

COUR DE CASSATION (1<sup>re</sup> Chambre civile)

26 juin 1990

Société Dreistem Werk c/ société Crouzier

## COUR D'APPEL DE VERSAILLES

23 janvier 1991

Société Bomar Oil c/ ETAP

ARBITRAGE INTERNATIONAL. — CLAUSE COMPROMISSOIRE PAR RÉFÉRENCE. — 1<sup>re</sup>) ACCEPTATION. — CONDITIONS. — 2<sup>e</sup>) CONVENTION DE NEW YORK. — INTERPRÉTATION COMPARÉE AUX EXIGENCES DU DROIT FRANÇAIS.

CLAUSE COMPROMISSOIRE. — CLAUSE COMPROMISSOIRE PAR RÉFÉRENCE. — ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE SON ACCEPTATION. — CONNAISSANCE DE LA TENUEUR DES DISPOSITIONS LA RENFERMANTE. — SILENCE.

CONVENTION DE NEW YORK. — CONVENTION DE NEW YORK DU 10 JUIN 1958. — ART. I, II, VII. — INTERPRÉTATION. — APPLICATION DE LA CONVENTION AUX CONTESTATIONS RELATIVES À LA VALIDITÉ OU À L'EXISTENCE DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE. — IDENTITÉ D'EXIGENCE DE LA CONVENTION ET DU DROIT FRANÇAIS EN MATIÈRE DE FORME DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE.

*Ne donne pas de base légale à sa décision la Cour d'appel qui, pour écarter l'application d'une clause compromissoire, énonce qu'elle ne figure pas dans la convention principale dont le texte ne cite pas cette clause, mais se contente de faire un renvoi à des conditions générales qui n'étaient ni signées ni acceptées ; en effet, la Cour d'appel aurait dû rechercher si la partie qui conteste l'application de la clause n'avait pas eu connaissance de la teneur desdites conditions générales la comportant et, dans l'affirmative, si elle n'avait pas, par son silence, accepté leur incorporation au contrat (1<sup>re</sup> espèce).*

*Le recours en annulation, s'il ne tend pas à faire déclarer exécutoire la sentence, peut conduire à la priver du caractère exécutoire : il est donc impossible de dissocier le régime de l'exécution de la sentence et celui de son annulation, dès lors que, comme en l'espèce, le recours en annulation est fondé sur la contestation de la validité même d'une clause compromissoire par référence ; ainsi, même s'il résulte de l'article 1 de la Convention de New York qu'elle ne s'applique qu'aux litiges nés de la reconnaissance et de l'exécution d'une sentence arbitrale, il y a lieu de la tenir pour applicable à toute contestation relative à la validité ou à l'existence même d'une clause d'arbitrage ; il en est tout spécialement ainsi de l'article II al. 1 et 2 de cette Convention (2<sup>e</sup> espèce).*

*Il résulte de l'article VII de cette même Convention, que le juge français, saisi d'un recours à l'encontre d'une sentence doit écarter le cas échéant les dispositions de la Convention de New York si le droit français est plus favorable ; il apparaît à cet égard que l'art. 1499 et, sur renvoi de l'article 1495, l'art. 1443 NCPC, imposent comme la Convention de New York, un écrit comme condition de validité de la clause compromissoire et que si ni l'un*

ni l'autre de ces textes n'excluent la possibilité de l'adoption d'une clause compromissoire par référence à un document qui la contient, encore faut-il, en vertu du principe du consensualisme, dès lors que l'existence de cette clause n'est pas mentionnée dans la convention principale, mais seulement dans un document auquel celle-ci se réfère, que soit rapportée la preuve de ce que la partie à laquelle est opposée la clause compromissoire, a bien eu connaissance de ladite clause au moment de la conclusion de la convention principale (2<sup>e</sup> espèce).

PREMIÈRE ESPÈCE  
(Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 26 juin 1990)

LA COUR,

Sur le moyen unique, pris en sa quatrième branche :

Vu l'article 1134 du Code civil ;

Attendu que la société de droit français Crouzier a acheté à la société de droit allemand Dreistern une profileuse, qu'elle a utilisé durant dix ans ; qu'en mars 1986, elle lui a demandé de procéder à une révision de cette machine ; que, par un premier télex du 3 avril 1986, confirmé par un deuxième télex du 8 avril 1986, la société Dreistern s'est offert de réviser le train de galets et d'effectuer le changement de certaines pièces ; que, selon télex du 10 avril 1986, la société Crouzier a accepté cette offre, en demandant que la révision soit terminée pour le 5 mai ; que, par un dernier télex du 14 avril 1986, la société Dreistern s'est engagé à réaliser pour le 13 juin 1986 la livraison de la profileuse révisée, ajoutant sous la rubrique des conditions de vente et de livraison : « Nous nous référons pour ce point aux conditions générales de l'ONU n° 188, ainsi que, le cas échéant, aux conditions particulières que nous appliquons pour les trains de galets » ; qu'en réalité, ce n'est qu'en octobre 1986, après de nouvelles interventions de la société Dreistern, que la machine a pu fonctionner normalement ; que, dès le 4 novembre 1986, la société Crouzier a assigné en réparation de son préjudice ladite société Dreistern, laquelle a soulevé l'incompétence de la juridiction française saisie, au motif qu'une clause compromissoire insérée dans les conditions générales de l'ONU n° 188 prévoyait un arbitrage organisé selon le règlement de conciliation et d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale ;

