

puisqu'elle a trouvé un appui supplémentaire dans une considération différente, quoique voisine.

II. — L'arrêt marie en effet, assez habilement, le contrôle atténué que, de l'avis des magistrats parisiens, le juge français doit exercer sur l'application par le juge étranger d'une règle de conflit de lois et l'existence en l'espèce « d'une convention bilatérale destinée précisément à régler les conflits de lois et de juridictions entre les pays signataires ». Il s'agit de faire de la présence du Traité une raison supplémentaire pour ne pas imposer trop strictement nos propres conceptions au juge étranger. Mais la formule peut aussi faire penser à la thèse connue selon laquelle, dans le cas où la difficulté de plurinationalité surgit à l'occasion de l'application d'un Traité avec un Etat dont l'intéressé est ressortissant, il faut s'en tenir à la seule nationalité de l'Etat cocontractant, même s'il est avéré que la nationalité effective est celle de l'Etat-tiers — voir références in *J.-Cl. dr. int.* précité, n. 83, et, parmi celles-ci, pour ce qui est de la Convention franco-polonaise, Jodkowski et Ponsard, précités : *Clunier* 1970, p. 559, note 58. Agir autrement serait en effet vider l'engagement international d'une partie de sa portée, en remettant en cause la détermination par l'Etat cosignataire de ses propres nationaux. Bien entendu, cette solution, à laquelle la jurisprudence réserve d'ailleurs un accueil inégal, fait nettement exception à la prédominance largement reconnue de la nationalité effective quand le conflit oppose deux nationalités étrangères.

Pourtant, même comparé à cette position particulière, l'arrêt de Paris garde son originalité. Dans l'espèce en effet, le conflit n'oppose pas la nationalité de l'Etat cocontractant et une nationalité tierce, mais bien les nationalités des deux Etats signataires. Et ce n'est pas à la recherche de la nationalité effective qu'il s'agit de faire exception, mais à la préférence pour la nationalité française. Reste que la solution pourrait encore se justifier en principe comme en pratique. Il demeure en effet souhaitable d'admettre la préférence du tribunal étranger pour sa propre nationalité dès lors qu'il a été directement saisi. De plus, on peut estimer que c'est aussi le meilleur moyen d'assurer dans l'autre Etat l'efficacité des décisions françaises symétriques.

En toute hypothèse, le temps est peut-être venu de soumettre à nouvel examen les solutions couramment données aux conflits positifs, quand la nationalité française est en cause. La Cour de Paris aurait alors annoncé, à sa manière, les changements à venir.

Jean-Pierre LABORDE.

**Arbitrage.** — Clause d'arbitrage. — Forme de la clause. — Convention de New-York du 10 juin 1958, article 2. — Nécessité d'un écrit. — Impossibilité de se référer au droit français de l'arbitrage international.

**Arbitrage.** — Volonté des parties. — Correspondance postérieure au contrat principal. — Référence à une clause d'arbitrage incluse dans un précédent contrat. — Volonté de recourir à l'arbitrage non établie.

*Cour de cassation, chambre commerciale.* — 25 février 1971. France  
MM. Baudoin, président ; Defontaine, rapporteur ; Cochet, avocat général.

général. — Sté C.O.N.F.E.X. c/ Ets Dahan et Denis Bellue. — S.C.P. Boré et Xavier, avocat.

*Ayant invoqué devant la Cour d'appel l'application de la convention de New-York du 10 juin 1958 selon laquelle le recours à l'arbitrage exige une convention écrite, une société ne peut ensuite soutenir qu'en matière d'arbitrage international la convention des parties n'est soumise à aucune condition de forme.*

*A procédé à la recherche prétendument omise de la volonté des parties, la Cour d'appel qui pour dénier tout effet à une convention d'arbitrage relève que postérieurement à l'échange des télex par lequel s'était formé le contrat, le vendeur s'était, dans une correspondance ultérieure, référé aux conditions auxquelles un précédent contrat avait été conclu entre les mêmes parties.*

#### LA COUR,

*Sur le moyen unique, pris en ses trois branches :*

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 18 janvier 1984), que la société Les Etablissements Dahan (la société Dahan), après avoir conclu un premier achat, a passé une nouvelle commande de vêtements à la société de droit roumain Entreprise pour le Commerce Extérieur de la Centrale de l'Industrie des Confections (la société C.O.N.F.E.X.) ; qu'après la livraison des marchandises, la société Dahan, alléguant un défaut de conformité à cette commande, a assigné la société C.O.N.F.E.X. pour obtenir réparation de son préjudice devant le tribunal de commerce de Marseille, juridiction du lieu de la livraison effective de ces marchandises ; que la société C.O.N.F.E.X. a soulevé l'incompétence du tribunal en invoquant une clause compromissoire renvoyant tout litige à la Commission d'Arbitrage auprès de la Chambre de commerce de la République socialiste de Roumanie ;

