

---

---

contrat<sup>(1)</sup>. Il confirme également l'idée que la convention de l'arbitrage est un contrat qui engendre une méthode du jugement par un système d'arbitrage<sup>(2)</sup>; et c'est un véritable "ordre juridique des relations internationales autonome"<sup>(3)</sup>. Cette affirmation découle tout d'abord de la compétence généralement reconnue aux arbitres (Sous-Section 1) qui met les contractants dans une situation psychologique confortable qu'ils ne trouvent pas devant les tribunaux de droit commun. La nature de justice de l'arbitrage se vérifie également dans les procédures conventionnelles de sa mise en place et les effets des sentences arbitrales sur les parties (Sous-Section 2).

### **SOUS-SECTION I: LA COMPETENCE DES ARBITRES CHOISIS**

4 - L'arbitrage commercial comme mode de règlement des litiges internationaux a montré son utilité lorsqu'il s'appuie sur des arbitres aptes à résoudre les problèmes de cette nature. En effet, il faut souligner que le recours à cette technique par les opérateurs économiques est guidé par leur souci de surmonter les faiblesses des juges ordinaires à trancher le contentieux portant sur les transactions internationales. Dans ce sens, M. David écrit "L'arbitrage agit pour que le litige soit résolu en considération de principes autres que ceux qui guideraient les juges étatiques"<sup>(4)</sup>. Cet objectif semble atteint du fait de l'indépendance des arbitres désignés qui se sont spécialisés dans la compréhension des problèmes spécifiques aux relations d'affaires internationales et qui renforcent leurs connaissances juridiques par un suivi permanent, évolutif et objectif de toutes les questions liées à l'exécution d'un contrat international. Ainsi, on suppose générale-

---

(1) V. LOQUIN E. "Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international", *Clunet* 1983, n° 5, p. 294.

(2) OMAR N. I., *op. cit.*, p. 649.

(3) JUGAULT J. "Le particularisme de l'arbitrage en matière internationale", in *La Terre, la Famille, le Juge. Etudes offertes à H.D. COSNARD*, série Faculté de droit et de Science politique de Rennes, 1990, p. 333, n° 3. C'est un droit à un tribunal impartial, Rapport de P. Sargos, conseiller à la Cour de cassation, sous Cass. ass. plén. 6 nov. 1998: *JCP* 1998, II, 10198.

(4) DAVID R., *op. cit.*, n° 21, p. 31.

---

---

ment que l' arbitre doit présenter au moins trois qualités: la compétence, l' indépendance et l' impartialité<sup>(1)</sup>. Cette situation confère nécessairement à l' arbitre une compétence personnellement qualitative (§1) lui permettant de donner aux différends entre agents économiques des solutions conformes aux intérêts du commerce international (§2).

## **§1 - LA COMPÉTENCE LIÉE AUX QUALITÉS PERSONNELLES DE L'ARBITRE**

5 - Il est généralement admis que le juge ne présente pas les mêmes qualités qu'une personnalité appartenant à une branche d'activité déterminée comme celle de la vente commerciale internationale<sup>(2)</sup>. Cette conclusion repose sur le fait que l' arbitre bénéficie de la part des contractants d'une compréhension de leurs transactions. Ce qui écarte leur méfiance psychologique à son égard, méfiance toujours présente devant les juridictions étatiques. Aussi dans l' arbitrage international, la plupart des arbitres sont-ils des praticiens du droit ou des professeurs d'université. Des hommes d'affaires, des ingénieurs, des hauts fonctionnaires ainsi que des diplomates peuvent également être appelés à devenir arbitres<sup>(3)</sup>. L' indépendance et les connaissances techniques et juridiques qui peuvent faire défaut dans des juges de tribunaux étatiques sont des caractéristiques de l' arbitre.

## **A - LA CONFIANCE LIÉE A L'INDÉPENDANCE DE L'ARBITRE**

6 - L' indépendance et l' impartialité dont fait preuve l' arbitre dès son investiture jouent un rôle positif considérable dans le règlement des différends pouvant naître à l' occasion d' une vente internationale.

---

(1) KAHN A - E, note sur Cour de cassation, première chambre civile - 24 mars 1998, Affaire - Société Excelsior Film TV, SRL c/ Société UGC- PH, Clunet 1999, p. 155 et s.

(2) V. en ce sens, MAYENFISCH O. " La clause attributive de juridiction et la clause arbitrale dans les contrats de vente à caractère international", Thèse Fribourg, Suisse, 1957, Ed. Goeorged Conne, Lausanne 1957, p.165.

(3) Cf. la doctrine de la C.C.I. "Guide de l' arbitrage", pub.de la C.C.I. Paris, oct.1983, p.35 ; V.FOUCHARD Ph., Th. cit., n° 389, p.247.

---

---

Elles mettent la justice arbitrale à l'abri de tout soupçon. L'arbitre qui remplit une fonction juridictionnelle devrait assumer son indépendance, et, c' est une notion objective qui s' applique nécessairement dans les rapports de l' arbitre avec les parties et suppose l' absence de liens de fait ou de droit entre eux<sup>(1)</sup>.

Toutefois, il faut remarquer que le système de garantie que l'on a pu élaborer pour assurer l'autonomie des juges ne peut être transposé tel quel aux arbitres<sup>(2)</sup>. Néanmoins, ce dernier se présente en principe comme un véritable juge, digne de confiance. En effet, il est inconcevable que des arbitres abusent de leur investiture dans ce domaine et pour n'importe quel motif, sans supporter les graves conséquences qui l'atteindraient. Dans ce sens, le Règlement de la Cour d'arbitrage de la C.C.I. prévoit que tout arbitre nommé par la Cour elle-même que ce soit directement ou sur proposition d'une partie doit être et demeurer indépendant des parties en cause. Aussi la Cour peut-elle décider la récusation de l'arbitre qui ne serait pas indépendant ou lorsque les motifs de la décision prise par lui ne relèvent pas de sa seule appréciation<sup>(3)</sup>.

Il est évident que des agents économiques de nationalités différentes craignent de se soumettre à la juridiction étatique du défendeur au motif que la justice de cette nature peut mettre relativement en cause les engagements du demandeur. L'arbitre a, en revanche, certains avantages sur le juge interne; " il est, écrit M. Fouchard, investi de la confiance commune des deux protagonistes qui l' ont choisi pour son impartialité, ses qualités personnelles". Le magistrat, au contraire, ajoute cet auteur,

---

(1) KAHN A-N, op. cit. Clunet, I, 1999, p. 157 ; Ph. Fouchard, L' arbitrage commercial international: Dalloz 1965, p. 338 ; Voir aussi Omar N. I., *op. cit.* P. 650.

Le statut de l' arbitre dans la jurisprudence française: Revue arbitrage 1996, p. 325. - Ph. Fouchard, B. Goldman et E Gaillard: *Traité.....*1996, n° 1021 s.Ph. Fouchard, " Arbitrage commercial international, Statut des arbitres "; J. - Cl.

Droit international, Fasc. 586-7-3, 1994, n° 13 s. CCI, Cour internationale d' arbitrage, La procédure arbitrale et l' indépendance des arbitres, Publication CCI n° 472, ICC Publishing, 1991.

(2) Cf. DAVID R., *op.cit.*, n° 275, p.374 ; V.aussi nos développements - la désignation des arbitres, *infra*.n°73

(3) V.règlement de la Cour d'arbitrage de la C.C.I., Appendice II au Règlement de la Cour, Par.14, 15 et 16. La doctrine de la C.C.I., *op.cit.*, p.86.

---

---

ne jouit pas, au départ, de cette confiance directement exprimée par les parties"<sup>(1)</sup>.

Cette conclusion découle du fait que l'arbitre jouit d'une indépendance qui fait souvent défaut chez les juges ordinaires. Ceci explique pourquoi les parties contractantes, en l'absence d'une clause d'arbitrage dans leur convention, refusent le recours aux juges ordinaires normalement compétents. Leur confiance dans l'arbitre se renforce encore plus pour sa compétence technique et juridique.

## **B - LA COMPÉTENCE TECHNO-JURIDIQUE DE L'ARBITRE**

7 - En matière commerciale, l'essentiel des différends découle du non-respect par l'une ou l'autre partie de ses engagements. S'agissant d'une vente internationale, la conformité des marchandises livrées ou les modalités de livraison de celles-ci conformément aux conditions définies dans le marché constituent deux soucis majeurs de l'acheteur et le règlement des litiges nés à leur sujet nécessite des compétences aussi bien juridiques que techniques. Aussi, lorsqu'ils sont rapportés devant les tribunaux ordinaires, les juges ne se prononcent jamais sans recourir aux rapports d'experts. Or, les parties jugent préférable de trouver dans la même personne cette compétence technique et juridique. Seulement, dans l'état actuel, on s'est généralement aperçu que les juridictions nationales ne fournissent pas cette perspective qui reste un espoir légitime pour les agents économiques.<sup>(2)</sup>

En revanche, les arbitres jouissent d'une compétence juridique comme des praticiens du droit et d'une compétence technique lorsqu'ils sont des hommes d'affaires spécialisés dans une branche d'activité commerciale. Ainsi, dans une vente internationale, ils ont une compétence relativement suffisante pour traiter les problèmes techniques

---

(1) FOUCHARD Ph., *Th.cit.*, n° 5, p. 2 et 3.

(2) Il est très intéressant de savoir que le Tribunal du Commerce en France est constitué de commerçants qualifiés souvent des chefs d'entreprises. Cela permettrait de bien juger les conflits contractuelles dans le domaine du commerce

---

---

posés ainsi que ceux purement juridiques<sup>(1)</sup>. Ils peuvent se prononcer sur la qualité de la marchandise livrée<sup>(2)</sup>, déclarer celle qui est ou non conforme aux spécifications fixées dans le contrat et au moment donné, dans la mesure du possible, faire une interprétation du contrat et opérer si nécessaire une révision du prix initial<sup>(3)</sup>. Ils peuvent également décider la résolution du marché pour inexécution, celle-ci étant prise dans son sens large. Quant aux effets des clauses à caractère international comme la force majeure, les garanties de bonne exécution et de remboursement, la clause pénale..., les arbitres ont le pouvoir de déterminer les modalités de leur mise en application.

8 - Ainsi donc, le règlement des différends nés d'une vente internationale par des arbitres compétents aboutit à des solutions efficaces et pratiquement conformes aux besoins des opérateurs économiques. De cette conclusion découlent deux observations. Tout d'abord, grâce à l'application de la clause d'arbitrage, les parties trouvent des solutions rapides à leur problème dans une période déterminée souvent dans leur convention<sup>(4)</sup>. En effet, l'arbitre interviendra dès qu'il sera invité à le faire<sup>(5)</sup>. Cette caractéristique de l'arbitrage liée à la rapidité d'intervention des arbitres présente un intérêt certain pour l'acheteur qui invoque la défaillance de son cocontractant. Ensuite, du fait de l'aptitude technique et juridique des arbitres, les parties ont une confiance

---

(1) Claude Witz, Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale, LGDI, 1995, - Sentence CCI 6653 de 1993: J.D.I. (Clunet) 1993, p. 1040.; Mayer P., " L' application par l' arbitre des Conventions Internationales de droit privé ", Etudes Loussouarn, Dalloz 1994, p. 275.

(2) Sentence rendue par le Centre International d' Arbitrage de la Chambre Economique Fédérale d' Autriche, n° SCH 4316 et SCH 4366 du 15 juin 1994, Clunet 1995, p. 1055.

(3) Cf. DAVID R., op.cit., p. 19 ; Voir la sentence rendue en 1995 par la Cour Internationale d' Arbitrage de la CCI, dans l' affaire n° 8324. Sur la même affaire, voir Dominique Hascher, Clunet 1996, p. 1019 s.

(4) L' article 181 du Code de procédure civil et commercial koweïtien de la loi 38 / 1980 exige à l' arbitre le jugement dans six mois si les parties ne déterminent pas le délai dans leur convention d' arbitrage. Voir Omar N. I., opt. cit., p. 652.

(5) Il est juste d'affirmer que les tribunaux sont toujours en retrait lorsqu'ils sont le plus souvent surchargés de travail par suite du rapport inadéquat entre le nombre de tribunaux et celui des litiges qu'ils sont appelés à trancher ; MAYENFISCH O., op.cit., p.165.

---

---

psychologique non négligeable et acceptent les solutions qu'ils proposent. L'arbitre offre ainsi un sentiment de soulagement dans l'esprit des agents économiques au moment du litige. Cet état d'esprit est résumé par M.EI Gohary dans les termes suivants: "On estime que, dans l'arbitrage commercial international, on envisage la possibilité d'une plus grande spécialisation de la justice qui laisse la connaissance des différends commerciaux aux arbitres particulièrement au courant des difficultés inhérentes à la branche du commerce impliquée dans le cas concret"<sup>(1)</sup>.

Enfin, la double compétence, technique et juridique, des arbitres permet, sans conteste, d'avoir des solutions équitables car elles proviennent de personnes bien éclairées sur la nature des problèmes posés. Cette qualité de l'arbitrage garantit aux opérateurs économiques une sécurité suffisante de telle sorte qu'ils auront les plus grandes chances de pouvoir régler directement leurs litiges<sup>(2)</sup>. Le même résultat est atteint lorsque l'arbitre adopte des solutions particulières du commerce international.

## **§2 - LE CHOIX DES SOLUTIONS APPROPRIÉES.**

9 - Il faut rappeler à ce niveau que le commerce international se distingue nettement du commerce interne. Ceci résulte soit des circonstances qui entourent ces deux branches soit de l'ampleur de celle-ci à l'égard des agents économiques concernés. Il semble donc logique que les rapports dans les deux types d'activité soient soumis à des règles différentes qui tiennent compte de la nature particulière des problèmes qu'ils soulèvent. C'est le cas de la vente commerciale internationale qui est régie par des règles sensiblement différentes de celles s'appliquant à une vente de droit interne. Cela se vérifie également dans l'arbitrage où les contractants pourraient, dans certains cas, invoquer l'intervention de l'arbitre dans un

---

(1) EL GOHARY M.F., Th.cit., p.45 ; V.aussi la doctrine citée par le même auteur, p.45, sous référence n° 2..

(2) PEARSON N. "Le développement de l'arbitrage commercial international", Rev.arb.1969, p.260.

---

---

moment dit "pré-contentieux", une telle règle étant inapplicable devant le juge officiel. Mais, le plus souvent, l'arbitre intervient pour résoudre des différends concrètement constatés. Dans ce cas, celui-ci cherche à établir une justice particulièrement cohérente avec la nature du litige né entre agents économiques internationaux.

## **A - L'INTERVENTION PRÉCONTENTIEUSE DE L'ARBITRE**

10 - Les marchés internationaux se caractérisent par leur importance et leur complexité. Aussi les parties ne peuvent-elles régler tous les détails de l'opération.

Il arrive que leur convention laisse apparaître certaines lacunes qui sont passées inaperçues le jour de sa formation ou qui ont été dévoilées sous l'influence du facteur temps qui sépare ce moment de celui de l'exécution de l'opération. Ceci n'est pas une hypothèse d'école et la présence quasi-automatique des clauses de révision et d'imprévision dans les contrats confirme ces dires.

Devant cette situation, les parties se trouvent obligées de revenir sur leurs conditions initiales et de réaménager à nouveau leurs rapports juridiques de façon à rééquilibrer la convention. Dans une vente internationale, par exemple, l'exécution de l'opération peut appeler certaines modifications comme la refaction de certaines clauses pour que l'acheteur ne supporte que le juste prix<sup>(1)</sup>, le changement du lieu de livraison des marchandises ou de son délai, la soumission de la convention à de nouveaux règlements administratifs imposant certaines règles concernant le contrôle de qualité ou la présentation des produits importés...

Cette possibilité de revoir les conditions du contrat en raison des difficultés citées est conforme à l'équité et au bon sens. Elle ne fait que servir les intérêts des échanges commerciaux puisqu'elle permet de modifier la convention initiale plutôt que de l'annuler.

---

(1) Voir Sentence rendue en 1995 dans l'affaire n° 8324, CCI, ; note Dominique Hascher, *Clunet* (JDI), 4,1996, p. 1019 s.

---

---

De telles préoccupations, au demeurant légitimes, n'entraînent pas toujours l'adhésion des juges ordinaires dont l'intervention entraverait plutôt le développement harmonieux des relations entre agents économiques. En effet, on sait que celui-ci n'intervient que lorsqu'il y a litige au sens juridique et technique du terme et s'il se reconnaît compétent. Cette règle de procédure montre déjà les faiblesses du recours aux tribunaux étatiques pour le règlement des différends qui ne permettent pas aux règles du droit commercial international de produire tous leurs effets sur la convention et répondre aux intérêts des commerçants<sup>(1)</sup>. Par ailleurs, le juge reste enfermé dans les limites du droit commun sous peine d'illégalité. Il ne peut, par conséquent, intervenir dans toutes les questions soulevées par les contractants pour modifier ou compléter leurs engagements initiaux. Ses pouvoirs sont limités aux règles matérielles du système juridique qu'il représente.

11 - Certes, la législation interne peut autoriser le juge saisi à aménager certains points litigieux entre parties. Cependant, cette hypothèse demeure assez exceptionnelle et ne vise que certains cas précis. Ainsi, par exemple, pour la réfaction du prix en raison de la mauvaise exécution de l'objet de la vente<sup>(2)</sup> ou l'exécution partielle de la marchandise. Ceux-ci restent pourtant d'importance moindre par rapport aux contestations soulevées par l'exécution d'une transaction internationale.

Par ailleurs, l'idée de litige n'est pas un phénomène souhaitable dans les rapports entre agents économiques internationaux. Mais, quand celui-ci s'impose, il engendre un véritable climat de méfiance qui irrite le bon déroulement du marché. En revanche, l'arbitre peut facilement intervenir et se prononcer sur les difficultés qui gênent l'exécution normale de la vente sans attendre l'apparition du litige et la nécessité d'introduire une procédure longue et coûteuse.

---

(1) V.en ce sens EL GOHARY M.F., Th. cit., p.39 et la doctrine citée par le même auteur, sous référence n° 3, p.39.

(2) Cf.nos développements, thèse, partie I., n° 260 et s.Voir sentence SCH 4316 et SCH 4366 du 15 juin 1994, sur la livraison défectueuse, Centre international d'arbitrage de la Chambre Economique fédérale d'Autriche: Clunet 1955, p. 1055.

---

---

Il ne peut s'agir là que d'un acte positif pour parfaire ou pour adapter la convention des parties à de nouvelles circonstances<sup>(1)</sup> avant toute rupture du dialogue entre contractants. La jurisprudence arbitrale remet l'exécution du contrat en cause dans le bon sens aussi bien juridique qu'économique en essayant de réduire au maximum voire d'éliminer toute opposition entre les parties de nature à perturber la paix nécessaire dans les échanges commerciaux. Cette initiative reconnue à l'arbitre fait dire à certains que "L'arbitrage exercera un pouvoir que le juge n' a pas"<sup>(2)</sup> Ce qui confirme le principe de l'autonomie réelle du droit commercial international.

12 - De ce qui précède, on remarque que l'arbitrage se rapproche de la conciliation également utilisée pour résoudre les différends nés à propos de contrats internationaux<sup>(3)</sup>. Celle-ci appelée également la transaction est un règlement amiable, volontaire et procède d'un abandon réciproque de droits ou de prétention de chacune des parties<sup>(4)</sup>. Seulement, la conciliation n'a qu'un pouvoir de recommandation. Elle cherche tout simplement à rapprocher des points de vue opposés dans le cadre d'une transaction. Elle ressemble ainsi à l'arbitrage dans le sens où les deux interviennent à un stade pré-contentieux.

Toutefois, l'arbitrage se distingue de la conciliation sur un point très important: la sentence arbitrale a effet exécutoire alors que la transaction ne s'applique pas aux parties sans faire l'objet d'un jugement qui la reconnaît et ordonne son exécution. Par ailleurs, même après jugement, les parties jouissent d'une liberté totale de faire exécuter ou non la transaction. Cette position est conforme au principe de droit selon lequel "la transaction faite par l' un des intéressés ne lie point les autres intéressés et ne peut être opposée par eux"<sup>(5)</sup>. Ainsi, il a été jugé que, sauf

---

(1) Cf. ROBERT J., op. Cit., n° 4, p.8 et s

(2) .Cf. WITENBERG J.C. "L'arbitrage et ses pouvoirs", Clunet 1936, p.727.

(3) Sur la conciliation, V. en détail BLANC G. "La conciliation comme mode de règlement des différends dans les contrats internationaux", R.T.D. Com.1987, p.173 à 189.

(4) V. ROBERT J., Idem.

(5) Art.2051 du Code civil français.

---

---

intention contraire des parties, la transaction n'emporte pas novation et ne peut produire effet à l'égard des personnes qui y sont restées étrangères<sup>(1)</sup>. Seulement, les parties peuvent tenir compte de leur éventuel engagement moral pour agir de bonne foi et éviter de provoquer volontairement des obstacles qui entraveraient l'exécution normale de leurs engagements futurs. En revanche, une sentence arbitrale, même lorsqu'elle a été rendue en dehors de tout litige concrètement établi, s'impose aux contractants et produit à leur égard ses effets juridiques. La décision d'arbitrage se caractérise également par le fait qu'elle cherche une justice particulière afin de trancher les différends.