Attendu que, pour écarter l'application de la clause compromissoire, l'arrêt attaqué énonce qu'elle ne figure pas dans la convention principale dont le texte ne cite pas cette clause, mais se contente de faire un renvoi à des conditions générales qui n'étaient ni signées ni acceptées par les parties ;

Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher si la société Crouzier n'avait pas eu connaissance de la teneur des conditions générales de l'ONU, comportant la clause compromissoire et si, dans l'affirmative, elle n'avait pas, par son silence, accepté leur incorporation au contrat, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 8 septembre 1988, entre les parties, par la Cour d'appel de Nancy ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel de Dijon ;

MM. CAUILLE BERNARD, prés. ; THIERRY, rapp. ; CHARBONNIER, av. gén. ; SCP LYON-CAEN, FABIANI, LIARD, SCP PEIGNOT, GARREAU, av.

DEUXIÈME ESPÈCE  
(Versailles, 23 janvier 1991)

Par un échange de télex intervenu au mois d'août 1983, l'entreprise tunisienne d'activités pétrolières (ETAP), établissement public tunisien à caractère industriel et commercial et la société Bomar Oil NV, ayant son siège social à Willemstad, Curaçao (Antilles-Néerlandaises), ont conclu un accord portant sur la vente par l'ETAP de pétrole brut, ledit accord se référant aux autres conditions d'un « contrat standard ETAP » ; la convention comportait une clause d'équité prévoyant, sous certaines conditions la possibilité de rediscussion du prix ; un différend étant survenu entre les parties sur l'application de cette clause, l'ETAP a notifié à la société Bomar Oil sa décision de recourir à la procédure d'arbitrage prévue à l'article 16 du contrat standard ; la société Bomar ayant contesté avoir adhéré à une quelconque clause d'arbitrage et refusé de désigner son arbitre, celui-ci a été nommé par le Président de la Chambre de commerce internationale ; les arbitres ont établi, le 2 juillet 1984, un acte de mission signé par les représentants des parties, précisant que l'arbitrage aurait lieu à Paris et que les règles de procédure applicables seraient celles de la loi du siège de cet arbitrage (loi française complétée par le règlement d'arbitrage de la CNUDCI) ; le 25 janvier 1985, les arbitres ont rendu une sentence rejetant l'exception d'incompétence soulevée par la défenderesse ;

Invoquant les dispositions des articles 1504 et 1505 du nouveau Code de procédure civile, la société Bomar Oil a formé, devant la Cour d'appel de Paris, un recours en annulation de la sentence arbitrale ainsi rendue. A l'appui de ce recours, elle soutenait notamment que la clause d'arbitrage, qui n'était pas contenue dans un écrit signé par les parties mais était seulement incluse dans un contrat standard auquel se référait la convention principale, devait être considérée comme inexistante ;

Par arrêt prononcé le 20 janvier 1987, la Cour d'appel de Paris rejetait le recours formé par la société Bomar Oil ;

Sur pourvoi formé par cette dernière la Cour de cassation a cassé et annulé, le 11 octobre 1989, l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris ;

Au soutien de cette décision, la Cour de cassation a relevé ce qui suit :  
« Vu l'article II, alinéa 1 et 2 de la Convention de New York du 10 juin 1958 ;

« Attendu, qu'aux termes de la première de ces dispositions, chacun des Etats contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage ; que, d'après la seconde, on entend par « convention écrite » une clause compromissoire insérée dans un contrat ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes ;

« Attendu que, pour estimer valablement adoptée par les parties la clause d'arbitrage incluse dans le contrat standard ETAP, auquel se référerait la convention principale conclue par échange de télex, l'arrêt attaqué énonce que la société Bomar Oil, rompue aux opérations liées au commerce des hydrocarbures, ne peut prétendre avoir ignoré les clauses habituelles des conventions conclues dans ce secteur d'activité ; qu'au surplus, il lui appartenait, avant de donner son accord définitif aux propositions d'ETAP, de consulter le contrat type, auquel le télex du vendeur se référerait expressément ;

« Attendu, cependant, que si les textes susvisés n'excluent pas l'adoption d'une clause compromissoire par référence à un document qui la contient, encore faut-il — comme l'exigerait d'ailleurs la loi française — que l'existence de cette clause soit mentionnée dans la convention principale, sauf s'il existe entre les parties des relations habituelles d'affaires qui leur assurent une parfaite connaissance des stipulations écrites régissant contractuellement leurs rapports commerciaux ;

« Attendu, qu'en statuant comme elle a fait, sans constater que la clause litigieuse avait été mentionnée dans l'échange de télex, ni qu'il existait des relations habituelles d'affaires entre les parties, la Cour d'appel a violé les textes susvisés » ;