Attendu qu'il est reproché à l'arrêt d'avoir admis la compétence du tribunal de commerce de Marseille aux motifs, notamment, que la « convention principale des parties » ne comportait pas l'engagement de la société Dahan de soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à cette nouvelle convention alors, selon le pourvoi, d'une part, qu'en matière d'arbitrage international, la convention d'arbitrage n'est soumise à aucune règle de forme ; qu'il suffit que soit établie, par tous moyens de preuve, l'intention des parties de soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement aux contrats conclus entre elles ; que cette preuve peut notamment résulter de la référence aux conditions générales de vente d'une des parties, expressément acceptées par l'autre à l'occasion d'un précédent contrat et rappelées par la première après la conclusion du nouveau contrat sans qu'il y ait d'objection de la seconde ; que l'exigence que la convention principale contienne, ou fasse référence au document qui contient la clause compromissoire, est limitée à l'arbitrage interne soumis à la loi française ; qu'en formulant cette exigence à l'occasion d'un arbitrage international, la Cour d'appel a violé

— S.C.P.

ention de  
age exige  
matière  
à aucune

arti la  
arbitrage  
formé le  
éféré aux  
mêmes

84), que  
ir conclu  
a société  
Centrale  
après la  
éfaut de  
X. pour  
terce de  
in ;  
unai en  
m'ion  
ocliste

ence du  
que la  
ment de  
it naître  
i, d'une  
rbitrage  
lie, par  
rbitrage  
s entre  
x condi-  
ées par  
remière  
on de la  
ou fasse  
limitée  
tte exi-  
a violé

les articles 3 du Code civil, 1443, 1492 et suivants du Nouveau Code de procédure civile, alors que, d'autre part, aux termes de l'article 1<sup>er</sup> de la Convention de Genève du 21 avril 1961, sur l'arbitrage commercial international, applicable au règlement de litiges entre parties ayant, comme en l'espèce, leur siège dans des États contractants, la convention d'arbitrage peut être contenue notamment dans un échange de lettres, de télégrammes ou de communications par télex ; que ces exigences de forme qui pourraient résulter de la loi française et notamment celle selon laquelle la clause compromissoire doit être stipulée dans la convention principale ou dans un document auquel celle-ci se réfère ; qu'en refusant de reconnaître l'effet de la référence faite, par le télex du 25 septembre 1982, au contrat conclu le 10 mars 1980 qui régissait les relations commerciales habituelles des parties, la Cour d'appel a violé, par refus d'application, l'article 55 de la Constitution et le texte susvisé, alors, enfin, que, dans ses conclusions, la société C.O.N.F.E.X. faisait valoir que le contrat du 10 mars 1980, à l'occasion duquel la société Dahan avait formellement accepté ses conditions générales de vente comportant la clause compromissoire, avait été exécuté et se trouvait en cours d'exécution lors de la négociation relative à la livraison du stock de parkas ; qu'en s'abstenant de rechercher si, dans l'intention des parties, leurs relations demeuraient régies par ces conventions, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1108 et 1134 du Code civil ;

Mais attendu, d'une part, qu'ayant invoqué devant la Cour d'appel l'application de la Convention de New-York du 10 juin 1958, selon laquelle le recours à l'arbitrage exige une « convention écrite » qui suppose « une clause compromissoire insérée dans un contrat ou un compromis signé par les parties ou contenue dans un échange de lettres ou de télégrammes », la société C.O.N.F.E.X. ne peut maintenant soutenir qu'en matière d'arbitrage international, la convention des parties « n'est soumise à aucune règle de forme » et qu'il suffit que soit établie « par tous moyens de preuve » la volonté des parties de recourir à un tel arbitrage ;

Attendu, d'autre part, qu'il ne résulte ni de ses conclusions, ni de l'arrêt, que la société C.O.N.F.E.X. ait soutenu devant la Cour d'appel que la Convention de Genève du 21 avril 1961 était applicable au présent litige et que l'unique contrat du 10 mars 1980 « régissait les relations commerciales habituelles des parties » ;

