

**UNIVERSITE DE LIMOGES**

**FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES ECONOMIQUES**

Thèse pour l'obtention du grade de  
DOCTEUR EN DROIT DE L'UNIVERSITE DE LIMOGES  
Discipline : Droit privé

Présentée et soutenue publiquement le lundi 16 juin 2008 par  
**Mme Besma ARFAOUI épouse BEN MOULDI**

# **L'INTERPRETATION ARBITRALE DU CONTRAT DE COMMERCE INTERNATIONAL**

## **MEMBRES DU JURY**

### **Directeur de recherches :**

**M. Eric GARAUD**

*Professeur à l'Université de Limoges*

### **SUFFRAGANTS :**

**M. Joël MONEGER**

*Professeur à l'Université de Paris IX  
Doyen honoraire*

**M. Marcel BAYLE**

*Professeur à l'Université de Limoges  
Directeur du Centre de recherches sur l'entreprise, les organisations et le patrimoine  
(CREOP)*

**M. Arnaud REYGROBELLET**

*Professeur à l'Université de Paris X*

**M. Alain CUISANCE**

*Editions Francis LEFEBVRE*

*Année universitaire 2007-2008*

## INTRODUCTION

*L'interprétation (...) est à la fois une fonction du sage qui explique, et du démiurge qui construit.*

**R. KOLB<sup>1</sup>**

1. S'il est un domaine du droit qui, depuis ces dernières années, attire de plus en plus l'attention, c'est bien celui du développement du contentieux de l'interprétation des contrats internationaux<sup>2</sup>.

Ce qui est remarquable également, c'est le fait que le contentieux des contrats commerciaux internationaux en général, et celui de l'interprétation en particulier, est largement soustrait aux juridictions étatiques au profit de l'arbitrage. Un choix qui s'explique sans doute par les inconvénients ainsi que par les faiblesses prêtées, en matière internationale, à la justice étatique<sup>3</sup>.

L'arbitrage a su développer « les séductions d'une procédure obéissant à des règles élaborées, ou du moins choisies par les parties ou les arbitres : un formalisme minimal mais judicieux, une souplesse dans le déroulement de l'instance sont attendus de l'arbitrage<sup>4</sup> ». L'on s'accorde aujourd'hui à voir en l'arbitrage un mécanisme de justice privée qui s'accommode si bien avec les exigences du commerce international qu'il est perçu comme étant « le mode normal de règlement des litiges<sup>5</sup> ».

---

<sup>1</sup> KOLB (R.), *Interprétation et création du droit international*, éd. BRUYANT 2006. 26.

<sup>2</sup> DEL MARMOL (Ch.) et MARTRAY (L.), « L'importance de l'interprétation du contrat dans ses relations avec l'arbitrage commercial international », *Rev. dr. int. et du droit comparé*, Belgique 1980.156. et s.

<sup>3</sup> On reproche à la justice étatique la lenteur de la procédure. En outre et sans douter de l'impartialité des juges étatiques, les opérateurs du commerce international mettent en question la neutralité du for étatique saisi par rapport aux parties. Il existe un risque de déséquilibre entre celles-ci, en ce sens que « le juge partagera avec le national et son conseil un même héritage culturel, que ce soit sur le plan linguistique, économique ou surtout juridique » : v. Y. DEARINS, « Sources et domaine d'application du droit français de l'arbitrage international », *In Droit et pratique de l'arbitrage international en France*, Feduci, 1984. 1 et s.

<sup>4</sup> JACQUET (J-M.), DELEBECQUE (Ph.) et CORNELOUP (S.), *Droit du commerce international*, Dalloz 2007. n° 1027, p. 744 ; DELVOLLE (J.-L.), « Vraies et fausses confidences, ou les petits et les grands secrets de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1996. 373 et s.

<sup>5</sup> FOUCHARD (Ph.), GAILLARD (E.) et GOLDMAN (B.), *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec 1996. 1.

2. L'interprétation du contrat est un sujet qui a suscité beaucoup de réflexions et d'innombrables études<sup>6</sup>. Un constat qui, *a priori*, ôte à la présente étude toute son originalité. Aborder cette matière sous un autre angle est pourtant de nature à lui redonner tout son intérêt.

Cette étude s'intéresse à la pratique arbitrale de l'interprétation du contrat de commerce international. Elle est le fruit d'une enquête qui s'ouvre à l'observation des principes et des directives d'interprétation applicables à tout contrat de commerce international et qui sont forgés par la jurisprudence arbitrale. Un tel sujet fait appel à des notions d'une importance exceptionnelle, ayant fait couler beaucoup d'encre, et sur lesquelles il convient de s'expliquer d'avantage afin de mettre en exergue l'intérêt attaché à cette recherche.

3. S'agissant d'abord de la notion d'interprétation, il a été préconisé qu'« il n'existe pas de définition unitaire de l'activité interprétative en droit (...) et les définitions de l'interprétation portent la trace de toutes les multiplicités et incertitudes qui entourent la notion<sup>7</sup> ». Ceci a été expliqué essentiellement par le fait que cette activité absorbe des aspects si divers<sup>8</sup> qu'il apparaît impossible d'en réduire le champ dans le cadre d'une définition unitaire.

---

<sup>6</sup> A titre énonciatif on cite : GAUGIER, De l'interprétation des actes juridiques, Paris 1898 ; DEREUX, L'interprétation des actes juridiques privés, Thèse Paris 1905 ; GENY, Méthodes d'interprétation et sources de droit privé positif, Sirey 1914/1924 ; TALAMON, Les pouvoirs de contrôle de la Cour de cassation sur l'interprétation et l'application des contrats, Thèse Paris 1926 ; BOSSHART(F.), L'interprétation des contrats, Thèse Genève 1939 ; DE CALLATAY (E.), Etudes sur l'interprétation des conventions, 1947 LGDJ Paris ; LOPEZ SANTA MARIA (J.), Les systèmes d'interprétation des contrats, 1968 Paris ; CAUSIN (E.), « L'interprétation des contrats en droit belge », In l'interprétation en droit, approche pluridisciplinaire-Saint Louis, 1978.317. ; DARAPORN TECHAKUMPHU, L'interprétation du contrat en droit français et en droit thaïlandais, Thèse Aix Marseille 1981 ; PACLOT (Y.), Recherche sur l'interprétation juridique, Thèse Paris 1988 ; MALEVILLE (M.H.), Pratique de l'interprétation des contrats, Etudes jurisprudentielles, Thèse Rouen 1991 ; PFERSMAN (O.), Raisonnement juridique et interprétation, Paris 2001 ; FOUUDA (A.), L'interprétation du contrat en droit égyptien et en droit comparé, Dar Ennahdha (En arabe) ; BEKRI (A.), « Le rôle de l'usage dans l'interprétation des contrats », Article de recherche publié à la Faculté des sciences juridiques politiques et sociales, Tunis II 1993 ; JERBI (S.), L'interprétation du contrat, C.P.U Tunis 2000 (En arabe) ; KLILOUBI (S.), L'interprétation des contrats commerciaux, Le Caire 1988.

<sup>7</sup> KOLB (R.), Interprétation et création du droit international, éd. BRUYANT 2006.11 et 24.

<sup>8</sup> Perçue comme étant une activité plurielle, l'interprétation « peut viser l'interprétation textuelle ou extra-textuelle ; quant au sujet, elle peut signifier l'interprétation doctrinale, judiciaire (...) ; quant à la manière, elle peut toucher à l'interprétation visant à comprendre, à celle visant à corriger ou encore à celle visant à suppléer un texte. Parfois, l'interprétation vise à développer une norme lacunaire, incertaine (...) ; d'autres fois, l'interprétation porte ponctuellement sur le comblement d'une lacune laissée ouverte par la norme », v. KOLB (R.), Op.cit., 11.

Le pluralisme qui guette la notion d'interprétation puise sa source dans l'étymologie de ce concept. En effet, d'un point de vue étymologique, le terme interprétation puise son origine dans plusieurs racines. En latin, *interpēs* désigne signifie « le médiateur, l'explicateur, le traducteur d'évènements, de volontés, de textes ou de signe oraux<sup>9</sup> ». En grec, le mot « ἑρμηνεία » ou « herménie » renvoie « à la compréhension intellectuelle d'un phénomène plus qu'à son évaluation<sup>10</sup> ». Ces deux significations issues de deux racines distinctes permettent d'accorder à l'interprétation deux fonctions : la première est d'expliquer. La seconde est d'évaluer et de construire.

Partant de ces racines étymologiques, plusieurs études ont tenté de donner une définition juridique à la notion d'interprétation. Ainsi, au sens restrictif, il a été reconnu que l'interprétation consiste à déterminer le sens d'une déclaration<sup>11</sup>. Elle sert à « découvrir les pensées qu'expriment les paroles ou les écrits<sup>12</sup> ». Cette découverte invite l'interprète à apprécier le sens et la portée de la convention déficiente en déterminant l'étendue des obligations contractuelles<sup>13</sup>.

Le concept d'interprétation du contrat est marqué par les différences qui existent entre la conception subjective et de la conception objective de l'activité interprétative.

Pour la première conception, « les contrats sont formés par la rencontre de la volonté des parties et l'interprétation du contrat est orientée vers la recherche de ce que les parties ont voulu en signant le contrat ou au moins de ce qu'elles auraient convenu si le problème à résoudre avait traversé leurs esprits<sup>14</sup> ». Mais devant le recul du volontarisme, la doctrine contemporaine s'est rendue compte que « la volonté n'étant plus l'âme du contrat, elle ne peut plus être la mesure de son interprétation<sup>15</sup> ».

---

<sup>9</sup> KOLB (R.), *Interprétation et création du droit international*, éd. BRUYANT 2006. 27 ; v. ERNOUT (A.) et (A.) MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris 1985. 320.

<sup>10</sup> KOLB (R.), *Interprétation et création du droit international*, éd. BRUYANT 2006. 28 ; CHANTRAINE (P.),

<sup>11</sup> BOSSHART (F.), *L'interprétation des contrats*, Thèse Genève 1939. 16 ; BEKRI (A.), « Le rôle de l'usage dans l'interprétation des contrats », Article de recherche publié à la Faculté des sciences juridiques politiques et sociales, Tunis II 1993. 1.

<sup>12</sup> TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, cité par MALEVILLE (M.H.), *Pratique de l'interprétation des contrats*, Etudes jurisprudentielles, Thèse Rouen 1991. 12.

<sup>13</sup> MALEVILLE (M.H.), *Pratique de l'interprétation des contrats*, Etudes jurisprudentielles, Thèse Rouen 1991.11. v. DEREUX, *L'interprétation des actes juridiques privés*, Thèse Paris 1905.

<sup>14</sup> DE LY (F.), « Les clauses d'interprétation dans les contrats internationaux », *RDAI*, n°6. 2000. 723.

<sup>15</sup> LOPEZ SANTA MARIA (J.), *Les systèmes d'interprétation des contrats*, Thèse Paris 1968. 111.

De ce fait, l'interprétation ne doit pas être entendue seulement dans le sens de la recherche d'une commune volonté des parties « qui n'existe pas toujours <sup>16</sup> ». Elle doit se référer à d'autres vecteurs extérieurs à la volonté tels que la bonne foi et les usages. Cette perspective objective de l'interprétation a pour objectif de compléter l'interprétation subjective du contrat<sup>17</sup>. Elle trouve son fondement dans une approche inhérente à l'utilité sociale du contrat. Cette approche consiste pour l'interprète à « se demander ce qui est socialement le plus utile ou ce que la justice indique comme devant être les conséquences de l'acte <sup>18</sup> ».

Les différences qui existent entre les conceptions de l'activité interprétative s'estompent nettement devant l'arbitre du commerce international. N'ayant pas de force étatique, l'arbitre n'hésite pas à passer outre ce pluralisme conceptuel en tissant des directives d'interprétation issues d'une analyse du droit comparé. En effet, « l'une des caractéristiques de l'arbitrage commercial international est qu'il est le théâtre de la rencontre de règles issues de multiples systèmes de droit<sup>19</sup> ». C'est cette caractéristique qui a fait de l'arbitrage un mécanisme de justice privée très sollicité notamment pour régler les litiges relatifs à l'interprétation du contrat de commerce international.

**4.** Face à la mondialisation de l'économie et au développement des échanges internationaux, il n'est guère besoin d'insister sur l'importance du contrat dans la réalisation des opérations du commerce international. Le contrat constitue, par excellence, l'outil juridique qui matérialise les transactions commerciales internationales. Ainsi, il a été relevé que « les opérations du commerce international se nouent et se dénouent dans le cadre du contrat <sup>20</sup> ».

---

<sup>16</sup> GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), *Traité de droit civil- les effets du contrat*, LGDJ 2ème. éd. n° 8, p. 10.

<sup>17</sup> GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), *Op. cit.*, n°9. p. 10.

<sup>18</sup> LOPEZ SANTA MARIA (J.), *Les systèmes d'interprétation des contrats*, Thèse Paris 1968. 2.

<sup>19</sup> ORTSCHIEDT (J.), *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, Dalloz 2001. 3.

<sup>20</sup> JACQUET (J.-M.), DELEBECQUE (Ph.) et CORNELOUP (S.), *Droit du commerce international*, Dalloz 2007. n° 341, p. 191.

En dépit de l'importance du contrat international dans la réalisation des transactions commerciales, « il demeure mal défini en droit positif <sup>21</sup> ». Doctrine et jurisprudence ont pris soin de tenter de préciser le contour de cette notion. A ce titre, deux approches ont été suivies pour cerner la notion de contrat international.

Dans un premier temps, la jurisprudence française a retenu le critère économique pour définir le contrat international<sup>22</sup>. Ce critère met en exergue la substance économique du contrat.

Il s'agit d'une approche qui débouche sur une définition extensive du contrat international. Ainsi, est international le contrat qui met en jeu les intérêts du commerce international : il correspond à toute transaction commerciale impliquant « un mouvement de biens, de service ou un paiement par dessus les frontières ou intéressant l'économie (ou la monnaie) de deux pays au moins <sup>23</sup> ». Cette formule nous rappelle l'approche retenue par le droit français pour définir l'arbitrage international, notamment dans l'article 1492 du Nouveau code de procédure civile qui dispose « est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international ».

Dans un second temps, la Cour de cassation française, suivie en cela par les juges du fond, a rompu avec le courant jurisprudentiel antérieur et a adopté l'approche juridique dans la définition du contrat international<sup>24</sup>. A la lumière du critère juridique, la notion de contrat international est cernée étroitement. Elle repose sur l'existence d'un élément d'extranéité. De ce fait, est international le contrat « se rattachant à des normes juridiques émanant de plusieurs Etats <sup>25</sup> ».

---

<sup>21</sup> NIBOYET (M.L), J. Cl. Contrats internationaux. Fasc 552. 40 et s. ;V. également Heuzé, « La réglementation française des contrats internationaux », Paris GLN Joly éditions.

<sup>22</sup> Ce critère à été dégagé par la Cour de cassation française dans les arrêts Mardelé et Dambicourt (Cass. civ. 19 février 1930 et 27 janvier 1931, S. 1933. I. 41, note NIBOYET). Dans ces deux affaires, il s'agissait d'un contrat conclu en France, entre deux français, et ayant pour objet la vente et le transport de marchandises d'Amérique en France. La Cour a retenu le caractère international du contrat au motif qu'il mettait en jeu des intérêts du commerce international, et elle a admis l'application de la loi anglaise en l'espèce. Une décision qui avait pour conséquence d'admettre la validité de la clause compromissoire insérée dans le contrat en cause ( l'affaire est antérieure à la loi française du 31 décembre 1925 validant l'insertion des clauses compromissoires dans les contrats internationaux). Le même critère économique a été retenu dans d'autres affaires ultérieures : Cass. civ., 18 mai 1972, Clunet 1972. 62, Obs. OPPETIT.

<sup>23</sup> NAJJAR (N.), L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international, LGDJ 2004. 3.

<sup>24</sup> Cass. civ.I , 7 octobre 1980, J.C.P. 80. II. 19480, Rev. crit. dr. int. pr. 1981. 313, note J. MESTRE ; Paris, 19 juin 1970, JCP 1971. II. 16927, note GOLDMAN.

<sup>25</sup> Lyon, 19 avril 1977, Rev. crit . dr. pr. 1977. 788, note B. ANCEL.

Cette formule a été reprise par BATIFFOL. Il a précisé que le contrat international correspond à une convention qui « par les actes concernant sa conclusion ou son exécution, ou la situation des parties quant à leur nationalité ou leur domicile, ou la localisation de son objet, (...) a des liens avec plus d'un système juridique<sup>26</sup> ».