Devant la présente Cour, désignée comme juridiction de renvoi, la société Bomar Oil reprend son moyen tiré de l'absence de toute adhésion de sa part à une quelconque clause compromissoire ; elle fait valoir à cet effet que la clause d'arbitrage a été insérée, non dans la convention principale conclue par échange de télex, mais seulement dans le contrat standard ETAP, auquel se référerait la convention principale ; elle observe que la convention principale ne contient elle-même aucune référence expresse à l'existence d'une clause compromissoire contenue dans ledit contrat standard ; elle affirme qu'antérieurement à la conclusion de la convention litigieuse, elle n'aurait jamais été en rapport d'affaires avec la société ETAP et prétend que lors de la passation de la convention dont s'agit, elle n'aurait pas eu connaissance de la clause compromissoire figurant dans le contrat-type, contrat dont l'application aurait été au demeurant limitée à celle de ses seules clauses considérées comme obligatoires dans le commerce international du pétrole brut. Faisant valoir en outre que les dispositions de l'article II, alinéas 1 et 2 de la Convention de New York du 10 juin 1958, tout comme la loi française et tout comme le Concordat suisse sur l'arbitrage, auquel renvoie l'article 16 du contrat standard de la société ETAP, puisqu'il fixe à Genève « le for de l'arbitrage » excluraient la possibilité « d'adoption d'une clause d'arbitrage par référence », elle demande à la Cour d'annuler la sentence arbitrale susvisée et de renvoyer la société ETAP à se mieux pourvoir devant la juridiction étatique compétente ; elle précise encore qu'elle s'oppose, en tout état de cause, comme le lui permet l'article 1485 du nouveau Code de

procédure civile, à ce que la Cour statue sur le fond dans les limites de la mission de l'arbitre, elle-même ayant toujours contesté, en l'espèce, le pouvoir juridictionnel des arbitres ; elle sollicite enfin l'allocation d'une somme de 50 000 francs, au titre de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, outre la condamnation de la partie adverse aux entiers dépens.

La société ETAP répond :

1°) que le 22 août 1983, un représentant de la société Bomar Oil s'est rendu à Tunis, au siège de la société ETAP, qu'à cette occasion, celle-ci a remis à ce représentant un exemplaire du contrat-type ETAP, qu'ainsi la société Bomar Oil a eu connaissance des clauses de ce contrat et, notamment de la clause d'arbitrage et que dès lors cette clause doit être considérée comme faisant partie intégrante du marché conclu entre les deux sociétés ;

2°) que la Convention de New York ne serait pas applicable en l'espèce, la sentence arbitrale ayant été rendue à Paris et qu'en tout état de cause cette convention, tout comme la loi française, ne subordonneraient nullement la validité d'une clause d'arbitrage par référence à un document qui la contient à la mention de l'existence de cette clause dans la convention principale, dès lors que comme en l'espèce la convention principale relève du commerce international et qu'elle a été conclue entre professionnels du même milieu ; qu'il suffirait, en matière d'arbitrage international, que la partie à qui on oppose la clause compromissoire en ait connu ou ait pu en connaître l'existence et la teneur ; que telle serait d'ailleurs l'interprétation généralement donnée à l'article 7 de la loi-type de la CNUDCI ;

3°) que le concordat suisse sur l'arbitrage ne serait pas applicable en l'espèce, les parties ayant non seulement choisi Paris comme lieu d'arbitrage mais encore convenu d'adopter la loi de procédure française éventuellement complétée par le règlement CNUDCI.

Elle conclut donc au rejet du recours en annulation. Elle sollicite, enfin, l'allocation de la somme de 50 000 francs, au titre de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, outre la condamnation de la partie adverse en tous les dépens de première instance, d'appel et de cassation.

SUR CE, LA COUR,

Considérant, sur le droit applicable à l'appréciation de la validité de la clause d'arbitrage par référence, que l'article 1504 du nouveau Code de procédure civile, sur lequel est fondé le recours en annulation de la société Bomar Oil (texte inséré au chapitre II dudit code, intitulé « Les voies de recours contre les sentences arbitrales rendues à l'étranger ou en matière d'arbitrage international ») dispose : « La sentence arbitrale rendue en France en matière d'arbitrage international peut faire l'objet d'un recours en annulation dans les cas prévus à l'article 1502 » ; que l'article 1505 précise : « Le recours en annulation prévu à l'article 1504 est porté devant la Cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue » ; que l'article 1502, auquel renvoie l'article 1503, concerne l'appel de la décision qui accorde la reconnaissance ou l'exécution et prévoit, comme cas d'ouverture de ce recours celui où la validité ou l'existence même de la sentence d'arbitrage se trouve contestée ; qu'il ne saurait être dénié que le recours en annulation, s'il ne tend pas à faire déclarer exécutoire la sentence, conduit à la priver du caractère exécutoire ; qu'il est donc impossible de dissocier le

régime de l'exécution de la sentence et celui de son annulation, dès lors que, comme en l'espèce, le recours en annulation est fondé sur la contestation de la validité même de la clause d'arbitrage par référence à un document qui la contient et que l'auteur du recours conteste avoir adhéré à une quelconque clause d'arbitrage.