## **B - L'ARBITRE ET LA RECHERCHE D'UNE JUSTICE PARTICULIERE**

13 - L'arbitrage s'avère d'une importance particulière du fait que le tribunal arbitral dispose d'une mission très étendue qui coïncide avec les besoins du commerce international. En effet, celui-ci cherche, par l'intermédiaire de ses membres, à donner des solutions appropriées aux contestations dont il est saisi. Pour ce faire, il doit se libérer de l'application de la règle matérielle d'un système juridique donné ou l'appliquer avec beaucoup moins de rigueur qu'un tribunal d'Etat<sup>(2)</sup>. "On demeure fidèle à l'idée de droit, écrit M. David, mais on veut avoir des règles qui soient élaborées, une justice qui soit administrée au sein même de la communauté de commerçant"<sup>(3)</sup>.

L'arbitrage pose ainsi une nouvelle technique de règlement des différends autre que celle de la justice des tribunaux étatiques dont la préoccupation principale consiste à appliquer et à faire respecter les règles matérielles d'un droit national jugé compétent au contrat litigieux. Il ne s'agit pas ici de nier tout rôle actif de la justice nationale dans la

---

(1) Cass.civ. Ière, 25 fév. 1976: Bull. civ.I, n° 86, p.71.

(2) Cette conception sera mise en cause par le fait d'avoir un Tribunal mixte composé des juges et des arbitres comme c'est le cas dans le Code de procédure civ. et com. Koweïtien, art. 1er de la loi n° 11, année 1995.

Voir JAKUBOWSKI J. "Promotion de la coopération dans le domaine de la pratique arbitrale commerciale internationale", Rev. arb.1969, p.286.

(3) DAVID R., op. Cit., p.30.

---

---

solution des litiges d'affaires lorsque ceux-ci sont confiés à des magistrats qui jouent le rôle de véritables experts appréciateurs et évaluateurs<sup>(1)</sup>. Mais la technique d'interprétation ou d'appréciation sur laquelle ceux-ci basent leurs jugements peut ne pas offrir de solutions appropriées aux litiges commerciaux nés entre opérateurs de différentes nationalités. Par ailleurs, les juges étatiques se sont généralement révélés en retrait pour apprécier la valeur réelle de certaines clauses ou conditions sur lesquelles repose la convention des parties dans le domaine des affaires. Ceci est dû au fait que les marchés internationaux relèvent du domaine du secret des affaires et que les problèmes qui s'y rattachent sont soumis à des juridictions internes habituées aux rapports économiques internes. Il est douteux, dans ce cas, que ceux-ci possèdent la maîtrise suffisante des techniques juridiques utilisées dans le commerce international et le régime qui leur est appliqué, régime souvent créé par les parties en fonction de leurs intérêts économiques. Ainsi par exemple, le tribunal a été d'accord avec le défendeur que les principes généraux du droit commercial international et les usages acceptés dans la pratique commerciale internationale, y compris le principe de bon ne foi, devraient régir le différend.<sup>(2)</sup>.

14 - Toutes ces insuffisances liées en vérité à la compétence du juge étatique sont surmontées dans l'arbitrage où l'arbitre, spécialisé dans les problèmes que soulèvent les marchés internationaux, aboutit à des décisions caractéristiques et cohérentes avec les intérêts des agents commerciaux. Il comprend facilement ce que veulent dire la clause de force majeure, la clause pénale, la garantie de paiement, la clause d'arbitrage, la clause de bonne exécution...<sup>(3)</sup> lorsqu'elles sont insérées dans la convention. Plus encore, l'arbitre peut facilement apprécier à sa juste valeur l'étendue du préjudice qu'encourt le contractant en cas de rupture du marché par la faute de son cocontractant. Pour cela, il se base sur des règles juridiques

---

(1) V. EL GOHARY M.F., Th. cit., p.17 s.

(2) Sentence rendue dans l'affaire 7331 en 1994: J D. I. 4, 1995, note Dominique Hascher.

(3) V. EISEMANN, op.cit., Rev.arb.1978, p.400 ; Aussi GOLDMAN B. "La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international: réalité et perspectives", Clunet 1979, p.479 et s. ; Travaux du Comité français du droit international privé, 1977-1979, p.221.

---

---

spécifiques aux relations d'affaires internationales et parvient nécessairement à des solutions conformes aux usages établis dans ce domaine. Ses sentences seront alors plus proches de l'équité et de la bonne foi telles que comprises par les concernés, les commerçants<sup>(1)</sup>. Pour cette raison, on peut dire, avec Mr Witenberg, que l'arbitre n'est " plus, comme le juge, un organe d' application des normes préétablies; il crée la norme en résolvant le conflit "<sup>(2)</sup>. Une telle conclusion se justifie encore plus dans la mesure où l'arbitre intervient souvent là où le droit n'existe pas ou est insuffisamment développé. Mais, par sa spécialisation et son appartenance à une branche d'activité déterminée, il a une connaissance permanente des usages du commerce de telle sorte qu'il paraît "mieux préparé que des juristes à comprendre la psychologie des commerçants et à dégager, en interprétant leur contrat, des règles qui pourront devenir des usages correspondants à leur besoin"<sup>(3)</sup>.

- 15 - En définitive, les arbitres peuvent, par l'étendue des pouvoirs qui leur sont reconnus dans le règlement des litiges, accélérer la création d'un droit corporatif apte à introduire un vrai statut juridique qui renforce enfin l'autonomie du droit commercial international. Celui-ci serait alors la source dans laquelle juges et arbitres puiseraient les principes pour trancher les litiges nés entre agents économiques qui apprécieraient une justice satisfaisante. Dans cette éventualité, les rapports de commerce international se dérouleraient dans un climat de confiance. Les contractants se sentiraient protégés car la survenance d'un litige entre eux ne détérioreraient pas leurs rapports d'affaires futurs.

Les avantages de l'arbitrage se manifestent encore plus dans la qualité de la procédure qu'il applique et celle de la sentence qu'il rend.

---

(1) DAVID R., op.cit., p.26 ; Aussi GOLDMAN "La lex mercatoria...", Clunet 1979, p. 479 et s.

(2) WITENBERG J.C., op.cit., p.727.

(3) DAVID R., ibid, p.19. Aussi, conformément à l'art.13 al.5 du Règlement de la Cour d'arbitrage de la C.C.I. préc., l'arbitre tient compte des stipulations du contrat et des usages du commerce. Cette règle est également retenue en droit français, art.1496 N C P C. Voir Art. 21 de la Convention Arabe d' Amman sur l' arbitrage commercial 1987: texte in Revue Arbitrage 1989, 743.

---

---

## **SOUS-SECTION 2: LA QUALITÉ DE LA PROCÉDURE ET DE LA SENTENCE ARBITRALE**

16 - Juristes et hommes d'affaires s'accordent pour admettre que l'arbitrage présente d'importants avantages par rapport aux procédures judiciaires<sup>(1)</sup>. Ceci se vérifie aisément dans un contrat international où les agents économiques en conflit souhaiteraient que leur différend soit résolu d'une manière simple, rapide et flexible qui s'accorde avec les exigences du commerce international.

Toutefois, cette possibilité ne se réalise que si le tribunal arbitral arrive à éviter les problèmes de conflit de juridiction<sup>(2)</sup>, situation qui permet aux parties de se soulager de la crainte d'être jugées par un tribunal et selon une procédure étrangers<sup>(3)</sup>.

Mais, les motivations inhérentes à la procédure de l'arbitrage international ne jouent pas à elles seules un rôle déterminant dans le renforcement des solutions données aux litiges. Pour atteindre ce but, la procédure arbitrale devra déboucher sur une sentence efficace. Cette règle se justifie par des considérations pratiques. En effet, la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale supposent que celle-ci prenne une position juste et concevable à l'égard des parties aux litiges.

A la lumière de ce qui précède, il importe de savoir comment la qualité de la procédure arbitrale (§1) ou celle de la sentence (§2) qui en résulte pourrait servir la situation des parties à une transaction internationale litigieuse.

### **§1 - LA QUALITÉ DE L'ARBITRAGE LIÉE A LA PROCÉDURE APPLIQUÉE**

17 - La procédure arbitrale puise ses avantages dans certains éléments qui accompagnent le déroulement d'un litige né à propos de l'exécution d'un marché international. Tout d'abord, une telle

---

(1) V.SCHMITTHOFF C., op.cit., p.542.

(2) Voir nos développements, thèse, Partie I, n° 434.

(3) Cf.EL GOHARY M.F., Th.cit., sous référence n° 2, p.41.

---

---

procédure répond à des intérêts pratiques et objectifs le règlement arbitral est moins long qu' une procédure judiciaire parce qu'il écarte de nombreuses formalités. Par ailleurs, et sur un plan juridique, l'indépendance de la convention arbitrale par rapport au contrat principal semble présenter un avantage appréciable voire décisif dans la réussite d'une procédure arbitrale car la convention de cette nature doit être tenue procéduralement distincte de la convention de fond à laquelle elle se rapporterait<sup>(1)</sup>.

### **A - LE CARACTÈRE RAPIDE DE LA PROCÉDURE ARBITRALE**

- 18 - Une procédure arbitrale présente l'avantage d'être rapide puisqu'elle n'est soumise à aucune des formalités applicables auprès des tribunaux étatiques. D'ailleurs, il est difficilement concevable qu'une transaction internationale telle que la vente soit contrainte, en cas de différends, à suivre une procédure aussi lente que celle utilisée dans la voie judiciaire, lenteur provoquée par le rapport inadéquat entre le nombre de tribunaux et celui de litiges qu'ils sont appelés à trancher<sup>(2)</sup>. Dans l'arbitrage, le tribunal élimine le plus souvent la complexité de la procédure en traitant directement les différends d'ordre technique ou juridique sur lesquels il est appelé à intervenir. Il est habilité à statuer aussi bien sur la qualité de l'objet du contrat que sur l'interprétation à donner aux différentes clauses contenues dans la convention en cause. Ainsi, dès que le tribunal arbitral est constitué, les formalités de la procédure sont simplifiées<sup>(3)</sup>.
- 19 - Quant aux délais qu'exige l'achèvement d'une procédure judiciaire ouverte à propos d'un conflit entre opérateurs commerciaux internationaux, ils sont très longs du fait de l'encombrement des tribunaux et sont donc inefficaces dans ce type de différends qui

---

(1) V.ROBERT J. "L'arbitrage - droit interne et droit international privé" Ed.Dalloz 1983, note n° 13, p.135.

(2) MAYENFISCH O., op.cit., p.165.

(3) M. Loquin, " Le pouvoir des arbitres....", L' application des règles nationales dans l'arbitrage commercial international " in L' arbitrage commercial international.. Pub. CCI, p. 106 et s.

---

---

exigent la rapidité dans leur solution. En revanche, le règlement arbitral insiste beaucoup sur cet aspect en adoptant une position conforme aux exigences du commerce international. En effet, l'article 18 alinéa premier du Règlement de la Cour d'Arbitrage de la C.C.I. déclare que "Le délai dans lequel l'arbitrage doit rendre sa sentence est fixé à six mois". Ce même article ajoute "Ce délai commence à courir du jour de la signature par l'arbitre de l'acte visé à l'article 13" de ce Règlement<sup>(1)</sup>. Cette disposition porte à la connaissance des parties le temps maximum que nécessitera le règlement de leurs éventuels litiges<sup>(2)</sup>. De ce fait, de nombreuses difficultés spécifiques à la vente internationale trouveraient leur solution dans un délai raisonnable. C'est le cas, par exemple, de la garantie contractuelle dont le bénéficiaire exige son exécution dans des délais très brefs lui permettant de remédier aux conséquences dommageables d'une inexécution ou d'une mauvaise exécution de la vente par le débiteur<sup>(3)</sup>.

- 20 - Par ailleurs, une sentence arbitrale est déchargée des procédures longues et gênantes utilisées devant les juridictions nationales et qui veillent à assurer l'intérêt des justiciables mais aussi à retarder le règlement définitif du litige en imposant des délais pour faire appel contre des jugements ou le recours en cassation. Ces contraintes procédurales ne sont pas de mise dans l'arbitrage où, sauf convention contraire, il est de principe que la sentence arbitrale règle définitivement le différend des contractants puisqu'elle repose sur une procédure ayant un caractère conventionnel. Les parties ne

---

(1) On peut se demander Si le délai de 6 mois n'est pas trop long pour certains litiges et Si le tribunal peut rendre son jugement à l'expiration de ce délai. Le NCPC français adopte la même solution en retenant, dans son article 1456, le délai de 6 mois en reconnaissant, toutefois, la possibilité de proroger ce délai si nécessaire.

(2) Le délai dans lequel l'arbitre doit rendre son jugement, s'il n'est pas fixé par les parties en conflit, est de deux mois, selon l'article 507 du Code de Procédure Civ. et Com. Egyptien ; voir Omar N. I.: *op. cit.* P. 652. Ce délai est de six mois en droit Koweïtien, selon l'article 181 du Code de Procédure Civ. et Com. De la loi n° 38, année 1980.

(3) V. EISEMANN F., *op. cit.*, Congrès international de l'arbitrage à Moscou préc.: *Rev. arb.*, 1972, p. 400.

---

---

peuvent pas, en principe, s'opposer à son exécution. En effet, issue d'un accord des parties - clause d'arbitrage appelée également clause compromissoire - et adoptée par elles, la procédure arbitrale exclut naturellement la notion de défaut<sup>(1)</sup>. Ce principe est retenu, en droit français, par l'article 1481 du N C PC qui dispose que " la sentence arbitrale n'est pas susceptible d'opposition ni de pourvoi en cassation"<sup>(2)</sup>. Il trouve son fondement et sa logique dans le fait que la sentence arbitrale à caractère international n'a pas été rendue dans le cadre d'un système juridictionnel national. Cela n'empêche pas les parties de prévoir dans leur convention une instance arbitrale d'appel<sup>(3)</sup>. Dans cette hypothèse, il faut toujours garder à l'esprit que de telles clauses sont envisagées dans le bon sens des intérêts des contractants qui cherchent la rapidité dans le règlement de leurs différends.

- 21 - Le système de l'arbitrage, en raison de sa rapidité et de la qualité de sa procédure, entraîne également des effets économiques appréciables. Ce résultat découle du fait qu'un arbitre agit, le plus souvent, à la fois comme expert et comme juriste qualifié en la matière. Il rend par conséquent la procédure arbitrale moins onéreuse et économiquement acceptable. Il faut cependant noter que le rédacteur d'un contrat commercial international, en choisissant la forme de clause standard d'arbitrage, devrait considérer cet élément et comparer les coûts des différents types d'arbitrage<sup>(4)</sup>. On sait que, devant les tribunaux ordinaires et face à des questions techniques relatives à l'objet du contrat litigieux, les juges font appel à des experts ou à des praticiens spécialisés dont les

---

(1) ROBERT J., *op.cit.*, n° 221, p. 195

(2) La Cour de cassation a soutenu la Cour d'appel de Caen pour avoir admis légitimement qu'une sentence arbitrale étrangère ne pouvait être soumise par la voie de l'appel aux juges français, et a jugé qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision: cass.3 nov.1960: Bull.de la Cass.civ.I, 1960, n° 466, la p.382.C'est le même principe retenu par l'article 510 du Code de Procédure Civ. et Com. Egyptien ;et l'article 9 de loi n° 11, 1995: Code de Procédure Civ. et Com. Koweïtien.

(3) Cf. Art. 511, Code de Procédure Civ. et Com. Egyptien ; Art. 10 de la loi n° 11, 1995: Code de Procédure Civ. et Com. Koweïtien.V. DAVID R., *op.cit.*, n° 402, p.494 e t s.

(4) LESGUILLONS H., *op.cit.*, T.7, division II, n° 51.

---

---

honoraires sont assez élevés. Mais cette constatation ne doit pas leurrer les agents économiques car les frais de l'arbitrage sont également assez importants<sup>(1)</sup>. Aussi, pour favoriser ou non le recours à cette technique, il est généralement tenu compte de la valeur quantitative ou qualitative de la vente. Une opération commerciale dont la valeur économique est relativement faible ne justifie sûrement pas de convenir pour une procédure arbitrale<sup>(2)</sup>. En revanche, cette dernière se révélerait moins coûteuse par rapport à la juridiction nationale lorsqu'il s'agit d'une affaire importante tant par la qualité que par la quantité des produits, objets du marché. Des marchandises spécifiques et indispensables à l'équipement d'un ensemble industriel ou des marchandises de première nécessité sont des arguments favorisant le choix de la procédure arbitrale. Par ailleurs, les litiges portant sur l'exécution d'une transaction internationale portent, en règle générale, sur des sommes considérables. De ce fait, le coût de l'arbitrage "constitue généralement un élément presque négligeable si l'on considère l'importance des intérêts en jeu"<sup>(3)</sup>.

Tous ces avantages de la convention arbitrale sont renforcés par son autonomie par rapport au marché.

## **B - LE CARACTÈRE AUTONOME DE LA CONVENTION ARBITRALE**

22 - L'arbitrage se présente comme une voie de procédure pour trancher des litiges découlant le plus souvent d'un cas de nullité ou de résolution du marché conclu entre opérateurs économiques<sup>(4)</sup>. Dans une vente internationale par exemple, la convention peut être nulle Si elle enfreint une interdiction d'importation ou

---

(1) V. les barèmes des frais de l'arbitrage de la C. C. I. en vigueur à dater du 1er mars 1980 et susceptibles d'être révisés à tout moment: cf. doctrine de la C.C.I., op.cit., p.45 et s.

Voir aussi l'affaire Iran - Cubic: Cour d'appel de Paris, première chambre civile, section A,- 15 septembre 1998:J.D.I., 1999, p. 162 et s.

(2) Cf.nos développements, thèse, Partie I, n° 450, p. 243 et s.

(3) DAVID R.,op.cit., n° 246, p.309.

(4) Cf. ROBERT J., op.cit., n° 310, p.268.

---

---

d'exportation. Dans ce cas, elle sera frappée d'une nullité absolue car elle viole une règle d'ordre public. De nombreux autres cas provoquant la rupture du marché international existent<sup>(1)</sup>. Le sort de ce rapport contractuel constitue par conséquent une condition déterminante pour le fonctionnement de l'arbitrage car il pose à l'arbitre un problème de droit consistant à savoir si celui-ci est régulièrement désigné et s'il a tous les pouvoirs pour mener avec efficacité le déroulement de la procédure.

Or, pour atteindre cet objectif, il faudra assurer à la clause d'arbitrage son autonomie par rapport au contrat principal. Cela veut dire que la disparition de ce dernier pour nullité ou résolution ne devrait pas affecter la survie nécessaire de la convention arbitrale. Différents procédés sont utilisés à cette fin.

23 - En se référant à la loi d'autonomie qui règne dans les relations d'affaires internationales, les agents économiques peuvent décider expressément l'indépendance de la clause d'arbitrage en écartant la règle de l'unité du contrat dans l'ensemble de ses éléments. Ils disposent pour cela de deux solutions conventionnelles. Il suffit aux parties d'indiquer dans un acte séparé que des arbitres seront invités à résoudre les différends qui découlent éventuellement du contrat en question, y compris la nullité ou la résolution de celui-ci. Une deuxième solution consiste pour les contractants à prévoir que la clause d'arbitrage viserait plus précisément des questions graves qui frapperaient les contrats internationaux. Cette clause s'appliquera donc en cas de nullité ou de résolution de la convention de base<sup>(2)</sup>.

Cette deuxième solution soulève toutefois un problème juridique majeur, celui de savoir si la clause d'arbitrage pourrait être considérée comme autonome par rapport au contrat principal dans lequel elle est

---

(1) la rupture du contrat peut se produire pour une raison politique. Voir l'affaire Iran - Cubic, précitée.; CONTIN R. " L'arrêt Freuhauf et l'évolution du droit des sociétés " J. C. P. 1968, chronique 45.

(2) V.ALTAYAR S. "Les transferts de technologie et les relations contractuelles entre les pays industrialisés et les pays en voie d'industrialisation, Thèse Rennes 1987, p.329.

---

---

insérée. La solution à ce problème est très importante car, en cas de réponse positive, la clause d'arbitrage ne sera pas affectée par la nullité ou la résiliation du contrat initial. Dans le cas contraire, elle sera nulle au même titre que la convention qui lui a donné naissance.

L'opinion dominante paraît être en faveur de l'autonomie de la convention arbitrale qui reste valable nonobstant la nullité ou la rupture du contrat principal. Ce comportement à l'égard de la clause d'arbitrage s'explique par des considérations pratiques. En effet, même en cas de nullité du contrat de fond, il reste néanmoins utile que les contestations relatives à ce contrat, qu'il s'agisse de déterminer les conséquences de la nullité des obligations contractuelles ou même d'en constater l'existence, soient dévolues à la juridiction arbitrale conformément à la volonté des parties<sup>(1)</sup>.