La définition du contrat international sur la base du critère juridique seulement a été très fortement critiquée par la doctrine<sup>27</sup>. Ainsi, il a été écrit que « nier le caractère international d'un contrat dont l'objet est localisé à l'étranger est d'autant plus contestable que le lieu d'exécution est l'élément le plus caractéristique de l'opération contractuelle, et que sa situation effective à l'étranger doit provoquer la qualification de contrat international<sup>28</sup> ».

En définitive et étant donné que sur la base économique, le contrat international a « des rattachements juridiques multinationaux », il est largement admis qu'est qualifié d'international le contrat dont tous les éléments de rattachement ne sont pas localisés dans le même pays<sup>29</sup>.

5. Un des phénomènes les plus frappants de la fin du XX<sup>e</sup> siècle est certainement le développement prodigieux des échanges commerciaux internationaux. La doctrine ramène ce développement essentiellement à deux raisons. Alors que la première raison est inhérente à « l'industrialisation massive de la chaîne de production », la seconde consiste dans la conscience généralisée du caractère inadapté des règles nationales. De ce fait, « il fût donc nécessaire d'abattre les obstacles qui avaient jusque là endigué les échanges commerciaux et la mobilité du capital, aussi bien par l'assouplissement des règles juridiques nationales à l'intérieur des Etats-nations souverains que par la création d'organismes internationaux ayant pour vocation de réguler les échanges internationaux<sup>30</sup> ».

---

<sup>26</sup> BATIFFOL, D. rép. dr. int., V<sup>o</sup> Contrats et convention n<sup>o</sup>9 cité In J . -Cl. Contrats commerciaux internationaux, Fasc. 335. n<sup>o</sup>8.

<sup>27</sup> PONSARD, « La jurisprudence de la Cour de cassation et le droit commercial international », Mélanges GOLDMAN, 1982. 241.

<sup>28</sup> MESTRE (J.), note sous Cass. civ.I, 7 octobre 1980, J.C.P. 80. II. 19480, Rev. crit. dr. int. pr. 1981. 329.

<sup>29</sup> GOLDAMN, note sous Paris, 19 juin 1970, JCP 1971. II. 16927.

<sup>30</sup> DILOY (Ch.), Le contrat d'agence commercial en droit international, LGDJ 2000.

6. Si on assiste de nos jours à un développement considérable des échanges commerciaux matérialisés dans des contrats internationaux, l'aspect dynamique de cette croissance ne doit pas occulter les difficultés qui guettent l'exécution de ces contrats. En effet, ce qui est remarquable c'est l'abondance du contentieux d'interprétation. Cette abondance est si manifeste qu' « il n'est pas un seul numéro de la revue de l'arbitrage qui ne rapporte une sentence confrontée à une difficulté d'interprétation du contrat<sup>31</sup> ».

7. De ce fait, le choix du domaine étudié n'est, bien entendu, pas fortuit, et l'intérêt de la recherche devient aisément perceptible.

En effet, les questions liées à l'interprétation arbitrale du contrat de commerce international donnent lieu à d'âpres controverses et s'ouvrent à des enjeux considérables qui tournent autour des pouvoirs de l'arbitre interprète et de la cohérence des méthodes et des normes qu'il met en œuvre dans l'exercice de sa mission interprétative.

Le constat de ce que l'arbitre du commerce international prend le soin de vérifier sa compétence et de statuer sur les questions préalables inhérentes au droit applicable avant de procéder à l'interprétation du contrat litigieux, éclaire suffisamment l'importance et la complexité des problèmes qui peuvent se poser en la matière.

8. Tout en mettant en exergue les directives qui guident le travail de l'arbitre interprète, il ne peut, cependant, être question dans cette recherche d'établir une systématisation de la technique d'interprétation de chaque catégorie de contrat de commerce international. Une telle approche nécessiterait des volumes entiers et même procéder ainsi n'épuiserait pas la matière.

L'objectif essentiel de cette étude est de mettre en valeur la richesse des normes transnationales forgées par la pratique arbitrale tout en portant un regard critique sur certaines positions jurisprudentielles observées en la matière.

---

<sup>31</sup> MALEVILLE (M.H.), Pratique de l'interprétation des contrats, Etudes jurisprudentielles, Thèse Rouen 1991. 14.

9. Qu'il soit interne ou international, un contrat ne soulève le problème d'interprétation qu'essentiellement en raison d'une maladresse dans l'extériorisation de l'intention commune des parties. Lors de cette extériorisation, il peut y avoir une discordance entre ce qui a été voulu et ce qui a été dit, ou une discordance entre ce qui a été dit et ce qui a été perçu<sup>32</sup>. La discordance peut être due soit à la pauvreté du langage, soit à la mauvaise manipulation du langage par le déclarant.

Au regard de la doctrine, il est admis que tout engagement conventionnel nécessite l'extériorisation de l'intention qu'éprouve son auteur d'être lié par un rapport juridique. Cette extériorisation se fait par le biais du langage<sup>33</sup>. Le langage est le moyen qui permet la communication entre les Hommes. Mais il lui est, très souvent, reproché d'être « un véhicule imparfait de la pensée<sup>34</sup> ».

L'imperfection peut s'expliquer par le fait que le langage qui ne suit pas le cours du progrès de la civilisation, est de plus en plus exposé à ne pas fonctionner de manière satisfaisante. En effet, il arrive qu'une langue ne contienne pas des mots pour désigner de nouvelles notions. Pour remédier à ce problème, un même terme est utilisé pour exprimer deux idées distinctes. Une solution qui peut faire planer le doute sur le sens voulu.<sup>35</sup>

La discordance entre la volonté et la déclaration peut également être due à une mauvaise manipulation du langage par le déclarant. Certains auteurs ramènent la majeure partie des cas où il existe une discordance entre l'intention et la manifestation de cette intention à la mauvaise manipulation de l'expression. Ainsi, LAROMBIERE écrit à ce sujet qu'« il faut en accuser beaucoup moins l'insuffisance de la langue, qu'un usage inintelligent des termes employés<sup>36</sup> ».

---

<sup>32</sup> DURMA , La notification de volonté, Thèse Paris. 1938. 38 ;CHABAS , De la déclaration de volonté en droit civil français, Sirey 1931. 95 ; SIWAR (W.), La manifestation de volonté en droit musulman, SNED.37 (en arabe).

<sup>33</sup> Dans l'opinion commune, le mot déclaration s'entend largement. Il désigne non seulement des paroles et des écrits, mais également tous les gestes et comportements des parties ainsi que des usages nés entre elles de précédentes relations d'affaires.

<sup>34</sup> BEKRI (A.), « Le rôle de l'usage dans l'interprétation des contrats », Article de recherche publié à la Faculté des sciences juridiques politiques et sociales, Tunis II 1993. 1.

<sup>35</sup> BOSSHART (F.), L'interprétation des contrats, Thèse Genève 1939. 29.

<sup>36</sup> BOSSHART (F.), Op. cit., 30

Le mauvais emploi de la langue se manifeste dans une expression insuffisante ou excessive de la pensée. Ces deux situations sont « génératrices d'ambiguïté », relève M. IVAINER<sup>37</sup>.

L'expression est excessive lorsque le déclarant emploie des termes inutiles qui ne complètent en rien sa pensée. Ainsi, « l'excès se manifeste par des énoncés de l'acte exprimant une pluralité de versions, discordantes ou contraires, de la commune volonté des parties ».

Quant à l'insuffisance d'expression, elle signifie « une appréhension incomplète d'une réalité globale – présente ou future qui échappe ainsi à l'intention commune exprimée par les parties<sup>38</sup> ». En d'autres termes, il y a insuffisance dans l'expression lorsque le déclarant omet (volontairement ou involontairement) de manifester un ou plusieurs mots nécessaires à la compréhension de sa pensée.

**10.** Les causes génératrices du contentieux d'interprétation évoquées auparavant trouvent dans le cadre des transactions commerciales internationales un terrain favorable pour se manifester avec plus d'acuité.

Matérialisant les opérations du commerce international, les contrats internationaux transposent le développement des transactions commerciales. Ceci s'est traduit par l'apparition de nouvelles figures contractuelles qui témoignent de la richesse de l'espace commercial international.

Certes pour la majeure partie des cas, ces contrats correspondent à des figures juridiques ordinaires : il s'agit en l'occurrence de ventes, de transports, de prêts, de mandats. Mais à côté de ces figures classiques, et cherchant à répondre le mieux aux besoins les plus divers des opérateurs du commerce international, les contrats internationaux se sont multipliés et diversifiés.

---

<sup>37</sup> IVAINER (Th.), « L'ambiguïté dans les contrats », Dalloz Sirey 1976. Chronique. 153.

<sup>38</sup> IVAINER (Th.), Op. cit., 154.

On assiste de nos jours à l'apparition de formes contractuelles issues des créations de la pratique, tels que le contrat clé en main, les contrats de transfert de technologie, les contrats de coopération industrielle. Ces figures contractuelles complexes ne sont pas forcément connues par tous les opérateurs du commerce international.

Les opérateurs du commerce international sont très divers. Ils ne sont pas tous issus d'un même espace économique, politique et technologique et ils n'ont pas forcément la même conception du contrat. Les contrats sont conclus entre des parties qui n'ont pas la même force et approche économiques : des multinationales, des pays industrialisés face à des Etats en voie de développement, des entreprises à tradition socialiste confrontées à l'esprit capitaliste.

En outre, les intérêts mis en jeu par les contrats internationaux sont très considérables. Généralement ces contrats sont complexes et ils se caractérisent par la longueur des négociations et la lenteur des pourparlers qui entourent leurs conclusions. De nombreuses réunions préparatoires peuvent avoir lieu, au cours desquelles d'innombrables projets et documents, parfois inutiles, ne faisant qu'approfondir les incertitudes et alimenter les contradictions entre les dispositions, sont échangés entre les parties.

Au demeurant, les maladresses de rédaction, l'absence d'une conception internationale uniforme du contrat, l'absence d'un langage technique international unifié ainsi que la disparité des forces économiques et des capacités techniques des contractants conduisent à des incompréhensions et des incertitudes partagées : d'où un contentieux d'interprétation dont la majeure partie est confiée à l'arbitrage commercial international.

**11.** Tissés dans un milieu international, les transactions commerciales ont leurs propres impératifs. Des impératifs qui cadrent mal avec les règles nationales et l'esprit de la justice étatique. Ainsi, le recours à l'arbitrage se révèle être véritablement adapté aux besoins du commerce international et à l'attente légitime des parties. Cela mérite d'autant plus d'être souligné que « le recours à l'arbitrage international est à lui seul considéré, de manière générale, comme un instrument d'internationalisation du contrat, et par là, de référence aux principes généraux du droit international<sup>39</sup> ».

---

<sup>39</sup> GOLDMAN (B.), « La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international : réalité et perspectives », *Clunet* 1979. 481.

**12.** La liberté offerte aux arbitres en vertu des récents droits de l'arbitrage et le fait que leurs sentences ne soient pas assujetties à une révision au fond expliquent la tendance des arbitres du commerce international à interpréter le contrat litigieux avec plus de flexibilité que les tribunaux étatiques. Cette flexibilité a joué un rôle considérable dans la mise en œuvre du pouvoir créateur et normatif de l'arbitre à travers l'interprétation du contrat de commerce international.

*A priori*, l'interprétation du contrat international se trouve « ici comme ailleurs avec la même utilisation des éléments de raisonnement et de logique qui conduisent à déterminer le sens des mots et des phrases qui constituent des normes juridiques <sup>40</sup> ». Mais en réalité, l'interprétation du contrat international est une opération complexe qui conduit l'arbitre à aller au-delà de la détermination des obligations des parties et de leurs droits respectifs à la lumière du droit applicable à la transaction. Une approche qui fait de l'arbitre une source créatrice, non seulement de normes transnationales, mais également de droits et obligations contractuelles.

**13.** La pratique arbitrale internationale s'est avérée imaginative dans l'interprétation des contrats du commerce international. Sa créativité se manifeste d'abord dans l'élaboration d'un corps de normes transnationales qui ont pour dénominateur commun l'affermissement de l'autonomie de l'arbitrage international vis-à-vis des législations nationales. « Aussi est-ce l'existence même d'une activité générale d'interprétation qui est à l'origine d'une jurisprudence arbitrale <sup>41</sup> ».

Dans cette perspective, la présente thèse ambitionne de mettre en exergue le rôle catalyseur que joue l'interprétation dans la mise en œuvre du pouvoir créateur et normatif de l'arbitre. L'arbitre interprète joue « *a crucial juridical rôle in the new international merchant law, a law which is elaborated and established by its own participant* <sup>42</sup> » et il apparaît ainsi comme étant une source créatrice de la règle de droit.

---

<sup>40</sup> KAHN (Ph.), « L'interprétation des contrats internationaux », *Clunet* 1981. 6.

<sup>41</sup> OSMAN (F.), *Les principes généraux de la lex mercatoria*, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, LGDJ., 1992 p. 208 et s.

<sup>42</sup> CREMADES (B. M.), *The impact of international arbitration on the development of business law*, *The American Journal of Comparative Law* 1983. vol. 31. 526 et s.

14. Forgées à travers une analyse du droit comparé, les normes transnationales permettent de constater la convergence des grandes familles de systèmes juridiques étatiques. Si la création de normes mercantiles s'appuient sur le droit comparé, « l'unanimité des systèmes n'est toutefois pas nécessaire à la découverte d'une norme transnationale. (...) Le consensus des grandes familles de systèmes est le soutien indispensable à cet aspect de la méthode des normes transnationales, (mais) l'universalité n'est (...) pas requise<sup>43</sup> ». Comme l'observait le Professeur GAILLARD, « toute la philosophie des règles transnationales est en effet, non de minimiser le rôle des normes d'origine étatique, mais d'éviter que des solutions, qui n'ont pas reçu un support suffisant en droit comparé, ne l'emportent sur des conceptions plus généralement admises dans la communauté internationale<sup>44</sup> ».

Dans son analyse du droit comparé, l'arbitre trouve dans les principes relatifs au contrats du commerce international de l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit)<sup>45</sup> et dans les principes européens du droit des contrats de la Commission sur le droit européen<sup>46</sup> des contrats un appui pour dégager les indications précieuses relatives à l'interprétation du contrat de commerce international<sup>47</sup>.

Les principes relatifs aux contrat du commerce international d'Unidroit sont le fruit d'une harmonisation du droit des contrats de nombreux systèmes juridiques et ils permettent ainsi de fournir un corps de règles adaptées aux besoins des opérations du commerce international<sup>48</sup>. De leur côté, les principes européens du droit des contrats traduisent une synthèse des principes et règles applicables aux contrats dans les grandes traditions de systèmes juridiques.

---

<sup>43</sup> ORTSCHIEDT (J.), La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international, Dalloz 2001. 8.

<sup>44</sup> GAILLARD (E.), « Trente ans de Lex Mercatoria. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », JDI 1995. 27.

<sup>45</sup> Institut international pour l'unification du droit privé, Principes relatifs aux contrats du commerce international, Pub. Unidroit, Rome, 1994.

<sup>46</sup> LANDO (O). « Principes de droit européen des contrats. Une première étape vers un Code civil européen », RDAI 1997. 189.

<sup>47</sup> Une sentence arbitrale de la Chambre de commerce de Zurich rendue le 25 novembre 1994 se réfère aux Principes d'Unidroit pour établir le consensus des systèmes juridiques sur une règle d'interprétation du contrat. V. également, les sentences n° 4316 et 4366 rendues sous l'égide du Centre international de la Chambre économique fédérale d'Autriche le 15 juin 1994, JDI 1995. 1055, obs. I. Seidl-Hohenveldern.

<sup>48</sup> HUET (J.), « Les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux principes d'Unidroit : une nouvelle les mercatoria ? », Les petites affiches, 10 novembre 1995. 8 ; LARROUMET (Ch.), « La valeur des principes d'Unidroit applicables aux contrats du commerce international », JCP 1997. I. 4011 ; GIARDINA (A.), « Les principes d'Unidroit sur les contrats internationaux », JDI 1995. 47.

L'observation de l'espace conventionnel international a servi de base à la jurisprudence arbitrale pour interpréter le contrat tout en prenant en considération l'attente légitime des parties et les impératifs du commerce international. Les sentences arbitrales traduisent ainsi une constance dans les lignes directrices suivies par la pratique arbitrale. Une constance qui s'illustre dans la reproduction de solutions identiques pour résoudre des problèmes similaires.