Attendu enfin que l'arrêt relève que l'accord des parties pour la seconde vente s'est concrétisé par « deux télex des 5 et 6 août 1982 faisant suite à une négociation engagée depuis le mois de mai » et que « ce n'est qu'en répondant le 25 septembre 1982 à une demande de la société Dahan à propos de la possibilité de modifier le modèle pour le cas où les parkas ne seraient pas encore fabriqués, que la société C.O.N.F.E.X. a précisé : « pour cette affaire, les conditions contractuelles restent valables, les mêmes que dans notre contrat du 10 mars 1980 » ; qu'il résulte de ces énonciations que ce n'est qu'après la conclusion du second contrat que la société C.O.N.F.E.X. seule avait manifesté la volonté de stipuler « pour cette affaire » une clause compromissoire ; qu'il s'ensuit que la Cour d'appel a procédé à la recherche prétendument omise ;

Qu'irrecevable en sa première branche comme étant incompatible avec les conclusions d'appel et en sa deuxième branche comme étant nouveau et mélangé de fait et de droit, le moyen n'est pas fondé en sa troisième branche ;

*Par ces motifs :*

Rejette le pourvoi.

NOTE. — L'engouement croissant dont bénéficie l'arbitrage en tant que mode de règlement des litiges nés des opérations du commerce international n'est pas toujours unanimement partagé. Ainsi un acheteur français qui prétendait attraire son cocontractant, une société de droit roumain établie à Bucarest, devant le Tribunal de commerce de Marseille plutôt que devant la Commission d'Arbitrage auprès de la Chambre du commerce extérieur de la République socialiste de Roumanie est approuvé par la Chambre commerciale de la Cour de cassation. Cependant la décision n'est évidemment justifiée par aucune marque de défiance à l'égard de l'arbitrage en cause, ni même par la souci de commodité du demandeur mais plutôt par le doute profond que l'on pouvait éprouver à l'égard d'une réelle acceptation de la clause compromissoire par l'acheteur français.

Le contrat portait sur la vente de 13.000 parkas. Précédé d'une négociation qui s'était déroulée à partir de mai 1982, il avait été conclu au moyen de deux télex les 5 et 6 août de la même année. Ensuite, en réponse à une lettre qui lui avait été adressée par l'acheteur à propos du contrat, le vendeur lui indiquait par une lettre en date du 25 septembre 1982 que « pour cette affaire les conditions contractuelles restent valables, les mêmes que dans notre contrat du 10 mars 1980 ». Or, dans ce contrat, il était fait référence aux conditions générales du vendeur, lesquelles incluaient la clause compromissoire litigieuse.

Pour l'emporter devant les juridictions françaises, le vendeur s'était fondé sur plusieurs textes : la Convention de New-York du 10 juin 1958, la Convention européenne de Genève du 21 avril 1961 et également le droit français de l'arbitrage international. Les prescriptions des deux traités internationaux cités en matière de forme de la Convention d'arbitrage sont bien connues. Pour des raisons tenant à sa tardiveté l'argument reposant sur la Convention de Genève de 1961 fut repoussé. Mais la Cour de cassation retint l'application de la Convention de New-York alors que devant elle le vendeur n'entendait plus s'en prévaloir. Quant à la loi française elle ne fut retenue que dans l'examen du troisième moyen sans que son titre de compétence ait vraiment besoin d'être débattu car techniquement il ne s'agissait pour la Cour de cassation que d'apprécier s'il y avait eu de la part de la Cour d'Aix défaut de réponse à conclusions.

Néanmoins, après l'étude de la Convention de New-York, celle du droit français sera effectuée d'autant que le pourvoi contient une affirmation intéressante relativement à l'absence de toute condition de forme en matière de convention d'arbitrage.

I. — L'article II de la Convention de New-York du 10 juin 1958 est-il applicable à la forme d'une convention d'arbitrage invoquée pour décliner la compétence d'une juridiction française alors même qu'aucune procédure d'arbitrage n'a été organisée et, a fortiori, aucune sentence rendue ?

