

Page 446

France 25

COUR D'APPEL DE PARIS (1^{re} Ch. C)

24 février 1994

Ministère tunisien de l'Équipement c/ société Bec Frères

ARBITRAGE INTERNATIONAL. — 1^{er} CRITÈRE. — APPEL D'OFFRE INTERNATIONAL. — TRANSFERT DE FONDS, DE MATÉRIEL ET DE SAVOIR-FAIRE À TRAVERS LES FRONTIÈRES. — 2^e CLAUSE COMPROMISSOIRE. — MARCHÉ DE TRAVAUX PUBLICS. — VALIDITÉ. — AUTONOMIE.

CLAUSE COMPROMISSOIRE. — ARBITRAGE INTERNATIONAL. — ÉTAT ÉTRANGER. — PROHIBITION DE COMPROMETTRE. — EFFICACITÉ DE LA PROHIBITION. — FONDEMENT. — AUTONOMIE DE LA CLAUSE.

CONVENTION DE NEW YORK. — ARTICLE VII. — APPLICATION D'OFFICE. — DEVOIR DU JUGE DE L'EXÉQUATUR. — REFUS D'EXÉQUATUR PAR LE JUGE. — IMPOSSIBILITÉ LORSQUE SON DROIT L'AUTORISE.

MARCHÉ DE TRAVAUX PUBLICS. — CONSTRUCTION DE ROUTE. — CONTRAT INTERNATIONAL. — CLAUSE COMPROMISSOIRE. — VALIDITÉ.

Est international, l'arbitrage mettant en cause des intérêts du commerce international, le caractère interne ou international de l'arbitrage ne dépend pas du droit applicable, au fond ou quant à la procédure, ni de la volonté des parties, mais de la nature de l'opération économique qui est à l'origine du litige ; il suffit, pour que l'arbitrage soit international, que l'opération économique considérée implique un mouvement de biens, de services ou un paiement à travers les frontières ;

Aux termes de l'article VII de la Convention de New York — qui a été ratifiée non par la Tunisie que par la France — les dispositions de cette Convention ne privent aucune partie du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admise par la législation ou par les traités du pays où la sentence est invoquée ; il en résulte que le juge ne peut refuser l'exequatur lorsque son droit national l'autorise et qu'il doit, même d'office, procéder à cette recherche ;

En matière d'arbitrage international, le principe de l'autonomie de la clause compromissoire est d'application générale, en tant que règle matérielle internationale consacrant la licéité de la convention d'arbitrage, hors de toute référence à un système de conflits de lois, la validité de la convention devant être contrôlée au regard des seules exigences de l'ordre public international ;

La prohibition pour un Etat de compromettre est limitée aux contrats d'ordre interne ; cette prohibition n'est en conséquence pas d'ordre public international ; pour valider la clause compromissoire incluse dans un marché, il suffit de constater l'existence d'un contrat international passé pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce international ;

Sur les deux appels d'offres relatifs à la construction de deux lots de route lancés par le ministère de l'Équipement de la République tunisienne, la société de droit français Bec Frères SA et la société de droit tunisien Grand travaux d'Afrique (le Groupement) — lesquelles ont constitué, par contrat du 28 octobre 1981, un groupement d'entreprises pour exécuter conjointement et solidairement les travaux dont la société Bec était le mandataire — ont soumis conjointement et solidairement, le 8 juin 1981, une offre pour chacun des deux lots.

L'administration a retenu les deux offres du Groupement et a conclu avec ce dernier deux marchés, approuvés par le ministère de l'Équipement le 8 décembre 1981 et enregistrés à Tunis le 12 avril 1982.

Pour chacun des deux marchés, l'article A-66.2 du Cahier des clauses administratives particulières comportait une clause compromissoire rédigée de la manière suivante :

« A-66.2.2. Si, dans un délai de deux mois à partir de la remise du mémoire, le ministre de l'Équipement n'a pas fait connaître sa réponse, l'entrepreneur peut, comme dans les cas où ses réclamations ne seraient pas admises, demander le recours à la procédure d'arbitrage définie ci-après. Il n'est admis à porter devant cette juridiction que les griefs énoncés dans le mémoire remis au Directeur des Ponts et Chaussées.

A-66.2.3. Les contestations seront examinées dans le cadre de la jurisprudence tunisienne et, à défaut, de la jurisprudence française en matière de travaux publics.

A-66.2.4. Au cas où des difficultés s'élèveraient entre l'entrepreneur et l'administration et ne pourraient être résolues par le recours au ministre de l'Équipement, les parties conviennent de recourir à l'arbitrage et, pour ce faire, nommer chacun un arbitre.

La décision des arbitres ne sera susceptible d'aucun recours, elle devra statuer sur les frais et honoraires d'arbitrage.

Les arbitres auront plein pouvoir pour s'adjoindre à titre consultatif tout homme de l'art de leur choix désigné à l'unanimité.

Les deux parties s'engagent à appliquer les conclusions de l'arbitrage. »

Des difficultés sont survenues entre les parties au cours de l'exécution des travaux, et, par ordres de service du 21 février 1984, l'ingénieur en chef a notifié au Groupement les arrêtés de résiliation concernant les deux lots. Des contestations se sont élevées sur la régularisation des travaux, la restitution du matériel de la société Bec et sur le paiement des travaux faits et, par ordres de service du 13 décembre 1984, l'ingénieur en chef a notifié au Groupement la résiliation définitive des deux marchés.

Aucun accord amiable n'a pu être trouvé entre les parties, ce qui a motivé la mise en œuvre de la procédure d'arbitrage. Pour faciliter la compréhension du litige, il convient d'exposer, dans l'ordre chronologique, les différentes étapes et de la procédure d'arbitrage et des multiples procédures judiciaires intentées en Tunisie :

— Le 12 janvier 1987, le Groupement a avisé le ministère de l'Équipement de sa décision de recourir à l'arbitrage, de la désignation de Monsieur Durkheim en qualité d'arbitre et de la nécessité pour le ministère de désigner son propre arbitre.