**15.** A la lumière des directives d'interprétation forgées par la pratique arbitrale, l'arbitre procède à la détermination de l'étendue des droits et des obligations contractuelles. Cette détermination se fait au nom de la bonne foi. C'est au nom de ce principe général de la *lex mercatoria* que s'exerce un autre aspect du pouvoir créateur de l'arbitre.

L'arbitre du commerce international a fait preuve d'une œuvre créatrice en ce sens qu'il a réussi, non seulement à dégager un certain nombre de droits et obligations contractuels mais également, à témoigner d'une volonté certaine d'assouplir la rigueur qui peut caractériser la lecture littérale du contrat.

**16.** La flexibilité dont jouit l'arbitre du commerce international constitue le socle de sa créativité par rapport à la pratique contractuelle en général d'abord et, par rapport à la transaction litigieuse en particulier ensuite.

Cette flexibilité s'est renforcée en raison de l'intervention de plus en plus limitée des juridictions étatiques dans le contrôle des sentences. Un constat relevé par M. CARBONNEAU qui observe que « les voies de recours (n'étant) ouvertes qu'en cas d'irrégularités manifestes affectant le pouvoir juridictionnel des arbitres ou en cas de violation de l'ordre public », l'arbitre joue un rôle crucial dans l'élaboration d'« un corps de principes juridiques gouvernant le droit commercial international (autrement appelé la *lex mercatoria* ou droit international des commerçants), une *common law* des transactions internationales <sup>49</sup> ».

---

<sup>49</sup> CARBONNEAU (Th. E.), *Etude historique et comparée de l'arbitrage : vers un droit matériel de l'arbitrage commercial international fondé sur la motivation des sentences* », *Rev. int. dr. comp.* 1984. 759.

Le recul de l'intervention étatique lors du contrôle des sentences arbitrales se manifeste essentiellement dans le refus des juridictions étatiques de sanctionner la dénaturation commise par l'arbitre. Mais cette position n'a pas pour conséquence d'ouvrir la voie devant l'arbitre pour se pencher vers l'arbitraire.

**17.** La flexibilité et la liberté dont dispose l'arbitre restent soumises à un contrôle dont l'issue conditionne le sort de la sentence arbitrale. Ce contrôle porte aussi bien sur l'existence de la compétence interprétative de l'arbitre que sur son exercice.

Après avoir ainsi brossé les grands traits de la problématique, il convient de préciser brièvement la méthode suivie pour aborder l'étude de l'interprétation arbitrale du contrat de commerce international.

**18.** Tout en ayant pour point de repère le droit français de l'arbitrage, la présente thèse envisage dans un premier temps, et dans une perspective résolument internationaliste, de discerner l'apport de l'interprétation arbitrale du contrat de commerce international.

Cette approche nous conduit à aborder les questions préalables à l'interprétation du contrat litigieux, en l'occurrence les problèmes liés au rattachement de la transaction en cause à un ordre juridique et à la détermination du contenu du droit applicable. Ensuite, nous procéderons à l'identification des principes qui constituent le socle du processus de l'interprétation du contrat de commerce international. La plupart de ces principes sont bien entendu connus des grandes familles de systèmes juridiques. Mais ayant été incorporés dans l'ordre a-national, la portée de ces principes diffère sensiblement de celle qui leur est attachée dans les systèmes juridiques nationaux.

A la lumière de ces principes, le travail interprétatif de l'arbitre ne se limite pas à déterminer le contenu et l'étendue des droits et obligations contractuelles, mais il débouche également sur l'appréciation du sort à réserver à la transaction litigieuse, et ce en statuant sur les questions liées à la survie du contrat à la suite du bouleversement de son équilibre initial ou en raison d'une irrégularité constitutive d'illicéité.

**19.** Dans un second temps, nous mettrons l'accent essentiellement sur le contrôle de l'interprétation arbitrale du contrat de commerce international. Il s'agit d'abord d'un auto-contrôle opéré par l'arbitre lui-même qui procède à la vérification de l'existence de sa compétence interprétative. Cette vérification fera l'objet d'un contrôle étatique postérieur.

Le contrôle étatique ne se limite pas à vérifier l'existence de la compétence interprétative de l'arbitre, il porte également sur l'exercice de la mission interprétative par l'arbitre.

Ainsi, se dégagent d'ores et déjà les deux parties à traiter :

**Première partie :** L'apport de l'interprétation arbitrale du contrat de commerce international.

**Deuxième partie :** Le contrôle de l'interprétation arbitrale du contrat de commerce international

**PREMIERE PARTIE**

**L'APPORT DE L'INTERPRETATION ARBITRALE DU CONTRAT DE  
COMMERCE INTERNATIONAL**

**20.** A travers l'interprétation du contrat de commerce international, l'arbitre ne se limite pas à définir le contenu de la convention litigieuse mais fait s'enraciner la transaction dans un ordre juridique à la lumière duquel il détermine le contenu et la portée des droits et des obligations réciproques des parties. Cet enracinement est le fruit d'une création prétorienne mise en oeuvre par la jurisprudence arbitrale grâce à laquelle l'arbitre international a renforcé son autonomie par rapport aux droits étatiques.

Cette autonomie s'illustre dans la mise en oeuvre d'un certain nombre de normes substantielles qui guident l'arbitre, non seulement lors du rattachement du contrat à un ordre juridique qu'il estime approprié pour résoudre le litige en cause, mais également pour définir les droits et les obligations des contractants .

**21.** De ce fait, l'étude des pouvoirs de l'arbitre international sera scindée en deux volets. Dans le premier volet, on mettra l'accent sur le pouvoir créateur et normatif de l'arbitre. Un pouvoir qui permet de le qualifier comme étant une source créatrice du Droit au sens objectif du terme (titre I).

Le second volet sera consacré à la détermination des prérogatives réciproques des parties par l'arbitre international. L'exercice de cette tâche conduit l'arbitre international à s'afficher comme une source de droits subjectifs (Titre II).

**TITRE I**  
**L'ARBITRE INTERPRETE, SOURCE DU DROIT**

**22.** La pratique arbitrale internationale s'est montrée créatrice en ce qui concerne l'interprétation du contrat de commerce international. Cette créativité s'exerce lorsqu'il s'agit pour les arbitres de localiser le contrat dans l'espace multinational ou de le localiser dans le cadre transnational. Une telle démarche conduit à renforcer l'internationalisation du contrat dans la mesure où elle peut déboucher sur sa dénationalisation (chapitre I).

**23.** L'analyse de la jurisprudence arbitrale révèle l'existence d'un corps de normes transnationales qui ont pour dénominateur commun le renforcement de l'autonomie de l'arbitrage international vis-à-vis des législations nationales. Ces normes sont l'œuvre d'un effort d'uniformisation et de rapprochement entre les différents systèmes juridiques nationaux. Un effort qui témoigne du pouvoir créateur et normatif de l'arbitre du commerce international (chapitre II).

# CHAPITRE I

## DE LA LIBRE LOCALISATION A LA DENATIONALISATION DE LA RELATION CONTRACTUELLE

24. En matière d'interprétation du contrat de commerce international, la question du droit applicable suscite une réflexion approfondie. Saisi d'un problème d'interprétation du contrat, l'arbitre du commerce international a besoin de se référer à une norme abstraite à la lumière de laquelle il fixera le contenu des obligations des parties et appréciera leur validité. De ce fait, la détermination du droit applicable est une question préjudicielle qui doit être résolue avant de procéder à l'interprétation du contrat.

En droit interne, l'interprétation du contrat ne pose pas de problèmes particuliers en ce qui concerne le droit applicable. Tous les éléments de la situation étant localisés dans un seul système juridique étatique. Dans les relations internationales, au contraire, la question est loin d'être si claire. Le contrat international présente par définition des points de rattachement avec plusieurs ordres juridiques. Par conséquent, le problème de savoir sous l'allégeance de quelle norme le contrat sera en relation se pose avec plus d'acuité.

25. Parfois, les parties insèrent dans le contrat une clause d'*electio juris*. En l'absence d'un choix du droit applicable par les contractants, l'arbitre se trouve dans l'obligation de combler cette lacune en rattachant le contrat en cause à un ordre juridique (section I).

26. Contrairement au juge étatique qui a son point de repère dans son for duquel il puise son pouvoir, l'arbitre international n'a pas de repère systématique puisqu'il ne tient son pouvoir que de la volonté des parties. Par conséquent, la détermination du droit applicable au contrat par l'arbitre n'est pas envisagée de la même manière que celle abordée par le juge étatique. En effet, l'arbitre international dispose d'une liberté qui lui permet de désigner le contrat à tout ordre juridique, qu'il soit national ou transnational ( Section II).

## SECTION I – L’OBLIGATION DE RATTACHER LE CONTRAT INTERNATIONAL A UN ORDRE JURIDIQUE

27. La formule de l’arbitrage est vécue par les parties dans une perspective d’internationalisation du contrat. Ce décloisonnement géographique est alimenté par la liberté reconnue aux contractants de choisir le droit applicable à leur relation contractuelle. Cette liberté s’illustre dans la possibilité de désigner un droit qui n’a pas de lien avec leur relation contractuelle ou de dénationaliser leur transaction en choisissant les règles transnationales comme droit applicable.

28. Cependant, la liberté reconnue aux parties de désigner le droit applicable au rapport litigieux ne doit pas aboutir à un détachement du contrat de tout ordre juridique national ou a-national. En effet, « la vocation de l’arbitrage à assurer le détachement du contrat des règles substantielles étatiques ne doit pas être comprise comme consacrant la faculté des contractants de n’être liés que par les seules stipulations de leur contrat <sup>50</sup>».

Il est incontestablement admis que « la volonté ne peut retirer son pouvoir que d’une norme qui assure sa juridicité <sup>51</sup>». Comme tout contrat, le contrat de commerce international doit être régi par une norme juridique et ne peut rester *in vacuo*. Il est nécessairement rattaché à un ordre juridique national ou a-national. L’obligation de rattacher le contrat à un système juridique repose sur une volonté quasi-universelle de rejeter la théorie du contrat sans loi dans toutes ses dimensions (§1).

29. Par ailleurs, l’obligation de rattacher le contrat à un ordre juridique suscite la mise au point de deux idées primordiales.

D’abord, les parties ne sont pas tenues de choisir le droit applicable à leur contrat. Elles peuvent, à leur guise, régler ce problème lors de la conclusion du contrat, en insérant une clause de droit applicable, ou bien laisser cette mission aux soins de l’arbitre.

---

<sup>50</sup> LEVEL (P.), « Le contrat dit sans loi », Trav. com. Fr. DIP., 1967.209 ; HEUZE, « La réglementation française des contrats internationaux, Etude critique des méthodes », GLN Joly 1990. n°226.

<sup>51</sup> POMMIER (J. CH.), Principe d’autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel, *Economica* 1992. 259.

Il en résulte que l'obligation de déterminer le droit applicable au contrat et de rattacher ce dernier à un ordre juridique n'incombe à l'arbitre que si les parties se sont restées totalement silencieuses sur la question. Dans ce cas, l'arbitre doit obligatoirement remédier à cette lacune.

Ensuite, la question de détermination du droit applicable par l'arbitre doit être envisagée à travers plusieurs angles. L'arbitre est tenu, soit de déterminer lui-même le droit applicable, en mettant en œuvre ses propres méthodes, soit de s'appuyer sur la volonté commune des parties lorsque celles-ci ont opéré un choix implicite ou qui est générateur d'ambiguïté .

**30.** De même, la désignation du droit applicable implique parfois pour l'arbitre la détermination de son contenu lorsque ce dernier est lacunaire ou ambiguë. C'est dans cette perspective que sera analysée la portée de l'obligation de rattacher le contrat à un ordre juridique (§2).

### **§1 – Fondements de l'obligation de rattacher le contrat international à un ordre juridique**

**31.** L'obligation qui incombe à l'arbitre de déterminer le droit applicable trouve son fondement dans la convergence des systèmes juridiques à condamner la théorie du contrat sans loi. En effet, une tendance quasi-universelle vise à restaurer la suprématie de la loi par rapport à la volonté individuelle (A).

**32.** En obligeant l'arbitre de lier le contrat à une norme étatique ou a-étatique, on réussit à dénier l'opinion défavorable qui voit en l'arbitrage une institution qui favorise la renaissance du contrat sans loi (B).

## **A – Restaurer la suprématie de la loi par rapport à la volonté individuelle**

**33.** L'autonomie radicale du contrat de commerce international puise sa source dans la théorie du contrat sans loi. Le contrat sans loi « c'est à dire l'hypothèse où le contrat constitue un ordre juridique autosuffisant et où la volonté s'inscrit dans le cadre du monisme subjectiviste <sup>52</sup> ». Cette théorie reconnaît aux parties à un contrat international la possibilité de s'affranchir d'une manière totale de toute loi applicable<sup>53</sup> (I).

**34.** Les inconvénients liés à l'application pratique de la théorie du contrat sans loi ainsi que la fragilité de ses fondements théoriques ont conduit à sa condamnation d'une manière quasi-universelle (II).

### **I – Présentation de la théorie du contrat sans loi**

**35.** La théorie du contrat sans loi est une théorie qui s'inscrit dans le courant de l'individualisme philosophique du XIX siècle. Selon les enseignements de cette théorie, le contrat se suffit à lui-même, il n'est soumis à aucune règle qui lui est supérieure.

Cette théorie accorde à la volonté individuelle un rang supérieur à celui de toute règle juridique, dans la mesure où on reconnaît au contrat la possibilité de naître, de se développer et de produire ses effets juridiques en ne reposant que sur lui-même, c'est à dire sans être soumis à une norme qui contrôle sa validité. En d'autres termes, la validité du contrat ne s'apprécie pas à la lumière d'une norme externe, mais à l'aune de la volonté des parties qui y est incorporée.

---

<sup>52</sup> POMMIER (J. CH.), Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel, *Economica* 1992. 273.

<sup>53</sup> LEVEL (P.), « Le contrat dit sans loi », *Trav. com. Fr. DIP.*, 1967.209; HEUZE, La réglementation française des contrats internationaux, *Etude critique des méthodes*, *GLN* Joly 1990. n° 213. 117.

Ces opinions dérivent d'une lecture poussée du principe de l'autonomie de la volonté faite par les subjectivistes. Ces derniers reconnaissent à la volonté des parties un rang supérieur à celui de la loi. D'après eux, : « la loi ne valait pas comme alors comme loi, comme organe de la puissance publique, elle ne valait que par son objet que la volonté des parties a pu faire sien <sup>54</sup>».

Selon les zéloteurs de cette théorie, le contrat détaché de tout système juridique n'est pas en réalité sans loi puisque la volonté individuelle est sa propre loi. La volonté individuelle devenait une source normative concurrente à celle de l'Etat, voire même supérieure.

A travers cette interprétation extensive, le principe de l'autonomie de la volonté, en accordant aux parties la liberté de déterminer la loi applicable au contrat, aboutit à découronner la loi de sa fonction régulatrice et de son caractère coercitif. On reconnaît à la volonté individuelle la possibilité de supplanter la volonté collective incorporée dans la loi étatique.

**36.** Poussé à son extrême, le principe de la liberté contractuelle en matière internationale a favorisé l'émergence de la notion du contrat sans loi. La souplesse et la liberté dont disposent les parties leur permettront de régir leur relation contractuelle d'une manière substantielle. Les parties sont libres, non seulement de choisir la loi applicable à leur contrat mais également, d'épargner ce dernier du risque d'être déclaré nul, s'il est en contradiction avec les dispositions de la loi choisie.

De ce fait, la volonté des parties permettrait « d'évincer une loi prohibitive susceptible de conduire à une annulation ou du moins une paralysie de l'exécution du contrat international, dans son ensemble ou dans une de ses clauses seulement<sup>55</sup> ». En d'autres termes, les stipulations contractuelles ne doivent pas être perturbées par les dispositions impératives de la loi choisie.

---

<sup>54</sup> KAYSER, le droit civil international, Brussel 1980, t . VIII. 363, cité par Pommier, Op. cit., 53.

<sup>55</sup> JACQUET (J.M.), Principe d'autonomie et contrats internationaux, Paris, Economica 1983. 23.

Force est de constater que la théorie du contrat sans loi accorde à la volonté individuelle, non seulement une fonction créatrice du Droit, qui est égale voire supérieure à celle de la loi mais aussi, une fonction de « détachement », et ce dans la mesure où les parties peuvent écarter l'application des dispositions impératives qui menacent la survie de leur contrat en tout ou en partie.

**37.** Il est à observer que le contrat d'Etat est l'une des matières où la théorie du contrat sans loi a été sollicitée, et ce « afin d'affranchir le contractant de l'Etat de l'emprise de la loi de l'Etat partie<sup>56</sup> ».