Dans le sens d'une réponse négative, l'on invoquera tant l'intitulé de la Convention que son objet. Intitulée « Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères » celle-ci a pour objet de fixer les conditions

it incompatible avec  
omme étant nouveau  
né en sa troisième

age... tant que mode  
international n'est pas  
qui prétendait attirer  
à Bucarest, devant le  
mission d'Arbitrage  
publique socialiste de  
la Cour de cassation.  
e marque de défiance  
modité du demandeur  
à l'égard d'une réelle  
çais.

d'une négociation qui  
oyen de deux télex les  
lettre qui lui avait été  
idiquait par une lettre  
ditions contractuelles  
rs 1980 ». Or, dans ce  
u vendeur, lesquelles

deur s'était fondé sur  
la Convention  
français de l'arbitrage  
u: es en matière de  
r des raisons tenant à  
de 1961 fut repoussé.  
on de New-York alors  
uant à la loi française  
sans que son titre de  
ement il ne s'agissait  
part de la Cour d'Aix

celle du droit français  
on intéressante relati-  
stière de convention

1958 est-il applicable  
icliner la compétence  
re d'arbitrage n'a été

intitulé de la Conven-  
issance et l'exécution  
le fixer les conditions

dans lesquelles les Etats adhérents admettent la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Tout ceci est évident et oppose la Convention de New-York à une Convention comme celle de Genève de 1961 qui contient une réglementation matérielle de l'arbitrage lui-même. Un arrêt remarqué de la Cour de Paris (21 fév. 1980, *Götaverken* : *D.* 1980, 568, note J. Robert ; *J.C.P.* 81, II, 19512, note P. Level ; *Clunet* 1980, 660, note Ph. Fouchard ; *Rev. crit. dr. int. pr.* 1980, 763, note E. Mezger) a d'ailleurs tiré argument de cet objet pour déclarer que « les dispositions de la Convention de New-York, destinées à faciliter la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales, sont sans application lorsque la demande en justice ne tend pas à voir déclarer exécutoire la sentence rendue à l'issue d'un arbitrage international » (attendu repris presque mot pour mot dans un arrêt de la Cour de cassation, 1<sup>re</sup> ch. civ. du 25 mai 1983 : *Bull. civ.* 1, n° 156 ; *Gaz. Pal.* 1983, 2, Panorama, p. 267 ; *J.C.P.* 83, IV, 239 ; *Rev. crit. dr. int. pr.* 1984, somm. 700).

Cette décision a été critiquée de ce chef et l'on a pu faire remarquer (Ph. Fouchard, note préc. p. 672) que la Convention ne devait pas être privée d'application sous le seul prétexte que ne serait pas directement en cause une demande d'exécution de la sentence. En effet, une demande d'annulation peut rejaillir sur l'efficacité de la sentence en interdisant l'exécution dans les autres pays liés. Cependant dans cette affaire, l'attention s'était davantage focalisée sur l'apport de la Convention de New-York à la qualification d'une sentence comme nationale ou étrangère et cette circonstance a pu être de nature à occulter la question de savoir si véritablement la Convention pouvait être invoquée dans le cadre d'une action en annulation (question qui, à notre avis, mérite une réponse négative ; voir les réflexions nuancées de M<sup>e</sup> Jean Robert, note préc. p. 569, 2).

Une différence essentielle existe de toute façon avec la présente espèce. Dans l'affaire *Götaverken* l'arbitrage avait été conduit à son terme et une sentence avait été rendue. Or, rien de tel ne s'est produit ici puisque les parties n'ont pas dépassé le stade du désaccord sur la convention arbitrale, désaccord porté devant les juridictions françaises.

Pourtant la Cour de cassation a admis l'application de la Convention de New-York ; elle a relevé que celle-ci avait été « invoquée » devant la Cour d'appel. Mais l'invoquée ne saurait suffire à assurer l'application d'une convention internationale dont les conditions objectives d'application doivent aussi être réunies. Puisqu'il n'y avait pas de sentence, seul l'article II peut être invoqué. En effet, le libellé de cet article laisse entendre qu'il pourrait avoir un objet propre quoique inséré dans un texte ne visant explicitement que la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. L'article II.1 débute en effet par ces mots : « Chacun des Etats contractants reconnaît la convention écrite... » et surtout l'article II.3 poursuit : « Le tribunal d'un Etat contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée ».

On peut regretter la distorsion introduite par l'article II dans l'économie générale de la Convention (V. P. Sanders : « Vingt années de la Convention de New-York de 1958 » : *D.P.C.I.* 1979, 359 s., spéc. n° 11, p. 372). Cette distorsion n'aurait pas existé si l'article II avait clairement limité l'effet de ses dispositions au cas où un débat s'élève sur la validité de la convention arbitrale au niveau même de l'instance en exécution, la sentence arbitrale ayant été par hypothèse rendue. Mais on sait que le contentieux de la convention d'arbitrage, quoique susceptible de s'élever seulement au moment où la sentence est rendue, se développe souvent plus tôt et notamment devant la juridiction étatique saisie au mépris de la convention d'arbitrage. Qu'on le regrette ou non, le texte s'impose : la Convention de New-

York a bien visé une hypothèse dans laquelle nulle sentence n'est intervenue. Il n'est pas d'autre moyen d'interpréter l'obligation faite au tribunal d'un Etat contractant de renvoyer les parties à l'arbitrage s'il est « saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article ».