24 - De façon générale, l'indépendance de la clause arbitrale confère à l'arbitrage international un avantage appréciable reconnu non seulement sur le plan international où la plupart des systèmes juridiques lui sont favorables<sup>(2)</sup> mais aussi de la part du droit français qui a institué une remarquable réglementation législative relative à l'arbitrage international<sup>(3)</sup>. Cette autonomie appelée également la "séparabilité" de la convention arbitrale par rapport au contrat principal a eu un accueil favorable dans la doctrine internationale spécialisée qui lui a consacré une étude particu-

---

(1) Voir dans ce sens, la sentence rendue dans l'affaire n° 5943 en 1990. (Original anglais), qui confirme l'autonomie de la clause compromissoire en cas d'illicéité du contrat: J.D.I., 4, 1996 p. 1014. Cf. TOUBIANA A. "Le domaine de la loi du contrat en droit international privé", Ed. Dalloz 1972, p..54.

(2) Notamment en droits suisse et allemand bien qu'ils adoptent des principes différents en matière de nullité partielle; V. sur ce point, KLEIN F.E. "Du caractère autonome de la clause compromissoire notamment en matière d'arbitrage international", R.C.D.I.P. 1961, 501 et s. ; FORSSIUS G. "L'indépendance de la clause compromissoire en droit suédois", Rev.arb.1955, n° 2, p.16 ; pour une évolution semblable aux Etats-Unis, v. l'arrêt de la Cour suprême du 12 juin 1967, RCDIP 1968, 91 et la chronique de MEZGER M. "Vers la consécration aux Etats-Unis de l'autonomie de la clause compromissoire dans l'arbitrage international", R.C.D.I.P. 1968, p.25. Le droit Egyptien adopte ce principe, voir Omar N. I. opt. cit., p. 648.

(3) Cf. art.1442 à 1507 du N C PC français.

---

---

lière<sup>(1)</sup>. Le Règlement de la Cour d'arbitrage de la C.C.I va, lui aussi, dans ce sens en reconnaissant expressément la validité de la convention d'arbitrage même en cas d'inexistence ou de nullité du contrat<sup>(2)</sup>, disposition appliquée par les arbitres de la C.C.I. siégeant à Zurich qui ont décidé "Le tribunal se reconnaît donc compétent pour connaître du présent litige... et ce, d'autant que le défaut et les vices de consentement allégués par la défenderesse ne concernent en rien la clause d'arbitrage, n'affectant que le fond même du contrat"<sup>(3)</sup>. Les mêmes arbitres ajoutent que "cette solution ne correspond pas seulement au Règlement de la Cour d'arbitrage de la C.C.I. mais aussi en droit Suisse qui affirme que la nullité du contrat principal n'a aucune incidence sur la validité de la clause d'arbitrage"<sup>(4)</sup>.

- 25 - L'indépendance de la clause compromissoire par rapport à la convention de base à laquelle elle est attachée a été également le principe retenu par le juge français. En effet, devant la spécificité des intérêts du commerce international, il décide, depuis l'arrêt "Gosset" qu' en matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire, qu' il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles qui ne sont pas alléguées en la cause, une complète autonomie juridique, excluant qu' il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte"<sup>(5)</sup>. Ce principe a été consacré par

---

(1) V.le Premier Congrès international tenu à Paris en juin 1961, Rev.arb.1961,p. 48.

(2) Art.8 al.4 du Règlement de la Cour d'arbitrage de la C.C.I. ; V.Sentence n° 2694 rendue par la même Cour: Clunet 1978, 985-986. Cf. Note fait sur la décision de la Cour d' appel de Paris dans l'affaire Iran - Cubic,précitée, J D. I.1998, p. 175 et s.Voir aussi la sentence rendue dans l' affaire n° 7155 en 1993 qui a même approuvé l' extension de l' effet obligatoire d' une clause compromissoire: J.D.I.1996, P. 1037, note J -.J. Arnaldez.

(3),(4) et C.C.I. sentence n° 2476: Clunet 1977, 936-937 ; V. dans le même sens, sentence rendue par la Cour d' arbitrage près la Chambre de commerce bulgare 26 mai 1966, n° 56/66: Clunet 1969, p.156.

(5) V. Aff. GOSSET C/ Carapelli: cass.civ.7 mai 1963: Dalloz 1963, 545, note ROBERI J.: R.C.D.I.P. 1963, p.615, note MOTULSKY H. ; JCP 1963, h, 13405, note GOLDMANN B. ; Clunet 1964, p.82, note Berdin J. D. A la suite de l'aff. Gosset, voir l'aff."Impex":cass.civ.lère 18 mai 1971, Clunet 1972, 62, note OPPETIT B., D.1972, 37, note Alexandre D., Rev. arb.1972, 2, note KAHN Ph.

---

---

l'article 1494 du N C P C F bien que celui-ci vise la question relative au règlement de la procédure à suivre par le tribunal arbitral.

En conclusion, on peut dire que le caractère autonome de la convention d'arbitrage permet à la procédure arbitrale de recevoir toute son efficacité puisqu'il garantit à cette clause son détachement du reste du contrat. Ceci confirme l'opinion de M.Robert selon lequel "le principe de l'autonomie ou séparabilité de la clause compromissoire a souligné le nécessaire particularisme de l'arbitrage en matière internationale dans le cadre duquel pouvait s'insérer l'autonomie de la clause compromissoire"<sup>(1)</sup>.

Le même souci d'efficacité entoure la sentence arbitrale que rend l'arbitre dans ces conditions.

## **§2 - LA QUALITÉ DE L'ARBITRAGE LIÉE A LA SENTENCE RENDUE**

26 - La faveur reconnue à l'arbitrage comme mode de règlement des différends s'explique aussi par la sentence rendue par les arbitres et les effets qu'elle entraîne sur les intéressés. En effet, celle-ci tranche, en principe, le conflit entre agents économiques de manière définitive, comme le ferait un jugement. Une fois rendue, elle crée à la charge des parties une obligation de l'exécuter<sup>(2)</sup>. Par ces deux caractères, une décision arbitrale régulièrement rendue acquiert une valeur juridique non négligeable

En réalité, ce comportement psychologique des contractants à l'égard de la sentence arbitrale s'appuie sur la compétence technique et juridique des arbitres, d'une part, et, d'autre part, sur les conditions dans lesquelles la sentence est rendue. Il est admis pourtant qu'un arbitre n'est pas un véritable juge, un juge officiel. Mais cela ne diminue pas la valeur des décisions qu'il rend car la seule différence qui existe sur ce point entre les deux institutions repose sur leur mode de désignation. D'ailleurs,

---

(1) ROBERT J., op.cit., n° 260, p.225.

(2) Cf. DAVID R., op.cit., n° 394, p.486. Pourtant, ce principe sera limité lorsque la convention des parties a prévu une instance arbitrale d'appel, situation relativement exceptionnelle.

---

---

même ainsi, l'arbitre devrait être considéré comme un vrai juge car il a le plus souvent la qualification de juriste mais, en plus, il est spécialement habilité à statuer sur des différends de nature particulière portant sur le commerce international. Cette position est celle également retenue par la jurisprudence française qui reconnaît que "les arbitres constituent des juges et non des mandataires"<sup>(1)</sup>. A cet effet, l'arbitre ne prend pas des instructions pour effectuer sa mission, et le fait d'être payé à cet objectif ne doit pas mettre en jeu son indépendance<sup>(2)</sup>.

27 - S'agissant de la sentence proprement dite, l'arbitre ne se limite pas pour la rendre à une simple étude des documents présentés ou des allégations de l'une ou de l'autre partie concernée. Il agit conformément aux règles matérielles d'un droit donné que les parties ont choisi ou, à défaut de cette référence explicite, qu'il choisira lui-même parce qu'il le juge plus approprié pour trancher efficacement le litige<sup>(3)</sup>. Pour cela, il dispose d'une compétence suffisante lui permettant d'interpréter justement les règles de droit choisies et de rendre son jugement. La seule condition à laquelle il doit obéir est que sa sentence soit bien fondée. C'est ce qu'exige le législateur français lorsqu'il décide que la sentence arbitrale doit, même en matière internationale, être délibérée et motivée<sup>(4)</sup>.

Le respect de cette condition assure à la sentence arbitrale son efficacité pratique. Or, cette condition a été posée initialement pour limiter le pouvoir du juge. Comme l'écrit M.Robert, elle "est le propre d'une décision juridictionnelle"<sup>(5)</sup>.

De tout ce qui précède, on peut se demander si la sentence arbitrale

---

(1) Cass.civ.18 mai 1942: D.A. 1942, 105.

(2) Voir aussi Omar N. I. opt. cit., p. 650.

(3) Cf.art.1496 du NCPC français ; Voir. également.art.13 al.3 Règlement de la c.c.i. préc.

(4) V.art.1469 et 1471 al. 2 NCPCF, 4 Statuts de la Cour d'arbitrage de la C.C.I., Règlement préc. ; Cour.européenne sur l'arbitrage préc., art.8.

Il faut cependant noter que la jurisprudence française décide qu'une sentence non motivée n'est pas considérée comme contraire à l'ordre public international: Paris 9 déc.1955: D.1956, 217, note ROBERT J., R. C.D.I.P. 1956, 523, note MOTULSKY H. ; cass.civ. 1ère 14 juin 1960: R.C.D.I.P.1960, 393, note FRANCESKAKIS Ph. ; du même auteur, v. "Des sentences arbitrales non motivées d'après l'arrêt Elmassain de la Chambre civile", ibid, p.297 à 312.

(5) ROBERT J., op.cit., n° 201, p.173.

---

---

acquiert l'autorité de la chose jugée. Est-elle rendue définitivement sans pouvoir remettre en cause ce qui a été jugé ? Si l'on prenait en considération et de manière sérieuse les intérêts du commerce international, la question posée mériterait une réponse positive. Cela veut dire que la décision arbitrale serait reconnue et exécutée obligatoirement car, pour emprunter les termes utilisés par M.Foucharde "si la sentence reste un écrit sans valeur particulière, l'efficacité de la méthode arbitrale est nulle et mieux vaut alors affronter les lenteurs et les difficultés d'une procédure judiciaire normale"<sup>(1)</sup>.

28 - Certains systèmes juridiques adoptent une position inquiétante à ce sujet lorsqu'ils traitent de l'exécution des sentences arbitrales de la même façon que celle des jugements étrangers<sup>(2)</sup>. Mais cette tendance à limiter les effets de l'arbitrage n'est pas générale. En effet, une nette volonté se manifeste en faveur de celui-ci. Cette volonté est matérialisée soit dans une intervention législative directe soit dans une Convention internationale ou régionale spécialement élaborée afin de donner à la sentence une valeur concrète. Les Conventions régionales sur l'arbitrage commercial rendent efficace l'application d'une sentence arbitrale. Elles sont assez nombreuses<sup>(3)</sup>:-

- 1 - Convention européenne de Genève du 21 avril 1961
- 2 - Convention de Moscou du 29 mai 1972
- 3 - Convention interaméricaine de Panama du 30 janvier 1975
- 4 - Convention européenne de Strasbourg du 20 janvier 1966
- 5 - Convention arabe d'Amman sur l'arbitrage commercial du 14 avril 1987.

Ainsi, le droit français prend une attitude remarquable à ce sujet. Il

---

(1) FOUCHARD Ph., Th.cit., n° 640, p.459. Paris 29 avril 1982 (Nordmanne/Pharmuca, inédit), selon lequel "La sentence arbitrale n'est pas un acte ordinaire mais doit être assimilée à un véritable jugement dont elle comporte les effets, sauf toutefois le caractère exécutoire qu'elle ne prend qu'avec l'ordonnance d'exécution".

(2) Voir.EL.AHDABA.H. "L'arbitrage dans les pays arabes", Economica 1988, p.388 et s.C'était ainsi le sens de l'article 185 de la loi 1980 du Proc. Civ. et Com. du Koweït, annulé par la loi n° 11, 1995.

(3) V.en détail, FOUCHARD Ph. "Arbitrage commercial international", J.Cl.Dr.int Fasc.105-2, n° 147 et s.

---

---

pose comme principe que les sentences rendues en matière internationale ou à l'étranger sont susceptibles de bénéficier de l'autorité de chose jugée de plein droit<sup>(1)</sup>. Ainsi, l'article 1476 du N C P C dispose que "la sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l' autorité de la chose jugée reletativement à la contestation qu' elle tranche ". Ce principe est également valable en matière d'arbitrage international (article 1500 NCPC).

Cette position du droit français à l'égard de la décision arbitrale est louable car elle renforce encore l'importance de ce mode de règlement des différends. Il est souhaitable, par conséquent, qu'elle soit adoptée par l'ensemble des Etats composant la communauté internationale. En effet, "il ne saurait être sérieusement mis en doute que, pour permettre le développement de l' arbitrage international, il ait fallu obtenir pour les sentences arbitrales rendues (en matière commerciale internationale ), la reconnaissance et la possibilité d' exécution dans les divers ordres juridiques nationaux intéressés par les opérations ayant donné lieu à des procédures de règlement arbitral"<sup>(2)</sup>. Une telle attitude libérerait les agents économiques de l'obligation de demander la reconnaissance des décisions arbitrales par le juge du fond et donnerait à celles-ci, lorsqu'elles sont rendues régulièrement et conformément aux conditions matérielles et juridiques qu'elles devraient remplir, une certaine garantie de la force obligatoire<sup>(3)</sup>. Ainsi, dans le système juridique français, par exemple, l'article 1498 du NCPC retient le principe selon lequel "les sentences arbitrales sont reconnues en France si leur existence est établie par celui qui s' en prévaut et si cette reconnaissance n' est pas manifestement

---

(1) Voir BOULBES R. "Sentence arbitrale, autorité de la chose jugée, ordonnance d'exequatur", J.C.P. 1961, I, 1660 ; ROBERT J., op.cit., n° 355, p.306..ainsi on trouve le même principe retenu par l' article 510 du Code de Procédure Civ. et Com. Egyptien ; et l' article 9 de loi n° 11, 1995: Code de Procédure Civ. et Com. Koweïtien.

(2) KOPELMANAS L. "Le rôle des règlements d'arbitrage dans le développement des procédures arbitrales applicables au règlement des litiges commerciaux", Association française de droit international - AFDI 1975, p.294 ; V en ce sens, STRAUS D.B., rapport sur "la coopération entre organismes d'arbitrage en Amérique", in le IIIè Congrès international de l'arbitrage de 1969, Rev.Arb. 1969, p.168.

(3) V. sur ce point de vue, ROBERT J., op.cit., n° 362, p.312.

---

---

contraire à l'ordre public international ".A cet effet,le juge a refusé l'exequatur à une sentence arbitrale rendue à Rome dans le litige l'opposant à une société française, en retenant la contrariété à l'ordre public international résultant du manque d'impartialité d'un arbitre<sup>(1)</sup>.

29 - La mise en oeuvre effective de la sentence arbitrale a retenu également l'attention de la société internationale qui cherche des solutions aux problèmes pouvant mettre en cause l'utilité et l'efficacité du système arbitral. Ainsi, la Convention de New -York de 1958 traite les questions soulevées par la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. En effet, selon son article 3, les Etats signataires s'engagent à reconnaître l'autorité des sentences arbitrales et à les exécuter conformément aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée. Une telle disposition donne une valeur réelle aux décisions arbitrales rendues à l'étranger et dont l'exécution se produit dans le territoire d'un Etat signataire de la Convention<sup>(2)</sup>. Seulement, cette règle est accompagnée d'une importante limite. En effet dans l'article 5 alinéa 2, la Convention précise que, pour être applicable, il faut, d'une part, que l'objet du différend soit susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage et, d'autre part, que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence ne soit pas contraire à l'ordre public de ce pays. La jurisprudence française a confirmé récemment ce principe en estimant que les dispositions de l'article V, 2, (b), de la Convention de New York sont substantiellement identiques à celles de l'article 1502, 5°, du Nouveau Code de procédure civile, et par conséquent, elles permettent d'écarter une sentence arbitrale rendue à l'étranger en méconnaissance des exigences de l'ordre public du pays d'exécution, aussi bien quant à la procédure que sur le fond<sup>(3)</sup>.

De telles dispositions du droit conventionnel vont-elles permettre à l'arbitrage d'atteindre son objectif principal ? L'importance du nombre

---

(1) Cour de cassation, première chambre civile - 24 mars 1998: J. D. I., 1, 1999, p. 155, note A. - E. KAHN.

(2) Conv.de New-York 1958 prec., ratifiée par la France le 26 juin 1959, D. pub. n° 59-1039, 1er sept.1959 J.O. 6 sept.1959.

(3) Cour de cassation, première chambre civile - 24 mars 1998: J. D. I., 1 1999, note A. - E. KAHN.

---

---

de pays qui ont ratifié ou adhéré à la Convention citée permet de donner une réponse à cette interrogation<sup>(1)</sup>.

30 - De son côté, la pratique commerciale internationale a adopté une solution tout à fait particulière au problème de l'exécution d'une sentence arbitrale. Par un geste volontaire, en effet, les agents économiques ont tendance à respecter le jugement arbitral et à appliquer la solution qu'il propose puisque celle-ci n'est que le résultat de leur accord de volonté. Le bénéficiaire en attend l'exécution sans ressentir le besoin de recourir aux tribunaux étatiques pour obtenir l'ordonnance de l'exécution.

En vérité, cette "exécution volontaire" de la décision arbitrale s'explique par la crainte que ressentent les parties à supporter des sanctions morales, économiques ou bancaires en cas de contestation, sanctions qui risquent de compromettre leurs relations d'affaires dans le futur. C'est la raison pour laquelle la plupart des sentences arbitrales sont exécutées de plein gré par les opérateurs économiques concernés<sup>(2)</sup>. Cette confiance se vérifie chez les agents qui maintiennent des rapports commerciaux durables entre eux..

Si l'arbitrage entendu comme une technique de règlement des litiges nés dans le commerce international apparaît comme une nécessité justifiée, il conviendra d'en préciser la mise en oeuvre.

## **SECTION 2: LA MISE EN OEUVRE DE LA CLAUSE ARBITRALE**

31 - L'arbitrage se présente, dans le contrat international, comme une technique principalement conventionnelle. Les parties contractantes prennent alors l'initiative d'en préciser les conditions de mise

---

(1) V. le nombre de pays qui ont ratifié ou adhéré à la Convention de New-York de 1958 préc. jusqu'au mois de septembre 1987. Il s'élève à 72 pays V.J.Cl.Dr.int.1987, Fasc.588 ; V.Aussi le rôle de la Conv. européenne sur l' arbitrage commercial international, Genève 21 avril 1961 J.Cl.Dr.Int.1987, Fasc.588. Conv. ratifiée par la France le 16 déc.1966, D.pub.l n° 68-117, 26 janv. 1968: J.O. 9 fév.1968.

(2) P. PACLOT écrit que, dans le domaine de l'arbitrage institutionnel, l'exécution bénévole des sentences arbitrales est presque totale:l'arbitrage institutionnel dans le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage", Rev.arb.1980, n° 4, p. 601.  
La C.C.I. déclare, quant à elle, que 92 % de ses sentences ont reçu une exécution bénévole, V.EL GOHARY M. F., Th.cit., p.292.



en oeuvre. Les clauses qu'ils posent s'avèrent donc d'une importance capitale. En effet, les contractants doivent les rédiger de manière claire et précise et désigner une structure d'arbitrage de qualité déterminée. De ce fait, on dit que l'arbitrage est une institution placée entre les mains des parties concernées elles-mêmes.

S'agissant de la protection d'un contractant, il est important que la convention à laquelle il est partie prévoit toutes les formalités de mise en place de la clause d'arbitrage. Ainsi, il doit opter pour un système arbitral approprié qui lui offre des garanties suffisantes lors de son application (Sous-Section 1). Par ailleurs, des considérations diverses, dont les effets sur la mise en oeuvre de ce système ne sont plus à démontrer, doivent également y figurer (Sous-Section 2).

## **SOUS-SECTION 1: LA DÉTERMINATION DU SYSTÈME ARBITRAL**

32 - A ce sujet, deux questions majeures se posent dès la conclusion du marché. La première est liée au choix d'une forme d'arbitrage (§1). Ce choix détermine la procédure applicable en cas de litige entre les parties contractants et devient ainsi la base du fonctionnement de la clause arbitrale.

Néanmoins, le choix de la forme d'arbitrage n'est pas en lui-même déterminant. En effet, une seconde question aussi importante que la première a trait au choix de l'ordre juridique qui régit non seulement le déroulement de l'arbitrage mais aussi et surtout les solutions prises pour régler le différend né à l'occasion d'un contrat international (§2).

### **§1 - LE CHOIX D'UNE FORME D'ARBITRAGE**

33 - La pratique de l'arbitrage commercial international révèle l'existence de deux types de juridiction arbitrale: l'arbitrage institutionnel et l'arbitrage ad hoc. Ces deux formes d'arbitrage se distinguent non seulement par leur nature mais aussi par leur contenu et le régime juridique qui leur est applicable.

Toutefois, l'option pour l'une ou l'autre forme d'arbitrage est

---

---

déterminée par le souci des contractants de choisir la formule qui se révèle efficace, viable et plus adaptée à la nature des relations contractuelles dont un contrat international constitue une situation particulière. Cette liberté des agents économiques à favoriser un système sur un autre pour réaliser leurs intérêts implique nécessairement l'existence de formes différentes d'un contrat à un autre.