L'un des auteurs qui ont soutenu la théorie du contrat d'Etat sans loi est M. Pierre MAYER. Pour lui, « si l'on met à part le droit des Etats autres que l'Etat partie dont l'application dans l'arbitrage des contrats d'Etats est exceptionnelle, on arrive à la conclusion que les rapports contractuels ou non, entre l'Etat et l'entreprise étrangère ne peuvent être soumis à aucun droit<sup>57</sup> ».

**38.** Certes les applications de la théorie du contrat sans loi sont rares en pratiques car les contractants eux-mêmes doutent de l'efficacité de cette théorie. Cependant, il arrive parfois que les parties décident de soustraire leur contrat à l'application de toute loi en insérant certaines clauses qui parviennent à ce résultat. On cite par exemple la clause compromissoire dans l'affaire CCI n°4474 qui dispose "The Arbitrators shall solve the dispute in accordance with the wording and the spirit of the contract and if necessary they may apply the the french law<sup>58</sup>".

Dans d'autres cas, les parties manifestent leur volonté de donner à la loi qu'elles ont choisie « un caractère purement supplétif », en indiquant qu'en cas de contradiction entre les stipulations de leur contrat et les dispositions de la loi choisie, ce sont les premières qui l'emportent. A ce titre, on peut citer la clause dans l'affaire CCI n° 6257 qui dispose que « la loi française est applicable sous réserve des dérogations expresses que le présent contrat lui

---

<sup>56</sup> CHEDLY (L.), Arbitrage commercial international et ordre public transnational, Thèse Tunis II 2002. 97 ; HEUZE, « La réglementation française des contrats internationaux », Etude critique des méthodes, GLN Joly 1990. 117, n°213.

<sup>57</sup> MAYER (P.), « la neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrat d'Etat », JDI 1986. 5.

<sup>58</sup> Clause citée par E. GAILLARD, in « trente ans de lex mercatoria pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », J.D.I. 1995. I. 10.

oppose <sup>59</sup>». Ou également la clause dans l'affaire CCI n°6136 qui stipule « en tout ce qui n'est pas contraire aux dispositions de la convention... et du présent marché, recevront application dans l'ordre ci-après (les principes généraux du droit et la loi étatique du pays dans lequel le marché a été passé) <sup>60</sup>».

39. Malgré ces applications éparses, la théorie du contrat sans loi n'a pas eu d'écho et elle a fait l'objet de plusieurs critiques. Une tendance qui a abouti à sa condamnation d'une manière universelle.

## II - La condamnation universelle du contrat sans loi

40. Les critiques qui ont été adressées à la théorie du contrat sans loi sont d'ordre théorique et pratique.

41. Sur le plan théorique, on ne peut admettre qu'un contrat puisse exister *in vacuo*. Le contrat doit être rattaché à une norme juridique. La force obligatoire du contrat puise son origine dans « une norme extérieure qui seule détient les moyens propres à en garantir l'exécution <sup>61</sup>».

De même, la volonté des parties ne peut pas primer sur celle d'une norme juridique. L'autonomie de la volonté doit s'incliner face aux valeurs commandées par la loi applicable au contrat.

Certes la quasi-totalité des législations internationales accorde aux parties à un contrat international, non seulement la liberté de modeler leur relation contractuelle à leur convenance mais également, de choisir la loi qui régira leur convention. Néanmoins, cette liberté ne doit pas aboutir à pouvoir créer un acte juridique dans un vide législatif.

---

<sup>59</sup> Clause citée par E. GAILLARD, Arbitrage commercial international, Juris-Classeur 1996, droit international Fasc. 586-9-1. 7.

<sup>60</sup> Clause citée par E. GAILLARD, Arbitrage commercial international, Juris-Classeur 1996, droit international Fasc. 586-9-1. 7.

<sup>61</sup> Cass. civ. 21 juin 1950, Gaz. Pal. 1950 n° 23. 182.

42. Sur le plan pratique, il faut reconnaître que la théorie du contrat sans loi prête le flanc à la critique dans la mesure où la possibilité de détacher le contrat de toute norme est démentie puisque tout contrat est nécessairement lacunaire. Par conséquent, il est nécessaire de le rattacher à une norme qui le complète et l'interprète.

43. Ces critiques ont conduit au rejet de cette théorie par la jurisprudence et par les législations nationales et les conventions internationales .

S'inspirant de la position de la Cour Permanente de Justice Internationale de la Haye, qui estimait que « tout contrat qui n'est pas un contrat entre les Etats, en tant que sujets du droit international, a son fondement dans une loi nationale<sup>62</sup> », la Cour de cassation française a mis les opinions des subjectivistes sur les rails en rappelant que « tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat<sup>63</sup> ».

A travers cette formule, la Cour a voulu insister sur une réalité incontestable : la volonté individuelle ne peut voir le jour en dehors d'une norme étatique. Dans cette affaire, la société française de Messageries Maritimes avait émis un emprunt obligataire sous la garantie de l'Etat français au Canada, dont le montant était libellé en dollars canadiens et les intérêts remboursables en dollars or. Afin d'assurer le service des intérêts en dollars canadien (et non en dollars or), la société des Messageries Maritimes s'abritait derrière le Gold Clause (acte qui interdisait les clauses or pour tout contrat régi par la loi canadienne). Saisi par les porteurs, le Tribunal de la Seine adopta la thèse de l'incorporation et donna gain de cause à ces derniers. Position maintenue par la Cour de Paris mais écartée par la Cour de Cassation qui a adopté un autre raisonnement en déclarant que tout contrat international est nécessairement rattaché à une loi étatique.

44. L'élément d'extranéité qui caractérise le contrat international délie le rapport juridique de l'emprise exclusif d'un système juridique bien déterminé. Par conséquent, « aucune loi ne paraît s'imposer de manière évidente et exclusive<sup>64</sup> » pour régir le rapport juridique international. Dés lors, les parties peuvent écarter librement l'application d'une loi

---

<sup>62</sup> Affaire des emprunts serbes et brésiliens, 12 juillet 1929. D.P. 1930.2.45.

<sup>63</sup> Cass., Affaire des Messageries Maritimes, 12 juin 1950. D.1951.749, note Hamel.

<sup>64</sup> PEYREFITTE (L.), « Le problème du contrat dit sans loi », Dalloz, chr.1965. 18.

bien déterminée sans pour autant soustraire totalement leur rapport juridique à l'emprise de toute loi, quelle soit étatique ou a-étatique.

Force est de constater que seule la détermination de loi applicable à la transaction dépend de la volonté individuelle. Une fois le choix opéré, le contrat est soumis aux directives et prescriptions de la loi désignée.

**45.** Le principe de la liberté des parties de désigner le droit applicable est quasi-universellement reconnu par les droits nationaux<sup>65</sup>. Il est également repris dans les conventions internationales qui se prononcent sur la question du droit applicable dans l'arbitrage commercial international<sup>66</sup>.

De même, la majeure partie des règlements d'arbitrage accorde aux parties une pleine autonomie pour déterminer le droit matériel qui doit être appliqué par l'arbitre<sup>67</sup>. Cette reconnaissance universelle « était propice à l'émergence d'un droit international privé conventionnel des contrats<sup>68</sup> ».

**46.** Avec l'émergence de la justice arbitrale et la naissance des règles transnationales, le fantôme du contrat sans loi est réapparu sur la scène doctrinale. Certains auteurs voient dans la liberté des parties de choisir le droit applicable d'un côté et l'obligation de l'arbitre de se plier aux stipulations contractuelles d'un autre côté, un terrain favorable à l'émergence de la théorie du contrat sans loi.

---

<sup>65</sup> L'article 1496 du nouveau Code de procédure civile français, En droit suédois, Arbitration in Sweden, Stockholm 1984. 46 ; l'article 73 du Code de l'arbitrage tunisien ; l'article 813 du nouveau Code de procédure civile libanais ;

<sup>66</sup> La Convention de La Haye de 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractères international d'objets mobiliers corporels ; La Convention européenne sur l'arbitrage commercial international (Genève 21 avril 1961) ; Convention de Washington du 18 mars 1965 créant le CIRDI .

<sup>67</sup> Règlement d'arbitrage de la CCI ; Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (28 avril 1976) ;

<sup>68</sup> POMMIER (J. CH.), Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel, *Economica* 1992. 2.

47. Ces idées ont été démenties, car l'obligation qui incombe à l'arbitre de rattacher le contrat à un ordre juridique, en cas d'absence de stipulations expresses ou implicites, vient restaurer cette conception réductrice de l'arbitrage et des règles transnationales en tant que « succédané de la théorie du contrat sans loi<sup>69</sup> ».

## **B – Restaurer la conception réductrice de l'arbitrage international**

48. L'arbitre est un juge qui tient son pouvoir juridictionnel de la seule volonté des parties. Ne faisant partie d'aucun for étatique, la question de savoir si le recours à l'arbitrage pouvait constituer une échappatoire à l'emprise de toute règle étatique a fait couler beaucoup d'encre.

49. Ce débat a été alimenté par trois vecteurs. Le premier est relatif à la liberté accordée aux parties de déterminer le droit applicable, voire même de soustraire, en tout ou en partie, leur contrat à toute norme. Le second vecteur a trait à l'obligation faite à l'arbitre de respecter la volonté des parties sans chercher à justifier ce devoir. Et enfin, on a estimé que les règles transnationales, qui sont l'œuvre d'une création arbitrale, sont une sorte de « succédané du contrat sans loi »<sup>70</sup>.

50. D'abord, l'application du principe de l'autonomie de la volonté trouve un terrain favorable en matière internationale, puisqu'on reconnaît aux parties la liberté de choisir n'importe quel droit, même s'il n'a aucun lien objectif avec le contrat. Cette liberté est combinée à une obligation pour l'arbitre de respecter et de se limiter aux stipulations contractuelles.

Ne statuant pas au nom d'un Etat, l'arbitre international est l'instrument d'une émancipation de l'emprise du droit national. Aucune loi ne paraît s'imposer de manière évidente et exclusive à l'arbitre.

---

<sup>69</sup> GAILLARD (E.), « Trente ans de lex mercatoria. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », J.D.I 1995. 10

<sup>70</sup> GAILLARD (E.), « Trente ans de lex mercatoria. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », J.D.I 1995. 10.

La mission de l'arbitre de désigner un droit applicable n'est commandée que par une seule directive : l'attente légitime des parties. Pour y arriver, il doit, dans un premier temps, s'assurer que les parties n'ont pas désigné un droit d'une manière implicite. S'il est sûr de l'absence d'un choix opéré par les parties, il mettra en œuvre ses propres méthodes afin de rattacher librement le contrat à une loi qu'il estime la plus appropriée et qui correspond le mieux à l'attente légitime des parties.

**51.** Par ailleurs, la naissance d'un corps de règles qui ne sont pas l'œuvre d'une création étatique a alimenté de plus en plus les craintes de revoir apparaître le contrat sans loi. Les opinions doctrinales déniaient aux règles transnationales leur juridicité ont renforcé les craintes exprimées par les « anti-mercatoristes », qui voient dans l'arbitrage international une institution qui favorise la doctrine du « laissez faire<sup>71</sup> ».

**52.** On estimait que la volonté des parties est la norme ultime qui est au-dessus de l'arbitre. Ce dernier doit se plier aux prescriptions et « aux caprices » des parties qui peuvent aller jusqu'à faire échapper leur contrat de l'emprise de toute norme. Une obligation qui est de nature à ressusciter la théorie du contrat sans loi.

Ces craintes ont été sans fondement. D'un côté, la pratique a démontré que l'origine contractuelle de l'investiture de l'arbitre ne peut déboucher sur une soumission aveugle allant jusqu'à délier le contrat de tout ordre juridique. Et d'un autre côté, l'application de la *lex mercatoria* dans toutes ses variantes ne doit pas être conçue comme un succédané de la théorie du contrat sans loi étant donné que la juridicité de ce corps de règles est loin de faire l'objet d'un doute.

**53.** Si l'arbitre international est dépourvu de for, ceci ne justifie pas que le contrat ne soit régi par aucune règle. La vocation de l'arbitrage à assurer le détachement du contrat des règles substantielles d'origine étatique ne doit pas être comprise comme déniaient les normes juridiques étatiques.

---

<sup>71</sup> GAILLARD (E.), « Trente ans de *lex mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », J.D.I 1995. 6.

**54.** La liberté reconnue à l'arbitre et aux parties à un contrat international constitue certes un terrain propice pour modeler le contrat et l'adapter aux besoins du commerce international. Ceci se manifeste notamment par la possibilité de s'évader de l'emprise des lois étatiques et de se référer aux usages commerciaux qui correspondent le mieux aux besoins de la communauté internationale des commerçants<sup>72</sup>. Néanmoins, cette liberté ne doit pas délier le contrat de commerce international de toute allégeance en lui accordant une indépendance radicale par rapport aux ordres juridiques.

**55.** Les arbitres ne vont pas jusqu'à se plier aux vœux des parties de délier le contrat de toute règle juridique. La pratique a démontré que les arbitres arrivent à concilier leur obligation de respecter la volonté des parties avec l'obligation de respecter la légalité objective et les prescriptions de l'ordre public international.

En effet, en présence de stipulations invitant les arbitres à ne se référer à aucune règle de droit, ceux-ci mettront en œuvre leurs moyens pour faire application de règles de droit qu'ils estimeront appropriées, comme si les parties n'avaient exprimé aucun choix de droit applicable.

## **§2 – Portée de l'obligation de rattacher le contrat international à un ordre juridique**

**56.** La question de détermination du droit applicable par l'arbitre ne se limite pas à l'hypothèse où les parties n'ont pas opéré leur propre choix en la matière. Outre cette hypothèse classique, l'arbitre peut être appelé à déterminer le droit applicable quand bien même les parties l'ont déjà fait. Ceci se présente lorsque le choix opéré par les parties est générateur de difficultés de compréhension ou d'application.

La désignation du droit applicable au fond du litige par les parties n'épargne pas à l'arbitre de lever le voile sur leur volonté commune, notamment lorsque le choix opéré est effectué implicitement ou d'une manière ambiguë.

---

<sup>72</sup> V. section II de ce chapitre.

Dans cette hypothèse, la tâche de l'arbitre ne consiste pas à désigner, lui-même et par ses propres méthodes, le droit applicable mais à interpréter la volonté des parties.

**57.** L'arbitre ne peut procéder à la détermination du droit applicable lui-même que lorsqu'il est vraiment sûr et certain de l'absence totale d'un choix opéré par les parties. Obligation qui implique l'interprétation de la volonté des parties si leur choix a été fait d'une manière implicite. Le choix des parties quant au droit applicable sera toujours suivi dès lors qu'il est exprimé de manière certaine.

La certitude ne se limite pas à une déclaration expresse : un choix implicite résultant des circonstances de l'affaire peut suffire. L'interprétation du choix opéré par les parties sur le droit applicable ne se présente pas seulement en cas de désignation implicite de la norme qui régira le contrat mais également lorsque le choix effectué explicitement est ambigu (A).

**58.** Par ailleurs, la question se pose de savoir si l'arbitre est tenu de déterminer lui-même le droit applicable, quand bien même les parties l'ont fait, lorsque le choix opéré par celles-ci est impertinent (B)

**59.** On ne doit pas entendre la question de détermination du droit applicable dans la seule désignation des règles matérielles applicables à la transaction. Cette mission comprend également la nécessité pour l'arbitre de déterminer le contenu de ce droit s'il s'avère lacunaire ou ambigu (C) .

#### **A – L'interprétation du choix du droit applicable opéré par les parties**

**60.** L'arbitre ne peut procéder lui-même à la détermination du droit applicable que si les parties ont négligé totalement cette question. En effet, l'arbitre est tenu de respecter la volonté des contractants lorsque cette volonté est exprimée d'une manière certaine.

Si les parties n'ont manifesté aucune volonté sur la question, ni à titre explicite ni à titre implicite, à ce moment l'arbitre est tenu de combler cette lacune en mettant en œuvre ses propres méthodes. En dehors de cette hypothèse, l'arbitre doit se limiter à la volonté des parties, fut-elle exprimée tacitement.

Le droit international privé conventionnel des contrats reconnaît à la volonté concordante des parties au contrat une fonction de désignation du droit applicable. C'est au nom du principe de l'autonomie que les parties peuvent librement élire la *lex contractus*. Cette liberté permet aux cocontractants de soumettre leur contrat à une loi, qui à la fois correspond le mieux à leurs intérêts communs et satisfait aux besoins du commerce international. La grande liberté reconnue aux parties dans la détermination du droit applicable se concrétise dans la possibilité, pour elles, de choisir expressément ou tacitement, « à tout moment, avant ou après la naissance du litige <sup>73</sup> », un droit national ou un droit a-national.