Considérant qu'il est constant qu'en l'espèce la Convention de New York du 10 juin 1958, intitulée « Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères », aurait vocation à régir l'exequatur et donc la reconnaissance et l'exécution de la sentence litigieuse, les Etats dont relèvent les deux sociétés en cause étant parties contractantes à la Convention de New York ; que dès lors, même s'il résulte de l'article 1 de cette Convention qu'elle ne s'applique qu'aux litiges nés de la reconnaissance et de l'exécution d'une sentence arbitrale, il y a lieu, eu égard à ce qui a été dit ci-dessus, de la tenir pour applicable à toute contestation relative à la validité ou à l'existence même d'une clause d'arbitrage ; qu'il en est ainsi spécialement de l'article II alinéas 1 et 2 de la Convention de New York qui dispose :

« 1° Chacun des Etats contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage ;

« 2° On entend par " convention écrite " une clause compromissoire insérée dans un contrat ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes » ;

Considérant que l'article VII de cette Convention précise : « Les dispositions de la présente 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 du pays où la sentence est invoquée ; qu'il s'ensuit que le juge français, saisi d'un recours à l'encontre d'une sentence arbitrale, doit écarter le cas échéant, les dispositions de la Convention de New York si le droit national français est plus favorable ; qu'il convient donc de rechercher, eu égard au moyen soulevé par la société ETAP et tiré de ce que seul le droit français serait applicable en l'espèce, s'il existe, en droit français, en matière d'arbitrage international, des dispositions concernant la validité de la clause compromissoire plus favorable que la Convention de New York ; que force est de relever que l'article 1499 du nouveau Code de procédure civile, relatif à la reconnaissance, à l'exécution forcée et aux voies de recours à l'égard des sentences arbitrales rendues à l'étranger ou en matière d'arbitrage international, énonce : « L'existence d'une sentence arbitrale est établie par la production de l'original accompagné de la convention d'arbitrage » ; que l'article 1443 du nouveau Code de procédure civile, auquel renvoie l'article 1495 en matière d'arbitrage international dispose : « 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 » ; qu'il apparaît ainsi que ces articles, tout comme la Convention de New York, imposent un écrit comme condition de validité de la clause compromissoire et que si ni l'un ni l'autre de ces textes n'excluent la possibilité de l'adoption d'une clause compromissoire par référence à un document qui la contient, encore faut-il, en vertu du principe du consensus, dès lors que l'existence de cette clause n'est pas mentionnée dans la convention principale, mais seulement dans un document auquel se réfère la

convention principale, qu'il soit rapportée la preuve de ce que la partie, à laquelle l'autre partie prétend opposer une clause compromissoire, a bien eu connaissance de ladite clause au moment de la conclusion de la convention principale, cette preuve pouvant en l'espèce être rapportée par tous moyens, les parties ayant l'une et l'autre la qualité de commerçant.

Considérant qu'il résulte des pièces produites que le 16 août 1983, la société ETAP a adressé à la société Bomar Oil un télex l'informant qu'elle était vendeur de pétrole brut tunisien », télex énonçant dix des conditions auxquelles se ferait la vente en cas d'accord et renvoyant pour les autres conditions, en ces termes à un contrat dit « Standard ETAP » : « 11) Autres conditions : celles du contrat standard ETAP. Ce contrat est à la disposition des soumissionnaires à la direction commercialisation et programmation de l'ETAP » ; que ce télex précisait, *in fine* : « Si vous êtes intéressés, prière nous communiquer votre meilleure offre de prix et ce, au plus tard, le jeudi 18 août 1983. Votre offre devra être validée au moins au samedi 20 août 1983 » ;

Considérant que le 18 août 1983, la société Bomar Oil répondait par télex à la société ETAP : « L'offre ci-après est soumise à votre appréciation et nous sollicitons que son acceptation nous soit communiquée par télex... » ; qu'elle proposait notamment d'acheter « 65 000 tonnes métriques plus 10 % au choix de l'acheteur, \$ 31,05 par baril chargé » ; qu'elle formulait certaines conditions d'achat, notamment de paiement, en ajoutant « Toutes les autres clauses et conditions seront régies par les us et coutumes de la branche » ;

Considérant cependant que, dès le 19 août 1983, un nouveau télex adressé par la société Bomar Oil à la société ETAP et signé Jack Hatchwell modifiait certaines conditions contenues dans le télex du 18 août 1983 ;

Considérant que le 22 août 1983 un nouveau télex, ainsi libellé, était envoyé par la société Bomar Oil à la société ETAP : « Nous référant au télex de Monsieur Hatchwell du 19 août 1983 et pour faire suite à la visite qu'il vous a rendue ce matin, nous modifions présentement la date limite du 1<sup>er</sup> septembre que nous remplaçons par le 6 septembre 1983... Nous prenons également note de la possibilité d'échanger le brut zarzaitine pour de l'arabe light et vous soumettrons prochainement une proposition » ;

Considérant que le 25 août 1983, la société ETAP adressait à la société Bomar Oil un télex en réponse, comportant référence à celui du 22 août 1983 ainsi qu'à une conversation téléphonique « Mr Hatchwell/Belkahlia », télex énonçant neuf des conditions de la vente, si celle-ci venait à être conclue, et précisant « 10) Autres conditions (inspection, etc.) : celles du contrat standard de vente ETAP (qui sont en ligne avec la pratique dans le commerce international du pétrole brut) » ; qu'il se termine par l'indication : « P.S. : Prière confirmer accord Par TLX Tournant ».