L'adoption du système arbitral institutionnel ou ad hoc nécessite avant tout la connaissance suffisante du contenu et du régime de ces deux formules différentes.

### **A - L'ADOPTION DE L'ARBITRAGE INSTITUTIONNEL**

34 - L'arbitrage est institutionnel lorsque les parties prévoient dans leur convention que les litiges seront tranchés conformément au règlement d'arbitrage d'un organisme nommément désigné. Dans un contrat international, les parties contractants peuvent stipuler que tous les différends pouvant survenir à l'occasion de l'exécution de ce contrat ou ayant une relation d'affaire avec celui-ci seront soumis à l'arbitrage d'un organisme qualifié dans ce domaine<sup>(1)</sup>. Par application du principe d'autonomie, il a été jugé qu'en l'espèce, les parties, en convenant d'avoir recours à l'arbitrage de la Cour d'arbitrage de la C.C.I., se sont par là même, en l'absence de toutes dispositions contraires, soumises au règlement de ladite Cour<sup>(2)</sup>. Il s'agit, en effet, d'un arbitrage préétabli, permanent, dont la seule désignation par les contractants entraîne automatiquement l'organisation du tribunal arbitral selon le règlement de l'institu-

---

(1) On peut citer, à titre d'exemple, certains centres d'arbitrage:

- la Cour d'arbitrage de la C.C.I. à Paris
- l'American Arbitration Association (A.A.A.)
- La London Court of arbitration
- Centre Régional de Caire d'arbitrage commercial international
- Centre d'arbitrage du conseil de coopération de pays de Golfe
- Centre d'arbitrage Abu Dubai, Behrain
- l'association japonaise d'arbitrage commercial.

(2) Cour d'appel de Paris le 7 juillet 1987: Rev.arb.1988, 649, note MEZGER.

Dans le même sens, T.G.I. de Paris, réf.23 juin 1988, Rev.arb.1988, 657, 3<sup>e</sup> décision, note FOUCHARD ; Cass.com.19 mai 1987: Bull.civ.IV, n° 117 Rev.arb.1988, 142, note ANCEL P.

---

---

tion instituée à cet effet. Sa mise en place est, le plus souvent, le résultat de l'attribution expresse par les parties qui font, par exemple, référence au règlement de la Cour d'arbitrage de la C.C.I. de Paris pour résoudre leurs litiges. Cette volonté est clairement exprimée dans la clause-type suivante: " Tous différends découlant du présent contrat seront tranchés définitivement suivant le règlement de conciliation et d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ce règlement"<sup>(1)</sup>.

Il faut souligner, toutefois, que l'institution arbitrale préalablement instituée ne rend pas, elle-même, de sentence pour le litige dont elle est saisie. Son rôle se limite à faciliter aux agents économiques et à leurs arbitres le déroulement de l'arbitrage et à en assurer la régularité. Ainsi, la décision sera rendue sous l'égide de l'institution mais par des arbitres qui sont distincts de la Cour d'arbitrage. Cette position a été confirmée par un principe fondamental qui impose la séparation des fonctions juridictionnelles, confiées aux arbitres sur la base d'un compromis et des tâches d'organisation dont un centre d'arbitrage peut être chargé dans les termes d'un simple contrat de services<sup>(2)</sup>.

### 35 - Sur les plans aussi bien pratique que juridique, l'arbitrage

---

(1) Clause-type d'arbitrage recommandée par la C.C.I., rapp.par la doctrine de la C.C.I.; op. cit., p. 9 et 10.

Nombreuses sont les conditions générales de vente qui font référence directe ou indirecte au recours à une institution arbitrale pour trancher définitivement tout différend découlant du contrat en question ou relatif à celui-ci v. conditions générales pour la fourniture et le montage des matériels d'équipement à l'importation et à l'exportation, n° 188 A, Commission économique pour l'Europe de l'Organisation des Nations-Unies, Genève mars 1957, art.28 alinéa 1 ; de la même Commission, Genève, mars 1961, Conditions générales de vente à l'importation et à l'exportation de biens de consommation durables et d'autres produits des industries mécaniques fabriqués en série, art.11 alinéa 1.

(2) Voir la décision de la Cour d'appel de Paris première chambre, section A. - 15 septembre 1998, dans l'affaire Iran - Cubic: J.D.I. 1999, p. 162 et s.; Jarrossam, Le rôle respectif de l'institution, de l'arbitre et des parties dans l'instance arbitrale: Rev. Arb. 1990, p. 381; F. Louquin, Les institutions d'arbitrage: J. - Cl. Procédure civile, fasc. 1002 ; Fouchard, Gaillard, Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international: Litec, 1996, n° 1102 et s.; Fouchard, Les institutions d'arbitrage devant le juge étatique: Rev. Arb. 1987, p. 275; Cf. DAVID R., op.cit., p.64.

---

---

institutionnel présente aux parties en litige d'importants avantages. Il permet, tout d'abord, d'éviter les problèmes découlant d'éventuelles lacunes qui peuvent apparaître dans la clause compromissoire. La désignation expresse d'une institution arbitrale renvoie automatiquement au règlement procédural et à l'organe permanent institutionnel qui détermine le nombre des arbitres, le siège de l'arbitrage, le délai de désignation des arbitres...

Par ailleurs, dans ce système d'arbitrage, les parties choisissent librement l'arbitre ou les arbitres. Leur choix portera sur des noms dont la liste est établie et publiée par l'organisme arbitral et concernera des personnalités hautement qualifiées et spécialisées<sup>(1)</sup>. Ce caractère de l'arbitrage institutionnel va, sans aucun doute, simplifier la mise en oeuvre de l'arbitrage mais surtout produire un effet psychologique positif sur les contractants vis-à-vis des arbitres choisis.

En troisième lieu, l'arbitrage de cette nature assure la poursuite de la procédure lorsque le défendeur ne désigne pas son arbitre dans le délai fixé ou lorsque les parties au litige ne s'entendent pas pour la désignation d'un arbitre unique ou d'un troisième arbitre suivant la convention établie entre elles à ce propos<sup>(2)</sup>. Leur désaccord ou la résistance abusive de l'une d'entre elles au mépris de la clause compromissoire convenue entraîne l'application pure et simple du règlement établi par l'institution d'arbitrage mettant ainsi en évidence l'utilité et l'efficacité de l'arbitrage institutionnel<sup>(3)</sup>. Ces qualités se vérifient par le respect des conditions préalables au fonctionnement de ce dernier afin d'aboutir à des solutions rapides et sans contestation de la part des parties concernées.

S'agissant de la sentence rendue dans le cadre d'un organisme institutionnel d'arbitrage, elle jouit d'un effet exécutoire incontestable. Ce caractère est devenu certain du fait de la reconnaissance officielle accordée à ce genre d'arbitrage par les deux Conventions internationales

---

(1) Cf. nos développements, supra, n° 7, p. 6.

(2) Cf. art. 2 du règlement de la Cour d'arbitrage de la C.C.I de PARIS.

(3) V. FOUCHARD Ph., Th. cit., p. 167 ; DEL MARMOL C. "Rédaction d'une clause d'arbitrage et choix d'arbitres compétents", D.P.C.I., juin 1977, T. 3, n° 3, p. 279.

---

---

adoptées en la matière<sup>(1)</sup>. Celles-ci donnent à la décision rendue par des organes d'arbitrage permanent la force obligatoire. Son exécution spontanée par les parties au litige se fera d'autant plus facilement du fait de l'autorité juridique et pratique que l'on reconnaît à ces institutions arbitrales.

36 - Seulement, pour certains pays, aucun arbitrage institutionnel ne sera accepté si ce n'est celui du pays en cause. Cette attitude repose sur certains effets engendrés par l'adoption de l'arbitrage institutionnel. Les premiers sont d'ordre pécuniaire: le recours à l'arbitrage de cette nature entraîne le paiement de frais administratifs et les honoraires des arbitres pour un montant qui leur paraît important. Et, pour éviter de prendre en charge ce genre de dépenses, ils imposent le recours à leurs propres institutions d'arbitrage. C'est aussi la position de la doctrine arabe dans ce domaine qui favorise le recours aux institutions d'arbitrage arabes pour des contrats internationaux dont ils font partie<sup>(2)</sup>.

Cependant, cet argument n'est pas convaincant et cède le pas devant le souci légitime des opérateurs économiques de rechercher l'impartialité de tout système arbitral national ou international. L'arbitre désigné pour une mission juridictionnelle comme l'arbitrage devrait donc être, en principe, indépendant des parties au litige. Mais cela sera-t-il possible si l'on sait que la plupart des arbitres sont installés dans les pays exportateurs ou sont en relations d'affaires avec les exportateurs eux-mêmes? Dans ce cas, les influences qu'ils subiraient nous feraient douter de leur indépendance absolue. Ce risque qui n'est pas une simple hypothèse d'école permet de concevoir l'arbitrage institutionnel comme technique de règlement des litiges pour défaut d'impartialité. Pour

---

(1) Art.1er §2 Conv. de New-York 1958 préc., Art. 1, §2 lit.B Convention européenne de 1961 préc.

(2) EL ahadab "La C.C.I. devrait -elle toute seule monopoliser l' arbitrage commercial Europe - Arabe.. et pourquoi ?, Alwatan Alarabi, Mai 1997, Paris n° 1052, p. 40. Selon l' article 182 de la loi 38, 1980 du Code de proc.civ. Com. La sentence doit être rendue au Koweit, sinon elle sera soumise aux règles applicables aux jugements rendus dans un pays étranger. Pour les anciens Pays de l'Est voir DEL MARMOL C., op.cit., p.280. Avec les changements économiques intervenus en Europe de l'Est, il est possible que cette règle ne puisse être invoquée.

---

---

comblent cette lacune éventuelle, il serait donc nécessaire de décider qu'aucune liste d'arbitres ne sera imposée aux parties et que celles-ci devraient choisir librement leurs arbitres dont la formation, l'activité professionnelle et la nationalité leur conviennent<sup>(1)</sup>.

Afin d'atteindre cet objectif indispensable à la réussite du système d'arbitrage institutionnel, il existe un courant général qui tend à adapter le système d'arbitrage en matière de commerce extérieur en admettant des étrangers comme arbitres dans les Cours d'arbitrage constituées par les Chambres nationales d'arbitrage. Cet amendement apporte un élément objectif nouveau sur lequel repose une partie importante de l'efficacité généralement reconnue à l'arbitrage institutionnel dans le commerce international. Ce principe a été également consacré par la Convention européenne relative à l'arbitrage qui, dans son article 3, dispose clairement que: " Dans les arbitrages soumis à la présente Convention, les étrangers peuvent être désignés comme arbitres "<sup>(2)</sup>.

37 - Enfin, dans son choix de l'organe arbitral, le contractant optera pour celui qui lui assure le maximum de garantie. Certes, les institutions arbitrales jouissent généralement d'aptitudes égales. Mais, pour des problèmes de nature donnée, certaines d'entre elles sont préférables à d'autres. Il sera donc utile pour le contractant de connaître leur structure interne, les règles qui gouvernent leur organisation ou qui sont suivies par elles dans leur activité pour voir s'il y a lieu de s'adresser à elles et ce qu'il peut en attendre<sup>(3)</sup>. La seule limite est imposée par le genre de contestations. Celles-ci portent sur le commerce international, et les organisations arbitrales que les parties désignent pour le règlement de leurs conflits sont celles spécialisées dans ce type de commerce. C'est le cas par exemple de la C.C.I. de Paris; l'Association japonaise

---

(1) Dans ce sens, il applique le Règlement d'arbitrage de la C.C.I., Voir la doctrine de la CC.I., op.cit., p.35

(2) Art.3 Conv.européenne de Genève 1961 sur l'arbitrage commercial préc.

(3) Cf DAVID R., op.cit., p.52.

---

---

d'arbitrage commercial; la London Court of arbitration; l'Association italienne pour l'arbitrage<sup>(1)</sup>.

Mais l'arbitrage institutionnel n'est pas le seul moyen mis à la disposition des agents du commerce international pour le règlement de leurs éventuels problèmes soulevés par l'exécution d'une vente internationale. Souvent, ceux-ci conviennent d'un système d'arbitrage occasionnel appelé arbitrage "ad hoc".

## **B - L'ADOPTION DE L'ARBITRAGE "AD HOC"**

38 - L'arbitrage "ad hoc" est celui qui est librement organisé par les parties à l'occasion d'un litige particulier sans recourir aux services d'une organisation arbitrale permanente<sup>(2)</sup>. Il tient actuellement une place considérable par les avantages qu'il offre dans le règlement des différends portant sur des opérations du commerce international.

Cette importance a été ressentie par la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international qui reconnaît la nécessité d'un règlement d'arbitrage "ad hoc" car, estime-t-elle, ce mécanisme d'arbitrage contribue sensiblement au développement des relations économiques internationales harmonieuses entre pays ayant des systèmes juridiques sociaux et économiques différents<sup>(3)</sup>.

L'option pour l'arbitrage de ce genre est déterminée par des considérations pratiques et juridiques. Cela permet aux contractants d'instituer leur propre tribunal arbitral et les règles auxquelles il se soumet pour résoudre leur litige. Concrètement, ceux-ci précisent, dans leur convention, les noms et le nombre des arbitres ainsi que le lieu où se déroulera l'arbitrage. Ils peuvent, par ailleurs, fixer les règles de procédure à suivre par les arbitres<sup>(4)</sup>. En règle générale, cette modalité juridictionnelle permet aux agents économiques d'organiser, en toute

---

(1) V. en détail DAVID R., op.cit., n° 43 et s., FOUCHARD Ph., op.cit., J.Cl. Dr. Int. Fasc.215 et s.

(2) V. En ce sens, DAVID R., op.cit., p.50.

(3) V. règlement d'arbitrage de la CNUDCI préc., l'introduction de l'Assemblée générale, texte rapp. par ROBERT J., op.cit., p.455.

(4) Cf. art.4 § b-III Conv. européenne de Genève 1961 préc.

---

---

liberté et avant tout litige, le mode de constitution du tribunal arbitral et de limiter le pouvoir juridictionnel des arbitres dans le cadre du règlement d'arbitrage convenu par les parties concernées<sup>(1)</sup>.

39 - Dans leur convention, les parties peuvent opter pour un arbitre unique. Le choix d'une seule personnalité, un juriste spécialisé ou un haut fonctionnaire du commerce extérieur, présentera de meilleures garanties de compétence et d'impartialité dans la mise en place de leur arbitrage international ad hoc<sup>(2)</sup>. Cette solution est souvent consacrée en pratique. Ainsi, dans un litige, la Cour arbitrale a décidé qu'il n'existait aucune raison empêchant les parties de convenir l'une avec l'autre qu'un arbitre unique tranchera la contestation<sup>(3)</sup>.

Le même principe est reconnu par le règlement d'arbitrage de la C.C.I. (article 2 alinéa 3) ainsi que par la Convention européenne relative à l'arbitrage<sup>(4)</sup>.

40 - Un second système permet à chacune des parties, selon sa convenance personnelle, de désigner un arbitre. Ces deux premiers arbitres doivent s'entendre pour la désignation d'un troisième d'une nationalité différente et neutre, par exemple. Dans cette hypothèse, le contrat doit définir avec précision les modalités de désignation de l'arbitre formant ou complétant le tribunal. Cette précision permettra d'éviter le risque de paralyser la mise en place du tribunal ad hoc car, comme l'écrit à juste titre M.Fouchard, les contractants ont "un intérêt évident et commun à vider rapidement, de bonne foi, un différend passager"<sup>(5)</sup>.

L'un des premiers avantages inscrits à l'actif de l'arbitrage ad hoc

---

(1) Cf. aussi le principe de l'article 506, Code de Proc. Civ. Com., Egypte.; Art. 5, la loi de 1995, Code de proc. Civ. com. Koweït.

(2) Cf. FOUCHARD Ph., Th.cit., n° 406, p.206.

(3) Aff. rapp.par DAVID R., op. cit., p.351.

(4) V.art.4 §4 lit.a Conv.européenne de Genève 1961 préé., 4 et 5 du Règlement de l'arbitrage de la CNUDCI préc., 1453 du NCPC français qui autorise nettement les parties à convenir d'un arbitre unique en disposant que "le tribunal arbitral est constitué d'un seul arbitre ou de plusieurs en nombre impair

(5) FOUCHARD Ph., Th.cit., n° 394, p.249.

---

---

est, sans conteste, l'internationalisation du collège arbitral. Les arbitres de toutes les nationalités peuvent, par ce moyen, participer au règlement des différends soulevés par le commerce international. La seule condition qu'il faudra maintenir sera la compétence des personnes choisies.

L'arbitrage ad hoc présente également un intérêt économique non négligeable puisque les parties au litige ne supportent pas les charges administratives découlant du système institutionnel<sup>(1)</sup>. La formation et la composition du tribunal ad hoc qui ne siège qu'occasionnellement éliminent ce genre de frais et permettent même de réduire considérablement les honoraires des arbitres choisis.

41 - L'adoption de l'arbitrage ad hoc intéresse particulièrement l'acheteur qui souhaite la tenue du tribunal dans un lieu bien précis. Cette hypothèse se présente souvent dans la vente internationale dans laquelle la contestation concerne la qualité, le conditionnement ou la quantité des marchandises convenues. Dans tous les cas, il est pratiquement intéressant que le tribunal ad hoc se tienne dans le lieu où se trouvent les marchandises en cause<sup>(2)</sup> c'est-à-dire, le plus souvent, le pays de l'importateur. Par ailleurs, cette forme d'arbitrage permet de résoudre un problème délicat posé à un contractant dans le cas où son système juridique national conteste rigoureusement l'arbitrage institutionnel.

42 - Le principe de la liberté des parties de choisir les arbitres pour constituer le tribunal arbitral ad hoc se double de la nécessité pour elles de fixer les règles régissant son fonctionnement normal. Faute d'accord entre elles sur ce sujet, ce système posera de sérieuses difficultés par rapport au système institutionnel<sup>(3)</sup>. Elles doivent s'entendre sur plusieurs questions essentielles relatives à la constitution du tribunal arbitral ad hoc, l'introduction de la procédure d'arbitrage, le mode de désignation des arbitres et le

---

(1) On peut rappeler à ce propos les frais administratifs et les honoraires des arbitres déclarés par le Règlement d'arbitrage de la C.C.I., voir la doctrine de la C.C.I., op.cit., p.91.

(2) cf. FOUCHARD Ph., th.cit., p.257.

(3) Cf. DAVID R., op.cit., p.48.



délai, la rédaction éventuelle du compromis, le délai dans lequel sera rendue la sentence, le droit applicable tant pour le fond que pour la procédure, le lieu et la langue de l'arbitrage...<sup>(1)</sup>. Dans la détermination de tous ces points, l'autonomie de la volonté des contractants tient le premier rôle.

Pour éviter de préciser tous ces détails et alléger le contrat de vente internationale, les agents économiques peuvent se référer, comme règles supplétives aux dispositions qu'ils ont posées ou, à titre principal, à un règlement d'arbitrage précis qui leur permet de déterminer la procédure arbitrale. Dans ce cas, on dit que le système arbitral ad hoc est organisé indirectement par la référence à un règlement d'arbitrage reconnu en la matière.

43 - Dans la pratique, le Règlement d'une Cour d'arbitrage donnée est souvent choisi dans les clauses d'arbitrage international ad hoc pour procéder à de telles désignations<sup>(2)</sup>. Cette faculté est également admise par la Convention européenne sur l'arbitrage où il est clairement stipulé que "les parties auront la faculté de fixer les règles à suivre par les arbitres"<sup>(3)</sup>. Toutefois, on estime que les agents économiques à un contrat commercial international s'intéressent à organiser leur arbitrage ad hoc par la référence au règlement d'arbitrage de la C.N.U.D C.I.<sup>(4)</sup>. La même solution est consacrée par le droit français qui prévoit, dans l'article 1494 alinéa i du NCPC, que "la convention d'arbitrage peut directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, régler la procédure à suivre dans l'instance arbitrale; elle peut aussi soumettre celle - ci à la loi de procédure qu'elle détermine"<sup>(5)</sup>.

---

(1) Cf DEL MARMOL C. op.cit., p.284.

(2) Cf.FOUCHARD Ph., Th. cit., p.255 ; V.aussi les Conditions générales pour la fourniture et le montage des matériels d'équipements à l'importation et à l'exportation, n° 188 A, Commission économique pour l'Europe de l' O.N. U.. Selon son art.28 a l. 1 "Toutes contestations découlant du contrat sont tranchées définitivement suivant le règlement de conciliation et d'arbitrage de la Chambre de Commerce international par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ce règlement".

(3) Conv.européenne de 1961 préc., art.4 b-iii.

(4) Voir le texte du règlement d'Arbitrage de la CNUDCI, op.cit.

(5) Sur la loi de procédure de l'arbitrage, V.ROBERT J., op.cit., p.268 et s.