Indépendamment de sa forme et de son contenu, le choix fait par les parties ne lie l'arbitre que s'il est fait d'une manière certaine. Autrement dit, pour que l'arbitre soit épargné à l'obligation de déterminer lui-même la loi applicable, les parties doivent spécifier clairement leur volonté commune, de telle sorte qu'aucun doute ne plane sur la question. La volonté des parties dans la détermination du droit applicable doit être certaine et non équivoque. En droit anglais, cette double condition de clarté et la certitude du choix explicite se traduit par l'expression « *bona fide and legal* <sup>74</sup> ».

La force obligatoire de la volonté des parties repose sur l'existence d'une concordance certaine. Ceci a été consacré à plusieurs reprises dans les sentences arbitrales qui sont rendues sous l'égide de la CCI. A ce titre, on peut citer une sentence rendue en 1971, dans l'affaire n° 1581 qui énonçait « Attendu que le tribunal arbitral tire de l'acte de mission l'entier de ses pouvoirs et de sa compétence et qu'au contraire d'un tribunal de l'ordre judiciaire, il est lié par la volonté des parties lorsque celles-ci s'expriment de façon concordante <sup>75</sup> ».

---

<sup>73</sup> GAILLARD (E.), « Droit applicable au fond du litige », *Juris -classeur Arbitrage commercial international (droit international)* Fasc., 586- 9- 1 Page4.

<sup>74</sup> TOMASZEWSKI (M.), « La désignation postérieure au contrat de la loi qui le régit », *Rev. crit.*, 1972. 567.

<sup>75</sup> Sentence CCI n°1581 rendue en 1971, *JDI*. 1974.887.

Le choix explicite du droit applicable s'illustre dans l'extériorisation positive de la volonté des parties. Cette extériorisation s'illustre dans l'insertion d'une clause qui identifie expressément le droit que l'arbitre est tenu d'appliquer pour résoudre le litige qui lui a été soumis. Une telle désignation doit matérialiser clairement la volonté commune des parties, de telle sorte qu'elle ne laisse subsister aucun doute en la matière.

**61.** Dans d'autres cas, les parties, sans rester muettes sur la question, opèrent un choix implicite du droit applicable au fond. En effet, sans s'apparenter à une hypothèse de silence, le choix tacite correspond à une désignation certaine mais qui n'a pas été extériorisée clairement dans leur contrat. Il appartient alors à l'arbitre de déceler cette volonté commune implicite par voie d'interprétation (I).

**62.** L'existence d'un choix certain du droit applicable opéré par les parties n'empêche pas l'arbitre de procéder à l'interprétation de leur volonté commune, notamment lorsque la clause d'*électio juris* est ambiguë, ou encore lorsque le choix de la loi applicable est fait implicitement. Autrement dit, l'obligation pour l'arbitre de s'en tenir à la volonté des parties le conduit dans certaines hypothèses à s'arrêter sur cette volonté commune par voie d'interprétation (II).

### **I – La détermination du droit choisi implicitement par les parties**

**63.** A défaut de désignation expresse du droit applicable, l'arbitre ne peut procéder à la détermination du droit applicable lui-même que s'il n'arrive pas à déduire la localisation implicite du contrat faite par les parties.

**64.** En présence d'un choix implicite du droit applicable, l'arbitre est tenu de scruter la volonté des parties à la lumière de divers indices. Ce raisonnement, valable aussi bien pour l'arbitre que pour le juge, a été suggéré dans un arrêt Fourrures Renel, où il a été déclaré que « la loi applicable aux contrats en ce qui concerne leur formation, leur condition ou leur effets, est celle que les parties ont adoptée ; qu'à défaut de déclaration expresse de leur part, il

appartient aux juges du fond de rechercher d'après l'économie de la convention et les circonstances de la cause, quelle est la loi qui doit régir les rapports des contractants<sup>76</sup> ».

65. L'intention commune des parties peut être détectée à la lumière d'un certain nombre d'indices que l'arbitre tiendra en compte pour résoudre cette question. Certes, pour découvrir le choix implicite des parties, la recherche de l'arbitre doit partir de facteurs objectifs en visant ce qu'auraient été leurs intentions et attentes raisonnables.

Parmi les facteurs objectifs qui aident à déterminer la volonté implicite des parties, les arbitres se réfèrent au refus de chacune d'entre elles de soumettre le contrat au droit du pays de l'autre. Ce raisonnement a été suivi par le tribunal arbitral dans l'affaire CCI n° 7710<sup>77</sup>. Dans cette affaire, il s'agissait de neuf contrats de vente, de fourniture et de maintenance conclus entre un Etat X et une entreprise britannique. Chacune des deux parties s'est opposée à l'application du droit national de son adversaire. Elles ne se sont pas non plus mises d'accord sur le droit d'Etat tiers. Partant de cette attitude, les arbitres ont déduit que les parties refusent l'application de toute loi étatique et déduisent de l'opposition des parties la volonté implicite de soumettre les contrats aux règles transnationales.

Cette démarche est soutenue par d'éminents auteurs dont Le Professeur GAILLARD qui a souligné que « ... lorsque les parties n'ont pas choisi elles-mêmes la loi applicable à leurs relations, il est souvent moins conforme aux impératifs de prévisibilité et de sécurité juridique de contraindre les arbitres à choisir entre les droits étatiques en présence que de leur permettre de faire application des principes généraux puisés dans la jurisprudence arbitrale internationale et le droit comparé<sup>78</sup> ».

L'insertion dans le contrat de certaines références peut être d'une importance considérable pour aider l'arbitre à déduire la volonté des parties quant au droit applicable. C'est le cas dans l'affaire CCI n°7710<sup>79</sup> où les parties n'avaient pas choisi explicitement le droit applicable, mais elles avaient fait référence à la « *natural justice* » sans dire expressément qu'elles y voyaient le droit applicable. Le tribunal arbitral a considéré que cette référence est

---

<sup>76</sup> Cass. civ., 6 juillet 1959, Rev. Crit., 1959. 708.

<sup>77</sup> Sentence CCI n° 7710, JDI 2001. 1147.

<sup>78</sup> GAILLARD (E.), « Trente ans de *lex mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », JDI 1995. 5.

<sup>79</sup> Sentence CCI n°7710, JDI 2001. 1147.

d'une importance considérable dans la mesure où elle confirme la volonté des parties d'écarter le droit étatique et de voir leur transaction soumise à la *lex mercatoria*.

L'arbitre peut se référer à l'attitude commune des parties au cours de la procédure arbitrale ou aux circonstances de l'affaire. L'attitude commune des parties constitue un élément significatif auquel l'arbitre se réfère pour détecter le choix du droit applicable fait implicitement par les parties. A ce titre, un accord implicite sur la loi applicable peut s'inférer des arguments présentés par les parties au cours du procès. Il arrive que les parties bâtissent leurs argumentations et allégations sur la base du même droit<sup>80</sup> ( bien que le contrat ne contienne aucune référence à ce droit).

De même, l'arbitre peut s'appuyer également sur les références, faites par les parties, à un ou à plusieurs éléments significatifs qui permettent de rattacher le contrat à une loi déterminée. Les principaux indices largement utilisés dans ce cadre seront la monnaie de paiement<sup>81</sup> et la loi applicable à la procédure .

Par ailleurs, la présence de l'Etat en tant que partie au contrat a fait l'objet d'une controverse, en ce sens où il s'agissait de savoir si la volonté implicite des parties est pour l'application du droit national de cet Etat partie au contrat ou si au contraire, on doit déduire de l'absence de choix explicite du droit applicable que les parties ont voulu soumettre leur contrat à un droit a-étatique.

Une première réponse est favorable à l'adoption de la première position, c'est à dire l'application du droit de l'Etat partie. Cette position était prise par la Cour Permanente de Justice Internationale qui, dans l'affaire des Emprunts Serbes, a déclaré qu' « un Etat souverain ... ne peut être présumé avoir soumis la substance de sa dette et la validité des engagements pris par lui à une loi autre que sa loi propre <sup>82</sup>».

---

<sup>80</sup> Sentence CCI n°1434, JDI 1975. 978, obs. Y. DERAÏNS ; Sentence CCI n° 2438, JDI 1976. 969 ; Sentence CIRDI, 27 juin 1990, JDI 1992. 216. obs. E. GAILLARD.

<sup>81</sup> SAMMARTANO (M.R.), « Le tronc commun des lois nationales en présence (réflexions sur le droit applicable par l'arbitre international », R.A 1987. 134.

<sup>82</sup> Affaire des Emprunts Serbes, 12 juillet 1929, D.P., 1930. 2. 45.

Cependant, ce raisonnement a perdu beaucoup de sa portée notamment par le développement des transactions conclues entre les personnes privées étrangères et les Etats. De ce fait, « un contrat d'Etat ne peut comporter engagement de l'Etat souverain que s'il est soustrait soit par une clause expresse, soit par une interprétation de la volonté des parties, au droit de l'Etat <sup>83</sup>».

Dans le but de préserver l'équilibre contractuel, la jurisprudence a tendance à délocaliser les contrats d'Etat en appliquant les règles transnationales, chaque fois où les parties n'ont pas désigné explicitement le droit applicable, et chaque fois où les indices objectifs prèchent en ce sens. Telle était la solution adoptée par la sentence rendue dans une affaire rendue par la CCI en 1992 où elle a affirmé qu' « à défaut de loi étatique applicable, le système de droit objectif gouvernant au contrat d'Etat international est formé par les principes généraux du droit des contrats internationaux <sup>84</sup>».

**66.** D'autres indices ne sont pas décisifs pour déduire la volonté commune des parties sur le droit à appliquer. Il s'agit de la langue du contrat et du siège de l'arbitrage.

La majeure partie des contrats internationaux sont rédigés en anglais. En effet, cette langue est devenue un instrument international utilisé afin d'exprimer les conditions de transactions complexes, même lorsque les cocontractants ne sont pas ressortissants de pays anglophones. Le recours presque systématique à l'anglais pour rédiger le contrat a, dans une certaine mesure affaibli son importance en tant que facteur objectif pour déduire la volonté des parties sur le droit applicable. Cette position a été clairement énoncée par Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale dans l'affaire n° 7710<sup>85</sup>.

Par ailleurs, la question qui s'est posée consistait à savoir si le choix du siège d'arbitrage par les parties peut il valoir une élection implicite de la loi applicable au fond du litige.

---

<sup>83</sup> MAYER (P.), « Contrats d'Etat et pouvoir normatif de l'Etat », JDI 1986. 33.

<sup>84</sup> JDI. 1993. 1004, obs. Y. DERAÏNS.

<sup>85</sup> Sentence CCI n°7710, JDI 2001. 1147.

La jurisprudence arbitrale internationale a tendance éviter toute confusion entre la localisation géographique de l'arbitrage et la localisation juridique du contrat. En effet, le choix du siège de l'arbitrage par les parties ne saurait être analysé comme une présomption du choix du droit applicable. Cependant, le raisonnement contraire a pour un long moment maîtrisé la tradition anglaise.

En droit anglais, on estimait que le recours à un arbitrage en Angleterre signifie que les parties ont implicitement choisi de soumettre leur litige au droit anglais<sup>86</sup>. C'est ainsi que la *Court of Appeal*, tout en passant outre l'existence d'un lien étroit entre le contrat en cause et la loi suédoise, a jugé que la décision des parties de recourir à un arbitrage à Londres constitue un indice de leur accord commun de choisir le droit anglais pour régir leur contrat<sup>87</sup>.

Actuellement, ce raisonnement est quasiment battu en brèche par la jurisprudence arbitrale qui estime que le choix du siège d'arbitrage par les parties ne vaut pas une élection implicite de la loi du siège comme loi applicable au fond du litige. Ceci a été confirmé dans une sentence n° 5717 rendue sous l'égide de la CCI qui a déclaré que « le choix de Londres comme lieu de l'arbitrage et de l'anglais comme langue du contrat ne constitue pas par lui-même une indication de l'intention des parties de soumettre la validité de l'accord arbitral à la loi anglaise<sup>88</sup> ».

**67.** Par ailleurs, la recherche de la volonté des parties quant au droit applicable s'avère nécessaire lorsque le choix explicite est effectué d'une manière ambiguë.

---

<sup>86</sup> Mustill et Boyd, *Commercial Arbitration*, Butterworths, 2<sup>e</sup> édition 1989. 71 cité dans *Juris- Classeur arbitrage commercial international*, fasc. 586. 9.1. page 4.

<sup>87</sup> *Affaire Tzortzis and another v. Monark Line*, 23 janvier 1968, dictum Lord Denning 1968 . 1 All ER 949 citée dans *Juris- Classeur arbitrage commercial international*, op. cit. 4.

<sup>88</sup> Sentence CCI n° 5717, Bull. CCI, vol. N° 2. 1990. 22 citée dans citée dans *Juris- Classeur arbitrage commercial international*, op. cit. 4.

## II - La détermination du droit choisi par les parties d'une manière ambiguë

**68.** Dans certains cas, les parties choisissent explicitement le droit applicable à leur contrat mais ce choix est loin d'aboutir à dispenser l'arbitre de son obligation d'interpréter leur volonté commune, notamment lorsque la clause de droit applicable est ambiguë.

**69.** Souvent, l'ambiguïté des clauses de droit applicable se présente lorsque les parties choisissent l'application de la loi d'un Etat fédéral sans préciser de quel Etat fédéré ou de quel canton il s'agit. Par exemple, le fait de dire que « ce contrat est régi par le droit américain » ou « le droit suisse est applicable au présent contrat » .

Certes, le problème ne se pose pas lorsqu'il existe une certaine unanimité sur la réglementation du droit des contrats entre les différents Etats fédérés (ou entre les cantons) ou lorsque le droit des obligations de cet Etat relève du droit fédéral comme c'est le cas en Suisse<sup>89</sup>. Néanmoins, si le droit des contrats ne relève que du droit des Etats fédérés (comme c'est le cas aux Etats-Unis d'Amérique), l'interprétation de la clause d'*electio juris* est plus difficile à faire.

**70.** Pour soulever cette ambiguïté, l'arbitre est tenu de chercher la volonté des parties qui est exprimée. Et si le cas échéant, l'arbitre n'arrive pas à arrêter le choix des parties, il ne lui reste qu'à procéder à la détermination de ce droit à la lumière de ses propres méthodes, comme s'il était face à un choix inexistant.

La même solution est à adopter lorsque les parties ont inséré dans leur contrat une clause qui désigne « le droit britannique » (Sans fixer s'il s'agit du droit anglais, écossais ou du droit du pays de Galle) ou lorsque la clause fait référence au « droit des Etats membres de la Communauté européenne ».

---

<sup>89</sup> KNAPP (B.), op. Cit., Etudes LALIVE 1993. 81.

Une ambiguïté similaire a été soulevée au cours de l'affaire CCI n° 7319 où la sentence rendue a déclaré « qu'un tel choix, licite, devait être complété par le droit d'un Etat membre, déterminé selon la méthode conflictuelle classique<sup>90</sup> ». Cependant, cette position a été critiquée car on a estimé que le respect de la volonté des parties dans cette hypothèse implique normalement l'application des principes communs aux Etats membres de la Communauté européenne.

**71.** L'interprétation de la volonté des parties s'impose également lorsque les parties utilisent des formules générales dans la détermination du droit applicable qui ne consistent pas dans la référence à Etat ou à l'ensemble d'Etats (qui font partie d'une fédération), mais dans la désignation du droit applicable dans toute une partie du globe terrestre. Ainsi, la difficulté se présente lorsque la clause stipule que le contrat est régi par « le droit de l'Europe de l'Ouest<sup>91</sup> » ou le droit de « l'Europe du nord<sup>92</sup> ».

**72.** L'insertion d'une clause expresse d'*élctio juris* dans le contrat vient parfois compliquer la tâche de l'arbitre, notamment lorsque la clause contient un choix combiné de droits applicables. Les parties indiquent à l'arbitre non pas un droit unique mais les droits entre lesquels il devra choisir. Ainsi, la clause de droit applicable comporterait d'abord la désignation d'un droit national (généralement celui de l'une des parties). Ensuite, elle indiquerait que si l'arbitre ne retient pas l'application du premier droit désigné, il pourrait recourir à un autre droit national qui serait celui de l'autre partie, voire un droit international. Enfin, et à défaut de retenir l'un des droits désignés, l'arbitre pourrait les appliquer cumulativement.