• Devant le refus du ministère de l'Équipement de désigner un arbitre, au motif que la clause compromissoire était contraire au droit tunisien, le

Groupement a obtenu l'instance de Tunis en en qualité de deuxième de la Cour d'appel ayant été rejeté le 2

— Le 17 août 1987, eux, afin de respecter de procédure civile troisième arbitre.

— Le 15 octobre 1987, l'incompétence du tribunal de première instance et à la récusation du tribunal arbitral de Tunis.

— Par ordonnance de la Cour de Tunis, demande de sursis à statuer, qu'il convenait de po

• Par jugement de la Cour de Tunis a fait droit à l

• Par ordonnance du Président du Tribunal de Tunis de Monsieur A. La Cour de Tunis, le ministère de l'Équipement a été confirmée par arrêt de la Cour de Tunis contre cette dernière du 5 février 1991.

• Statuant sur la demande de la première instance de la Cour de Tunis, l'ordonnance de récusation de Monsieur Durkheim a été confirmée par la Cour d'appel de Tunis.

— Par décision du Tribunal de Tunis, Messieurs Durkheim et le troisième arbitre pour l'État ont été désignés par le CPCC, la mission de la Cour de Tunis de deux conditions

— Le 17 novembre 1991, deux conditions susvisées

— Le 6 décembre 1991, déposer un mémoire sur le litige, a avisé le tribunal de Tunis, ayant simplement statué sur l'arbitrage.

— Par ordonnance de la Cour de Tunis, l'audience unique de la Cour de Tunis

— Le 26 décembre 1991, à l'audience qu'il avait demandé la récusation des trois arbitres, l'attente d'une décision de la Cour de Tunis qu'il avait le pouvoir de statuer sur la récusation n'étant pas joint l'incident au fon

Groupement a obtenu, par ordonnance du Président du Tribunal de première instance de Tunis en date du 17 octobre 1987, la désignation de Monsieur A. en qualité de deuxième arbitre. Cette désignation a été confirmée par arrêt de la Cour d'appel de Tunis du 1^{er} février 1988, le pourvoi contre cet arrêt ayant été rejeté le 24 mai 1988 par la Cour de cassation tunisienne.

— Le 17 août 1988, les arbitres ont avisé les parties de la désignation par eux, afin de respecter les dispositions de l'article 263 du CPCC (code tunisien de procédure civile et commerciale), de Monsieur Revaclier en qualité de troisième arbitre.

— Le 15 octobre 1988, le conseil du ministère de l'Équipement a soulevé l'incompétence du tribunal arbitral et a indiqué avoir introduit des procédures devant les juridictions tunisiennes tendant à l'annulation de la clause compromissoire et à la récusation de Monsieur A. Il demandait, en conséquence, au tribunal arbitral de suspendre la procédure.

— Par ordonnance du 18 novembre 1988, le tribunal arbitral a rejeté la demande de sursis à statuer déposée par le ministère de l'Équipement et dit qu'il convenait de poursuivre la procédure.

• Par jugement du 23 janvier 1989, le Tribunal de première instance de Tunis a fait droit à la demande de récusation de Monsieur A.

• Par ordonnance de référé prise à la demande du Groupement, le Président du Tribunal de Tunis a désigné Monsieur Guiga en remplacement de Monsieur A. La demande de rétractation de cette ordonnance, formée par le ministère de l'Équipement, a été rejetée par décision du 3 avril 1988, confirmée par arrêt de la Cour d'appel de Tunis du 10 août 1989, le pourvoi contre cette dernière décision étant rejeté par arrêt de la Cour de cassation du 5 février 1991.

• Statuant sur la demande du ministère de l'Équipement, le Tribunal de première instance de Tunis a, par jugement du 17 mai 1989, annulé la clause compromissoire. Ce jugement a été frappé d'appel tant devant la Cour d'appel que devant le tribunal administratif.

— Par décision du 17 août 1989, notifiée aux parties le 21 septembre 1989, Messieurs Durkheim et Guiga ont désigné Monsieur Revaclier en qualité de troisième arbitre pour se conformer aux dispositions de l'article 263 du CPCC, la mission de Monsieur Revaclier ne prenant effet qu'après satisfaction de deux conditions mises à la charge des parties.

— Le 17 novembre 1989, le tribunal arbitral a avisé les parties que les deux conditions susvisées étaient remplies depuis le 9 novembre 1989.

— Le 6 décembre 1989, en réponse au délai qui lui avait été accordé pour déposer un mémoire sur l'exception d'incompétence, le ministère de l'Équipement a avisé le tribunal arbitral qu'il ne soulevait pas d'exception d'incompétence, ayant simplement formulé des réserves sur la compétence du tribunal arbitral.

— Par ordonnance du 13 décembre 1989, le tribunal arbitral a décidé que l'audience unique débiterait le 26 décembre 1989.

— Le 26 décembre 1989, le conseil du ministère de l'Équipement a indiqué à l'audience qu'il avait engagé, le 19 décembre 1989, une procédure en récusation des trois arbitres et a demandé au tribunal de surseoir à statuer en l'attente d'une décision sur cette procédure. Le tribunal arbitral, estimant qu'il avait le pouvoir de statuer sur sa propre compétence et que la procédure de récusation n'entraînait pas la suspension de la procédure arbitrale, a joint l'incident au fond et refusé de surseoir à statuer. Le ministère de

1988
reject
upheld
upheld

été irrégulièrement composé et où le principe de la contradiction n'a pas été respecté.

L'appelant conclut donc à l'infirmité des ordonnances d'exequatur et à la condamnation du Groupement à lui payer une somme de 50 000 F au titre de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile.

..