---

44 - La valeur de l'arbitrage ad hoc apparaît aussi sur le plan juridique. La sentence rendue par un tribunal de cette nature jouit d'un effet obligatoire au même titre que celle rendue par un organisme institutionnel. Ce caractère juridique découle principalement de la qualité des arbitres qui ont rendu, de manière définitive, la décision. Peu importe donc la structure formelle du tribunal arbitral, que celui-ci soit institutionnel ou de type ad hoc. Toutefois, les Conventions internationales gardent le silence sur ce point. Elles ne visent à titre principal que l'arbitrage ad hoc tant au règlement des litiges nés ou à naître d'opérations de commerce international qu'à la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales rendues par des arbitres nommés pour des cas déterminés c'est-à-dire les cas d'arbitrage ad hoc<sup>(1)</sup>.

La détermination du contenu de la clause d'arbitrage doit nécessairement être suivie par celle de la loi que les arbitres appliqueront pour rendre leur jugement.

## **§2 - LA DÉTERMINATION DE LA LOI APPLICABLE DANS L'ARBITRAGE**

45 - Il a été démontré qu'un contrat international est toujours soumis à une loi nationale qui régit le rapport et donne à ses clauses la force obligatoire. Seulement, quand il contient une convention d'arbitrage, un problème juridique majeur se pose. Celui-ci découle de la thèse généralement admise tant en doctrine qu'en jurisprudence<sup>(2)</sup> qui milite pour la dissociation entre la clause compromissoire et le contrat principal. Cette situation apparemment paradoxale consiste à appliquer des régimes juridiques tout-à-fait distincts, l'un au contrat principal, et l'autre à la convention d'arbitrage.

Cette situation est, en pratique, exceptionnelle<sup>(3)</sup>. Elle constitue toutefois une solution importante pour une partie du contrat qui voudra sanctionner son cocontractant défaillant. Son but sera atteint avec

---

(1) Cf art.1er al.2 Conv.de New-York de 1958, préc., 1er al.2 - b Conv.européenne de 1961 préc.

(2) Cf. nos développements, supra. n° 24, p. 19.

(3) LOUSSOUARN Y. et BREDIN J. D., op.cit.,n° 85, p.98.

---

---

certitude lorsque la convention initiale prévoit expressément cette issue. Par ailleurs, le principe de l'autonomie de la clause d'arbitrage vis-à-vis du contrat principal dont la conséquence logique consiste à appliquer à ces deux rapports des systèmes de droit différents, confère aux arbitres saisis un pouvoir d'appréciation considérable pour rendre leur jugement, surtout lorsque les contractants gardent un silence regrettable à ce sujet.

## **A - LA LOI APPLICABLE AU CONTRAT PRINCIPAL**

46 - Il ne s'agit pas dans le cadre de cet étude d'analyser en détail les règles juridiques applicables. Il faudra noter simplement que l'intervention des arbitres et le degré de liberté important dont ils jouissent donnent naissance à des solutions plus cohérentes et commodes aux impératifs des relations d'affaires internationales que celles dégagées par des juges étatiques.

Il faut rappeler le principe général applicable en matière contractuelle internationale: la règle de l'autonomie de la volonté. Ce principe veut que les arbitres restent fidèles à ce qui a été librement décidé par les parties. Et, en cas de litige, ils donnent leur solution conformément aux clauses contractuelles<sup>(1)</sup>. Ils doivent, par conséquent, respecter le rattachement de droit exprimé sans ambiguïté par les agents contractants<sup>(2)</sup>.

Mais, si l'autonomie de la volonté est le principe en la matière, les cas où le contrat reste muet sur la loi applicable n'en sont pas moins fréquents<sup>(3)</sup>. Et là, apparaît l'originalité des solutions proposées par les arbitres qui cherchent toujours à instituer une justice particulière qui répond aux nécessités du commerce international.

47 - En effet, devant le silence des contractants sur la loi applicable,

---

(1) Le principe de l'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux a été le sujet de la thèse de M. J. M. JACQUE "Principe d'autonomie et contrats internationaux", Economica Paris 1983.

(2) A savoir que la stipulation directe par les parties de la loi de fond applicable est très fréquente ; v. répertoire des sentences arbitrales de la C.C.I. (1975-1979) qui, pour les années en cause, ne relève pas moins de 75 sentences à l'occasion desquelles les parties ont convenu de la loi de fond applicable ; Cf. ROBERT J., op.cit., note n° 6, p.279.

(3) Voir la Sentence rendue dans l'affaire 7331 en 1994 (Traduit de l'anglais) : J.D.I. 4, 1995.

---

---

l'arbitre fait appel aux règles d'un droit matériel donné qu'il peut trouver dans le contrat lui-même soit pour compléter les clauses contractuelles ou en préciser la validité soit pour réaménager des aspects du litige qui ne sont pas réglés par la convention des parties<sup>(1)</sup>. Dans ces opérations, l'arbitre jouit d'une certaine liberté pour appliquer la règle de conflit qu'il estime appropriée. Ceci ressort clairement des sentences arbitrales qui retiennent un principe général selon lequel l'arbitre international n'est pas tenu d'appliquer un système de conflit de lois étatiques préétabli<sup>(2)</sup>. Ce principe est d'ailleurs introduit dans le Règlement d'arbitrage de la C.C.I. qui, dans son article 13-3, précise que les parties sont libres de déterminer le droit que l'arbitre devra appliquer au fond du litige mais, à défaut d'indication directe du droit applicable, l'arbitre tranchera le différend selon la loi désignée par la règle de conflit qu'il jugera appropriée en l'espèce<sup>(3)</sup>. Dans une affaire récente, le tribunal arbitral est en accord avec le défendeur sur le fait que les principes généraux du droit commercial international et les usages acceptés dans la pratique commerciale internationale, y compris le principe de bonne foi, devraient régir le différend<sup>(4)</sup>. Ce principe de solution est repris aussi bien par le droit interne français<sup>(5)</sup> que par le droit conventionnel international<sup>(6)</sup>.

- 48 - Etant libre et animé par une volonté de création, l'arbitre utilise des méthodes plus souples et plus adaptées à la nature des contestations relatives à un contrat international pour déterminer le droit

---

(1) V. en ce sens VAN HOUTTE H. "La loi applicable à l'arbitrage commercial international", Rev. Dr. int. et Dr. comp. 1980, n° 2-3, p.385.

(2) V. par exemple, aff. n° 2886, C.C.I.: Clunet 1978, p.996 ; Aff. n° 2879 C.C.I. clunet 1979, p.989.

(3) C. art.13-3 du règlement d'arbitrage de la C.C. I qui, cependant, ne détermine pas comment les arbitres doivent trouver le droit applicable.

(4) Sentence rendue dans l' affaire n° 7331 en 1994: J.D.I. 4, 1995, note sur cette affaire du D. Hascter, p. 1001 et s.

(5) Selon l'art.1496 du NCPC français: " l'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ; à défaut d'un tel choix, conformément à celles qu'il estime appropriées..." ; avec toutefois une limite à savoir que les règles choisies ne doivent pas porter atteinte à des règles impératives.

(6) Voir.art.7 Conv.européenne 1961 préc., art.33 al. 1 Règlement d'arbitrage de la CNUDCI préc.

---

---

applicable au fond. Il peut se contenter de la solution qui consiste à rattacher le contrat litigieux à la loi du pays avec lequel, par ses clauses ou sa prestation caractéristique, il a des rapports naturels. Des critères d'appréciation déterminent, en fait, ce rattachement: parfois c'est la prestation essentielle dans l'économie du contrat<sup>(1)</sup>, dans d'autres cas, la destination de la livraison des marchandises est déterminante<sup>(2)</sup>.

L'arbitre peut également se référer aux solutions proposées par la Convention de la Haye de 1955 relative à la loi applicable au contrat de vente internationale<sup>(3)</sup>. Il dispose, en la matière, de " tout pouvoir interpréter les clauses obscures ou ambiguës et pour déterminer, en se référant au besoin aux règles générales de conflit de loi, le système de règle le plus adapté à l' espèce"<sup>(4)</sup>.

Une autre solution consiste à se référer aux principes généraux de droit international privé d'un pays donné. Dans cette hypothèse aussi, l'arbitre dispose de pouvoirs étendus qui le distinguent nettement du magistrat étatique car il n'est pas tenu par un système de droit national spécifique comme un juge professionnel est lié à son propre droit, c'est-à-dire à la *lex fori*<sup>(5)</sup>. Il faut remarquer qu'en pratique, les arbitres évitent de recourir à un droit international privé spécifique. Ils appliquent parfois cumulativement celui de chaque partie à la vente, ceux des arbitres et du siège de la juridiction arbitrale<sup>(6)</sup>. Cette pratique présente, d'après VAN Houtte, l'avantage d'exprimer la volonté unanime de tous les systèmes juridiques impliqués dont l'application cumulative justifie le choix du droit matériel<sup>(7)</sup>. A cet effet, le tribunal peut imposer un droit uniforme lorsqu' il résulte d' un accord inter étatique comme celui de la

---

(1) Voir sentence n° 2438 C C I: Clunet 1979, 989; Clunet 1979, 989.

(2) Sentence n° 2438 C. C. I.: J.D.I. 1979, p. 997.; Sentence rendue en 1995 dans l' affaire n° 8324 C.C.I. - Paris: J.D.I. 1996, p. 1019 et s.

(3) V.Sentence n° 2438 de 1975 C.C.I. Clunet 1976, 969.

(4) KAHN Ph. "L'interprétation des contrats internationaux", Clunet 1981, p.528.

(5) VAN HOUTTE Ch., op.cit., p.296.

(6) Sur l'application cumulative de droits nationaux, v. sentences rendues par la C.C.I.: sentence n° 238 de 1975: Clunet 1976, 969 ; sentence n° 2886 de 1977: Clunet 1978, 996.

(7) VAN HOUTTE H., ibid, p.298.

---

---

Convention de Vienne de 1980 sur le contrat de vente internationale de marchandises<sup>(1)</sup>.

Une quatrième hypothèse permet au juge arbitral de régler les points litigieux en se référant à la *lex contractus*, c'est-à-dire en interprétant la volonté des parties matérialisée dans les clauses contractuelles. Dans ce cas, il apprécie librement ces conditions; il peut même donner des solutions à des aspects du litige qui ne sont pas régis par la convention en se référant à un ordre juridique qu'il détermine lui-même.

49 - Ces différentes solutions montrent combien les pouvoirs de l'arbitre sont importants, ce qui milite en faveur du développement de l'arbitrage international et de son autonomie. Mais une orientation nouvelle, rénovatrice, commence à se faire jour. Les nombreux auteurs qui la soutiennent se demandent "s' il ne conviendrait pas de permettre aux arbitres internationaux de se forger un système autonome et " anational "de solutions de conflits de lois qui devrait comporter aussi bien des règles de rattachement que des qualifications et un ordre public qui lui soient propres"<sup>(2)</sup>.

Une telle conception confirme l'idée selon laquelle l'arbitrage devient, en lui-même, une véritable source autonome du droit commercial international<sup>(3)</sup>. Elle consiste pour l'arbitre à trancher les différends sans s'appuyer sur un système de droit étatique.

Cette nouvelle orientation de l'arbitrage international apparaît clairement dans une sentence rendue en 1975 où l'arbitre a refusé expressément d'appliquer un droit matériel national. Selon lui, on ne peut

- 
- (1) Sentence rendue dans l' affaire n° 7331 en 1994, J.D.I. 4, 1995; H. Nuir Watt, " L'application de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises devant l' arbitre international " R D A I 1996, p. 401.; M. Mayer, L' application par l' arbitre des Conventions internationales de droit privé ", Etudes Loussouarn, Dalloz 1994, p. 275.. Claude Witz, " les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale " L. G. D. J., 1995, p. 43 et s.; Sentence CCI n° 6653 de 1993: J.D.I. 1993, p. 1040.
- (2) GOLDMAN B. "L'arbitrage" (D.I.P.) Rép. Dalloz D.I.P. n° 48, p.116 ; V. du même auteur "Les conflits de lois en matière d'arbitrage international de droit privé", Rec. cours Académie de droit international La Haye 1963, II, p.347 et s.
- (3) Cf. LOUSSOUARN Y. et BREDIN J. D., op.cit., p.43.

---

---

pas enfermer un contrat international dans les limites étroites d'un droit étatique "considérant qu' il faut reconnaître l'autonomie de la communauté internationale des commerçants obéissant, dans ses rapports mutuels, à des règles propres..."<sup>(1)</sup>. "Le problème posé au tribunal, lit - on dans la même sentence, ne comporte que l' interprétation de conventions intervenues entre les parties et la recherche de leur volonté exacte au moment où elles ont traité; que, dans pareille étude, on ne voit pas l' intérêt d'appliquer une loi nationale de leur accord..."<sup>(2)</sup>.

50 - Il n'est pas difficile de remarquer que le tribunal arbitral cherche, par la sentence précitée, à consacrer la notion de contrat dit "sans loi". Celle-ci va sans aucun doute dans le sens d'une évolution contemporaine de l'arbitrage qui tend à se détacher de tout système de rattachement national et à devenir réellement international<sup>(3)</sup>.

Cette solution ne remporte pas un succès total puisque son application est soumise à des limites considérables. En effet, l'arbitre reprend le droit national d'un pays lorsque l'arbitrage y est explicitement localisé. Cette règle serait appliquée impérativement par un centre d'arbitrage d' un pays puisque celui -ci est désigné pour arbitrer des litiges en matière de commerce extérieur. L'arbitre s'engage par conséquent à appliquer le droit de ce pays comme une *lex fori*<sup>(4)</sup>.

Ceci est d'ailleurs plus logique s'il veut donner aux sentences qu'il rend une certaine garantie d'exécution. Il sera par conséquent souhaitable qu'il fonde son jugement sur un système juridique assurant cet objectif<sup>(5)</sup>.

Le rattachement du contrat à un droit national s'impose également à

---

(1) Sentence rendue dans l'aff. n° 2375 en 1975 C.C.I.: Clunet 1976-973-974. Cette position est aussi constatée en jurisprudence française: Paris 19 juin 1970, Hecht I Sté Buisman's, J.C.P. 1971, II, 16927, note B.GOLDMAN.

(2) Ibid.

(3) Cf TOUBIANA A., op.cit., p.59 ; FOUCHARD Ph., Th.cit., n° 576 et s. MOTULSKY H. "L'internationalisation du droit français de l'arbitrage", Rev.arb. 1963, p.110 et s. Cf. M. Mayer " L' application par l' arbitre des Conventions internationales de droit privé "Internationalisation du droit, Etudes Loussouarn, préc.

(4) Cf VAN HOUTTE H., op.cit., p.296.

(5) Voir.en ce sens THIEFFRY J. et GRANIER C. "La vente internationale", coll.l"expotateur" (C.F.C.E.) 1985, p.152 et s.

---

---

l'arbitre lorsque des règles impératives l'obligent à s'y référer en cas de différend<sup>(1)</sup> car leur violation viderait la sentence qu'il rend de sa valeur pratique ainsi que juridique<sup>(2)</sup>.

51 - Mais, en l'absence de telles contraintes, le recours aux usages du commerce international paraît être la solution privilégiée pour trancher les litiges portant sur ce domaine<sup>(3)</sup>. La Cour de Paris a admis récemment la validité d'une sentence se référant à la *lex mercatoria*<sup>(4)</sup>. Les usages représentent des pratiques commerciales incontestables et largement consultées par les agents économiques. Ce qui explique pourquoi les arbitres manifestent à leur égard une réelle compréhension. L'ensemble de ces usages est généralement appelé "la *lex mercatoria*". ils sont matérialisés dans des contrats-types, des conditions générales de vente ou de livraison des marchandises<sup>(5)</sup>. Des organismes internationaux comme la Chambre de commerce internationale se sont donnés pour mission de les assembler et de les codifier dans des conventions. C'est ainsi le cas des Règles uniformes pour les garanties contractuelles, la force majeure et l'imprévision, le crédit documentaire...<sup>(6)</sup>.

Cette "*lex mercatoria*" a joué et joue encore un rôle positif à l'occasion de l'arbitrage dans les contrats internationaux<sup>(7)</sup>. En effet, elle tient dans ce domaine une place importante parmi les procédés de

---

(1) Cf nos développements, thèse, Partie I, n° 393 et s.

(2) Dans l'affaire entre le gouvernement d'Arabie Saoudite et Aramco, la sentence arbitrale affirme que le contrat doit être soumis à une loi: R.C.D.I.P. 1963, p.304 et s.

(3) V.FOUCHARD Ph. "Les usages, l'arbitre et le juge", Mélanges GOLDMAN B., Librairie technique, Paris, p.67 et s. Cf. Sentence rendue en 1995 dans l' affaire n°8324: J.D.I. 4, 1996, note D. Hascher.

(4) Paris 19 juillet 1989 r Gaz. Pal.22-24 avril 1990, Som.p.13.Cf. Le paragraphe 5 de l' article 13 selon lequel l' arbitre, dans tous les cas, " tiendra compte des stipulations du contrat et des usages du commerce ". Sur la "*lex mercatoria* ", Goldman, " Nouvelles réflexions sur la *Lex Mercatoria* " Etudes Lalive, Helbing et Lichtenhahn, 1993, p. 241.

(5) MALINVERSI P., Th.Paris II, 1977, LGDJ 1978.

(6) Voir la doctrine de la C.C.I., op.cit., p.134 et s.

(7) V.GOLDMAN B. "La *lex Mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux", Réalités et perspectives, Clunet 1979, p.475. Elle est considérée comme un "droit des marchands": MAYER P. "Droit international privé", 2ème Ed.Montchrestien 1983, n° 23.

---

---

règlement des contentieux commerciaux comme ceux naissant plus particulièrement à l'occasion de l'exécution d'une vente internationale de marchandises. Les usages peuvent alors intervenir au même titre qu'un droit étatique en tant que loi compétente<sup>(1)</sup>. Comme le précise l'arbitre M. Derains, ils sont utilisés soit pour pallier les défaillances de la loi normalement compétente soit pour régir directement certains rapports juridiques indépendamment de toute loi soit, enfin, pour se substituer à une loi au nom de l'ordre juridique international<sup>(2)</sup>.

52 - Pour pouvoir motiver sa sentence en se basant sur les règles de la "lex mercatoria", l'arbitre se fonde sur des appuis qu'il trouve soit dans le droit interne soit dans le droit international. Ainsi, en droit français, par exemple, l'article 1496 du NCPC décide que celui-ci "tient compte dans tous les cas des usages du commerce". Cette disposition vise particulièrement l'arbitrage international. Pourtant, le principe qu'elle contient n'est pas nouveau en droit français. Il se retrouve indirectement défini dans l'article 1135 du Code civil qui prévoit que "les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature". Une attitude similaire est adoptée en droit suisse<sup>(3)</sup>.

53 - Le droit international reconnaît le même principe et donne à l'arbitre le pouvoir de fonder sa décision sur des règles de la "lex mercatoria". En effet, ceci est prescrit par les organisations d'arbitrage telles que la C.C.I. dans son Règlement d'arbitrage<sup>(4)</sup>, ainsi que les Conventions internationales élaborées en la matière<sup>(5)</sup>.

---

(1) V. en ce sens comment les arbitres de la C.C.I. ont réglé un différend surgi entre une société exportatrice japonaise et une société importatrice libanaise en se référant dans leur acte arbitral aux principes généraux et usages du commerce: sentence n° 1859 en 1973, traitée par DERAIS Y., Rev. arb.1973, p.134.

(2) DERAIS Y. "Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales", Rev. arb.1975, p.140.

(3) Le nouveau système suisse autorise les arbitres à appliquer des règles nationales telles que la lex mercatoria, cf. art.175 al. 1 de la loi suisse sur le droit international privé, rapp. par le CT-CE n° 5, 1987, p.1316.

(4) Cf art.13-5 Règlement d'Arbitrage de la C.C.I, 1998, Rev. Arb. 1998, p. 243.

(5) Cf art.7 Convention européenne de Genève 1961 préc., art. 33 al.3 Règlement d'Arbitrage de la CNUDCI préc.

---

---

Tous ces textes admettent le principe que l'arbitre détermine en toute liberté le droit applicable au fond. Et, à défaut, le tribunal appliquera la loi désignée par la règle de conflit jugée appropriée. En tout état de cause, ces mêmes documents précisent que " les arbitres tiendront compte des stipulations du contrat et des usages du commerce "relatifs à la nature de l'opération commerciale. Cette solution trouve son application par une jurisprudence constante en admettant que l'adhésion à une clause compromissoire peut être implicite et résulte de l'acceptation d'une clause compromissoire contenue dans des conditions générales fournies à l'autre partie du contrat<sup>(1)</sup>.

Dans la pratique, des décisions arbitrales montrent comment des arbitres ont invoqué un ordre public international fondé sur les usages du commerce international pour écarter des solutions de droits nationaux ou des stipulations contractuelles jugées inacceptables<sup>(2)</sup>. Par exemple, l'arbitre a expressément déclaré, dans une affaire, qu'il n'était pas nécessaire de rechercher la loi applicable pour apprécier la gravité de la faute contractuelle et qu'il suffisait de se référer aux usages communément admis en matière de marchés<sup>(3)</sup>.

Si la question de la loi applicable à la vente est résolue, celle relative au droit qui régira la convention d'arbitrage elle-même reste posée.

## **B - LA LOI REGISSANT LA CLAUSE D'ARBITRAGE**

54 - L'arbitrage international présente une originalité particulière constituée par la possibilité d'appliquer à la convention d'arbitrage

---

(1) Cassation, 1er civ. 26juin 1990: Rev. Arb. 1991, p. 241 note Kessedjian - 9 nov. 1993: Rev. Arb. 1994, p. 690, note Loquin.