L'ambiguïté dans le choix de droit applicable se présente également lorsque les parties optent pour l'application des principes communs à plusieurs systèmes juridiques étatiques spécifiques ou la combinaison d'une loi nationale et des principes de sources internationales. Dans cette hypothèse, bien que le choix soit clair, c'est sa mise en œuvre qui vient compliquer la tâche de l'arbitre.

---

<sup>90</sup> GAILLARD (E.), « Droit applicable au fond du litige », Juris-Classeur 1996, Droit international, Fasc. 586-9-1. 5 ; v. Bull. CCI. 1994. 42.

<sup>91</sup> Clause citée par GAILLARD (E.), Op. cit., 14.

<sup>92</sup> Clause citée par GAILLARD (E.), Op. cit., .14.

Le choix fait par les parties de combiner l'application de plusieurs règles de droit de même nature (règles étatiques appartenant à deux ou plusieurs systèmes juridiques étatiques) ou de nature différente (règles étatiques et règles internationales, règles étatiques et règles transnationales) constitue l'une des méthodes employée par les arbitres pour exercer leurs pouvoir créateur et normatif, dont le fruit est la *lex mercatoria*<sup>93</sup>.

Force est de constater qu'en dépit des problèmes d'interprétation qu'elle suscite, la clause de droit applicable insérée par les parties constitue l'un des terrains favorables où l'arbitre international trouve les indications nécessaires pour créer les règles transnationales.

**73.** Dans certaines hypothèses, le choix du droit applicable opéré explicitement par les parties n'est pas ambigu mais il est impertinent. La question qui peut se poser dans ce cadre consiste à savoir si l'arbitre devrait écarter ce choix et, par conséquent, déterminer lui-même le droit applicable.

## **B – L'obligation de déterminer le droit applicable en cas de choix impropre opéré par les parties**

**74.** Lorsque les parties ont manifesté leur volonté sur le droit qui régirait leur contrat, la question de la détermination du droit applicable est, en principe, réglée. Il ne reste pour l'arbitre qu'à procéder directement au règlement du litige à la lumière du droit désigné.

**75.** Néanmoins, en pratique les choses ne se présentent pas si simplement. Tel est le cas lorsque les parties choisissent une loi qui annule, en tout ou en partie, leur contrat ou lorsque le droit choisi est inapte à régir le contrat en cause.

Face à cette situation, l'arbitre peut-il écarter le choix fait par les parties et procéder lui-même à la détermination du droit applicable ?

---

<sup>93</sup> V. Chapitre II de ce même titre.

76. A priori, la réponse à cette question est maîtrisée par une donnée incontestable en matière d'arbitrage international, selon laquelle l'arbitre doit s'en tenir à la volonté des parties. L'arbitre « n'a pas le pouvoir de substituer son propre choix à celui des parties, dès lors qu'il existe un choix exprès, clair et sans ambiguïté et qu'aucune raison valable n'a été invoquée pour qu'il soit refusé de donner effet à un tel choix<sup>94</sup> ».

77. Cependant, la pratique de l'arbitrage international a tendance à limiter la soumission aveugle de l'arbitre aux stipulations contractuelles, en lui permettant d'écarter les dispositions du droit choisi par les parties, s'il s'avère que ce choix est inapproprié pour régir les questions litigieuses (II).

78. Par ailleurs, la question qui a alimenté le débat doctrinal consiste à savoir s'il est possible pour l'arbitre d'écarter le choix des parties quant au droit applicable lorsque ce dernier conduit à l'annulation de la convention (I).

### **I – Le droit choisi par les parties annule le contrat**

79. La question de savoir si l'arbitre a le droit d'écarter le droit choisi par les parties, quand l'application de ce dernier implique l'annulation d'une ou des dispositions contractuelles, a été posée dans plusieurs affaires.

Pour résoudre le problème, on a soutenu que le souci majeur pour les contractants consiste à préserver leur relation contractuelle contre tout événement de nature à perturber leur sécurité juridique. De ce fait, les contractants cherchent à rattacher leur contrat à un système juridique qui leur accorde une protection effective. Or, dans la majeure partie des cas, les parties choisissent un droit quand bien même elles ne connaissent pas totalement son contenu.

---

<sup>94</sup> Sentence CCI n° 1512, JDI 1974. 904, obs, Y. DERAÏNS.

Partant de cette idée, il a été avancé que si les parties choisissent un droit qui annule leur contrat, l'arbitre peut écarter ce choix et s'orienter vers un autre droit, car les parties ne savaient et ne voulaient pas conclure un contrat qui serait déclaré invalide en raison de son incompatibilité avec les dispositions de la loi qu'elles ont choisie. Ces idées ont été avancées dans l'affaire CCI n° 5953<sup>95</sup> rendue en 1989 où s'agissait d'un litige opposant une société espagnole X et une société américaine Y à la suite de l'exécution du contrat passé entre elles et en vertu duquel la société américaine s'était engagée à livrer à son co-contractant une quantité de charbon. Le prix devrait être fixé de six mois à six mois. Ce fût le cas pendant les trois premiers semestres seulement. L'entreprise X prétendait qu'à défaut d'accord sur le prix, le contrat était nul. Le tribunal arbitral a décidé que le contrat en question n'était pas un contrat de vente mais un contrat de fourniture à un prix à négocier, et il a conclu à la validité du contrat.

Il a été également, soutenu que l'arbitre a la possibilité, non seulement de substituer le choix des parties par un droit qui préserve la validité du contrat mais également, de faire échapper le contrat de l'emprise de toute loi au nom de la théorie du contrat sans loi. Une démarche qui est restée sans écho comme nous l'avons analysé auparavant<sup>96</sup>.

**80.** Le raisonnement, qui reconnaît à l'arbitre le pouvoir d'écarter le droit choisi par les parties lorsqu'une menace d'annulation plane sur le contrat en cause, a été condamné fermement par une grande majorité de la doctrine. Cette condamnation repose sur l'idée que le respect de la volonté de parties implique l'annulation du contrat en entier ou partiellement si le droit désigné par les parties indique ce sort. Ainsi, Le professeur GAILLARD écrit qu'« en contractant, les parties entendent généralement se placer sous la protection générale d'un système juridique auquel elles font confiance, parfois il est vrai sans bien connaître son contenu, pour résoudre toutes les difficultés susceptibles de survenir à propos de leur convention. Si leur solution passe par l'annulation d'une disposition du contrat (une clause de non concurrence excessive par exemple), voire du contrat tout entier (en cas de lésion par exemple), c'est aussi respecter la volonté des parties que d'annuler la disposition en cause ou le contrat<sup>97</sup> ».

---

<sup>95</sup> Sentence CCI n° 5953 rendue en 1989, Clunet 1990.1056 et s, note Y. DERAÏNS.

<sup>96</sup> V. les développements sur la théorie du contrat sans loi.

<sup>97</sup> GAILLARD (E.), « Droit applicable au fond du litige », Juris-Classeur 1996, Droit international, Fasc. 586-9-1.p.7.

**81.** La voie adoptée par la pratique arbitrale actuelle consiste à faire prévaloir les dispositions impératives du droit choisi par les parties en annulant le contrat ou les dispositions contractuelles qui sont en marge de ces dernières<sup>98</sup>. Il reste cependant à noter que si l'arbitre a la possibilité d'éviter l'annulation du contrat en appliquant une autre loi, sans que cette démarche contrarie l'ordre public international, il serait préférable d'adopter cette solution.

Il faut relever que dans le silence des parties sur le droit applicable, l'arbitre est tenu de désigner un droit qui préserve l'effet utile du contrat, et ce sous réserve, bien entendu, des règles de l'ordre public international.

La préoccupation de désigner un droit qui valide le contrat est présente dans plusieurs affaires. A ce titre on cite l'affaire CCI n° 4145. En l'espèce, le conflit opposait une société du Lichtenstein à une société d'un pays arabe. Il a été stipulé que le contrat devait être régi soit par la loi suisse, soit par la loi du pays arabe. En l'absence d'accord sur le choix définitif du droit applicable, les parties avaient chargé le tribunal arbitral de procéder à une telle détermination. L'arbitre a choisi le droit suisse en motivant son choix : « (...) le droit suisse (...) répond à toutes les questions que peut poser l'interprétation d'un contrat (...). Par ailleurs, le droit (du pays arabe) peut partiellement ou totalement mettre en cause la validité du contrat<sup>99</sup> ».

**82.** Afin de justifier la possibilité pour les arbitres de pouvoir s'écarter du choix du droit applicable opéré par les parties, une autre thèse a été avancée. Selon cette thèse on peut justifier le non respect du droit applicable désigné par les parties, si ce dernier est incapable de régir les questions litigieuses.

---

<sup>98</sup> Sentence CCI, n°2119, JDI 1979.997, Obs. Y. DERAÏNS.

<sup>99</sup> Sentence CCI n°4145, JDI 1985.985, obs. Y. DERAÏNS.

## I– Le droit choisi est inapte à régir le contrat

**83.** Dans certains cas, les parties choisissent un droit qui est inapproprié, car il ne contient pas les solutions adéquates permettant de régler le litige. Certains systèmes juridiques ignorent les nouvelles figures contractuelles qui ne cessent de s'accroître de jour en jour.

La défaillance du droit choisi peut être due au fait que la législation en question est inadaptée aux combinaisons financières modernes. Dans cette hypothèse, on reconnaît à l'arbitre international la possibilité d'écarter les dispositions du droit choisi par les parties et de désigner lui-même un droit plus apte à apporter des réponses aux questions litigieuses.

L'exemple le plus répandu, c'est la fameuse affaire qui a opposé la société anglaise Petroleum Development LTD, au Cheik d'Abu Dhabi à propos d'un contrat conclu pour l'exploitation des gisements de pétrole situés sur le territoire du dit Chik. Il s'agissait d'un contrat conclu en langue arabe et devant s'exécuter en territoire arabe. Les rattachements classiques conduisaient à l'application de la loi en vigueur sur ce territoire. Lord Asquith of Bishopstone a rendu la sentence le 28 août 1951<sup>100</sup> en estimant que le droit d'Abu Dhabi n'était pas assez riche pour pouvoir régler les questions litigieuses posées. Selon lui, « il n'existait pas dans cette région primitive, un corps de principes juridiques applicable à la construction d'instruments commerciaux modernes <sup>101</sup> ».

La même position a été adoptée dans une sentence rendue sous l'égide de la CCI en 1984, où le tribunal arbitral a préféré chercher les réponses aux questions litigieuses dans un autre droit que celui désigné par les parties, en déclarant que « le droit suisse constitue un système juridique hautement sophistiqué qui répond à toutes les questions que peut poser l'interprétation d'un contrat du type de celui en cause<sup>102</sup> ».

---

<sup>100</sup> Int. and. Comp.Law QLT 1882. 247 citée par HORSMAN (G.), « L'interprétation des contrats internationaux », In L'apport de la jurisprudence arbitrale, pub. CCI 1986. 135.

<sup>101</sup> HORSMAN (G.), Op. Cit., 135.

<sup>102</sup> Sentence CCI n°4145, JDI 1985.985, obs. Y. DERAÏNS.

On peut également citer la sentence rendue dans l'affaire Aramco où le tribunal arbitral a déclaré que « qu'il pouvait écarter la loi saoudienne, qui, il est vrai, n'avait été stipulée applicable que pour les questions rentrant dans la juridiction de l'Arabie Saoudite (et ce) au motif qu'en raison de la ressemblance fondamentale entre le droit de l'Arabie Saoudite et les droits occidentaux sur la concession pétrolière, il y aurait lieu, en cas de lacunes du droit de l'Arabie Saoudite, dont le contrat de concession fait partie, de rechercher les principes applicables, en ayant recours aux coutumes et usages qui se sont établis dans le monde pour l'industrie et le commerce du pétrole, et, à défaut de coutumes ou d'usages, le tribunal s'inspirera des solutions consacrées par la jurisprudence, la doctrine mondiale et la science juridique pure <sup>103</sup>».

**84.** A la lumière de ce qui a été avancé, nous tenons à dire que les lacunes qui existent dans les droits étatiques ne doivent pas condamner la volonté des parties et ne doivent pas par conséquent aboutir à une tendance systématique d'écarter le droit étatique désigné par les contractants, au motif que ce dernier est lacunaire. Chaque législation nationale prend en considération les intérêts de l'Etat en question et les particularités du contexte politique, économique et social. Certes, l'ouverture sur les données du commerce international est indispensable mais on ne peut reprocher à une législation nationale d'être lacunaire et de l'écarter systématiquement au seul motif qu'elle tient essentiellement compte des intérêts et des soucis internes.

**85.** La possibilité pour l'arbitre d'écarter le choix des parties sur la base de la théorie des lacunes du droit désigné par les contractants, a été fortement critiquée par certains auteurs. A ce titre il a été observé qu'« en réalité, c'est le principe même selon lequel le droit choisi par les parties pourrait comporter des lacunes susceptibles d'être comblées par le recours à d'autres sources qui est très contestable. Si les juridictions de l'Etat dont le droit a été choisi par les parties étaient compétentes pour connaître du litige, tout laisse à penser qu'elles lui trouveraient dans tous les cas une solution, quitte, pour ce faire, à recourir au raisonnement analogique ou aux principes généraux de leur propre système juridique. C'est donc à ces principes et à eux seuls que les arbitres doivent se référer pour résoudre le litige, en application du droit choisi par les parties <sup>104</sup> ».

---

<sup>103</sup> Sentence rendue dans l'affaire Aramco le 23 août 1958, Revue critique DIP 1963. 272 et s.

<sup>104</sup> GAILLARD (E.), Op. cit., 26.

En matière d'arbitrage international, le principe c'est le respect de la volonté des parties. Quant à l'exception, qui conduit à évincer cette volonté, elle ne peut être que d'application restrictive.

La possibilité pour l'arbitre d'écarter la volonté des parties ne devient légitime que si elle est alimentée par le souci de tenir compte de l'attente légitime des parties et de préserver l'effectivité du contrat et son utilité.

**86.** L'analyse de la pratique arbitrale révèle que les arbitres n'écarteront pas totalement le droit choisi par les parties, mais préfèrent combler les lacunes de ce droit. Cette approche constitue l'une des méthodes employées, actuellement par la jurisprudence arbitrale, afin de déterminer le contenu du droit applicable.

### **C- La détermination du contenu du droit applicable**

**87.** L'interprétation du contrat international est une opération complexe qui conduit l'arbitre à aller au-delà de la détermination des obligations des parties et de leurs droits respectifs à la lumière du droit applicable à la transaction. En effet, le droit choisi par les parties ou désigné par l'arbitre, peut être lacunaire ou ambigu. Il appartient à l'arbitre, dans ce cas, de remédier à cette carence ou à cette ambiguïté par voie d'interprétation.

Il ne s'agit pas d'analyser en profondeur la question d'interprétation de la loi ou des conventions internationales désignées en tant que droit applicable, mais seulement de mettre l'accent sur les enjeux qui peuvent conditionner le travail de l'arbitre lors de l'interprétation du contrat international.

L'étude de l'exercice par l'arbitre de sa mission d'interprétation du contrat international ne peut être faite d'une manière isolée. Elle doit être menée d'une manière concomitante à l'analyse des problèmes liés à l'interprétation du droit applicable au contrat en cause. Ignorer le rapport entre les deux questions nous conduirait à faire une étude superficielle, chose que nous tenons à éviter.

**88.** L'une des causes qui mettent l'arbitre dans l'obligation de lever le voile sur l'ambiguïté de la loi désignée peut résider dans le fait que cette dernière est rédigée en deux langues . En effet, certains Etats publient leurs textes juridiques en deux langues comme c'est le cas en Tunisie. Or, il peut y avoir une contradiction entre la version arabe et la version française d'un même texte. A ce titre, on peut citer l'exemple de l'article 73 du Code de l'arbitrage tunisien qui est relatif à la question du droit applicable en matière d'arbitrage international. La difficulté d'interprétation de cet article tient au fait que « les mots employés dans la version arabe pour désigner le droit applicable peuvent recevoir deux significations, le mot « Qanoun » peut se traduire par « loi » ou par « droit » et « Ahkem el Qanoun » par « règles de droit » ou « dispositions légales ». Il est classiquement admis aujourd'hui que les deux expressions ne sont pas synonymes. La version française de l'article 73 n'est pas d'un grand secours (...) les deux expressions arabes sont traduites par le même mot en français<sup>105</sup> ». La question majeure dans cet article consiste à savoir si les parties ont le droit de choisir les règles non étatiques en tant que droit applicable. La version arabe de l'article 73 accepte cette possibilité puisqu'on parle de « Ahkem el Qanoun » (règles de droit). Mais le texte français de cet article a traduit ce mot par « loi ». Or, ce terme désigne les règles étatiques, et ce contrairement à l'expression « règles de droit » qui renvoie à une notion plus large dans la mesure où elle comporte aussi bien les règles étatiques que non étatiques. De ce fait, si on applique la version arabe de l'article 73, les parties sont libres de choisir une norme juridique étatique ou a-étatique (la *lex mercatoria*). Cependant, l'application du texte français conduit à réduire le champ de la liberté des parties à la sphère du droit étatique.