Le Groupement demande à la Cour de statuer sur le recours au vu des seules dispositions de l'article 1502 du nouveau Code de procédure civile comme le permet l'article VII de la Convention de New York, de dire que les marchés en cause sont des contrats commerciaux internationaux échappant à la réglementation interne des marchés tunisiens de travaux publics, de constater que le Cahier des Charges imposé par le ministère de l'Équipement comportait une clause compromissoire, de dire que cette clause est valable, qu'elle n'était pas expirée à la date où les arbitres ont statué, de dire que le ministère de l'Équipement ayant participé à l'arbitrage et formulé ses griefs devant les arbitres, les tribunaux d'État tunisiens étaient incompétents et que leurs décisions doivent être écartées, de dire qu'en signant une clause compromissoire, l'État tunisien a renoncé à invoquer son privilège de juridiction, de dire que le tribunal était régulièrement composé et que la récusation des arbitres, intervenue près de deux ans après la sentence, est irrecevable, de dire que le principe de la contradiction a été respecté, de décider que, en l'absence d'une violation de l'ordre public international constituant un cas d'ouverture à recours, la violation de l'ordre public interne tunisien n'a pas à être prise en considération.

Le Groupement demande donc la confirmation des deux ordonnances et la condamnation du ministère de l'Équipement à payer les sommes de 500 000 F de dommages-intérêts pour procédure abusive et celle de 100 000 F au titre de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile.

SUR CE, LA COUR,

Considérant que les procédures enrôlées sous les numéros 92.023639 et 92.023638 sont relatives aux appels interjetés par le ministère de l'Équipement de deux ordonnances du 15 avril 1991 déclarant exécutoires les sentences arbitrales des 8 février et 13 septembre 1990 ; considérant que la sentence du 13 septembre 1990 est une sentence réparant des erreurs matérielles contenues dans la sentence du 8 février 1990 et certaines omissions de statuer ; considérant, dès lors qu'il doit être statué sur les deux recours par un même arrêt et qu'il convient de joindre les deux procédures qui resteront inscrites sous le numéro 92.023638 ;

Sur le caractère international de l'arbitrage :

Considérant qu'est international, l'arbitrage mettant en cause des intérêts de commerce international, que le caractère interne ou international de l'arbitrage ne dépend pas du droit applicable, au fond ou quant à la procédure, ni de la volonté des parties, mais de la nature de l'opération économique qui est à l'origine du litige ; considérant qu'il suffit, pour que l'arbitrage soit international, que l'opération économique considérée implique un mouvement de biens, de services ou un paiement à travers les frontières ;

Considérant, en l'espèce, que le ministère de l'Équipement, a lancé des appels d'offre à des sociétés étrangères pour la réalisation de deux lots de route, que le Groupement, dont l'offre a été retenue, est composé d'une société tunisienne et d'une société française qui en était le mandataire, que le paiement des travaux était prévu pour partie en dinars et pour partie en francs français, qu'un compte a été ouvert dans une banque de Montpellier pour recevoir les paiements, que le taux de change était prévu au contrat, qu'enfin il n'est pas sérieusement contesté que les travaux étaient financés par l'Etat du Koweït ; considérant que l'opération supposait donc un transfert de matériel à travers les frontières, un transfert de savoir-faire ainsi qu'un paiement trans-frontières, qu'elle avait donc un caractère international et que l'arbitrage est un arbitrage international ;

Sur les dispositions applicables au recours formé par le ministère de l'Équipement :

Considérant que, pour fonder son recours, le ministère de l'Équipement invoque d'une part la Convention de New York du 10 juin 1958 relative à la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, et en particulier son article V-1, et d'autre part l'article 1502 du nouveau Code de procédure civile ; considérant qu'en réponse, le Groupement prétend qu'en application de l'article VII de la Convention de New York, il peut revendiquer l'application des dispositions de l'article 1502 du nouveau Code de procédure civile ;

Considérant qu'aux termes de l'article VII de la Convention de New York — qui a été ratifiée tant par la Tunisie que par la France — les dispositions de cette convention ne privent aucune partie du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admise par la législation ou par les traités du pays où la sentence est invoquée ; qu'il en résulte que le juge ne peut refuser l'exequatur lorsque son droit national l'autorise et qu'il doit, même d'office, procéder à cette recherche ; considérant, dès lors, que, comme le soutient le Groupement, il doit être statué au vu des dispositions de l'article 1502 du nouveau Code de procédure civile, lesquelles sont d'ailleurs invoquées par le ministère de l'Équipement ;

Sur les moyens tirés de l'article 1502-1° du NCPC :

Le ministère de l'Équipement soutient en premier lieu que le tribunal arbitral a statué sur une convention d'arbitrage nulle ; à l'appui de ce moyen, il prétend que, s'agissant d'un contrat administratif de droit interne, les clauses compromissoires sont prohibées en vertu des dispositions combinées des articles 260 et 251 du CPCC tunisien, que la nature des contrats doit être appréciée au regard du droit tunisien, que seuls les tribunaux étatiques sont compétents pour connaître de litiges concernant l'exécution de contrats administratifs, que la clause compromissoire a été annulée par une décision de la juridiction étatique tunisienne qui a autorité de la chose jugée en France et en application de la Convention franco-tunisienne du 28 juin 1972 ;

Le Groupement répond que le marché en cause est un contrat international qui échappe aux prohibitions du droit interne, que les règles du droit international, et en particulier celle de l'autonomie de la clause compromissoire, doivent s'appliquer, que la violation de l'ordre public interne ne constitue pas un cas d'ouverture à l'appel d'une décision déclarant exécutoire en France une sentence arbitrale étrangère, que le juge français devant

Revue de l'Arbitrage 1995 - N° 2

statuer au regard des rendues par les juridic

Considérant qu'en m apprécier sa propre com l'ordre public internation règles relevant de cet o

Considérant qu'en ma mie de la clause compro matérielle internationale hors de toute référence convention devant être public international ;

Considérant que la p aux contrats d'ordre int d'ordre public internat incluse dans un marché, tional passé pour les be commerce international

Considérant qu'il a ét ministère de l'Équipem lère de l'Équipement n nal — invoquer ni les rendues par les juridic soustraire à l'applicati duites dans les contrats clause compromissoire, juridiction des arbitres, revêtue de l'exequatur premier moyen doit, et

Le ministère de l'Éu convention d'arbitrage lequel, si aucun délai n mois qui suivent l'acco trois mois a commenç accepté sa mission et 17 novembre 1989 ; et l'acceptation par Mons la sentence n'a pas été du délai ;