Mais alors, la règle de l'article II devient elle-même une règle de droit matériel, une règle de droit uniforme ayant trait non à l'exécution des sentences, mais à la convention d'arbitrage et à ses effets (en ce sens Albert Jan Van den Berg, *The New-York Convention Arbitration of 1958*, p. 170, § II.2.1). S'il en est ainsi le champ d'application de la Convention se trouve étendu par rapport aux prévisions initiales, ce qui pourrait d'ailleurs soulever quelques difficultés au moins au niveau des Etats qui, comme la France, exigent la réciprocité. Car comment vérifier que la condition de réciprocité se trouve satisfaite si aucune sentence ne vient désigner l'Etat étranger à l'égard duquel doit s'apprécier la qualité d'Etat partie à la Convention ?

Par ailleurs, il est permis de se demander si l'application de la Convention de New-York par le seul biais de son article II n'entraîne pas certaines conséquences issues du système de la Convention. On a déjà relevé que la Cour de cassation avait repoussé le premier moyen qui concluait à l'application du droit français au motif que la Convention de New-York avait été seule invoquée devant les juges du fond. Mais le droit français pouvait-il être atteint au travers de la Convention de New-York ?

On sait en effet que celle-ci inclut certains « principes de préférence » (selon l'expression de M. Paul Lagarde, compte rendu de l'ouvrage de F. Majoros consacré aux Conventions internationales en matière de droit privé : *Rev. crit. dr. int.*, pr. 1982, 231) destinés à sa propre articulation avec d'autres conventions ou même le droit interne des Etats signataires. L'article VII.1 rappelle en effet que les dispositions de la Convention... « ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admises par la législation ou les traités des pays où la sentence est invoquée ». Tout récemment d'ailleurs la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler cette disposition avec un certain éclat (Cass. civ. I, *Pabalk c/ Norsolor*, 9 oct. 1984 : *D.* 1985, 101, note J. Robert ; *Rev. arb.* 1985, 431, note B. Goldman ; *Clunet* 1985, 679, note Ph. Kahn). Pourtant il est difficile d'admettre que la soumission d'un arbitrage à la Convention de New-York par le seul truchement de l'article II de celle-ci suffit à placer cet arbitrage sous le régime de la Convention. L'article II en effet est une disposition sans harmonie avec le texte de la Convention. Si ses termes exprès ne permettent pas de douter de son application à un arbitrage qui n'a produit encore aucune sentence, il devient difficile d'admettre que les termes précis de l'article VII qui visent une « sentence arbitrale » puissent être étendues à une convention d'arbitrage. Visant à assurer une plus grande efficacité internationale des sentences « étrangères » la Convention de New-York n'a pas cru pouvoir se désintéresser des clauses d'arbitrage qui conditionnent de façon éminente elles aussi le succès et l'efficacité de l'arbitrage. Mais si une stricte interprétation oblige à donner effet à la disposition de l'article II qui vise les conventions d'arbitrage même lorsque aucune sentence n'a été rendue, la même stricte interprétation oblige à convenir que l'article VII ne vise que les sentences. On se trouve donc conduit à se replier sur l'article II.3 qui n'oblige les tribunaux d'un Etat contractant à « renvoyer les parties à l'arbitrage » qu'en présence d'une « convention écrite » d'arbitrage au sens de l'article II.2.

Il ne fait alors guère de doute que dans l'espèce soumise à l'appréciation de la Cour de cassation ne se trouvait pas de convention écrite selon les prescriptions de l'article II. Ainsi qu'on l'a souligné la Convention exclut non seulement les conventions verbales — qui sont rares — mais aussi les clauses semi-écrites, à

savoir les clauses de deux parties et à ou coutumières s. 17 oct. 1960 : *Re* conclu au moyen règle de l'article Cour suprême d 1976, vol. I, p. 18 la validité en la téléx à son article à une clause d'ar le vendeur rapp contractuelles r 1980 ».

A supposer m du 25 septembre des 5 et 6 août l la référence à la l'objet d'une acc cette acceptation de New-York de compromissaire :

II. — L'auteur française eût pe mérite d'être pos consentements.

En matière d' toute exigence de français sont de t international dég mai 1981 n'a pas légalisée par cette à l'Etat et aux or est devenu d'usu J. Robert, avec l *international priv* de fond. Elles su l'existence matér:

Le Nouveau C livre IV sur l'arbi relatifs aux condi soire et au compr Selon l'article 14 être stipulée par celle-ci se réfère.