Certes, la solution apportée par la loi du 5 juillet 1993 relative à la publication des textes au Journal Officiel et à leur exécution ( selon cette loi, la publication dans une autre langue que l'arabe n'est faite qu'à titre d'information ) aurait été d'un grand secours. Mais le Code de l'arbitrage est entré en vigueur avant cette loi. Pour résoudre ce problème, la doctrine tunisienne majoritaire a soutenu l'application de la version arabe de l'article 73 du Code de l'arbitrage car la politique suivie par le législateur tunisien consiste à suivre les tendances des législations nationales en la matière qui reconnaissent aussi bien aux parties qu'à l'arbitre la liberté de choisir les règles nationales et les règles transnationales.

---

<sup>105</sup> MEZIOU (K.), « Le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international », R.A 1993. 60.

**89.** Par ailleurs, il arrive souvent que le droit applicable au contrat soit lacunaire et incomplet. Ces lacunes s'expliquent généralement par le fait que dans les droits étatiques, les intérêts nationaux priment sur les besoins du commerce international. De ce fait, il arrive que certains systèmes juridiques ne soient pas assez riches et développés pour pouvoir régir une transaction commerciale internationale notamment, lorsque celle-ci est très sophistiquée.

Nous avons démontré auparavant, que si le droit applicable s'avère incapable de gérer les questions litigieuses, un courant jurisprudentiel arbitral tend dans une certaine mesure à écarter l'application de ce droit en cherchant la solution dans un autre droit. Cependant, si les lacunes du droit applicable sont susceptibles d'être comblées par le recours à d'autres sources, en l'occurrence la *lex mercatoria* et le droit international public, l'arbitre n'hésiterait pas emprunter cette démarche.

La légitimité de la seconde solution a été cherchée dans les dispositions de certaines législations nationales sur l'arbitrage<sup>106</sup> et les règlements d'arbitrage<sup>107</sup> qui prescrivent à l'arbitre de tenir compte des usages du commerce international « dans tous les cas ». Une prescription qui a alimenté une certaine tendance de la jurisprudence arbitrale à combler, voire corriger, les dispositions du droit applicable au contrat international en cause.

Cette solution a été suivie par la sentence rendue le 20 mai 1992 sous l'égide la CIRDI dans l'affaire SPP c. République Arabe d'Egypte<sup>108</sup>. Dans cette affaire, le tribunal arbitral a déclaré que le droit égyptien ne contenait pas des dispositions relatives à la détermination du *dies a quo* dans le calcul des intérêts. Partant de cette donnée, le tribunal a estimé qu'il serait préférable de pallier cet oubli par le recours au droit international. La critique qui a été adressée à cette sentence tient au fait que « l'argument selon lequel les droits étatiques pourraient être lacunaires est tout à fait contestable. Il méconnaît le fait que, lorsque les juridictions compétentes de l'Etat en cause sont saisies de la difficulté, elles ne manquent pas de lui apporter une solution, quitte à puiser dans les principes généraux du droit en cause<sup>109</sup> ».

---

<sup>106</sup> A titre d'exemple on cite la législation française ou également néerlandaise et tunisienne.

<sup>107</sup> Règlement de la CCI (art. 13) ou de la CNUDCI (art. 33).

<sup>108</sup> Sentence CIRDI rendue le 20 mai 1992, JDI 1994. 229. Obs. E. GAILLARD.

<sup>109</sup> GAILLARD (E.), « Trente ans de *lex mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », JDI. 1995.13.

**90.** L'interprétation du droit applicable par l'arbitre se fait à la lumière des principes juridiques retenus par l'ordre juridique en question. Cependant, l'étude de la jurisprudence arbitrale dévoile une tendance qui penche vers l'élargissement du champ des sources d'interprétation de la loi en se référant à des normes étrangères. Cette démarche consiste pour l'arbitre de procéder à « une interprétation exogène » de la loi applicable qui consiste à préciser « le contenu normatif concret de la règle nationale <sup>110</sup> » à la lumière de sources étrangères à la loi applicable.

En effet, « la pratique arbitrale révèle parfois des références à des normes dépassant le cadre de la loi choisie par les parties (...). L'arbitre se réfère à des normes étrangères à la loi nationale pour combler l'absence de règle codifiée ou de précédent précis, tout en assimilant ces normes à la *lex contractus*, comme pourrait le faire le juge national s'inspirant d'une loi étrangère pour trancher un litige dans le cadre de son propre ordre juridique. Mais plus précisément l'arbitre veille à vérifier la compatibilité de la règle étrangère avec les principes généraux du droit du commerce international ou s'inspire directement de ces principes, et postule par un artifice juridique non dissimulé, l'identité entre les principes généraux du droit et la réglementation des échanges internationaux dans la *lex contractus*. Ce raisonnement est artificiel, néanmoins, il n'est pas attaqué devant le juge du contrôle qui sanctionne seulement la substitution d'une loi étrangère à celle choisie par les parties <sup>111</sup> ».

A travers cette démarche, l'arbitre du commerce international se présente comme étant « créateur de droit en ce qu'il donne aux prescriptions générales d'origines nationales une signification spécifique en matière de commerce international <sup>112</sup> ».

Plusieurs sentences arbitrales témoignent du recours des arbitres du commerce international à l'interprétation exogène de la loi applicable. C'est le cas de la sentence rendue sous l'égide de la CCI dans l'affaire n° 7792 en 1994. Dans cette affaire, la loi applicable était le droit argentin. Le contrat objet du litige, était relatif à la création d'un consortium entre les concessionnaires pour l'exploration et l'exploitation d'un gisement pétrolier. La majorité des concessionnaires ont obtenu une adjudication publique internationale ayant été lancée pour l'exploitation d'un gisement contigu. L'un des concessionnaires non adjudicataires a

---

<sup>110</sup> THALAUD, L'arbitre source de droit, Thèse Orléans 1996. 258.

<sup>111</sup> THALAUD, Op. cit., 162.

<sup>112</sup> THALAUD, idem, 258.

demandé de participer à l'exploitation du gisement contigu et ce en se basant sur la clause du consortium<sup>113</sup> et soutenait l'existence d'une clause implicite de non concurrence. Le tribunal arbitral a retenu l'inapplicabilité de la clause du consortium à une procédure d'adjudication publique. Et il a rejeté l'existence d'une clause de non concurrence en se référant à une jurisprudence étrangère à la *lex contractus* qui retenait un principe général de droit : Celui de l'interprétation restrictive des restrictions à la libre concurrence<sup>114</sup>. A ce titre le tribunal a déclaré que « (...) La position de la demanderesse dans sa lettre initiale, selon laquelle le rejet de son offre initiale (invitation à tous les concessionnaires de soumissionner en commun) interdisait aux autres co-contractants de prendre parts à l'appel d'offres, implique de voir dans la clause une règle qu'elle ne contient pas expressément. La jurisprudence nord-américaine en la matière a rejeté l'insertion de règles implicites à moins que celle-ci n'aient été clairement souhaitées par les parties ou nécessaires à l'obtention des buts du contrat. De ce point de vue, la nécessité d'une règle implicite de non-concurrence ne s'impose pas de façon évidente dans le cas présent.<sup>115</sup> ».

**91.** Les lacunes qui paralysent les droits nationaux sont une réalité incontestable. La pratique a démontré que certaines questions litigieuses, qui sont inhérentes au commerce international, ne trouvent pas de réponse dans les droits nationaux. Et si cette réponse existe, elle est inappropriée au litige en cause car elle ne tient compte que des soucis et impératifs nationaux. C'est dans ce cadre que les arbitres mettent en œuvre leur pouvoir créateur et normatif afin de créer des règles transnationales qui sont plus aptes à régir le commerce international<sup>116</sup>.

---

<sup>113</sup> Cette clause obligeait tout concessionnaire qui désire obtenir des droits sur une zone adjacentes à l'aire d'exploitation mutuelle, de présenter une offre d'association à ses partenaires. Ces derniers disposaient d'un délais de trente jours pour se prononcer. Or dans cette affaire, le demandeur a présenté cette offre à ses partenaires. Mais ces derniers l'ont rejeté.

<sup>114</sup> Dans son commentaire, M. THALAUD écrit que « l'objectif de la clause litigieuse était uniquement d'assurer l'égalité des chances pour participer au développement des zones adjacentes à l'aire contractuel, objectif qui est également atteint lorsque toutes les parties entrent en concurrence pour l'acquisition des droits sur un pied d'égalité. C'est ainsi à la fois sur une valeur fondamentale, la liber concurrence, et sur la lecture qu'en a eu la jurisprudence américaine dans des affaires similaires, que l'arbitre rejeta en l'espèce l'existence d'une clause implicite », v. THALAUD, Op. cit., 160.

<sup>115</sup> Sentence CCI rendue dans l'affaire 7792 en 1994, JDI 1995.

<sup>116</sup> V. Chapitre II de ce titre I

## **SECTION II – LA LIBERTE DE RATTACHER LE CONTRAT DE COMMERCE INTERNATIONAL A TOUT ORDRE JURIDIQUE**

**92.** Conscients de la spécificité des relations commerciales internationales qui s'accommoderait mal avec les limites établies par les droits internes, les arbitres s'efforcent de renforcer leur autonomie par rapport aux droits étatiques et ce en détachant toujours davantage le contrat de commerce international de tel ou tel droit national déterminé.

Cette tendance de la jurisprudence arbitrale se manifeste notamment lorsque les parties n'ont pas procédé à la détermination d'un droit applicable à leur contrat. Lacune qui autorise l'arbitre à exercer librement et « discrétionnairement » sa faculté de créativité.

**93.** Cependant, si l'arbitre procède librement à la détermination du droit applicable (§1), il n'en reste pas moins tenu dans l'accomplissement de sa mission, de prendre en compte certaines directives qui sont de nature à orienter son choix (§2).

### **§1 – Les manifestations de la liberté de l'arbitre lors de la détermination du droit applicable**

**94.** La liberté de l'arbitre dans la détermination du droit applicable est reconnue d'une manière universelle, aussi bien par les législations nationales sur l'arbitrage international que par les conventions internationales. On peut illustrer de quelques exemples de cette reconnaissance. C'est le cas de l'article 1496 du nouveau code de procédure civile français dispose que « l'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ; à défaut d'un tel choix, conformément à celles qu'il estime appropriées. Il tient compte dans tous les cas des usages du commerce ». Dans le même esprit, le législateur djiboutien s'est rallié à cette tendance à travers l'article 12 du code djiboutien de l'arbitrage international de 1984.

**95.** La liberté de l'arbitre dans la détermination du droit applicable est consolidée par l'absence de contrôle postérieur de l'opportunité du choix du droit applicable opéré par l'arbitre. Le contrôle établi, lors d'une demande d'exequatur ou d'un recours en annulation de la sentence arbitrale, ne porte que sur l'existence d'éventuelles contrariétés entre le fond du droit choisi et les prescriptions de l'ordre public international.

**96.** En dehors des cas où les parties, sans désigner le droit applicable, indiquent la méthode que les arbitres sont tenus de suivre pour procéder au choix, la liberté de détermination du droit s'illustre dans la faculté pour l'arbitre de rattacher le contrat en cause à un ordre juridique national ou transnational (B). Pour y parvenir, l'arbitre est libre de mettre en œuvre la méthode qu'il estime la plus appropriée (A) .

### **A – La liberté de choisir la méthode**

**97.** L'arbitre envisage la question de détermination du droit applicable d'une manière différente de celle adoptée par le juge étatique. N'ayant pas de for, l'arbitre international ne se trouve pas astreint de suivre la méthode conflictuelle classique (I). Il peut outrepasser le raisonnement conflictuel en procédant à la désignation du droit applicable d'une manière directe (II).

### **I – Le raisonnement conflictuel**

**98.** Contrairement au droit français sur l'arbitrage international qui n'impose à l'arbitre aucune méthode déterminée, certains textes internationaux indiquent à l'arbitre la voie qu'il doit suivre pour désigner le droit applicable.

En principe, l'arbitre est libre d'utiliser ou non la règle de conflit de loi pour désigner le droit applicable. Cependant, Cette méthode peut être prescrite par le règlement d'arbitrage de l'institution d'arbitrage à laquelle les parties ont soumis leur litige. Ainsi, l'article 13 du

Règlement d'arbitrage de la CCI dispose qu' « A défaut d'indication par les parties du droit applicable, l'arbitre appliquera la loi désignée par la règle de conflit qu'il jugera appropriée ».

La même règle est énoncée par l'article VII de la convention de Genève du 21 avril 1961 sur l'arbitrage commercial international : « A défaut d'indication par les parties du droit applicable, les arbitres appliqueront la loi désignée par la règle de conflit que les arbitres jugeront appropriée ».

**99.** Il faut cependant noter que, même si les règlements d'arbitrage obligent l'arbitre à recourir à la règle de conflit, il n'en demeure pas moins que ce dernier est libre de se tourner vers n'importe quel système de conflit de lois. Ceci a été énoncé clairement par une sentence rendue en 1988 dans l'affaire CCI n°5717 qui a déclaré que « l'article 13 du Règlement CCI donne à l'arbitre le pouvoir discrétionnaire de choisir la loi applicable au contrat en l'absence de choix effectué par les parties... Celui-ci est libre de se référer à tout système de conflit de loi auquel il a accès et n'est aucunement obligé de donner préférence à l'un de ces systèmes sur un autre<sup>117</sup> ».

En effet, contrairement au juge étatique, « l'arbitre international n'a pas de *lex fori* à laquelle il pourrait emprunter des règles de conflit de lois<sup>118</sup> ».

**100.** L'étude de la jurisprudence arbitrale nous permet de déduire que lorsque l'arbitre recourt à une règle de conflit, généralement il emploie soit la méthode cumulative des systèmes de conflits de lois intéressés au litige, soit la méthode des principes généraux du droit international privé.

---

<sup>117</sup> Sentence CCI n° 5717 rendue en 1988, Bulletin de la CCI 1990. 22.

<sup>118</sup> Sentence CCI n° 1512 rendue en 1971, JDI 1974. 904.

## **a- L'application cumulative des systèmes de conflit de lois intéressés au litige**

**101.** Cette méthode consiste à examiner simultanément les règles de conflit de tous les systèmes qui ont un lien avec l'espèce. L'arbitre recense d'abord les règles de conflit de lois des différents systèmes en contact avec le différend. S'il s'avère que ces différentes règles aboutissent à un résultat identique, c'est à dire elles convergent vers l'application d'une même loi, l'arbitre déclare cette loi applicable<sup>119</sup>.

Cette méthode a été adoptée par plusieurs sentences arbitrales. A ce titre, on peut citer la sentence rendue sous l'égide de la CCI n° 5118<sup>120</sup> qui énonce que « Les parties, dans les documents contractuels, s'étant abstenues de toute référence à une loi de fond applicable, le tribunal arbitral estime à la majorité, devoir, sur le point susvisé, seul en question, en application des règles de la Cour d'arbitrage, déterminer la loi applicable par l'intermédiaire du choix d'une règle de conflit appropriée, dès lors qu'une volonté claire des parties n'a pas écarté l'application d'un droit national au profit des usages du commerce international. S'agissant de contrats tous signés à Tunis, entre sociétés publiques tunisiennes vendeuses de marchandises, et une société italienne acquéreuse venant prendre livraison à Gabès, ou en tout cas dans un port tunisien, la règle de conflit italienne prévoit en pareil cas l'application du droit du vendeur et du lieu de conclusion du contrat. Il faut noter qu'en outre, c'est la solution de la coutume internationale et cette solution se trouve consacrée aussi bien par la convention du 15 juillet 1955 susvisée que par d'autres conventions internationales ayant le même objet bien qu'il faille préciser qu'aucune de ces conventions n'est applicable au litige puisque la Tunisie ne les a pas ratifiées ». Dans la mesure où l'application d'un droit national est requise dans la présente sentence, le tribunal appliquera donc la loi tunisienne.