Le Groupement sout pour l'acceptation de s le 9 novembre 1989 et ayant été rendue le 8

Considérant qu'à l désignation de Monsi Monsieur Revachier c décision a été notifi précisant que la missi deux conditions (remi par les parties d'un

statuer au regard des règles régissant l'arbitrage international, les décisions rendues par les juridictions étatiques tunisiennes sont sans influence ;

Considérant qu'en matière internationale, l'arbitre a compétence pour apprécier sa propre compétence quant à l'arbitrabilité du litige au regard de l'ordre public international et dispose du pouvoir d'appliquer les principes et règles relevant de cet ordre public ;

Considérant qu'en matière d'arbitrage international, le principe de l'autonomie de la clause compromissoire est d'application générale, en tant que règle matérielle internationale consacrant la licéité de la convention d'arbitrage, hors de toute référence à un système de conflits de lois, la validité de la convention devant être contrôlée au regard des seules exigences de l'ordre public international ;

Considérant que la prohibition pour un Etat de compromettre est limitée aux contrats d'ordre interne, que cette prohibition n'est en conséquence pas d'ordre public international, que pour valider la clause compromissoire incluse dans un marché, il suffit de constater l'existence d'un contrat international passé pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce international ;

Considérant qu'il a été décidé ci-dessus que les deux marchés signés par le ministère de l'Équipement étaient des contrats internationaux, que le ministère de l'Équipement ne peut donc — au regard de l'ordre public international — invoquer ni les prohibitions de son droit interne, ni les décisions rendues par les juridictions tunisiennes au regard du droit interne pour se soustraire à l'application des clauses compromissoires qu'il a lui-même introduites dans les contrats ; considérant, en outre, que, par la stipulation d'une clause compromissoire, le ministère de l'Équipement, qui s'est soumis à la juridiction des arbitres, a, par là-même, accepté que leur sentence puisse être revêtue de l'exequatur et a renoncé à son immunité de juridiction ; que le premier moyen doit, en conséquence être écarté ;

Le ministère de l'Équipement prétend que les arbitres ont statué sur une convention d'arbitrage expirée ; il invoque l'article 271 du CPCC, selon lequel, si aucun délai n'a été stipulé, les arbitres doivent statuer dans les trois mois qui suivent l'acceptation de leur mission ; il soutient que le délai de trois mois a commencé à courir le 17 août 1989, jour où Monsieur Guiga a accepté sa mission et que la sentence aurait dû être rendue avant le 17 novembre 1989 ; en admettant que le délai puisse courir du jour de l'acceptation par Monsieur Revacrier de sa mission, soit du 9 novembre 1989, la sentence n'a pas été notifiée au ministère de l'Équipement avant l'expiration du délai ;

Le Groupement soutient que le délai part du jour où les conditions posées pour l'acceptation de sa mission par Monsieur Revacrier ont été remplies, soit le 9 novembre 1989 et que le délai de trois mois a été respecté, la sentence ayant été rendue le 8 février 1990 ;

Considérant qu'à la suite de la récusation de Monsieur A. et de la désignation de Monsieur Guiga, Messieurs Durkheim et Guiga ont désigné Monsieur Revacrier en qualité de troisième arbitre ; considérant que cette décision a été notifiée aux parties le 21 septembre 1989, la notification précisant que la mission de Monsieur Revacrier ne prendrait effet que lorsque deux conditions (remise par le Groupement de son entier dossier et paiement par les parties d'une avance) seraient remplies ; considérant que, le

17 novembre 1989, les arbitres ont informé les parties que les deux conditions étaient remplies, la dernière ayant été réalisée le 9 novembre 1989 ; considérant que le délai de trois mois prévu par l'article 263 du CPCC — applicable en l'espèce dans la mesure où le lieu de l'arbitrage est Tunis et où les parties ont fait référence à la jurisprudence tunisienne dans la convention d'arbitrage — a commencé à courir le 9 novembre 1989 et que la sentence, datée du 8 février 1990, a été rendue dans le délai ; considérant, contrairement aux allégations du ministère de l'Équipement qui invoque l'absence de notification de la sentence avant l'expiration du délai, que la date du 8 février 1990 est certaine dans la mesure où elle est portée dans l'acte de dépôt de la sentence au greffe du tribunal de Tunis, dressé le 12 février 1990 ; considérant, dès lors, que le second moyen du ministère de l'Équipement doit être écarté ;

Sur les moyens tirés de l'article 1502-2° du NCPC :

Le ministère de l'Équipement rappelle que la clause compromissoire prévoyait que tout litige serait soumis à un collège arbitral composé de deux arbitres, chacune des parties désignant son arbitre, que l'article 263 du CPCC impose la règle de l'imparité en cas de pluralité d'arbitres. Il soutient que les arbitres ont outrepassé leurs pouvoirs en désignant un troisième arbitre, ni la convention d'arbitrage, ni la loi de procédure tunisienne ne leur conférant un tel pouvoir.

Le Groupement répond que les arbitres ont procédé ainsi pour se plier à la loi de procédure tunisienne qui impose la règle de l'imparité et qu'ils ont usé de leurs pouvoirs pour donner un effet utile à la clause compromissoire.

Considérant que la volonté exprimée par les parties, dans la clause compromissoire, de soumettre leur litige éventuel à deux arbitres par elles désignés, ne pouvait faire échec aux dispositions de l'article 263 du CPCC imposant la règle de l'imparité des arbitres, qu'en procédant d'office à l'adjonction d'un troisième arbitre, les deux arbitres n'ont fait que se soumettre à la règle impérative susvisée ; considérant, par suite que ce moyen doit être rejeté ;

Le ministère de l'Équipement soutient que des arbitres disqualifiés ont été désignés, Monsieur A. ayant été récusé par le tribunal de Tunis et Monsieur Durkheim et Revaclier ayant fait l'objet, le 19 décembre 1989, d'une requête en récusation à laquelle il a été fait droit par jugement du 4 février 1992 ; l'appelant prétend qu'en ayant occupé la fonction d'arbitre dans la procédure antérieure à la désignation de Monsieur Guiga, ces arbitres avaient exprimé leur opinion sur une partie du litige et ne pouvaient statuer dans la deuxième procédure ; il ajoute que, étant récusés, les arbitres devaient obligatoirement surseoir à statuer dans l'attente de la décision judiciaire sur la récusation en application de l'article 272 du CPCC ;