E. Loquin, La réalité des usages du commerce international: RTD éco. 1989, n° 2, p. 163. Cf. Aussi, la Sentence rendue dans l'affaire 7331 en 1994: J.D.I. 4, 1995, p. 1001 ; et, la Sentence rendue dans l'affaire n° 8324 en 1995: J.D.I.4,1996, p. 1019.

(2) V. sentence arbitrale rendue par la C.C.I., aff. 1939 en 1971, traitée par DERAIS Y., op.cit., Rev. arb.1973, 145.

(3) Sentence n° 2583 de la C.C.I rendue en 1976 Clunet 1977, 950 ; V. en ce sens, sentence n° 1641, C.C.I. en 1969: Clunet 1974, 888 ; sentence n° 2291, C.C.I. en 1975 Clunet 1976, 989. Pour une application détaillée aux usages du commerce international, V.GOLDMAN B., op.cit., Clunet 1979, p.475 et s. ; DERAIS Y. "Le statut des usages...", Rev.arb.1975, p.122 et s.

---

---

un régime juridique distinct de celui désigné pour régir le contrat de vente lui-même. Cette possibilité est justifiée, semble-t-il, parce qu'elle répond au principe de l'autonomie de la volonté des contractants et à la faculté qui en résulte de soumettre la même opération à des lois différentes<sup>(1)</sup>. Ceci donne au problème de la détermination de l'ordre juridique qui régira l'accord compromissoire toute son importance. En effet, c'est à celui-ci que sera soumis l'objet du litige tel que défini par les parties. C'est aussi cette même loi qui définit les pouvoirs d'instruire et de juger reconnus aux arbitres et les modalités d'exercice de ces pouvoirs. C'est enfin cette loi qui admet la compétence des arbitres et l'incompétence de la juridiction étatique<sup>(2)</sup>.

Les contractants doivent donc prendre soin de désigner expressément l'ordre juridique qu'ils veulent appliquer à leur convention arbitrale. Il arrive souvent, cependant, qu'ils gardent le silence à ce sujet. Dans cette hypothèse, il appartient à l'arbitre d'opter pour un régime juridique que d'autres éléments de rattachement lui permettent de déterminer.

#### **a) LES PARTIES DÉSIGNENT LA LOI APPLICABLE A LA CLAUSE**

55 - En vertu du principe de l'autonomie de la volonté régissant les relations commerciales internationales, les opérateurs économiques jouissent de toute la liberté pour choisir le régime juridique qui gouvernera leur convention arbitrale<sup>(3)</sup>. Cette solution paraît la plus raisonnable s'ils veulent écarter la grande incertitude liée à l'application de la méthode conflictualiste traditionnelle. Elle leur permet en contrepartie d'opter pour les règles qui leur semblent les plus appropriées pour régir leurs rapports d'affaires internationales.

---

(1) V. MEZGER M. "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 Maury T.1, 1960, p.273 et s., spéc.p.282.

(2) Cf LOUSSOUARN Y. et BREDIN J. D., op.cit., n° 87, p.98-99.

(3) Cf.Paris 21 fév.1961: Clunet 1963, 156, chr.Sialeli - 27 mars 1962 J.C.P. 1963, II, 13036, note tevel ; Clunet 1963, 468, chron.Sialeli Cass.civ.I, 14 av.1964: Clunet 1965, 646, note Goldman; D.1964, 637, note ROBERT J.

---

---

Une première hypothèse consiste pour les parties contractantes à soumettre le contrat principal et la convention d'arbitrage à un même régime juridique qu'elles se chargent de désigner.

Il reste, cependant, possible de faire une dissociation entre la loi applicable au fond et celle de la clause compromissoire. Cette deuxième solution va dans le sens de l'évolution nécessaire de l'arbitrage international. Elle a été érigée en principe général par les Conventions internationales concernant la matière. En effet, celles-ci<sup>(1)</sup> précisent que la validité de la clause compromissoire relève de la loi choisie par les parties sans qu'elle coïncide nécessairement avec la loi applicable au contrat principal<sup>(2)</sup> et sans, pour autant, que cette loi choisie ait un rapport quelconque avec les éléments de la clause, limitation pourtant bien connue de nombreux systèmes de conflits à l'encontre de l'autonomie de la volonté<sup>(3)</sup>. Ainsi posée, cette règle de droit international écarte par conséquent toute contestation relative à la validité de la clause d'arbitrage, sous réserve, bien sûr, de certaines limites<sup>(4)</sup>. Elle empêche en outre le juge d'un Etat signataire d'une de ces Conventions de contester la reconnaissance ou l'exécution de la sentence rendue conformément à une clause de ce genre.

56 - En droit français, la validité d'une convention d'arbitrage a été le fruit d'une importante évolution jurisprudentielle depuis l'arrêt Gosset de la Cour de Cassation<sup>(5)</sup> qui confirme le principe de l'autonomie de la clause compromissoire sur le plan international. Il en résulte que les parties peuvent soumettre leur accord d'arbitrage à une loi autre que celle régissant le contrat principal voire à un ordre juridique indépendamment de tout système législatif. En ce sens, la Cour de Paris a décidé que " la clause compromissoire est valable indépendamment de la référence à

---

(1) Cf art. VI § 2- a Conv. européenne de 1961 préc., art.5 ai. 1-a Conv. de New-York 1958 préc.

(2) Cf TOUBIANA A., op.cit., n° 75, p.63.

(3) Cf FOUCHARD Ph., Th. cit., n° 113, p. 66.

(4) Sur les limites des libertés des parties, voir KLEIN F. E. "Autonomie de la volonté et arbitrage", R.C.D.I.P. 1958, 255 et s. et 479 et s., spéc.p.272 et s.

(5) Cass. civ.7 mai 1963: J.C. P. 1963, il, 13405, note GOLDMAN B.

---

---

toute loi étatique<sup>(1)</sup>. Cette solution montre la tendance à assurer la validité et l'efficacité de la Convention d'arbitrage. L'autonomie de cette dernière en matière internationale n'est pas, a décidé la Cour de Cassation, affectée du seul fait qu'une telle convention aurait été conclue par un Etat ou une personne morale de droit public<sup>(2)</sup> ou qu'elle porterait sur un litige non encore né<sup>(3)</sup> ou bien les règles par l'application desquelles le litige devrait être tranché présenteraient un caractère public<sup>(4)</sup>.

Le décret du 12 mai 1981 relatif à l'arbitrage ne porte pas directement sur la validité de la convention d'arbitrage. Toutefois, on peut constater que les dispositions nouvelles qu'il pose en matière d'arbitrage international ne remettent nullement en cause le principe retenu par la jurisprudence de la Cour de cassation quant au régime juridique auquel est soumise la clause compromissoire. Confirmant cette jurisprudence, la réforme de 1981 sur l'arbitrage reconnaît aux contractants une liberté quasi-absolue pour définir le régime juridique applicable à leur convention d'arbitrage<sup>(5)</sup> sous la seule réserve toutefois de ne pas brusquer l'ordre public international tel qu'il est conçu en droit français<sup>(6)</sup>.

57 - Conformément au principe de l'autonomie de la clause compromissoire, le contractant optera pour le système qui lui permettra d'assurer sa mise en oeuvre avec efficacité. A cet effet, il dispose de solutions diverses. C'est ainsi le cas dans une affaire où l'arbitre a précisé que sa compétence n'est pas affectée par la nullité de la prestation illicite dans le contrat, et il rappelle à cet effet la théorie de l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat qui la contient conformément à l'art. 8 - 4 du Règlement de la CCI<sup>(7)</sup>.

---

(1) Paris 13 déc.1975, Aff. MENICUCCI C/ MAHIEUX: R.C.D.I.P. 1976, p.507.

(2) Cass.civ.I, 2 mai 1966, GALAKIS r R.C.D.I.P. 1967, p.553, note GOLDMAN B.

(3) Cass.civ.I, 4 juil.1972, HETCH r Clunet 1972, p.62, note OPPETIT B.

(4) Cass civ, 18 mai 1971, IMPEX: Clunet 1972, p.62, note OPPETIT B.

(5) Voir les dispositions de l'art. 1494 du NCPC français.

(6) Cf. Cassation, 1er civile, 20 décembre 1993: Rev. Arb. 1994, p. 116, note H. Gaudemet - Tallon; J.D.I. 1994, p. 433, note E. Gaillard et p. 758 note E. Loquin. Cour d'appel, Paris, 9 avril 1992.; Rev. Arb. 1996, p. 483. - Cour d'appel, Paris, 27 oct. 1994 Rev. Arb. 1994, p. 709.

(7) Cf. Sentence rendue dans l'affaire n° 5943 en 1990, (original anglais): J.D.I. 4, 1996, p.1014 et s.

---

---

Le contractant peut également désigner la compétence de la loi qui régit le contrat principal. Il réalise ainsi l'unité de la loi applicable au contrat de vente dans toutes ses dispositions y compris celles relatives à l'arbitrage.

La loi du lieu du siège arbitral se présente aussi comme un choix sérieux. Une troisième solution consiste à rattacher la clause d'arbitrage au droit auquel sera soumise l'exécution de la sentence c'est-à-dire à la *lex fori*. Dans son choix, le contractant reste guidé par le souci de soumettre la convention d'arbitrage à un régime qui permettra à l'arbitrage d'atteindre son objectif. Il doit par conséquent prévoir, dans le contrat de vente internationale, les éléments nécessaires au fonctionnement de la juridiction de cette nature afin que les décisions qu'elle rend aient une valeur concrète<sup>(1)</sup>.

Tous ces avantages demeurent incertains dans le cas où les parties contractantes gardent le silence sur la loi applicable à la clause d'arbitrage.

#### **b) L' ARBITRE DÉTERMINE LA LOI APPLICABLE A LA CLAUSE**

58 - Il arrive que les opérateurs économiques internationaux n'indiquent pas clairement la loi à laquelle ils entendent soumettre leur convention arbitrale. Cet oubli est regrettable car il risque de mettre en difficulté l'efficacité de cette dernière. D'ailleurs, il porte certainement atteinte au principe de l'autonomie de la volonté qui confère aux contractants la liberté de désigner le droit qui leur semble le plus satisfaisant.

Pratiquement, l'arbitre, par la compétence et la spécialité qu'il a en matière de commerce international, veille le plus souvent à réduire les effets négatifs qui résulteraient de la négligence des commerçants. Quand l'hypothèse se présente, il essaie de déceler la volonté réelle et sous-entendue de ces derniers. Dans son effort d'interprétation, il recourt à certains indices de localisation de la convention arbitrale. Ces indices

---

(1) v. en ce sens THIEFFRY J. et GRANIER C., *op.cit.*, p.152 et s.

---

---

sont les mêmes que ceux retenus dans certains systèmes nationaux<sup>(1)</sup> et portent sur le lieu de conclusion de la clause d'arbitrage, la résidence ou l'établissement de la partie qui a la situation prépondérante, la résidence ou le principal établissement du défendeur ou tout autre indice de rattachement qui soit de nature à assurer l'exequatur de la sentence. Parmi ces critères, certains sont utilisés par la jurisprudence, d'autres tout simplement proposés par la doctrine<sup>(2)</sup>.

59 - Toutefois, il faut remarquer que l'allocation de ces indices risque de placer l'arbitre dans une impasse. En effet, il arrive que la loi des deux parties contractantes s'impose à la convention l'application d'arbitrage. Pour l'une, c'est le lieu de la formation de cette clause alors que pour l'autre, c'est en fonction de l'exécution du contrat. Pour éviter ce danger, celui-ci détermine le droit applicable à la clause l'arbitrage en essayant d'écarter, dans la mesure du possible, la méthode conflictualiste traditionnelle prévue par le système de conflit de lois où la théorie des indices de rattachement s'impose aux parties en cas d'absence de rattachement exprès. Une pareille solution s'avère plus appropriée aux particularités de l'arbitrage commercial international. Elle permet à l'arbitre d'envisager des critères adaptés à la matière. Deux directions sont généralement suivies parce qu'elles satisfont les intérêts des contractants.

60 - Le lieu de déroulement de l'arbitrage a été le premier indice sur lequel s'est basé l'arbitre pour déterminer le corps de règles applicables à la clause compromissoire. La compétence de la loi du siège arbitral présente un avantage considérable, celui de soumettre aux mêmes règles la clause compromissoire, la procédure arbitrale et la sentence elle-même<sup>(3)</sup>. De ce fait, elle joue sans conteste dans l'intérêt de l'arbitrage car ces trois éléments caractérisent la mise en jeu de ce système de règlement des différends.

---

(1) Voir les systèmes juridiques cités par FOUCHARD Ph., Th.cit., n° 124, p. 72.

(2) Voir la liste jurisprudentielle et celle définie par la doctrine, citées par FOUCHARD Ph, ibid;

(3) KLEIN F.E. "Considérations sur l'arbitrage en droit international privé, Bâle 1955, p.207; TOUBIANA A., op.cit., n° 73, p.61.

---

---

C'est cet indice que retient l'arbitrage institutionnel qui se déroule auprès d'un centre national d'arbitrage chargé de régler les litiges de nature internationale<sup>(1)</sup>.

Cette solution mérite certaines observations car elle risque de former une règle d'application universelle. En effet, l'arbitrage a le plus souvent lieu là où les parties et les arbitres peuvent se rencontrer facilement. Dans ce cas, il est permis de penser que certaines difficultés se présentent en raison de l'impossibilité d'un choix réel du lieu où se déroulera l'arbitrage. Cela se vérifie dans l'arbitrage ad hoc où les parties ignorent, dans certains cas, le lieu du siège du tribunal lors de la conclusion de leur convention compromissoire. La même difficulté apparaît aussi dans l'arbitrage de la C.C.I. lorsque les parties ont omis d'indiquer le lieu de l'arbitrage<sup>(2)</sup>. Il est admis dans ce cas que "la désignation des arbitres et du lieu de l'arbitrage est, en effet, souvent postérieure à la conclusion du contrat ou faite par un tiers au moment du Litige"<sup>(3)</sup>.

Il arrive également que l'arbitrage comporte des sessions se déroulant dans des pays différents. Le cas se présente dans l'arbitrage ad hoc où les juges cherchent à donner au litige une solution appropriée.

61 - Ces deux difficultés diminuent la valeur du critère de la loi du siège arbitral qui, à lui seul, ne peut assurer une portée pratique ou juridique à l'accord d'arbitrage en posant à l'arbitre un sérieux problème. C'est la raison pour laquelle les Conventions internationales sur l'arbitrage désignent une loi subsidiairement compétente, " la loi du lieu où la sentence a été rendue". Dans ce sens, la Convention de New-York décide que la Convention arbitrale est valable " en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue"<sup>(4)</sup>. La même règle est retenue par la Convention européenne de 1961<sup>(5)</sup>.

---

(1) C'est ainsi le cas par exemple pour la London Corn Association.

(2) FOUCHARD Ph., Th.cit., n° 129, p.76.

(3) V.TOUBIANA A., op.cit., n° 73, p.61.

(4) Art.5 al.1 lit.a Conv.de New-York 1958, préc.

(5) Art.6 al.2 lit a et b et art.9 al.1 lit.a Conv. européenne de Genève de 1961 préc.

---

---

Cette règle du droit international retient un indice tangible pour déterminer la loi applicable à l'accord compromissaire. Elle consacre néanmoins le principe de l'autonomie de la volonté des contractants. Si cette dernière n'est pas nettement exprimée, c'est la loi du pays où la sentence a été rendue qui s'applique. Par cette précision, la règle conventionnelle introduit dans les relations internationales un élément de sécurité important renforçant ainsi l'efficacité du jugement arbitral tant à sa reconnaissance qu'à son exécution et, plus particulièrement, lorsque c'est dans ce pays que la clause compromissaire doit produire ses effets. Par ailleurs, si le tribunal est saisi des contestations telles celles visant la validité ou l'existence même de la convention arbitrale, le lieu de l'arbitrage présente aussi une référence de rattachement important selon lequel on détermine la soumission de la clause de cette nature à la loi du pays où la sentence sera rendue<sup>(1)</sup>.

Dans d'autres hypothèses, l'arbitre se prononce en faveur de la loi du contrat principal pour définir le régime de la clause d'arbitrage. Cette tendance pour l'unité juridique d'un rapport international important demeure légitime même si l'on s'accorde pour reconnaître unanimement l'indépendance entre l'opération commerciale et la convention arbitrale<sup>(2)</sup>. Elle repose principalement sur la nécessité d'écarter la complexité, de multiplier les ordres juridiques applicables à une seule transaction d'affaires internationales. En ce sens, un arbitre de la C.C.I. a déclaré: "Il est communément admis que le choix du droit applicable au contrat principal règle aussi tacitement la situation de la clause d'arbitrage, en l'absence de dispositions particulières"<sup>(3)</sup>.

Pour décider ainsi, les arbitres semblent se baser sur un postulat selon lequel les parties ont entendu tacitement soumettre leur contrat à un seul ordre juridique lorsqu'elles ne se sont pas prononcées autrement. Ce qui permet de considérer qu'il y avait une volonté réelle mais qu'elle est présumée de la part des contractants. Ainsi, il a été jugé "qu'en l'

---

(1) Voir art.6 al.2 lit c. Conv. européenne de Genève 1961 préc.

(2) Cf. nos développements, supra. n° 22, p.17.

(3) C. C. I. Sentence rendue dans l'aff. n° 2626 en 1977: Clunet 1978, p.981.

---

---

absence de stipulation contraire, le contrat en général et la clause en particulier<sup>(1)</sup> sont soumis à une même loi. De cette présomption, il résulte que l'arbitre devra agir contre toute idée tendant à dissocier ou à morceler inutilement le régime juridique applicable au contrat et ses clauses y compris d'arbitrage.

62 - Toutefois, l'arbitre trouvera des difficultés pour déceler la volonté présumée des parties sans recourir à d'autres indices qui favoriseraient cette conclusion comme par exemple, le lieu de l'arbitrage, la résidence ou le siège de l'entreprise du défendeur.

En toute hypothèse, l'unité de régime ne doit pas mettre en cause le principe de l'autonomie juridique de la clause d'arbitrage par rapport au fond du litige<sup>(2)</sup>.

Le recours à la loi du contrat principal pour gouverner également la convention a été justifié dans d'autres circonstances par l'ordre public international d'un pays concerné par le contrat principal. Ainsi s'expliquent les motifs de l'arrêt de la Cour de Paris qui a admis que si la clause compromissoire stipulée dans un contrat international était valable par elle-même, elle devait être écartée "soit parce qu'elle serait stipulée dans une matière obligatoirement régie par la loi française, soit parce qu'elle serait contraire à l'ordre public international français"<sup>(3)</sup>.

L'exemple du droit français n'est pas unique en son genre. Il a été aussi suivi dans d'autres pays<sup>(4)</sup>, plus particulièrement au sujet de l'arbitralité du litige<sup>(5)</sup>. La mise en jeu de l'arbitrage commercial international nécessite d'autres considérations aussi déterminantes.

---

(1) Seine 7 juin 1956: R.C.D.I.P. 1956, 683 note BATIFFOL H.; JCP. 1956,II, note MOTULSKY H., R.T.D.Com.1957, note LOUSSOUARN Y.

(2) Cf nos développements, supra. n° 25,p. 19.

(3) Paris 19 juin 1970: J.C.P. 1971, II, 16927, note GOLDMAN B.

(4) En Italie, v.Cass. It. 27 mars 1954: R.C.D.I.P. 1954, 511, note BARDA-MOTULSKY et cass.It.2 mai 1960: R.C.D.I.P. 1960, 686: Clunet 1961, 860, note BARDA ; En Belgique, cass.16 janv.1958: R.C.D.I.P. 1959, 122, note MEZGER ; v.aussi à ce sujet l'étude sur plusieurs systèmes juridiques effectuée par El AHDAB A.H., op.cit., Economica 1988.

(5) TOUBIANA A., op.cit., n° 76, p.64 ; voir la doctrine favorable à l'application de la loi du contrat principal à l'égard de la Convention arbitrale, ibid, p.61, sous référence n° 2.

---

---

## **SOUS-SECTION 2: CONSIDÉRATIONS LIÉES A LA MISE EN JEU DE L'ARBITRAGE**

63 - La mise en place d'un système arbitral nécessite la réalisation de certaines conditions. Les premières sont rattachées à la formation de la convention arbitrale de telle sorte qu'elle acquiert une existence juridique incontestable (§1). Les secondes portent sur le fonctionnement du tribunal arbitral (§2).

### **§1 - LES CONDITIONS LIÉES A LA FORMATION D' UNE CLAUSE ARBITRALE**

64 - Lorsque les contractants décident de soumettre leurs différends éventuels nés à propos de leur marché à l'arbitrage, ils rédigent un acte contractuel compris dans leur contrat principal. Cet acte est appelé "clause compromissoire". Celle-ci est définie en droit français comme "la convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à un contrat "<sup>(1)</sup>.