Considérant que par télex du 26 août 1983, la société Bomar Oil répondait, en ces termes, à la société ETAP « RE - Votre télex du 25 août 1983, Nous vous confirmons notre accord sur les termes de votre télex ci-dessus mentionné. Jack Hatchwell-Bomar Oil-Paris » ;

Considérant que par télex du 29 août 1983, la société ETAP demandait à la société Bomar Oil de lui fournir, la garantie bancaire convenue ; que par télex du 30 août 1983, la société Bomar lui promettait « garantie » sitôt après le 6 septembre 1983 ; que la société Bomar répondait à la demande, en ces termes, par nouveau télex du 1<sup>er</sup> septembre 1983 : « Suite à votre télex

du 30 août 1983 et conformément à l'article 9 de notre télex du 16 août 1983, l'ouverture de la caution bancaire devra intervenir dès la conclusion du contrat. Par conséquent, vous prions de procéder d'urgence à cette ouverture auprès de notre banque, la société Tunisienne de Banque (STB) Tunis suivant texte annexé à notre contrat standard, dont copie vous a été remise lors de notre réunion du 22 août à Tunis. Cependant vous pourriez préciser que la caution est valable jusqu'au 14 octobre 1983... Prière activer », puis par télex du 7 septembre 1983 « Conformément à la clause d'équité, nous vous confirmons que le prix de 31,05 USD/BBL FOB La Skhirra devient ferme et définitif et vous prions en conséquence d'ouvrir la garantie bancaire de 5 % de la valeur du contrat auprès de notre banque, la société Tunisienne de Banque, suivant texte annexé à notre contrat standard ;

Considérant que par nouveau télex du 22 septembre 1983, la société ETAP mettait la société Bomar en demeure de procéder à la production de la garantie bancaire susvisée en précisant : « Passé le délai de 48 heures à compter de la date d'expédition du présent télex, nous déclencherons la procédure d'arbitrage prévue par l'article 16 de notre contrat standard » ;

Considérant que par télex du 23 septembre 1983, la société Bomar répondait : « Nous résumons notre position : 1) comme il n'y a jamais eu d'accord sur le prix, il n'y a pas eu de contrat. Des discussions ont eu lieu directement entre moi-même et votre sieur Belkhaya, le 6 septembre 1983, au cours desquelles la conception de Monsieur Belkhaya en matière de prix était de 30,70 dollars par baril, que nous avons trouvé non compétitif, en sorte qu'aucun accord n'a été conclu. 2) Puisqu'aucun accord sur le prix n'a été conclu, il n'y a pas eu de contrat et puisqu'il n'y a pas de contrat, il n'y a aucune nécessité pour Bomar de mettre en place une garantie » ;

Considérant que par télex du 5 octobre 1983, signé Hatchwell la société Bomar proposait à la société ETAP une nouvelle offre d'achat, à certaines conditions, notamment au prix de 29 US dollars, le début de ce télex étant établi en ces termes « Afin de clore le différend qui nous oppose et dans le but de rétablir de bonnes relations commerciales entre nos deux sociétés, nous sommes actuellement en mesure de vous faire l'offre d'achat ferme suivante... » ; qu'il était précisé qu'en ce qui concerne les « autres conditions », elles seraient « celles du contrat standard de vente ETAP » ; qu'elle formait encore de nouvelles propositions par télex du 19 octobre 1983 et le 15 février 1985, l'une et l'autre comportant la mention : « Autres conditions, celles du contrat standard de vente ETAP. Il est entendu qu'à la conclusion de cette opération, ETAP confirmera par télex à Bomar qu'il n'existe plus de litige entre les deux parties » ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le télex du 16 août 1983 s'analyse, non pas en une offre de vente précise à un prix déterminé, mais en un appel d'offre internationale sur un marché, dont l'auteur a défini lui-même les termes dans un document qu'il tient à la disposition de toute personne intéressée ; que, dans les réponses qu'elle a données, le 18, le 19 et le 22 août 1983, la société Bomar a voulu substituer à l'acceptation d'une soumission la conclusion d'un contrat « individualisé » ; que son représentant Monsieur Hatchwell est allé à Tunis à la direction commerciale de la société ETAP, le 22 août 1983, pour conforter ses propositions ; qu'il a assisté le même jour à une réunion, au cours de laquelle il lui a été remis une copie du contrat standard ETAP ; que c'est également Monsieur Hatchwell qui a traité avec la société ETAP au nom de la société Bomar, puisqu'il est le signataire, notamment du télex du 19 août 1983 et surtout du télex d'accepta-

tion du 26 août 1983 comportant adhésion en ce qui concerne les « autres conditions » au contrat standard ETAP ; qu'il apparaît ainsi qu'en tant qu'homme d'affaires avisé, Monsieur Hatchwell n'a pu, comme il l'a fait, le 26 août 1983, avoir renoncé aux propositions contenues dans les télex antérieurs émanant de la société Bomar, lesquelles tendaient à voir écarter la référence au contrat standard ETAP au profit des « us et coutumes de la branche » et avoir donné son plein et entier accord sur les termes du télex de la société ETAP du 25 août 1983 contenant référence à ce contrat standard, sans avoir pris connaissance dudit contrat, alors surtout qu'il est venu spécialement à Tunis où ce document était à sa disposition, comme le précisait le télex du 16 août 1983 ;