Le Groupement répond que les révocations intervenues après la clôture des débats sont irrecevables, soutient que la procédure d'arbitrage n'est pas suspendue par une récusation, seul le délai l'étant, et conteste que les deux arbitres aient fait connaître leur opinion dans une procédure antérieure, le tribunal arbitral ayant toujours été saisi du même litige, même si sa composition a varié ;

Considérant qu'il n'appartient pas à cette Cour de revenir sur la récusation, admise par la juridiction tunisienne, de Monsieur A., celui-ci, remplacé par Monsieur Guiga, n'ayant pas participé à la sentence dont l'exequat est demandé ;

Revue de l'arbitrage 1995 - N° 2

Considérant que Revaclier ont été prononcée le 6 au regard de l'article ment soutient que de l'article 272 du ci-dessus est suspendu de l'article 274 du n'impose pas expressément la faculté d'arbitrage en attente de la décision judiciaire, arbitres doivent ou récusation ; considéré prévoit pas expressément la faculté d'arbitrage en attente de la décision judiciaire, arbitres doivent ou récusation ; considéré suspendre la procédure tunisienne n'avait pas

Considérant que, sentence ne peut être prononcée, sur les 19 décembre 1989 - d'indépendance et de récusation ; considérant que, avant la récusation de Monsieur Guiga, les arbitres ont surseoir à statuer, le litige et qu'ils ne pouvaient statuer dans l'attente de la désignation de Monsieur Guiga ; le Groupement prétend que la même demande ne peut conduire à une affaire différente

Considérant qu'à Monsieur Durkheim a été confié Monsieur Guiga a été désigné par le tribunal de Tunis et pour compléter le premier tribunal arbitral ; les décisions fixant un ordre de priorité judiciaire sur la récusation de Monsieur Guiga, ordonné contre Monsieur Durkheim, refusé de participer ; que le tribunal n'avait l'attente d'une décision des lieux (en l'espèce : Tunisie) — le ministère de l'Équipement ne peut participer — ne peut participer sur la solution du litige ; l'indépendance et l'impartialité du jugement sur le fond du litige ; le moyen tiré de leur di-

Considérant que les requêtes en récusation de Messieurs Durkheim et Rouchier ont été formées le 19 décembre 1989, avant la clôture des débats prononcée le 6 janvier 1990, que ces requêtes étaient donc recevables au regard de l'article 269 du CPCC ; considérant que le ministère de l'Équipement soutient que l'obligation pour les arbitres de surseoir à statuer résulte de l'article 272 du CPCC aux termes duquel « si l'arbitre est récusé le délai ci-dessus est suspendu jusqu'à ce qu'il soit statué sur la récusation » ainsi que de l'article 274 du même code ; mais considérant que le premier de ces textes s'impose pas expressément aux arbitres de s'abstenir en l'attente d'une décision judiciaire, que l'article 274 du CPCC réglementant les cas où les arbitres doivent ou peuvent surseoir à statuer ne vise pas l'hypothèse de la récusation ; considérant qu'il convient d'admettre que le droit tunisien, qui ne prévoit pas expressément le sursis à statuer en ce cas, laisse au tribunal arbitral la faculté d'apprécier l'opportunité de suspendre ou non le cours de l'arbitrage en attendant que le juge compétent ait statué sur la demande de récusation ; considérant que les arbitres ont pu, à bon droit refuser de suspendre la procédure arbitrale et rendre leur sentence alors que le juge saisi n'avait pas statué sur les demandes de récusation ;

Considérant que, si le juge français saisi de la demande d'exequatur de la sentence ne peut tenir compte des décisions rendues par la juridiction tunisienne, sur les demandes en récusation, près de deux ans après que la sentence ait été rendue, il lui appartient — en l'état des récusations du 19 décembre 1989 — de vérifier si les arbitres remplissaient les conditions d'indépendance et d'impartialité nécessaires à l'accomplissement de leur mission ; considérant que le ministère de l'Équipement soutient essentiellement que, avant la récusation de Monsieur A. et son remplacement par Monsieur Guiga, les arbitres avaient, par des décisions préparatoires et un refus de surseoir à statuer, fait connaître, au moins partiellement, leur opinion sur le litige et qu'ils ne pouvaient pas statuer dans la nouvelle instance, née de la désignation de Monsieur Guiga en qualité d'arbitre ; considérant que le Groupement prétend, quant à lui, que le tribunal arbitral était toujours saisi de la même demande et que le fait que la composition du tribunal ait changé ne peut conduire à considérer que les arbitres auraient émis une opinion dans une affaire différente de celle dont ils étaient saisis ;

Considérant qu'à la suite de la récusation de Monsieur A., Monsieur Durkheim a été confirmé en tant qu'arbitre choisi par le Groupement, que Monsieur Guiga a été désigné en qualité d'arbitre par le Président du tribunal de Tunis et que ces deux arbitres ont désigné Monsieur Revaclier pour compléter le tribunal arbitral ; considérant qu'entre la constitution du premier tribunal arbitral et celle du second, le tribunal, à l'exception de décisions fixant un calendrier de procédure, avait uniquement rendu une ordonnance refusant de suspendre la procédure en l'attente d'une décision judiciaire sur la récusation de Monsieur A. et procédé à un transport sur les lieux, ordonné contradictoirement, auquel le ministère de l'Équipement a refusé de participer ; considérant d'une part, ainsi qu'il a été dit plus haut, que le tribunal n'avait pas l'obligation de suspendre la procédure arbitrale en l'attente d'une décision judiciaire et d'autre part qu'une visite contradictoire des lieux (en l'espèce visite du site et des carrières d'extraction des matériaux) — le ministère de l'Équipement ayant pris le risque délibéré de ne pas y participer — ne peut en aucun cas être considérée comme un préjugé des arbitres sur la solution à donner à l'affaire ; considérant dès lors que l'indépendance et l'impartialité des arbitres — qui n'avaient porté aucun jugement sur le fond de l'affaire — ne peut être mise en cause et que le moyen tiré de leur disqualification doit être écarté ;