La troisième cu à l'arbitrage inter d'arbitrage mais l trale est établie d'arbitrage ou de leur authenticité

La position du d'arbitrage en m:

savoir les clauses proposées par une lettre ou un autre écrit émanant de l'une des deux parties et acceptées tacitement ou censées l'être en vertu des règles légales ou coutumières sur l'effet du silence (E. Mezger, note sous Cass. civ., sect. comm. 17 oct. 1960 ; *Rev. crit. dr. int. pr.* 1962, 129, spéc. p. 137). Ici le contrat avait été conclu au moyen de deux télex en date des 5 et 6 août 1982 (sur l'extension de la règle de l'article II à une convention passée au moyen d'un échange de télex, V. Cour suprême d'Australie, 17 nov. 1971 ; *Yearbook on Commercial Arbitration*, 1976, vol. I, p. 183 ; la Convention de Genève du 21 avril 1961 admet explicitement la validité en la forme de la clause compromissoire insérée dans un échange de télex à son article I.2.a). Mais aucun de ces télex ne contenait ou ne faisait référence à une clause d'arbitrage. C'est seulement dans une correspondance ultérieure que le vendeur rappela à l'acheteur que, selon lui « pour cette affaire, les conditions contractuelles restent valables, les mêmes que dans notre contrat du 10 mars 1980 ».

A supposer même que l'on soit prêt à considérer que la lettre ultérieure datée du 25 septembre 1982 contribue à préciser le contenu du contrat résultant des télex des 5 et 6 août 1982, il demeure que celle-ci est restée sans réponse connue et que la référence à la clause compromissoire — au demeurant indirecte — n'a pas fait l'objet d'une acceptation de la part de l'acheteur français. Or c'est précisément cette acceptation dénuée d'ambiguïté que paraît exiger l'article II de la Convention de New-York dont le libéralisme ne va pas au-delà de l'insertion de la clause compromissoire ou du compromis dans un échange de lettres ou de télégrammes.

II. — L'auteur du pourvoi semble avoir supposé que l'application de la loi française eût permis de donner effet à la clause compromissoire. La question mérite d'être posée tant sur le plan du formalisme que sur celui de l'échange des consentements.

En matière d'arbitrage international, la clause d'arbitrage est-elle soustraite à toute exigence de forme ? Sur la convention d'arbitrage les dispositions du droit français sont de trois sortes. On rencontre d'abord les règles propres à l'arbitrage international dégagées par la jurisprudence dans un domaine que le décret du 12 mai 1981 n'a pas considéré comme sien. Cette jurisprudence, en quelque sorte légalisée par cette démarche, comporte les règles bien connues sur la faculté ouverte à l'Etat et aux organismes publics de recourir à l'arbitrage ainsi que sur ce qu'il est devenu d'usage d'appeler « l'autonomie de la clause compromissoire » (V. J. Robert, avec la collaboration de B. Moreau, *L'arbitrage. Droit interne. Droit international privé*, n° 281, p. 243). Ces règles ne sont relatives qu'à des questions de fond. Elles supposent, pour trouver application, une clause d'arbitrage dont l'existence matérielle est *prima facie* établie. Leur domaine n'est pas la forme.

Le Nouveau Code de procédure civile comporte ensuite les dispositions du livre IV sur l'arbitrage. Dans le titre I de ce livre IV, les articles 1443 et 1449 sont relatifs aux conditions de forme respectivement applicables à la clause compromissoire et au compromis. Chacun de ces actes juridiques doit être constaté par écrit. Selon l'article 1443 alinéa 1 « la clause compromissoire doit, à peine de nullité, être stipulée par écrit dans la convention principale ou dans un document auquel celle-ci se réfère ».

La troisième catégorie de règles est constituée par la matière du titre V relative à l'arbitrage international. Aucune règle de forme n'est consacrée à la convention d'arbitrage mais l'article 1499 alinéa 1 dispose : « L'existence d'une sentence arbitrale est établie par la production de l'original accompagné de la convention d'arbitrage ou des copies de ces documents réunissant les conditions requises pour leur authenticité ».

La position du droit français sur la question de la forme d'une convention d'arbitrage en matière internationale résulte donc de la combinaison de ces deux

derniers corps de règles. La première constatation qui s'impose est celle de l'absence de toute prescription de forme formulée directement à l'égard de la convention d'arbitrage en matière internationale. Cette carence est logique dans la mesure où le décret ne prétendait régler que des questions de procédure. Au demeurant il eût été sans doute excessif que la France édictât une règle de forme applicable sans discrimination à toutes les conventions d'arbitrage international dont le juge français pouvait avoir à connaître.