Considérant, en outre, qu'avisé par la société ETAP du déclenchement de la procédure d'arbitrage prévue dans le contrat standard ETAP, faute de fourniture de la garantie bancaire dans les termes du texte annexé audit contrat, la société Bomar Oil représentée par Monsieur Hatchwell, non seulement n'a présenté aucune observation sur l'utilisation de cette procédure, ni contesté que Monsieur Hatchwell ait reçu une copie du contrat standard lors de son déplacement le 22 août 1983 à Tunis, comme le relevait la société ETAP dans son télex susvisé du 25 août 1983, mais encore offert de traiter à un nouveau prix, formalisé certaines conditions et précisé sans autre distinction que pour les autres conditions, il y aurait lieu de s'en référer au contrat standard ETAP ;

Considérant qu'il s'infère de ces constatations qu'avant que la société Bomar Oil, par télex du 26 août 1983 signé « Hatchwell » n'ait accepté, sans la moindre réserve les propositions contenues dans le télex du 25 août 1983 de la société ETAP se référant au contrat standard ETAP, elle avait eu connaissance des stipulations expresses de ce contrat standard, dont une copie avait été remise le 22 août 1983 à Monsieur Hatchwell lors de son déplacement à Tunis ;

Considérant qu'il convient dès lors de débouter la société Bomar Oil de son recours en annulation, la clause d'arbitrage contenue dans le contrat standard ETAP, auquel se réfère la convention principale conclue par échange des télex des 25 et 26 août 1983, lui étant parfaitement opposable ;

Considérant que la condamnation de la société Bomar Oil aux dépens sollicitée par la société ETAP doit être limitée aux seuls dépens exposés tant devant la Cour de Paris que devant la présente Cour, le Tribunal arbitral, qui s'est borné à rejeter une exception d'incompétence, sans statuer sur le fond du litige, ayant à juste titre réservé les dépens, et la Cour de cassation dans son arrêt du 11 octobre 1989, ayant statué sur les dépens engagés devant elle ;

Considérant que l'équité commande que la société ETAP soit remboursée, à hauteur de 40 000 francs, des frais irrépétibles par elle exposés ; qu'il convient donc de condamner la société Bomar Oil à lui payer la somme de 40 000 francs, au titre de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile ;

Considérant que la société Bomar Oil, qui succombe, ne saurait se voir allouer une somme d'argent, au titre de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile ;

PAR CES MOTIFS :

La Cour, statuant publiquement, en audience solennelle, conformément à l'article 8

Vu l'arrêt de renvoi de la Cour de cassation en date du 11 octobre 1989,

Rejette le recours en annulation formé par la société Bomar Oil à l'encontre de la sentence arbitrale du 25 janvier 1985 rejetant l'exception d'incompétence par elle soulevée ;

Condamne la société Bomar Oil à payer à la société ETAP la somme de 40 000 francs (quarante mille francs), au titre de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile ;

Déboute la société Bomar Oil de sa demande formée au titre de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile ;

MM. ESTOUP, Premier prés. ; SARGOS, M<sup>me</sup> GABREC, prés. ; M<sup>me</sup> DU THIELLET-LAMONTHEZIE, MARC, cons. ; M<sup>me</sup> COHEN, B. MOREAU, av.

**NOTE.** — C'est une décision importante pour l'avenir des clauses compromissoires par référence que vient de rendre la Cour d'appel de Versailles sur renvoi après cassation d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 20 janvier 1987.

Dans cette affaire, on s'en souvient, la société ETAP opposait à la société Bomar une clause compromissoire existant dans son contrat standard. Bomar, de son côté, soutenait que la clause lui était inopposable puisqu'elle n'était pas incluse dans un écrit signé par elle. (Pour plus de détails sur les faits, on vaudra bien se reporter à nos commentaires des deux arrêts précédents, *Rev. arb.*, 1987.489 et 1990.136).

La Cour de cassation avait cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Paris au visa de l'article II alinéas 1 et 2 de la Convention de New York du 10 juin 1958 en exigeant, pour sa validité, que la clause compromissoire par référence respecte l'une ou l'autre des deux hypothèses suivantes : l'existence de la clause est mentionnée dans le contrat principal ou, à défaut, il existe entre les parties des relations habituelles d'affaires qui leur assurent une parfaite connaissance des stipulations écrites régissant couramment leurs rapports commerciaux.

La Cour d'appel de Versailles avait été invitée par une doctrine unanime à résister aux directives de la Cour de cassation qui étaient considérées comme une régression dans le libéralisme dont avait toujours fait preuve les juridictions françaises en matière d'arbitrage commercial international et plus particulièrement de validité de la clause compromissoire. Loin de suivre ouvertement cette voie, la Cour de Versailles, par un arrêt qui force l'admiration, s'incline mais de telle manière qu'elle ajoute en réalité à l'arrêt de cassation une hypothèse qui ne s'y trouvait pas, mais était directement suggérée par la doctrine.