Sur le moyen tiré de l'article 1502-4° du NCPC :

(sans intérêt)

PAR CES MOTIFS :

— Ordonne la jonction des procédures inscrites sous les numéros 92.023638 et 92.023639 et dit qu'elles resteront inscrites sous le seul numéro 92.023638 ;

— Confirme les deux ordonnances d'exequatur en date du 15 avril 1991 ;

M. DURIELIX, prés. ; M^{mes} GARBAN, PASCAL, cons. ; M^{mes} BRUBER, VILARD, TH. BERNARD, av.

NOTE. — La décision ici reproduite est révélatrice de la réticence des Etats — ici l'Etat tunisien — à se soumettre à une procédure d'arbitrage. C'est pour cela qu'elle mérite le commentaire, au-delà de son objet propre (v. aussi les obs. E. Loquin et J.-Cl. Dubarry, *RTD com.*, 1994.254).

1. Tout au long d'une procédure qui dure depuis déjà plus de 10 ans, et s'agissant de marchés de travaux routiers conclus en 1981 et 1982 par le gouvernement tunisien avec un Groupement d'entreprises conduit par la société française Bec Frères SA, l'Etat tunisien a constamment soutenu la nullité de la clause compromissoire stipulée au contrat et l'incompétence du tribunal arbitral, ceci tant devant les juridictions tunisiennes, judiciaires (Trib. 1^{er} inst. Tunis, réf., 17 octobre 1987 et Cour d'appel Tunis, 1^{er} février 1988, *Rev. arb.*, 1988.732, note F. Mechri) et administratives, que devant la juridiction civile française et bien entendu vis-à-vis du tribunal arbitral lui-même.

La thèse de la nullité de la clause compromissoire, en l'espèce, a ainsi été consacrée par des décisions concordantes des juridictions tunisiennes supérieures (arrêt de la Cour d'appel de Tunis du 3 avril 1991, décision d'appel du Tribunal administratif de Tunis du 1^{er} février 1991 et arrêt de la Cour de cassation tunisienne du 27 octobre 1933 ; sur le droit tunisien tel qu'il résulte du Code tunisien de l'arbitrage du 26 avril 1993, cf. K. Meziou et A. Mezghani, *Rev. arb.*, 1993.521 et p. 721, le texte de ce code).

Auparavant cependant, le tribunal arbitral avait rendu sa sentence par laquelle il condamnait l'Etat tunisien à verser aux entreprises diverses sommes et à supporter les frais d'arbitrage : sentence principale du 8 février 1990 complétée par une sentence rectificative du

13 septembre 1991.

Puis, par des sentences exécutées, le Président du Tribunal arbitral a rendu des sentences exécutoires de l'équipement.

2. L'argument de Paris, consistant à prétendre que le droit interne prévaloir de la loi française sur les entreprises réclame, comme la loi française, l'application de la clause compromissoire, n'est pas recevable.

Pour le Groupe, les travaux publics sont de nature à être exécutés par des entreprises privées, comme tels à l'instar des travaux publics, et l'Etat tunisien doit exécuter la clause compromissoire stipulée par les entreprises.

3. C'est cette clause qui est invoquée par Paris, dans un premier temps.

* Conséquence de la clause compromissoire interne au droit arbitral volontaire pour qu'il soit applicable aux services publics.

En l'espèce l'Etat tunisien, une entreprise mandataire du Groupe, a été partie en francs dans le contrat prévu au contrat de Koweït : bref « *à la frontière, un contrat* » ; elle a donc un arbitrage obligatoire l'arbitrage.

4. L'arrêt fait droit interne une fois que celle-là même que

Sur le moyen tiré de l'article 1502-4° du NCPC :

(sans intérêt)

PAR CES MOTIFS :

— Ordonne la jonction des procédures inscrites sous les numéros 92.023638 et 92.023639 et dit qu'elles resteront inscrites sous le seul numéro 92.023638 ;

— Confirme les deux ordonnances d'exequatur en date du 15 avril 1991 ;

M. DURIEUX, prés. ; M^{me} GARBAN, PASCAL, COSS. ; M^{me} BRUEDER, VILLARD, Th. BERNARD, av.

NOTE. — La décision ici reproduite est révélatrice de la réticence des Etats — ici l'Etat tunisien — à se soumettre à une procédure d'arbitrage. C'est pour cela qu'elle mérite le commentaire, au-delà de son objet propre (v. aussi les obs. E. Loquin et J.-Cl. Dubarry, *RTD com.*, 1994.254).

1. Tout au long d'une procédure qui dure depuis déjà plus de 10 ans, et s'agissant de marchés de travaux routiers conclus en 1981 et 1982 par le gouvernement tunisien avec un Groupement d'entreprises conduit par la société française Bec Frères SA, l'Etat tunisien a constamment soutenu la nullité de la clause compromissoire stipulée au contrat et l'incompétence du tribunal arbitral, ceci tant devant les juridictions tunisiennes, judiciaires (Trib. 1^{re} inst. Tunis, réf., 17 octobre 1987 et Cour d'appel Tunis, 1^{er} février 1988, *Rev. arb.*, 1988.732, note F. Mechri) et administratives, que devant la juridiction civile française et bien entendu vis-à-vis du tribunal arbitral lui-même.

La thèse de la nullité de la clause compromissoire, en l'espèce, a ainsi été consacrée par des décisions concordantes des juridictions tunisiennes supérieures (arrêt de la Cour d'appel de Tunis du 3 avril 1991, décision d'appel du Tribunal administratif de Tunis du 1^{er} février 1991 et arrêt de la Cour de cassation tunisienne du 27 octobre 1993 ; sur le droit tunisien tel qu'il résulte du Code tunisien de l'arbitrage du 26 avril 1993, cf. K. Mezoui et A. Mezghani, *Rev. arb.*, 1993.521 et p. 721, le texte de ce code).