Aussi, sa rédaction exige-t-elle une attention particulière car ladite convention sera, en principe, appelée à tout moment, chaque fois que l'exécution de la vente provoque des contestations qui risquent de mettre en péril la relation d'affaires. Elle doit par conséquent définir d'une façon certaine la voie à suivre. Dans cette perspective, la formation de la clause arbitrale nécessite, d'une part, la rédaction de celle-ci dans une forme valable et d'autre part, la détermination aussi claire que précise de son contenu.

### **A - LA FORME DE LA CLAUSE D' ARBITRAGE**

65 - Dans la pratique commerciale internationale, la forme de la convention arbitrale pose de sérieux problèmes touchant plus particulièrement à sa régularité et donc à la sécurité des rapports contractuels. M. Fouchard confirme cette constatation lorsqu'il écrit que "les contestations relatives à la validité de la convention

---

(1) Art.1442 du NCPC français.

---

---

arbitrale portent assez souvent sur sa forme<sup>(1)</sup>. Ceci est dû au fait que la loi d'autonomie de la volonté place les contractants face à une double perspective, celle de se référer à une pratique commerciale internationale ayant acquis la valeur d'un usage qui définit la forme de la clause arbitrale et celle de se conformer aux règles impératives du droit étatique qui exigent une preuve certaine de la conclusion d'un accord de cette nature<sup>(2)</sup>. Bien que l'article 1443 du NCPC français suppose un écrit pour la clause compromissoire, la Cour de cassation admet parfaitement que " la clause de ce genre puisse être prouvée selon les règles du commerce"<sup>(3)</sup>.

En principe, la clause d'arbitrage prend une "forme explicite" de sorte qu'elle puisse être insérée dans le contrat de vente lui-même. Dans ce cas, l'accord sur le contrat principal implique automatiquement celui sur la convention arbitrale<sup>(4)</sup>.

66 - Toutefois la rédaction de la clause d'arbitrage peut s'opérer sur un document distinct auquel la transaction commerciale se réfère nécessairement<sup>(5)</sup>. Cette hypothèse se réalise lorsque les contractants sont liés par une série de ventes successives<sup>(6)</sup>. Mais la stipulation de l'accord d'arbitrage dans un document distinct implique nécessairement la signature des intéressés au même titre que dans le contrat principal car seule cette confirmation réalise l'acceptation de la clause par les parties contractantes.

Cependant, si la forme expresse de la convention arbitrale ne soulève pas de difficultés majeures, sa rédaction peut en poser de sérieuses. Ce souci apparaît clairement dans cette phrase empruntée à M.Loussouarn selon lequel: "... Il vaut mieux une bonne clause d'arbitrage que pas

---

(1) FOUCHARD Ph., Th.cit., n° 135, p.78.

(2) Cf. article 173, Code du proc. Civ. Com. Koweït, selon lequel, l'arbitrage ne peut être prouvé que par l'écrit.

(3) Cass.com.21 mars 1981: Rev.arb.1982, p.176, note FOUCHARD.

(4) Paris 18 mars 1983: Rev.arb.1983, p.491, note ROBLET.

(5) Voir Omar N. I., op. Cit.,p. 648. Cf. art.1443 du NCPC français.

(6) Cass.com.16 mai 1972: Rev.arb.1972, p.62; Paris 13 nov.1980 et 10 ; fév.1981 (2 arrêts): Rev.arb.1982, p.283, note LE POITTEVIN.

---

---

d'arbitrage du tout, mais mieux vaut pas de clause d'arbitrage qu'une mauvaise clause. <sup>(1)</sup>. Ceci montre l'importance de la rédaction et son impact sur la relation d'affaires entre parties qui doivent prendre de sérieuses précautions. La question intéresse chaque contractant qui cherche, par la mise en place d'une convention efficace, à assurer sa protection, surtout dans le cas où la contrepartie ne peut y échapper.

Mais cela sous-entend-il que l'accord compromissoire doit être établi sous forme écrite<sup>(2)</sup> ? A cette interrogation, l'affirmative s'impose. Consciente de ce genre de problèmes, la doctrine de la C.C.I.<sup>(3)</sup> prend une position dans ce sens. Elle accorde à cette règle conventionnelle une importance prioritaire par rapport aux autres normes qu'elle conseille pour la rédaction d'une clause d'arbitrage international. Dans ce sens est rédigée la clause suivante: " Toute controverse, tout différend ou toute réclamation découlant du présent contrat ou y relatif ou toute violation de ce contrat sera tranchée par l'arbitrage ayant lieu dans la ville de Zurich, Suisse, selon les lois de l'Etat d'Iran en vigueur à la date du présent contrat"<sup>(4)</sup>. La Convention de New-York de 1958 adopte la même solution. Selon son article 2 alinéa premier, la convention d'arbitrage doit être écrite.

67 - Le respect de cette règle de formalité permet d'éviter de contrarier les exigences posées par les droits nationaux qui imposent la forme écrite de la convention arbitrale. Ainsi, en droit français, l'article 1443 §1 du NCPC décide impérativement que "la clause compromissoire doit, à peine de nullité, être stipulée par écrit dans

---

(1) Cette phrase est extraite du rapport de synthèse rédigé par Y.LOUSSOUARN à propos d'un colloque tenu à l'Université de Rennes I en 1973. En ce qui concerne une clause d'arbitrage mal rédigée: v. la sentence de la C.C.J rendue dans l'affaire.n° 5423 en 1987: Clunet 1987, p.1048 et s.

(2) Il est étonnant que certaines lois aillent jusqu'à admettre la forme orale de la convention arbitrale. C'est ainsi par exemple le cas du droit allemand en matière commerciale et de certains cantons suisses: FOUCHARD Ph., Th.cit., p.79 sous référence n° 7. Aussi certains droits, Espagnol (loi de 1953) et Portugais, n'exigent pas la forme authentique pour la clause compromissoire.

(3) v. la doctrine de la C.C.I., op.cit., p.29.

(4) L'affaire Iran - Cubic, préc.

---

---

la convention principale ou dans un document auquel celle - ci se réfère"<sup>(1)</sup>. Il va de soi que cette clause se concrétise implicitement lorsque la convention des parties est matérialisée dans un texte clair et précis, évitant ainsi toute contestation relative à sa légitimité juridique qu'elle soit incluse dans le contrat principal lui-même ou rédigée dans un document séparé<sup>(2)</sup>. Par ailleurs, elle donne aux parties une pleine connaissance quant à sa conclusion définitive, ce qui écarterait toute tentative d'invoquer son inexistence.

68 - Toutefois, s'agissant d'une opération commerciale internationale, la clause d'arbitrage peut revêtir une forme tacite et apparaître implicitement à travers les clauses du contrat. Cette pratique est d'application courante dans la mesure où les opérateurs économiques se réfèrent, pour rédiger leur marché, à des contrats-types des conditions générales de vente ou de livraison ou à des usages codifiés<sup>(3)</sup>. Or, dans ces derniers, il est permis de constater que la plupart des conventions arbitrales prennent la forme d'une clause qui y est insérée. Une telle pratique répond aux besoins des agents économiques qui choisissent de soumettre leurs rapports à des normes conventionnelles établies pour faciliter leurs transactions internationales.

Dans ces conditions, rien n'empêche les parties contractantes d'accepter implicitement une clause d'arbitrage préparée par cette pratique commerciale. Seulement, il est évident que le silence ou l'absence de refus du contenu d'une convention-type vaut acceptation tacite de leur part<sup>(4)</sup>. Cette attitude passive à l'égard de l'accord compromissaire est cependant déconseillée puisqu'il est capital pour un

---

(1) En droit algérien, la clause compromissaire doit, lorsqu'elle se rapporte à des actes de commerce, être écrite et approuvée. Cf. M. MENTALECHETA "L'arbitrage en droit algérien", Office des publications universitaires, Alger 2ème Ed.1986, p.34.

(2) Sur la position du droit français à l'égard des clauses d'arbitrage par référence et des clauses acceptées tacitement Voir LOQUIN E., note sous un arrêt de la Cour d'appel de Paris 20 janv.1987, Clunet 1987, p.955 et s.

(3) V. FOUCHARD Ph., Th.cit., n° 135, p.78. V aussi les documents publiés par KAHN Ph., Th.cit., p.369 et s.

(4) Cass.com.17 oct.1961: J.C.P. 1961, II, n° 12383.

---

---

contractant d'exprimer nettement et de façon directe sa volonté sur toutes les conditions qui sont intégrées dans un contrat international. Son silence est, en principe, défavorable pour la formation d'une convention arbitrale qui tiendrait compte de ses intérêts. Pour cette raison, il doit être condamné.

Cependant, la situation n'est pas aussi grave qu'on le pense et il faudra en atténuer les effets négatifs. En effet, la Convention européenne sur l'arbitrage<sup>(1)</sup> admet comme modes écrits de conclusion d'une clause compromissoire, en plus de l'acte écrit régulier, l'échange de lettre et de télégramme ou le télex. Cette possibilité constitue un assouplissement certain des conditions de forme en vue de faciliter la pratique commerciale<sup>(2)</sup>. Les mêmes préoccupations portent sur le contenu de la convention arbitrale qu'il convient de déterminer.

## **B - LA DÉTERMINATION DU CONTENU DE LA CLAUSE ARBITRALE**

69 - Il est important que le contenu d'une clause compromissoire soit défini de façon nette et exempte de toute ambiguïté. Le respect d'une telle condition permet d'éliminer toute discussion future entre les contractants sur son interprétation ou sur la portée décisive de ses dispositions. Il facilitera également la détermination des pouvoirs des juges qui fondent leur compétence sur la volonté certaine exprimée clairement par les parties contractantes. Il est évident qu'une expression donnant lieu à plusieurs interprétations risque d'entraîner des contestations qui limiteraient l'efficacité de la clause arbitrale. Pour écarter ce genre de problèmes, il convient d'inviter les parties à éviter de laisser planer des doutes sur le contenu de celle-ci<sup>(3)</sup>, comme c'est par exemple le cas d'un défaut d'indication par les parties du droit applicable aux clauses compromissoires et au fond du litige<sup>(4)</sup>.

---

(1) Conv. européenne de Genève 1961 préc., art.1er al.2 - a le texte de cet article permet aussi de convenir pour toutes les formes permises par les lois nationales.

(2) Cf. FOUCHARD Ph., Th.cit., n° 143, p.83.

(3) V.en ce sens MAYENFISCH O. "La clause attributive de juridiction et la clause arbitrale dans les contrats de vente à caractère international", Th.Lausanne 1957, p.14 ; La doctrine de la C.C.I., op.cit., p.29.

(4) Voir la sentence rendue dans l' affaire n° 7331 en 1994: J.D.I. 4, 1995.

---

70 - Le contenu d'une convention arbitrale comporte plusieurs éléments relatifs fondamentalement à la mise en jeu de la juridiction de cette nature. Il porte sur le mode et la procédure de règlement des différends, la loi applicable au contrat principal et à la clause d'arbitrage elle-même, la constitution du tribunal arbitral, le lieu d'arbitrage... Il doit, par ailleurs, déterminer la nature des différends soumis au régime institué par la convention arbitrale. Le respect de cette condition est indispensable pour deux raisons: la détermination de la nature exacte des litiges soumis à l'arbitrage permet, tout d'abord, de définir la compétence des arbitres en indiquant à ceux-ci la matière qu'ils sont appelés à instruire et à juger. Cela permet d'écarter la possibilité tendant à faire juger que l'arbitre a dépassé les termes de sa mission, d'exercer son contrôle<sup>(1)</sup>. Elle précise, d'autre part, leur mission en exposant les prétentions des parties<sup>(2)</sup>.

Ce dernier élément est matérialisé de manière très variable. Il peut tout simplement viser l'exécution des obligations contractuelles. Or, en la matière, les engagements des parties varient suivant les modalités d'exécution convenues entre elles. La difficulté apparaît alors lorsque des divergences portent sur des points non prévus qui sortent du cadre réservé à l'arbitrage.

71 - Dans d'autres cas, les parties ne veulent soumettre à l'arbitrage que les différends portant sur des points précis tels que la conformité qualitative et quantitative des marchandises en cause, la défaillance du fournisseur d'examiner la marchandise<sup>(3)</sup>, sur la détermination du prix contractuel<sup>(4)</sup>, et le non suivi des modalités convenues de paiement. Dans cette hypothèse, l'arbitre n'intervient que dans les

---

(1) Cf. art. 173, Code de proc. Civ. com. Koweïtien ; Voir Omar N. I., op. Cit., p. 649 ; Cass.civ.II,2 juin 1970: Bull.civ.II, n° 233 ; Rev.arb.1970, p.78, note J.R. ; T.G. I. Paris 15 fév.1973: Rev.arb.1974, p.25, note Loygue Cass.civ.II, 20 déc.1972: Rev.arb.1972, p.122, note LOQUIN.

(2) Cf MAYENFISCH O., op.cit., p.17 ; Egal. les jurisprudences, ibid.

(3) Sentence rendue dans l' affaire n° 7331 en 1994, préc.

(4) Sentence rendue dans l' affaire n° 8324, en 1995: J.D.I. 4, 1996, p. 1019 et s.



contestations liées à l'exécution des obligations prévues dans la clause compromissoire. Tous les autres différends se situant en dehors des cas cités resteront de la compétence d'une juridiction étatique.

Cette deuxième solution présente l'inconvénient de faire intervenir les tribunaux nationaux pour le règlement des litiges portant sur l'exécution d'un contrat international, intervention que les opérateurs économiques voudraient éviter en optant pour l'arbitrage. Elle est donc à déconseiller même si, en pratique, l'énumération des cas soumis à l'arbitrage porte sur des questions essentielles du contrat. En effet, la contestation peut avoir pour objet l'étendue de chaque point soumis à l'arbitrage. Par ailleurs, la complexité des transactions commerciales internationales donne naissance à des difficultés souvent imprévisibles dont les contractants ont négligé ou méconnu l'importance au moment de la signature du contrat. Par leur gravité, ces problèmes risquent de mettre le rapport d'affaires dans une situation critiquable que seul l'arbitre est habilité à surmonter en adoptant des solutions favorables aux deux belligérants.

Pour éviter cet inconvénient majeur présenté par la seconde solution, il est préférable de prévoir une clause d'arbitrage dans laquelle il est reconnu une compétence générale à la juridiction arbitrale qui interviendra dans tous les litiges, quelle que soit la nature de leur objet, pouvant naître entre contractants. Certaines clauses-modèles préconisent cet objectif. Il en est ainsi de la clause modèle proposée par la C.C.I. selon laquelle: "Tous différends découlant du présent contrat seront tranchés définitivement suivant le Règlement de conciliation et d'arbitrage de la Chambre commerciale internationale "<sup>(1)</sup>. Le libellé type de clause compromissoire rédigé par la CNUDCI dans son Règlement d'arbitrage va dans le même sens s'il est plus détaillé voire plus significatif. Il précise que " Tout litige, controverse ou réclamation née du présent contrat ou se rapportant au présent contrat ou à une contravention au présent contrat,

---

(1) la clause modèle de la C.C.I. est rédigée également en plusieurs langues anglaise, allemande, arabe, espagnole... ; voir la doctrine de la C.C.I. op.cit., p.9 et 10.

---

---

à sa résolution ou à sa nullité, sera tranché par voie d'arbitrage..."<sup>(1)</sup>. De pareilles clauses se distinguent par l'avantage d'avoir un champ d'application très étendu quant à la nature des litiges soumis à l'arbitrage à l'occasion d'un contrat international. Elles écartent toute possibilité pour l'une des parties au contrat de contester son engagement à se soumettre à cette technique de règlement des conflits. Par ailleurs, elles renforcent la sécurité de l'acheteur, plus particulièrement contre les risques d'inexécution de la vente par son débiteur puisqu'il a la certitude de soumettre tout litige né à ce propos à l'arbitrage, ce qui obligerait celui-ci à respecter scrupuleusement ses engagements contractuels.

Le même souci de sécurité oblige les agents économiques à fixer sérieusement les conditions de fonctionnement de la juridiction arbitrale.

## **§2 - LES CONDITIONS DE FONCTIONNEMENT DU TRIBUNAL ARBITRAL**

72 - L'efficacité de l'arbitrage repose pour une bonne part sur le fonctionnement de la juridiction arbitrale chargée de rendre la justice. Aussi sa formation doit-elle être en harmonie avec la nature des litiges qu'elle aura à trancher. Dans cet ordre d'idées, la désignation des arbitres acquiert une importance majeure car elle permet de connaître la composition de la tribune arbitrale. Mais le lieu où siège cette juridiction, c'est-à-dire le lieu d'arbitrage, constitue un élément de l'arbitrage dont l'importance ne doit pas être négligée.

### **A - LA DÉSIGNATION DES ARBITRES**

73 - Dans l'arbitrage international, les agents économiques jouissent d'une totale liberté pour choisir leurs arbitres. Ils réalisent ainsi une satisfaction morale et acquièrent un sentiment de sécurité pour affronter leurs différends relatifs à l'exécution d'un contrat

---

(1) Voir C N U D C I ( Règlement d' arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International, le 21 juin 1985): Juris - Class, Droit International 1989 ( 35 ), Fasc. 588, ou Procédure Civile, Fasc. 1078. On trouve le même intention d'élargir le contenu de la clause compromissoire dans l'affaire Iran - Cubic, précit.

---

---

international. Cette liberté est consacrée aussi bien en droit interne qu'en droit international. Ainsi l'article 493 alinéa 1 du NCPC français dispose que " directement ou par référence à un règlement d'arbitrage la convention d'arbitrage peut désigner le ou les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation". La Convention européenne de Genève adopte la même solution<sup>(1)</sup>. Pourtant, ce principe n'est pas généralement admis en droit national. La liberté des contractants pour désigner les membres du tribunal arbitral a été considérablement limitée<sup>(2)</sup>.

En fait, l'accord des parties sur la désignation des arbitres ne pose pas de problèmes juridiques majeurs. Néanmoins, la prudence s'impose en la matière surtout si l'on sait que la régularité de la composition du tribunal arbitral détermine la reconnaissance et l'exécution de la sentence par lui rendue. La Convention de New-York envisage cette relation et admet le refus de la reconnaissance et de l'exécution de la décision au motif " que la constitution du tribunal arbitral.... n'a pas été conforme à la loi du pays ou l'arbitrage a eu lieu"<sup>(3)</sup>. Le recours à l'arbitrage institutionnel apporte sur ce point des garanties suffisantes de régularité aussi bien en ce qui concerne la personne des arbitres choisis que le mode de leur désignation.

Il n'en est pas de même de l'arbitrage ad hoc où les contractants prennent directement l'initiative de nommer les arbitres de leur choix. Dans ce cas, il est indispensable de vérifier si ceux-ci possèdent ou non les qualités requises pour constituer un tribunal arbitral, que celui-ci se compose d'un arbitre unique ou de plusieurs arbitres.

A la condition de la compétence des arbitres s'ajoute celle de leur impartialité. Le manque d'impartialité d'un arbitre permet catégoriquement à l'Etat d'accueil de la sentence de refuser l'exequatur de cette sentence rendue par ledit arbitre<sup>(4)</sup>. Ce critère s'impose même dans le cas

---

(1) Cf. Art. 502 / 3, Cod du proc. civ. com. Egyptien. Voir Omar N. I., op. Cit. p. 649. Cf Art.IV de la Conv. européenne de Genève 1961 préc.

(2) Cf. art. Premier, la loi n° 11, 1995, Code de proc. civ.com. Koweïtien

(3) Cf art.5 §d Conv.de New-York 1958 préc.

(4) Cf. Cour de Cassation, première chambre civile, 24 mars 1998:J.D.I.1999, p. 155 et s., note A. - E. Kahn.

---

où l'une des parties désigne un arbitre ressortissant de son propre Etat<sup>(1)</sup>. Il est indispensable également que les parties fixent un délai pour la désignation des arbitres et au terme duquel elles mettent en jeu le système arbitral. En pratique, les noms des arbitres peuvent figurer dans la clause compromissoire, solution ayant l'avantage d'assurer la rapidité de la mise en place du tribunal. Plus encore, elle écarte le risque que court l'arbitrage lorsque le défendeur refuse de nommer son arbitre dans le délai convenu<sup>(2)</sup>. Seulement, la personne désignée dans la convention peut ne pas être suffisamment compétente face à la nature du litige né postérieurement à cette désignation. Aussi la pratique généralement suivie consiste-t-elle à ce que chaque contractant nomme un arbitre de son choix: les deux arbitres ainsi nommés désigneront à leur tour un troisième arbitre qui exercera les fonctions d'arbitre président du tribunal<sup>(3)</sup>.

74 - Il faut remarquer toutefois que l'arbitrage connaît, sur ce point, certaines difficultés. En effet, il arrive que les deux arbitres nommés ne s'entendent pas sur la personnalité de leur président. Dans d'autres cas, les contractants ou l'un d'entre eux s'abstient de choisir le juge qui le représente dans le délai prévu. Face à ces contraintes, la pratique internationale réagit pour sauver l'institution en chargeant une autorité tierce de la constitution du tribunal arbitral. Autrement, il est admis que si le défendeur ne procède pas à la nomination de son arbitre dans le délai contractuel, le demandeur peut décider que son propre arbitre, initialement désigné, connaîtra de l'affaire en qualité d'arbitre unique<sup>(4)</sup>.