Il reste qu'en matière d'arbitrage international, une convention d'arbitrage peut être soumise à la loi française. Dans ce cas les articles 1443 et 1449 trouveront application. Mais l'article 1495 a bien précisé que lorsque l'arbitrage international est soumis à la loi française les dispositions des titres I, II et III du livre IV (dont font partie les articles 1443 et 1449) ne s'appliquent qu'à défaut de convention particulière. Ces règles sont donc devenues supplétives. Mais en l'occurrence « supplétives » signifie « privées de sanction ». Il serait certainement considéré comme excessivement subtil d'exiger que les parties aient indiqué spécialement leur volonté de déroger à l'article 1443. La volonté de déroger par convention particulière à l'article 1443 sera purement et simplement assimilée à l'exercice de la dérogation. Ainsi qu'on l'a écrit : « le fait pour les parties de tomber d'accord sans rédiger un écrit ou des écrits signés par toutes les parties équivaut à une convention particulière dérogatoire (P. Bellet et E. Mezger, « L'arbitrage international dans le nouveau Code de procédure civile » : *Rev. crit. dr. int. pr.* 1982, 611 s., spéc. p. 639).

En définitive la seule règle française susceptible de régir la forme d'une convention d'arbitrage international est celle de l'article 1499 alinéa 1 qui exige pour la reconnaissance et l'exécution forcée des sentences arbitrales en France la production de la convention d'arbitrage ou de sa copie. La règle s'explique aisément par la nécessité de s'assurer, au moment d'insérer la sentence dans l'ordre juridique français, de l'accord initial des parties à un règlement du litige par voie d'arbitrage (en ce sens Bellet et Mezger, *op. et loc. cit.*). Mais il reste à se demander si l'exigence stipulée au niveau de l'exécution peut être repercutée au niveau initial du processus arbitral. M. Ph. Fouchard note que le texte ne montre pas une faveur particulière pour une convention purement orale et ajoute « il faudra bien produire un document écrit portant la trace de l'accord des parties sur la soumission du litige à l'arbitrage » (L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981 » : *Claunet* 1982, 374 s., spéc. p. 385). MM. Bellet et Mezger optent pour la négative (*op. cit.* p. 639) et ne remettent pas en cause la conclusion à laquelle ils étaient déjà parvenus auparavant et selon laquelle « en matière d'arbitrage international il ne doit y avoir ni forme particulière, ni contenu minimum » (*op. cit.* p. 622).

Mais s'il n'y a ni forme particulière, ni contenu minimum, les difficultés ne seront pas levées pour autant. Car la réduction, voire l'anéantissement du formalisme ne peuvent faire disparaître les problèmes que le formalisme avait pour objet de résoudre. Il y a plus de vingt-cinq ans, M. Jean Robert faisait observer à propos de la règle de forme contenue à l'article II de la Convention de New-York : « on rejoint ainsi complètement la théorie du droit positif français selon lequel le compromis n'est pas un acte solennel et qu'il suffit que soit établi indubitablement et par les moyens généraux de la preuve des conventions, mais par écrit, le concours de volonté des parties » (« La Convention de New-York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères » : *D.* 1958, chr. XXXII, p. 225).

Le présent arrêt tendrait pourtant à démontrer qu'en la matière même le formalisme de preuve a été délaissé. Tout moyen de preuve de l'existence d'un acte juridique repose sur un certain mode d'extériorisation du consentement : en ce sens l'exigence d'un écrit indique un seuil. Si l'on écarte ce seuil, ne demeure plus que le problème brut de l'existence du consentement qui forme le contrat. « Une

chose est  
nier. Dro  
et appliq  
N.C.P.C.  
de cassati  
hors de t  
glissement  
l'existenc  
ne « rech  
n'a pas ét  
la décisio  
d'arbitra  
(échange  
une corre  
contrat p  
jeu de co  
la volont