Auparavant cependant, le tribunal arbitral avait rendu sa sentence par laquelle il condamnait l'Etat tunisien à verser aux entreprises diverses sommes et à supporter les frais d'arbitrage ; sentence principale du 8 février 1990 complétée par une sentence rectificative du

13 septembre 1990 elle-même limitée à la correction d'erreurs matérielles.

Puis, par deux ordonnances du 15 avril 1991, le délégataire du Président du Tribunal de grande instance de Paris a déclaré ces sentences exécutoires en France ; décisions dont le ministère tunisien de l'équipement fait appel devant la Cour d'appel de Paris.

2. L'argumentation principale de l'Etat tunisien, devant la Cour de Paris, consiste, dans la ligne de son argumentation d'origine, à se prévaloir de la nature administrative des contrats passés avec les entreprises réclamantes, soumis à la loi interne tunisienne qui — comme la loi française — n'admet pas en principe l'arbitrabilité des litiges mettant en cause des personnes publiques, non plus que la clause compromissoire dans les contrats administratifs.

Pour le Groupement d'entreprises au contraire, les marchés en cause sont des contrats commerciaux internationaux échappant comme tels à la réglementation interne des marchés tunisiens de travaux publics, et en particulier à d'éventuelles règles de droit interne prohibitives de l'arbitrage ; en conséquence l'Etat tunisien doit exécuter la sentence, valablement prononcée par un tribunal arbitral constitué en vertu d'une clause compromissoire librement stipulée par les parties.

3. C'est cette thèse que consacre sans ambiguïté la Cour de Paris, dans un motif de principe qui mérite d'être reproduit :

« Considérant qu'est international l'arbitrage mettant en cause des intérêts du commerce international, que le caractère interne ou international de l'arbitrage ne dépend pas du droit applicable, au fond ou quant à la procédure, ni de la volonté des parties, mais de la nature de l'opération économique qui est à l'origine du litige ; considérant qu'il suffit, pour que l'arbitrage soit international, que l'opération économique considérée implique un mouvement de biens, de services ou un paiement à travers les frontières ».

En l'espèce l'Etat tunisien avait lancé un appel d'offres international, une entreprise étrangère a été retenue et désignée comme mandataire du Groupement, le paiement devait avoir lieu pour partie en francs français et en France, selon un taux de change prévu au contrat, enfin les travaux étaient financés par l'Etat du Koweït : bref « l'opération supposait un transfert de matériel à travers les frontières, un transfert de savoir-faire ainsi qu'un paiement trans-frontières » ; elle avait un caractère international ; l'arbitrage est donc un arbitrage international et les règles de droit interne restreignant l'arbitrabilité ne sont pas applicables.

4. L'arrêt fait ainsi prévaloir sur les catégories et distinctions du droit interne une définition matérielle de l'arbitrage international, celle-là même que consacre l'article 1492 du nouveau Code de

procédure civile : « est international l'arbitrage qui met en cause les intérêts du commerce international » ; celle-là même aussi que retient la doctrine française du droit de l'arbitrage international (H. Synvet, « L'arbitrage international en droit français », Journées de la Société de législation comparée, 1991, p. 381 ; Ph. Fouchard, *J.-Cl. procédure civ.*, fasc. 1050 et 1052).

Cette approche est conforme à la jurisprudence constante de la Cour de cassation et aux règles générales de l'arbitrage international (v. not. l'arrêt fondateur de la Cour de cassation, *Galakir*, du 2 mai 1966, *Rev. crit. DIP*, 1967.553, note B. Goldman ; *JDI*, 1966.648, note P. Level ; *D.*, 1966.575, note J. Robert ; *Grands arrêts de DIP*, obs. Ancel et Lequette, p. 357).

Elle se heurte pourtant, s'agissant d'arbitrages auxquels des Etats ou d'autres personnes publiques sont parties, à une conception singulièrement plus restrictive, à laquelle le juge administratif français et plus spécialement le Conseil d'Etat demeurent attachés, et que l'Etat et les juridictions étatiques tunisiennes avaient faite leur dans cette affaire.

Le droit administratif français n'ignore pas en effet l'arbitrage international : il admet que l'Etat français ou d'autres personnes publiques, notamment des établissements publics dans leurs relations commerciales internationales, souscrivent à des procédures d'arbitrage chaque fois que celles-ci sont permises par des lois spéciales ou des traités internationaux liant la France.

Ainsi plusieurs établissements publics se sont vu reconnaître la voie du compromis ou de la clause compromissoire par des dispositions législatives propres de leur statut (v. par ex. une liste des principaux de ces textes in Y. Gaudemet, « L'arbitrage, aspects de droit public », *Rev. arb.*, 1992.241). Ainsi encore, s'agissant plus spécialement d'arbitrage international, la loi du 19 août 1986, art. 9, a permis l'insertion d'une clause compromissoire dans le contrat conclu avec la société Walt Disney Production pour la réalisation de l'Eurodisneyland proche de Paris (et pour d'autres contrats analogues). Des conventions internationales bilatérales (par ex. Traité de Canterbury du 12 février 1986 à propos du Tunnel sous la Manche) ou multilatérales (notamment Convention de New York de 1958, de Washington de 1965 et de Genève de 1961) permettant de même l'arbitrage pour les hypothèses qu'elles recouvrent. Dans toutes ces hypothèses couvertes par des textes, il n'y a pas d'objection à ce que les personnes publiques s'engagent dans les termes d'un arbitrage international.

L'arbitrage international possible est alors compris comme celui que prévoient et autorisent des textes spéciaux. C'est cette conception juridique, « formelle », de l'arbitrage international que le Conseil d'Etat a faite sienne, par exemple dans l'avis *Disneyland* préalable à la loi de 1986 précitée (avis du 6 mars 1986, *EDCE*, 1987,

p. 178 ; *Rev. arb.*, 1992.397 ; adde, sur cette loi : M. de Boisséon, « Interrogations et doutes sur une évolution législative », *Rev. arb.*, 1987.3).