Ceci est d'autant plus notable qu'entre l'arrêt de la Cour de cassation de 1989 et celui de la Cour d'appel de Versailles reproduit ci-dessus, un autre arrêt de la Cour suprême était rendu le 26 juin 1990. Cet arrêt, également reproduit ci-dessus, est passé inaperçu jusqu'à ce jour et n'a même pas été publié au *Bulletin* ni aux *summaires de la Semaine juridique* ou du *Dalloz*. Cette omission, à elle seule, pourrait signifier combien la Cour savait qu'elle se déjouait par rapport à sa décision dans l'affaire *Bomar*. Les faits de cette nouvelle affaire sont simples : un acheteur français insatisfait d'une machine qui lui a été vendue par une société allemande poursuit cette dernière devant les tribunaux français. Or, le contrat de vente comprenait une référence aux conditions générales de l'ONU n° 188, qui, elles-mêmes, prévoient un règlement des litiges par voie d'arbitrage tel qu'organisé par la CCI.

La société allemande soulève donc l'incompétence des juridictions françaises. La Cour d'appel de Nancy, forte de l'arrêt *Bomar* du 11 octobre 1989, a cru pouvoir écarter l'application de la clause compromissoire, en énonçant qu'elle « ne figure pas dans la convention principale dont le texte ne cite pas cette clause mais se contente de faire un renvoi à des conditions générales qui n'étaient ni signées ni acceptées par les parties ». Mais, la Cour suprême casse cette décision au visa de l'article 1134 du Code civil. C'est donc, à tout le moins, une sérieuse remise en cause de l'arrêt *Bomar*, si ce n'est un revirement auquel on assiste. C'est ce que nous tenterons de montrer dans une seconde partie après avoir dit quelques mots sur le droit applicable à la validité de la clause compromissoire par référence, question qui ne se posait que dans l'affaire *Bomar*, l'affaire *Crouzier* n'ayant pas évoqué la question, ce qui nous amènera à nous interroger à nouveau sur la qualité de la nouvelle règle ainsi posée.

#### 1 - Le droit applicable à la validité de la clause compromissoire par référence

Il reste peu à dire sur cette question largement débattue. Force est de constater que la Cour de Versailles s'est directement inspirée de l'analyse que proposait M. Loquin dans la note qu'il signait sous l'arrêt de cassation (*JDI*, 1990.638). C'est ainsi qu'elle démontre d'abord, qu'au regard des règles françaises de l'arbitrage commercial international, les régimes de l'action en annulation et de l'exequatur des sentences étrangères sont indissociables l'un de l'autre puisqu'ils puisent tous deux aux mêmes textes par divers renvois ; ceci étant vrai essentiellement lorsque la contestation est fondée sur la validité de la clause compromissoire.

La Cour prend avantage de cette constatation pour en déduire l'applicabilité de la Convention de New York même si le litige prend la forme d'un recours en annulation, ce qui n'est pas prévu dans le champ d'application de la Convention. Cette assimilation

permet d'étendre la Convention de New York hors de son champ d'application. Nous persistons à désapprouver cette logique tant elle est susceptible de créer un précédent fâcheux en admettant des raisonnements par analogie qui pourraient se révéler dangereux dans certaines circonstances.

Certes, en l'occurrence, ce raisonnement analogique qui permet de rapprocher les deux types de recours pour les faire tous deux entrer dans le champ d'application de la Convention, ne présente que des avantages grâce à la présence dans le texte d'une disposition (son article VII) qui autorise l'application de règles nationales plus favorables. En l'absence d'une telle règle, somme toute particulière et peu fréquente dans les Conventions internationales, la Convention de New York, déclarée applicable de manière extensive, empêcherait la validité de la clause compromissoire dans l'affaire qui opposait Bomar à ETAP.

En dernière analyse, c'est uniquement grâce à la présence de ce texte d'exception permettant de passer outre les règles restrictives de la Convention, que la Cour de Versailles peut conclure : « il convient donc de rechercher, ... s'il existe, en droit français, en matière d'arbitrage international, des dispositions concernant la validité de la clause compromissoire plus favorables que la Convention de New York ».

## II - Les règles matérielles du droit français sur la clause compromissoire par référence

La recherche à laquelle procède la Cour d'appel de Versailles l'entraîne à conclure, d'abord, que le droit français de l'arbitrage, tout comme la Convention de New York, exige un écrit comme condition de validité de la clause compromissoire. Cette exigence est valable aussi bien pour l'arbitrage interne que l'arbitrage international (par renvoi de l'article 1495 à l'article 1443 NCPC), les parties pouvant déroger à cette règle lorsque l'arbitrage est international. C'est en cela que la Cour de Versailles semble s'incliner devant la décision de la Cour de cassation.

Mais la suite de l'analyse révèle qu'il s'agit là d'une simple apparence. Elle poursuit en effet, en admettant que si, ni le droit français ni la Convention de New York, n'excluent la possibilité de l'adoption d'une clause compromissoire par référence à un document qui la contient, c'est à la condition que soit rapportée la preuve de ce que la partie à laquelle cette clause est opposée, a bien eu connaissance de ladite clause au moment de la conclusion de la convention principale. Il n'est plus question d'imposer que la référence à la clause apparaisse obligatoirement dans un écrit signé par la partie à qui elle est opposée ; ni de limiter l'exception admise, à l'hypothèse de « relations habituelles d'affaires » assurant aux parties

une « parfaite connaissance des stipulations écrites régissant couramment leurs rapports commerciaux » ainsi que l'exige la Cour de cassation dans l'arrêt du 11 octobre 1989.