Le pré  
d'un form  
problème  
fermes. U  
à qui son  
second e  
extérieur  
deux pro  
laquelle l  
suppl. 25  
puisque u  
peuvent  
sensibil  
juridictic  
juin 1984  
ces règle  
celui-ci é  
normativ  
en matiè  
conduite  
d'arbitra  
pour val  
cocontra

pose est celle de l'absence l'égard de la convention logique dans la mesure où. Au demeurant il eût le forme applicable sans national dont le juge fran-

vention d'arbitrage peut 1443 et 1449 trouveront l'arbitrage international et la livre IV (dont à défaut de convention ais en l'occurrence « sup- ement considéré comme pécialement leur volonté onvention particulière à xercice de la dérogation. d'accord sans rédiger un e convention particulière ational dans le nouveau 511 s., spéc. p. 639).

r la forme d'une conven- inéa 1 qui exige pour la les en France la produc- s'explique aisément par e dans l'ordre juridique tige par voie d'arbitrage reste à se demander si reutée au niveau initial e montre pas une faveur « il dra bien produire es la soumission du pré- le décret du 12 mai N ger optent pour la a conclusion à laquelle en matière d'arbitrage intenu minimum » (op.

les difficultés ne seront ment du formalisme ne te avait pour objet de isait observer à propos ention de New-York : français selon lequel le établi indubitablement is par écrit, le concours du 10 juin 1958 pour la igères » : *D.* 1958, chr.

natière même le forma- e l'existence d'un acte onsement ; en ce seul, ne demeure plus rme le contrat. « Une

chose est de prouver le contrat, autre chose de savoir s'il a été formé » (J. Carbonnier, *Droit civil*, T. IV, n° 14, p. 67. V. en ce sens, en matière d'arbitrage interne et appliquant les règles en vigueur avant la mise en application de l'article 1443 N.C.P.C., Paris 18 mars 1983 : *Rev. arb.* 1983, 491, note J. Robert). Pour la Cour de cassation, suivant le pourvoi, il ne s'agissait plus en définitive que de savoir, hors de tout formalisme, si la convention d'arbitrage avait bien été formée. Un glissement s'opère ouvertement de la question de la preuve du contrat à celle de l'existence du consentement qui forme le contrat. Sans doute, la Cour de cassation ne « recherche » pas un consentement mais se contente de vérifier que la recherche n'a pas été omise et comporte les éléments qui constituent le support nécessaire de la décision critiquée. En l'espèce il était difficile de se convaincre que la convention d'arbitrage avait bien été souscrite. Il y avait eu formation du contrat de base (échange des télex des 5 et 6 août 1982) mais sans clause d'arbitrage. Dans une correspondance ultérieure, le vendeur rappelle à l'acheteur les conditions du contrat précédent. Mais c'est d'un autre contrat qu'il s'agit. La Cour d'appel a beau jeu de conclure que le vendeur, « la Société C.O.N.F.E.X. seule avait manifesté la volonté de stipuler pour cette affaire " une clause compromissoire ».

Le présent arrêt ne plaide donc guère en faveur de l'existence dans notre droit d'un formalisme probatoire en matière de convention d'arbitrage. Pourtant les problèmes existent et mériteraient d'être résolus au moyen de directives plus fermes. Un premier problème, bien connu, est celui de la valeur du silence de celui à qui son cocontractant a adressé par tel ou tel moyen une clause d'arbitrage. Le second est celui de la valeur d'une clause d'arbitrage incluse dans un document extérieur au contrat principal auquel il est fait par quelque moyen référence. Les deux problèmes peuvent être liés. Toujours sous-jacente est la considération selon laquelle les parties sont ou non en relation d'affaires habituelles (Cf. Paris, 1<sup>re</sup> ch. suppl. 25 mars 1983 : *Rev. arb.* 1984, 363, note J. Robert). Ce n'était pas le cas ici puisqu'un seul contrat était intervenu auparavant. Pour ces différents cas des règles peuvent être dégagées (V. dans un contexte normatif et institutionnel, il est vrai, sensiblement différent, la réglementation européenne de la clause attributive de juridiction qui pose bien des problèmes similaires. En dernier lieu, C.J.C.E. 19 juin 1984 : *Rev. crit. dr. int. pr.* 1985, 385, note H. Gaudemet-Tallon). L'utilité de ces règles serait de ne pas contraindre le juge à sonder directement le consentement, celui-ci étant atteint médiatement. Mais les règles s'adressent aussi aux parties : normatives, comme doit l'être toute règle (et l'article 1443 N.C.P.C. ne l'est plus en matière internationale) elles dresseraient à leur intention une typologie des conduites efficaces à tenir lors de la conclusion de conventions incluant une clause d'arbitrage. A cet égard, ainsi que le rappelle le présent arrêt, on ne saurait tenir pour valable la tentative d'opposer subrepticement une clause d'arbitrage à un cocontractant.

Jean-Michel JACQUET.