Mais en dehors de ces textes, il n'y a pas de place pour une catégorie spéciale de contrats — et d'arbitrages — parce que « relatifs aux intérêts du commerce international ». Ce sont alors les principes et catégories du droit interne qui prévalent et notamment, dans les systèmes de tradition juridique française, la distinction des contrats de droit privé et des contrats administratifs et, pour ces derniers, la double prohibition de l'arbitrage pour les personnes publiques (avis *Disneyland* précité ; et auparavant CE, 13 décembre 1957, *Société nationale de vente des surplus*, *D.*, 1958.517, concl. Gazier, note L'Huillier ; *JCP*, 1958 II 10800, note H. Motulsky, reproduit in H. Motulsky, *Ecrits*, T. II p. 103) et de la clause compromissoire dans les marchés publics (CE, 3 mars 1985, *Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes*, *Rec. Lebon*, p. 69, concl. Guillaume ; *Rev. arb.*, 1989.215 et p. 167, art. D. Foussard).

La conception matérielle de l'arbitrage n'est pas reçue par le droit administratif français. Celui-ci applique simplement à la matière les règles générales qui veulent qu'un principe d'origine jurisprudentielle — ici la prohibition de l'arbitrage — puisse être écarté par une loi contraire ou par une convention internationale intégrée à l'ordre juridique français. Chaque fois qu'un texte de cette nature existe, qui permet l'arbitrage, ce dernier est librement et valablement stipulé par les personnes publiques pour leurs relations commerciales internationales. Au contraire en dehors de ces textes, qui — on l'a vu — restent dispersés et peu nombreux, toute procédure d'arbitrage est nulle et la sentence inopposable à la partie publique.

Telle est du moins la conception actuelle du Conseil d'Etat français et celle que, en l'espèce, l'Etat tunisien mettait en avant.

5. Cette conception restrictive de l'arbitrage international n'est pas celle de la Cour de cassation, ni, ici, de la Cour d'appel de Paris.

L'arbitrage en cause est reconnu international, par sa nature propre et ses caractéristiques. Peu importe la qualification du contrat au regard du droit interne et le régime qui en résulterait.

Le caractère international s'impose et domine les distinctions du droit interne.

L'Etat tunisien n'était pas fondé à s'en prévaloir en l'espèce pour combattre l'arbitrage. Mais pas davantage l'Etat français, chaque fois qu'il est partie à un contrat de ce type.

6. Et en cela l'arrêt de la Cour de Paris du 24 février 1994 confirme la cohérence de la position du juge judiciaire, dans son contrôle de la régularité des arbitrages et de leur exécution, et manifeste la position isolée du Conseil d'Etat.

Le raisonnement aujourd'hui tenu à propos de l'Etat tunisien et pour le contrôle de l'exécution d'une sentence, vaut à l'identique à l'égard de l'Etat français et de toutes les personnes publiques françaises dans la conduite de leurs relations commerciales internationales, et ceci encore quel que soit le lieu d'exécution de ces contrats, y compris sur le territoire français : l'arbitrabilité du contrat international résulte de la nature de celui-ci et non d'une quelconque habilitation du droit interne.

Ainsi dans l'affaire *Eurodisneyland*, le caractère international du contrat étant manifeste, la présence d'une clause compromissoire ne faisait pas problème, nonobstant la présence de personnes publiques au contrat et une éventuelle qualification de celui-ci comme contrat administratif au regard des catégories du droit interne français.

En opinant en sens contraire et en se référant aux seuls principes de la jurisprudence administrative en la matière, le Conseil d'Etat, dans son avis de 1986, a ignoré la jurisprudence de la Cour de cassation acquise depuis l'arrêt *Galakis* précité, et a, du même coup, imposé un recours à la loi qui n'était pas nécessaire.

7. Finalement l'arrêt d'appel ici commenté n'innove pas, mais rappelle la valeur positive d'une jurisprudence favorable à l'arbitrage international, qui se justifie certes au regard des principes du droit international et du droit français de l'arbitrage, mais qui admet aussi la soustraction des personnes publiques au contrôle du juge administratif dans leurs relations commerciales internationales.

Car c'est bien là l'enjeu du débat : celui du traitement juridictionnel des personnes publiques dans leurs relations commerciales transfrontalières. Tenues de respecter le principe de prohibition de l'arbitrage dans leurs relations juridiques internes, ces personnes publiques en seraient affranchies dans leurs relations commerciales internationales, et le juge administratif français du même coup dessaisi du contrôle de celles-ci.

C'est du moins la conséquence logique d'une construction jurisprudentielle cohérente à laquelle l'arrêt aujourd'hui rendu par la Cour de Paris, à l'égard de l'Etat tunisien, s'intègre harmonieusement.

Cette construction jurisprudentielle suffit-elle ? On a tendance à le penser, dès lors que les tribunaux judiciaires français exercent sans état d'âme leur rôle de contrôle des sentences internationales et d'exécution de celles-ci, sans s'arrêter à la présence d'une personne publique. L'intervention d'un texte, qu'on a parfois imaginée, outre les difficultés de rédaction qu'elle comporte, mettrait au grand jour une opposition qui n'a pas lieu d'être et se prolongerait vraisemblablement par d'innombrables difficultés d'application.

Le juge judiciaire, juge de la sentence, est en situation de faire prévaloir la conception matérielle de l'arbitrage international qu'il trouve dans le nouveau Code de procédure civile. Le débat de

l'arbitrabilité des contrats des personnes publiques peut ainsi être limité en pratique aux contrats de droit interne.

8. Pour le surplus, l'arrêt applique normalement les dispositions de l'article VII de la Convention de New York, ratifiée par la Tunisie comme par la France, qui réservent les droits des parties à une sentence arbitrale de se prévaloir de celle-ci « de la manière et dans la mesure admise par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée » ; ce qui le conduit à examiner les deux ordonnances d'exequatur du 15 avril 1991 dans le cadre du seul contrôle d'appel ouvert par l'article 1502 du nouveau Code de procédure civile et, aucun des griefs invoqués par l'Etat tunisien n'étant reconnu fondé, à confirmer ces deux ordonnances.

YVES GAUDEMET

Professeur à l'Université de Paris II
(Panthéon-Assas)