Certains contrats reconnaissent au demandeur la faculté de désigner un arbitre à la place du défendeur si celui-ci s'abstient de le faire comme

---

(1) A titre d'exemple, la Colombie comme l'Equateur exigent des arbitres la nationalité, ROBERT J., *op.cit.*, p.293, sous référence n° 7.

(2) Cf MAYENFISCH O., *op.cit.*, p.74.

(3) Art.2 al.4 Règlement de la Cour d'arbitrage de la C.C.I. ; art. 7 al. 1 Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

(4) Cette règle était admise en Angleterre et dans divers pays de la Common Law, V.DAVID R., *op.cit.*, p.320.

---

---

prévu. Tous ces engagements contractuels facilitent la composition et la mise en place régulière d'un tribunal arbitral conformément à la convention des contractants.

75 - Il est de pratique générale que les agents économiques composent eux-mêmes le tribunal arbitral par la désignation directe des arbitres qui les représentent<sup>(1)</sup>. Cette démarche est même imposée dans certains droits nationaux<sup>(2)</sup>. Mais il arrive, comme il l'a été indiqué précédemment, que la mise en place de la juridiction arbitrale nécessite l'intervention d'un tiers, intervention justifiée souvent par l'impossibilité pour les parties d'aboutir à un terrain d'entente. Cette autorité extérieure à celle-ci peut être attribuée à la juridiction intérieure d'un pays donné. Ainsi, le droit français concernant l'arbitrage international prévoit que "si la constitution du tribunal se heurte à une difficulté, la partie diligente peut, sauf clause contraire, saisir le Président du Tribunal de Grande instance de Paris"<sup>(3)</sup>. Le Président d'un organisme international d'arbitrage, comme la C.C.I. ou le Président de la Cour d'arbitrage de celle-ci est susceptible d'être sollicité pour former, aux lieu et place des parties, la juridiction chargée d'instruire leur litige.

76 - Dans tous les cas, il est nécessaire que les parties se réfèrent au règlement d'une institution d'arbitrage où la modalité de nomination des arbitres est organisée afin de surmonter toutes les difficultés que soulève la constitution d'un tribunal arbitral<sup>(4)</sup>. Selon le Tribunal de Grande instance de Paris, la Cour d'arbitrage de la C.C.I. peut se voir reconnaître compétence pour trancher les problèmes nés de la nomination, de la confirmation des arbitres, de leur récusation ou de leur remplacement<sup>(5)</sup>. Cette méthode favorise

---

(1) C'est le cas en droit Espagnol, Péruvien et Uruguayen, DAVID R., op.cit., p.318.

(2) Cf. art. 502 / 3, Code du procédure civile et commercial Egyptien. Selon la loi n° 11, 1995, art. premier, Code du proc. Civ. com. Koweïtien, les parties en litige ont le droit de désigner deux arbitres seulement quel que soit leur nombre.

(3) Cette solution s'applique en effet pour les arbitrages qui se déroulent en France ou pour ceux à l'égard desquels les parties ont prévu l'application de la loi de procédure française: art.1493 du NCPC français.

(4) V.art.2 Règlement de la Cour d'arbitrage de la C.C.I. préc.

(5) Paris 15 mai 1984: Rev.arb.1985, 141

---

---

le contractant qui veut se prémunir contre le refus abusif de son cocontractant à désigner son arbitre. Le client n'aura plus à renoncer à l'arbitrage ou être obligé de s'adresser à un tribunal étatique pour la formation de la juridiction arbitrale. L'institution se reconnaît le droit de désigner elle-même l'arbitre manquant<sup>(1)</sup>. Ceci explique d'ailleurs pourquoi la pratique accorde un privilège en faveur de l'arbitrage institutionnel. Celui-ci présente sur la question étudiée des avantages certains par rapport à l'arbitrage ad hoc. En effet, tout organisme d'arbitrage international dispose de listes d'arbitres qualifiés dans un domaine particulier, c'est-à-dire des personnalités choisies parmi les spécialistes, les juristes et les praticiens du commerce international. Ces qualités liées à la personne des arbitres et la désignation de ceux-ci dans des listes contribuent incontestablement à la création d'un personnel arbitral qualifié dans un domaine particulier et connu comme tel par les agents économiques<sup>(2)</sup>.

Le choix des arbitres parmi les listes dressées par l'organisme d'arbitrage ne laisse, en principe, aucun doute sur la régularité du tribunal arbitral. Il assure par ailleurs le déroulement normal et dans un délai approprié de l'arbitrage. En cas de défaillance de l'une des parties, la Cour d'arbitrage désignée dans le contrat international se chargera de procéder le plus vite possible à la désignation subsidiaire de l'arbitre manquant dans les listes se trouvant à sa disposition. L'arbitrage s'intéresse aussi au lieu où siège le tribunal arbitral.

## **B - LA DÉTERMINATION DU LIEU D' ARBITRAGE**

77 - Le lieu où siège le tribunal arbitral est, lui aussi, un élément déterminant pour le fonctionnement normal de l'arbitrage et son efficacité. A cet effet, on permet au tribunal arbitral le choix de déterminer le lieu de l' arbitrage<sup>(3)</sup> Pourtant, il arrive que les

---

(1) Sur ce point de vue, V en détail FOUCHARD Ph., Th. cit., p.116 à 170.

(2) Ibid, n° 289, p.247.

(3) Voir Omar N.I., op. Cit., p. 651. Le lieu de l' arbitrage au Koweït est toujours celui de la Cour d' appel, cf. art. premier, la loi n° 11,1995 du Code, proc. civ. com.



contractants omettent de fixer le lieu dans leur convention arbitrale et cela soit par négligence soit parce qu'ils laissent aux arbitres, dans le cas d'un arbitrage ad hoc, la liberté de le faire à leur convenance. S'ils optent pour un arbitrage institutionnel, la détermination du lieu de l'arbitrage est confiée à la Cour choisie.

Il est donc permis de remarquer que le silence des contractants sur ce point paraît déconseillé. Il est souhaitable que ceux-ci définissent eux-mêmes et à l'avance le siège du tribunal arbitral. Ceci se justifie par un motif juridique non négligeable. En effet, s'agissant de l'arbitrage ad hoc, l'absence de désignation du lieu de l'arbitrage entraîne un vide juridique dans la mesure où le droit de la procédure arbitrale qui précise les pouvoirs conférés aux arbitres est fréquemment celui du lieu de l'arbitrage.

Un tel problème est absent dans l'arbitrage institutionnel. Mais le choix du lieu où siègera la juridiction arbitrale représente une indication utile pour l'institution arbitrale qui saura à quel type d'arbitrage les parties ont entendu se soumettre. L'intervention expresse de ces dernières en la matière a facilité le bon fonctionnement de cette juridiction dans le règlement des litiges relatifs au commerce international. Ceci explique d'ailleurs pourquoi dans 80% des cas, les contractants choisissent eux-mêmes le lieu d'arbitrage<sup>(1)</sup>.

Le choix peut porter sur des endroits différents. Le Règlement de la C.C.I. sur l'arbitrage va dans ce sens en permettant aux agents économiques de convenir d'un lieu d'arbitrage dans n'importe quel pays. En pratique, des arbitrages de cet organisme se sont déroulés dans la plupart des continents<sup>(2)</sup>. Confirmant cette règle, la Cour de cassation a décidé qu'un arbitrage organisé au sein de la C.C.I. se déroule là où l'arbitre siège effectivement et non où la C.C.I. est implantée<sup>(3)</sup>, règle contestée par certains centres d'arbitrage qui exigent que la procédure se

---

(1) V.DERAINS Y. et JAVIN S. "Chronique des sentences arbitrales de la C.C. I.", 1987, *Clunet* 1987, p.1010: Il faut noter que 82 % des arbitrages se sont tenus en Europe, *Idem*.

(2) La Cour de la C.C.I. a fixé elle-même des lieux d'arbitrage dans un large éventail de pays: le Bangladesh, Chypre, L' Inde, la Jordanie, le Pakistan, les Etats-Unis, Cf. *Idem*.

(3) Cass.civ.23 janv.1974, *Bull. cass.civ.II*, n° 32, p.25.

---

---

déroule uniquement au lieu où le centre a son siège<sup>(1)</sup>. Nous estimons que l'internationalisation de l'arbitrage suppose une liberté totale quant au choix du lieu où la procédure peut s'organiser et produire des effets positifs.

78 - En règle générale, l'arbitrage a lieu là où les parties et arbitres peuvent se réunir facilement. Le siège du tribunal sera décidé en fonction de convenances géographiques ou de facilités de communication de façon à réduire au maximum les frais excessifs qu'engendre le déroulement normal de l'arbitrage. Seulement, les parties ne doivent pas oublier que certains droits nationaux sont réticents à l'arbitrage<sup>(2)</sup> et la simple localisation du lieu de l'arbitrage dans un pays soumis à un système juridique de cette nature entraînerait l'intervention des tribunaux étatiques en remplacement de la juridiction arbitrale. Le défendeur aura ainsi une raison pour freiner, interrompre ou suspendre le déroulement de la procédure.

Afin de sensibiliser les opérateurs économiques, la doctrine de la C.C.I.<sup>(3)</sup> conseille de réfléchir sérieusement sur les difficultés liées au choix de certains pays en raison des dispositions impératives de procédures qui y sont applicables. Le respect de ces normes dans le lieu où siègera le tribunal constitue une condition pour la validité de la sentence, ce qui peut être à son tour une condition à laquelle est subordonné le bénéfice des Conventions Internationales sur l'exécution des sentences arbitrales<sup>(4)</sup>.

79 - Dans d'autres cas, les contractants préfèrent localiser le siège de l'arbitrage dans un Etat neutre. La sentence qui en résultera ne subira aucune influence liée à l'environnement et, l'équilibre entre

---

(1) Cf. la doctrine de la C. C.I., op.cit., p.38.

(2) Cf. nos développements, thèse, partie I, n° 446, P. 242. El AHDAB A.H., op.cit., pour les régimes juridiques d'arbitrage dans les pays arabes. Pour le même auteur, voir en Arabe " La C.C.I. devrait -elle toute seule monopoliser l'arbitrage commercial Europe - Arabe.... et pourquoi ?, Alwatan Alarabi 2/5/1997, Paris n° 1052, p. 40.

(3) v. la doctrine de la C. C.I., op.cit., p.38.

(4) v. art.5 al.2-b Conv. de New-York 1958, préc.



les parties en présence sera garanti. Il est vrai que la localisation géographique du tribunal arbitral ne signifie pas sa localisation juridique<sup>(1)</sup>, la mise en place de celui-ci dans ce pays n'étant qu'occasionnelle. Seulement, un tel choix peut s'avérer inadapté au caractère technique et à la complexité des éléments inhérents aux litiges particuliers à un contrat commercial international. L'instruction de ceux-ci exige une présence fréquente des arbitres dans le lieu où sont installées les entreprises des parties au conflit. On sait d'ailleurs que le siège de la Cour arbitrale n'est pas nécessairement celui où la sentence sera prononcée. Ce dernier doit tenir une place privilégiée dans la clause compromissoire.

Enfin, certaines Conventions prévoient la mise en place de l'arbitrage dans le pays où la sentence rendue sera exécutée. Cette démarche se distingue des précédentes par sa logique car elle réduit au maximum les formalités de reconnaissance du jugement arbitral et assure à celui-ci une plus grande efficacité. Il s'agit en quelque sorte de nationaliser la sentence<sup>(2)</sup> lorsque, sur le territoire d'un Etat, elle sera appelée à produire ses effets.

---

(1) C'est le cas en droit Suisse, selon l'opinion de M. PIERRE LALIVE in "Les règles de conflit de loi appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse", Rev.arb.1976, p.170.

(2) Voir en ce sens MAYENFISCH O., op.cit., p.79 ; DAVID R., op.cit., n° 304, p.390.

---

---

## CONCLUSION:

L' évolution des échanges économiques est considérée comme étant à l'origine de toute les complications des conflits juridiques dans les contrats internationaux. La mondialisation du commerce s' impose en tant que mécanisme indispensable au développement et à l' approvisionnement des marchandises ou des services A cet effet, il n' y a plus d' autre possibilité pour les contractants publics ou privés de consolider leurs conditions contractuelles.

La clause d' arbitrage semble omniprésente dans les conventions à caractère international. Et par ses avantages qui sont de garantir les droits des parties en conflit par rapport à la juridiction étatique, on constate son efficacité par les sentences rendues. C' est la raison pour laquelle les contractants estiment avoir une parade juridique importante grâce à cette procédure juridictionnelle autonome contre les risques éventuels d' une application automatique d' une procédure et d' une loi par un tribunal étatique imposé et selon les règles du droit international privé d' un pays donné.

Cette solution nous paraît d' un autre côté légitime face à une situation de force contractuelle dont pourrait bénéficier l' une de parties au contrat, ou qui serait le reflet d' une possible intervention étatique à caractère politique entravant l' exécution du contrat.

L' institution d' un tribunal arbitral particulier et l' élection d' une loi applicable au contrat et à la convention d' arbitrage ont donné des solutions assez satisfaisantes du point de vue de la technique d' organisation juridictionnelle. Seulement, pour assurer l' équilibre du droit et de la justice dans cette convention synallagmatique, il nous semble important que ce mécanisme puisse être élaboré soigneusement. C' est une justice privée dont les parties concernées préparent elles-mêmes le contenu. Et pour pouvoir bénéficier de ses effets positifs, les parties contractantes devraient avoir une large autonomie contractuelle fondée sur un terrain d' égalité de droit et de fait afin d' en négocier les conditions.

L' internationalisation du droit et de la justice d' arbitrage se

---

---

développe nécessairement avec le mouvement accéléré du commerce mondial. Ainsi, des Centres d'arbitrage Régional s'accroissent. Mais leur réussite suppose une solide organisation de fonctionnement pour assurer l'application du règlement, donc mettre en oeuvre l'administration d'un arbitrage.

Pourtant, les droits nationaux doivent accorder une place légale et une liberté de mission à un Centre d'arbitrage choisi par les contractants. Cela ne veut pas dire que l'arbitrage privé ira jusqu'à se substituer complètement au recours à la juridiction étatique dans tous les litiges commerciaux..

Enfin, l'efficacité de la clause compromissoire sera jugée sur certains aspects essentiels. Le premier, c'est le meilleur déroulement de la fonction juridictionnelle; des procédures courtes, rapides et moins coûteuses. Le deuxième, c'est la réputation des arbitres; leur caractère impartial et indépendant, pour qu'ils puissent remplir leurs missions jurisprudentielles. Toutes ces conceptions rendent à une sentence donnée sa valeur, qui n'est pas seulement économique, mais le plus important, un jugement susceptible d'être accepté et exécuté parce qu'elle aura l'autorité de la chose jugée à l'égard des parties concernées. C'est ainsi qu'on peut considérer que l'arbitrage devient sans contestation une source du droit commercial international.....

---

---

## **BIBLIOGRAPHIE**

- ALI ( Enouz) abdul munim " La protection de l' acheteur dans la vente de marchandises en droit du commerce international ", Thèse pour le doctorat, Université de RENNES I, 1991
- ALTAYAR S. "Les transferts de technologie et les relations contractuelles entre les pays industrialisés et les pays en voie d' industrialisation, Thèse Rennes 1987.
- Alain Plantey, " L 'arbitrage dans les échanges internationaux ": Rev. Sciences morales et politiques, 1995,323
- BOULBES R. "Sentence arbitrale, autorité de la chose jugée, ordonnance d'exequatur", J.C.P. 1961.
- C. C. I. de PARIS - Cour Internationale d' arbitrage " La procédure arbitrale et l' indépendance des arbitres ": Publication CCI n° 472, 1991.
- C. C. I. de PARIS - Nouveaux Règlements d' Arbitrage de 1998: Rev. Arb. 1998 p. 243.
- C.C. I.- Cour internationale d' arbitrage, La procédure arbitrale et l' indépendance des arbitres, Publication CCI n° 472, ICC Publishing, 1991.
- Convention de New-York 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères: Traités Multilatéraux déposés auprès du secrétaire général,Etat au 31 décembre 1993, Nations Unies, Chapitre XXII, Arbitrage Commercial,p.851.
- Convention européenne sur l' arbitrage commercial international. Faite à Genève le 21 avril 1961:Traités Multilatéraux déposés auprès du secrétaire général,Etat au 31 décembre 1993, Nations Unies publication, Chapitre XXII, Arbitrage Commercial,p.858.
- Convention Arabe d' Amman sur l' arbitrage commercial 1987: texte in Revue Arbitrage- France,1989, 743.
- Droit Français,Nouveau Code de Procédure civile français (NCPC) art.1442 à 1497.
- DAVID R. " L'arbitrage dans le commerce international " Ed. Economica Paris 1982.

- 
- DERAIS Y. Et JAVIN S. " Chronique des sentences arbitrales de la C. C. I. " 1987, Clunet 1987
  - DEVICHI J. R. " Arbitrage" J Cl. Commercial 1984, Fasc. 205.
  - EL GOHARY M. F. "L'Arbitrage et les contrats commerciaux internationaux à long terme " Thèse, Rennes 1982.
  - EL AHDAB A. H. " L'arbitrage dans les pays arabes " Ed. Economica Paris 1988;
  - FOUCHARD Ph. "L' arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981 " Clunet 1982,
  - p. 374 - 420. " Arbitrage commercial international ", Juriss-class. Droit international, 1989,
  - fasc. 585-1 et suivant.; Fasc. 586 - 7 - 3, 1994.
  - FOUCHARD Ph., GOLDMAN B. Et GAILLARD E., " Traité de l' Arbitrage Commercial International ": Litec, 1996
  - HOUTTE H. VAN, "La loi applicable à l'arbitrage commercial international", Rev. Dr. int. et Dr. comp. 1980, n° 2-3, p.385.
  - JARROSSAM " Le rôle respectif de l' institution de l' arbitrage et des parties dans l' instance arbitrale ": Rev. Arb. 1990 p. 381.
  - " Le statut de l' arbitrage dans la jurisprudence française ": Rev. Arb. 1996, p. 325.
  - JUGAULT J. " Le particularisme de l' arbitrage en matière internationale " in La Terre, la Famille, le Juge. Etude offertes à H. D. COSNARD série Faculté de droit et de science politique de Rennes, 1990.
  - KLEIN F. E. " Considération sur l' arbitrage en droit international privé " Bâle 1955.
  - LINANT de BELLEFONDS et HOLLAND A. " Arbitrage ": Que sais - je ? PUF 1995.
  - Ph. Le Boulanger et A. El kosheri, "L' arbitrage face à la corruption et aux trafics d ' influence ": Rev. arb. 1984, p. 3
  - LOQUIN E. " Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l' évolution récente du droit de l' arbitrage international " Clunet 1983.

- 
- " La réalité des usages du commerce international ": RTDcom. 1989, n° 2, p. 163.
  - " Les institutions d' arbitrage ": J. - Cl. Procédure civile, Fasc. 1002.
  - " Qu' est - ce qu' une sentence ? : RTDcom. 1994, p. 483.
  - LOUSSOUARN Y. Et BREDIN J. D. "Droit commercial international " Sirey Paris 1969.
  - MAENFISCH O. "La clause attributive de juridiction et la clause arbitrale dans les contrats de vente à caractère international " thèse, Fribourg Suisse, éd. Conne, Lausanne 1957.
  - MARIOTT A. - L. " Le nouveau droit anglais de l' arbitrage " Bull. Cour Internationale d' arbitrage de la C C I, vol. 8, n° 1 mai 1997, p. 28.
  - 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 Maury, T. 1, 1960, p.273 et suivant.
  - Nuir Watt, " L' applicabilité de la Convention de Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises devant l' arbitre international ", R D A I 1996, p. 401
  - OPPETIT B. " Théorie de l' arbitrage " PUF 1998.
  - PEARSON N. "Le développement de l'arbitrage commercial international", Rev.arb.1969, p.260.
  - M.PIERRE LALIVE in "Les règles de conflit de loi appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse", Rev.arb.1976, p.170.
  - ROBERT J. "L'arbitrage - droit interne, droit international privé ", 5 ème éd., Dalloz, Paris 1983.
  - " L' arbitrage ": Dalloz, 6e éd. 1993.
  - STRAUS D. B., rapport sur "la coopération entre organismes d'arbitrage en Amérique", in le IIIè Congrès international de l'arbitrage de 1969, Rev.Arb. 1969, p.168.
  - THIEFFRY J. et GRANIER C. "La vente internationale", coll.1 "exportateur" (C.F.C.E.) 1985, p.152 et s.

- 
- 
- Witz Claude, Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale, LGDI, 1995
  - WITENBERG J.C. "L'arbitrage et ses pouvoirs", Clunet 1936, p.727.

### المراجع العربية:-

- الدكتور عبدالحميد الأحذب، غرفة التجارة الدولية هل تحتكر التحكيم التجاري الأوروبي.. العربي.. ولماذا؟، الوطن العربي، باريس، العدد ١٠٥٢، ص ٤٠.
- الدكتور نبيل إسماعيل عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الأولى ١٩٨٦، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر.
- قانون المرافعات المدنية والتجارية، الكويت، رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠.
- قانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥، التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية، الكويت.
- مذكرة إيضاحية لمشروع قانون التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية الكويت.