C'est donc une véritable troisième voie que propose ici la Cour d'appel de Versailles. Cette troisième voie ne se trouvait pas dans l'arrêt de la Cour de cassation. Elle est fondée sur ce que la Cour appelle « le principe du consensualisme ». On ne peut qu'approuver ce rappel d'un principe fondateur de notre droit. Il est d'autant plus remarquable que ce principe, quelque peu oublié en cette fin de XX<sup>e</sup> siècle (voir notamment *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF 1986, *passim*) soit invoqué à l'occasion d'une opération relevant du commerce international, comme si seul le commerce international pouvait, aujourd'hui, receler suffisamment de liberté pour faire gagner le consensualisme dans la bataille qu'il livre au formalisme. Dans le commerce international en effet, un strict formalisme n'a pas sa place. Seule doit être vérifiée la volonté réelle et éclairée des parties à s'engager contractuellement quelle que soit la forme que l'échange de leurs volontés a prise. La clause compromissoire, engagement contractuel sur le mode spécifique de règlement des différends qu'est l'arbitrage, ne fait pas exception.

La Cour d'appel de Versailles doit dès lors être approuvée sans réserve dans sa démarche. Elle doit l'être d'autant plus que la Cour de cassation elle-même est revenue sur son arrêt de 1989 et, moins d'un an plus tard, a jugé que l'article 1134 du Code civil dicte une appréciation *in concreto* du comportement des parties afin de déterminer leur volonté de se trouver liées par la clause compromissoire. Dans l'arrêt du 26 juin 1990, en effet, la Cour se dit prête à admettre comme satisfaisante de son engagement, la preuve que la société à qui l'on oppose la clause d'arbitrage a eu connaissance de l'existence de cette clause. Ayant accepté le contrat principal sans objecter à la clause d'arbitrage ni même au renvoi à des clauses ou contrat standards, le co-contractant a donc consenti à soumettre les litiges potentiels à l'arbitrage. C'est à un raisonnement identique qu'a procédé la Cour de Versailles. Cela lui permet de poursuivre par une appréciation des modes de preuve admissibles en la matière : cette preuve peut être rapportée par tous les moyens, les deux parties ayant la qualité de commerçant. Une analyse extrêmement minutieuse (rien de moins que quatre pages de l'arrêt) des échanges de correspondance et de l'attitude des deux parties au cours de la négociation s'ensuit alors. Là encore, l'exposé n'admet aucune discussion tant il est convaincant. C'est donc avec vigueur que la Cour de Versailles peut conclure que la société Bomar avait accepté « sans la moindre réserve les propositions contenues dans le télex du 25 août 1983 de la société ETAP se référant au contrat standard ETAP ». La société Bomar avait connaissance des stipulations expresses de ce contrat standard dont une copie avait été remise le 22 août 1983 au représentant de la société Bomar lors de son déplacement à Tunis. L'échange de consentements est alors

acquis par l'acceptation sans réserve du contrat standard visé par le télex.

Pour conclure, on aurait pu émettre une seule crainte : en élargissant les hypothèses de validité de la clause compromissoire par référence, la Cour de Versailles ne prêtait-elle pas le flanc à un nouveau pourvoi ? Si Bomar voulait poursuivre la guerre de harcèlement commencée de nombreuses années plus tôt, ne pourrait-elle pas tenter sa chance une nouvelle fois ? Le nouveau pourvoi pourrait même, éventuellement, donner lieu à la saisine de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation.

Gageons toutefois que la Haute juridiction, dans sa formation la plus prestigieuse, saura reconnaître dans l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles les vertus d'une décision stricte sur les principes, solidement étayée en droit et justifiée pour sa reconnaissance de l'application nécessaire d'une clause compromissoire dont la partie à qui on l'oppose avait une parfaite connaissance, ce qui, en l'espèce, n'est guère contestable compte tenu du luxe de précisions données par l'arrêt.

De surcroît, et si l'on devait encore s'en convaincre, l'arrêt du 26 juin 1990 montrerait que l'éventuel nouveau pourvoi formé par Bomar est voué à un échec certain. Il semble donc bien que la controverse sur les clauses d'arbitrage par référence en droit français soit désormais heureusement réglée dans le sens souhaité. C'est semble-t-il bien une nouvelle règle matérielle de l'arbitrage international que la Cour de cassation a admise en prononçant un arrêt de cassation au visa d'un texte du Code civil ayant valeur de principe dans notre droit des contrats. Ceci serait confirmé, *a contrario*, par le fait que la règle, telle qu'énoncée, est expressément prohibée en matière d'arbitrage interne. La seule réserve qui nous fait hésiter à conclure ainsi de manière ferme, c'est le silence qui a été gardé sur l'existence de ce nouvel arrêt. Tous les avocats aux Conseils nous apprennent que si la Cour ne fait pas publier un arrêt au *Bulletin*, c'est qu'elle n'entend pas qu'il fasse jurisprudence. Toutefois, ils nous apprennent aussi qu'une publication privée (telle que dans la présente *Revue*) peut pallier ce silence. Voici qui serait donc accompli.

Catherine KESSEDIAN

Professeur à l'Université de Bourgogne