La même démarche a été suivie dans la sentence CCI rendue en 1989 dans l'affaire n° 6281, où il a été déclaré que « selon le droit international privé égyptien, la loi qui s'applique est celle du pays où le contrat est signé, sauf convention contraire des parties, si elles ont leur principal établissement dans les Etats différents. Selon le droit international privé yougoslave, la loi qui s'applique est celle du pays où le vendeur a son établissement principal au moment

---

<sup>119</sup> DERAIS (Y.), « L'application cumulative par l'arbitre des systèmes de conflit de loi intéressés au litige », Rev. Arb., 1972. 93.

<sup>120</sup> Affaire citée par Y. DERAIS In « La jurisprudence des arbitres du commerce international en matière de détermination du droit applicable », Rev. de droit des affaires internationales 1996. n°4. 519.

où il (ou l'autre partie) a reçu l'offre, s'il n'y a pas d'accord entre les parties sur la loi applicable. La France est membre de la Convention sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises, conclue à La Haye le 15 juin 1955. L'alinéa 1 de l'article 3 de cette Convention stipule qu'à défaut de loi déclarée par les parties, le contrat est régi par la loi interne du pays où le vendeur a sa résidence habituelle au moment où il reçoit la commande (il importe peu que la commande fasse référence à l'offre en tant que telle ou à l'acceptation de l'offre ; en outre, aucune des exceptions de la Convention ne s'applique). L'établissement principal et la résidence habituelle du vendeur au moment considéré étant en Yougoslavie et le contrat de vente ayant été conclu en Yougoslavie, toutes les règles applicables en matière de droit privé international font référence au droit matériel yougoslave<sup>121</sup> ».

**102.** L'application cumulative des systèmes de conflit de lois permet de respecter la prévisibilité des solutions. Cependant, l'efficacité de cette méthode est subordonnée à la convergence des solutions préconisées par les différentes règles de conflit. A défaut, l'arbitre peut emprunter une autre méthode qui lui permet de désigner une loi appropriée au litige en cause.

### **b - La méthode des principes généraux du droit international privé**

**103.** Cette méthode consiste à « dégager de l'ensemble des principaux systèmes de droit international privé des principes communs ou généralement acceptés<sup>122</sup> ».

Les illustrations de mise en œuvre de cette méthode sont nombreuses. A ce titre on peut citer la sentence rendue sous l'égide de la CCI dans l'affaire n° 5717 (rendue en 1988) où le tribunal arbitral a déclaré que « dans les rapports contractuels complexes tels que ceux qui font l'objet de la présente décision, il est un principe de conflit de lois largement accepté par la plupart des tribunaux, notamment en Angleterre, au Liechtenstein et en France, à savoir celui dit du test du centre de gravité ou de la connexion. Selon ce test, l'arbitre désigne la loi au fond de la juridiction qui présente la connexion la plus étroite avec le litige. L'application

---

<sup>121</sup> Idem, 519.

<sup>122</sup> DERAIS (Y.), Op. cit., 523.

de ce principe au présent litige comporte l'avantage de pouvoir se présenter comme une application de tous les quatre principes de conflit de lois énoncés ci-dessus. Les divers points de rattachement du litige soumis à l'arbitre sont les suivants (...). D'évidence, la loi suisse est le système de droit neutre qui présente la connexion la plus étroite tant en ce qui concerne les rapports entre les parties que le présent litige<sup>123</sup> ».

**104.** En raison des divergences qui existent entre les différentes législations nationales, ainsi que la démarche restrictive qui se limite à dégager des principes « généralement acceptés » en se référant à certains droits nationaux seulement (anglais, français, suisse), la méthode des principes généraux du droit international privé a fait l'objet de plusieurs critiques. A ce titre, Le Professeur GAILLARD a déclaré que « les sentences qui affirment faire application de principes généraux sont si cruellement démenties par la réalité du droit international privé comparé qu'elles illustrent davantage des limites de la méthode que son opportunité<sup>124</sup> ».

**105.** Pour parvenir à convaincre les opinions doctrinale de l'existence des principes communs, les arbitres se basent désormais, non seulement sur la jurisprudence arbitrale, mais également sur les conventions internationales. Ainsi, on fait souvent appel à la Convention de La Haye de 1955 sur la loi applicable aux ventes d'objets mobiliers corporels. C'est le cas de la sentence n°5885 rendue en 1989 sous l'égide de la CCI où l'arbitre siégeant a déclaré que « d'après la plus part des droits nationaux et selon l'article 3 (1) de la convention de La Haye de 1955 sur la loi applicable en matière de vente internationale, le domicile du vendeur est un facteur important de rattachement du litige au droit du pays de ce dernier. Bien que les contrats aient été négociés et signés à Dacca où Y –sans y avoir un établissement- était représenté par ... de l'Ambassade ABC, et où Y a conclu dans le cadre d'accords de troc avec le gouvernement du Bangladesh, des contrats de revente de marchandises à destination du Bangladesh au profit d'ultimes acheteurs de ce pays, j'estime que ces facteurs ne constituent pas un contreponds suffisant vis- à- vis du rattachement du domicile du vendeur. Pour ces raisons, je décide donc que le litige sera tranché selon le droit anglais<sup>125</sup> ».

---

<sup>123</sup> DERAIS (Y.), Op. cit., 523.

<sup>124</sup> GAILLARD (E.), « Droit applicable au fond du litige », Juris-Classeur 1996, Droit international, Fasc. 586-9-1. p. 37.

<sup>125</sup> Affaire citée par Y. DERAIS In « La jurisprudence des arbitres du commerce international en matière de détermination du droit applicable », Rev. de droit des affaires internationales 1996. N°4. 524.

Les arbitres recourent également à la convention de Rome du 19 juin 1980 pour dégager les principes de droit international privé généralement acceptés. La sentence CCI rendue en 1990 dans l'affaire n° 6360 en fournit l'exemple : « l'article 13 du contrat dispose que les questions litigieuses sont confiées à la Chambre de Commerce International à La Haye Pays-Bas en vertu du droit néerlandais. Il pourrait en être conclu qu'il sera fait application du droit international privé néerlandais. Même si ce droit n'était pas applicable, le tribunal se fonde sur la règle de DIP généralement acceptée, contenue dans le Traité CCE de Rome du 19 juin 1980 (art.3 et 4), lequel est aussi appliqué (par anticipation sur ratification formelle) par les juridictions néerlandaises. Le DIP néerlandais sus-mentionné ainsi que le DIP européen se réfèrent au droit du pays du domicile du vendeur. Le tribunal est dès lors amené à appliquer le droit néerlandais en vigueur aux Antilles Néerlandaises. Cette conclusion n'entre pas en conflit avec une autre interprétation possible de la volonté des parties de se soumettre au « droit néerlandais », à savoir une référence directe au droit substantiel <sup>126</sup>».

**106.** Par ailleurs, la détermination du droit applicable peut être faite en dehors du raisonnement conflictuel. Les arbitres procéderont à cette désignation par la voie directe.

## **II – La voie directe**

**107.** La voie directe est un procédé qui permet à l'arbitre de déterminer le droit applicable d'une manière directe sans passer par une règle de conflit quelconque. L'arbitre procède à la désignation de la norme applicable à la lumière des rattachements qui peuvent lier le contrat en cause et le droit choisi. Ces rattachements nous rappellent ceux énoncés lors de notre étude de la méthode conflictuelle. Il peut s'agir du lieu de prestation caractéristique, lieu de résidence du vendeur<sup>127</sup>, centre de gravité du contrat, lieu d'exécution du contrat<sup>128</sup>, etc.

---

<sup>126</sup> Sentence CCI n°6360 rendue en 1990, Bull. CCI, Décembre 1990. 24.

<sup>127</sup> DERAIS et JARVIN, Op. cit., JDI 1983. 897.

<sup>128</sup> DERAIS (Y.), Op. cit., JDI 1978. 985.

**108.** La liberté de l'arbitre international à l'égard de tout système juridique lui permet de rattacher le contrat à une loi sans être contraint de se soumettre à un système de conflit de loi d'un Etat donné. Désormais, le rattachement du contrat à un ordre juridique se fait, non seulement par rapport à l'existence d'un lien significatif entre le droit et le contrat en cause mais également, à la lumière du contenu de ce droit. En d'autres termes l'arbitre cherche à rattacher le contrat à un droit qui présente un lien significatif avec le contrat et dont le contenu est opportun pour résoudre le litige en cause.

De ce fait, « avant de décider du droit applicable au litige, il (l'arbitre international) doit s'interroger sur le contenu matériel des droits se trouvant en conflit et sur leur volonté et aptitude à régir la situation internationale litigieuse<sup>129</sup> ».

**109.** Si la voie directe permet à l'arbitre de choisir librement la loi applicable, il n'en demeure pas moins que cette liberté ne signifie pas que le choix du droit applicable se fait d'une manière arbitraire. La liberté de l'arbitre est contournée par un certain nombre de directives qui ont pour objectif d'orienter le choix de l'arbitre vers la loi la plus appropriée au contrat.

## **B – La liberté de choisir le droit applicable**

**110.** A l'instar des parties, l'arbitre est libre de désigner le droit applicable en ayant la possibilité de rattacher le contrat à un ordre juridique national ou de le dénationaliser en appliquant des règles transnationales. Cette liberté est reconnue d'une manière quasi-universelle par les législations nationales.

Les arbitres peuvent se borner à appliquer le droit étatique désigné à la lumière du raisonnement conflictuel ou par la voie directe. Ils peuvent appliquer une seule loi étatique ou opérer une application de plusieurs lois en désignant une loi pour chaque aspect du litige (la méthode du dépeçage).

---

<sup>129</sup> BUCHER (A.), le Nouvel Arbitrage International en Suisse, n°249.86 cité par Y. DERAINS, op.cit. 522.

Par ailleurs, s'il l'estime opportun, l'arbitre international peut dénationaliser le contrat international en appliquant la *lex mercatoria* dans toutes ses composantes. A ce titre on peut illustrer l'exemple de l'affaire *Valenciana* où l'arbitre a déclaré que « le présent litige sera réglé selon les seuls usages du commerce international, autrement dénommés *lex mercatoria*<sup>130</sup> ». Une démarche qui a été soutenue par la jurisprudence française à plusieurs reprises<sup>131</sup>.

**111.** La jurisprudence arbitrale fait presque une application systématique de la *lex mercatoria*, chaque fois où les parties sont restées silencieuses sur le droit applicable et à chaque fois où le droit étatique s'avère inapproprié pour résoudre les questions litigieuses. Cette démarche peut être illustrée à travers l'affaire CCI n° 5030 (rendue en 1992), où le tribunal arbitral a déclaré qu' « à défaut de la loi étatique applicable, le système de droit objectif gouvernant un contrat d'Etat international est formé par les principes généraux du droit des contrats internationaux ».

En l'espèce, le tribunal s'y référera pour compléter, le cas échéant les dispositions du contrat et les usages du commerce international auxquels les parties admettent l'une et l'autre qu'il faut d'abord avoir recours conformément à l'article 13, paragraphe 5, du Règlement d'arbitrage de la CCI. Le tribunal conclut donc, en ce qui concerne les règles de droit applicable : « qu'ainsi que les parties en conviennent, priorité doit être donnée aux dispositions du contrat et aux usages du commerce international ; que pour compléter ces sources, il convient d'avoir recours aux principes généraux du droit international des contrats internationaux<sup>132</sup> ».

**112.** Par ailleurs, les arbitres du commerce international cherchent la solution au litige en cause dans les conventions internationales. Une démarche qui est de nature à renforcer l'internationalisation du contrat<sup>133</sup>.

---

<sup>130</sup> Affaire *Valenciana*, Rev. Arb. 1990. 701.

<sup>131</sup> Cass. Civ, 22 octobre 1991, *Valenciana*, Rev. Arb 1992. 113, note B. OPPETIT.

<sup>132</sup> Sentence CCI n° 5030 rendue en 1992, JDI 1993. 1003, note Y. DERAÏNS.

<sup>133</sup> MAYER (P.), « L'application par l'arbitre des conventions internationales de droit privé », In *Mélanges Y. LOUSSOUANRN*, 276.

La sentence CCI n° 7331 rendue en 1994 illustre un bon exemple de cette démarche. En effet, dans cette affaire le tribunal arbitral a appliqué la Convention de Vienne et déclaré qu'il est « d'accord avec le défendeur que les principes généraux du droit commercial international et les usages acceptés dans la pratique commerciale internationale, y compris le principe de bonne foi, devraient régir le différend. Le tribunal estime que pour le présent litige, ces principes et ces usages reconnus sont contenus de la manière la plus complète dans la Convention des Nations Unies sur la vente internationale de marchandises dont, comme on l'a souligné plus haut, le demandeur a évoqué l'incorporation dans la « *lex loci venditoris* » ; Le thème majeur de la Convention de Vienne est le rôle du contrat interprété à la lumière de la pratique et des usages commerciaux. La Convention est le résultat d'un accord inter-étatique, fruit d'une collaboration sur plus d'une décennie. L'application de la Convention de Vienne au présent litige est d'autant plus pertinente que la Yougoslavie et l'Italie sont signataires de celle-ci. (...) Ainsi, dans la mesure où la Convention de Vienne contient des dispositions pertinentes pour le litige, le tribunal les prendra en considération <sup>134</sup>».

Dans la même perspective, la sentence n° 7153 énonce que « la prétention de la demanderesse résulte du contrat signé entre les parties en corrélation avec l'article 53 de la Convention du 11 avril 1980 des Nations-Unies sur les contrats relatifs à la vente internationale de marchandises (ci-après désignée « convention »), en vertu de laquelle l'acheteur est tenu, en vertu des dispositions du contrat et de la Convention, de s'acquitter du prix d'achat. Selon l'intime conviction du tribunal arbitral, ladite Convention s'applique à défaut d'un accord entre les parties afférent au droit applicable en l'espèce ;

Même si l'article ... du contrat s'intitule « Litiges et droit applicable », les parties n'ont toutefois conclu aucun accord à cet égard, de sorte que le tribunal arbitral est tenu d'appliquer la loi désignée par la règle de conflit qu'il considère appropriée (article 13, alinéa 3 du Règlement de conciliation et d'arbitrage) ;

Aux termes de l'article 1 de la Convention, celle-ci s'applique aux contrats de vente sur les marchandises conclus entre des parties ayant des implantations dans divers pays qui sont des Etats contractants. Au moment de la conclusion du contrat, c'est-à-dire le 31 mai 1989, tant l'Autriche (siège de la demanderesse) que la Yougoslavie (siège de la défenderesse) étaient des Etats contractants. La convention est entrée en vigueur en Autriche le 1<sup>er</sup> janvier 1989 et le 1<sup>er</sup> janvier 1988 en Yougoslavie <sup>135</sup>».

---

<sup>134</sup> Sentence CCI n° 7331 rendue en 1994, JDI 1995.1001, obs. Y. DERAÏNS.

<sup>135</sup> Sentence CCI n° 7153 rendue en 1992, JDI 1992. 1006.

**113.** La tendance à détacher le contrat international du droit étatique s'accroît nettement lorsque l'arbitre statue en amiable compositeur. La clause d'amiable composition a été interprétée par la doctrine comme étant une renonciation globale au droit national<sup>136</sup>.

En effet, lorsque les parties se contentent de stipuler une clause d'amiable composition sans autre précision, les arbitres n'hésitent pas à appliquer les principes généraux du droit<sup>137</sup>. Dans une telle hypothèse, il a été soutenu que « la mission qui lui est conférée de statuer *ex æquo et bono*, doit conduire l'arbitre amiable compositeur à tenir compte des principes généraux du droit et des pratiques du commerce international ; ainsi interprétée, la clause d'amiable composition peut être considérée comme désignant implicitement la *lex mercatoria*<sup>138</sup> ».

**114.** En mettant en œuvre plusieurs méthodes afin de rattacher le contrat international à un ordre juridique national ou a-national, l'arbitre vise à désigner un droit qui correspond aux directives qui le guident dans sa mission.

## §2 – Les directives qui guident la liberté de l'arbitre

**115.** La directive essentielle qui commande la détermination du droit applicable consiste à démontrer aux parties que le droit désigné est celui que les parties attendent. En d'autres termes, le résultat atteint par l'arbitre doit correspondre aux prévisions des litigants (A).

**116.** Par ailleurs, l'arbitre est tenu de prendre en considération certaines spécificités du contrat en cause afin que le droit choisi soit approprié à la transaction objet du litige (B).

---

<sup>136</sup> LOQUIN (E.), *L'amiable composition en droit comparé et international Contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*, Paris 1980. 318.

<sup>137</sup> Il est cependant nécessaire de ne pas confondre la clause d'amiable composition et principes généraux du droit. En effet, les arbitres statuant en amiables compositeurs ne sont pas obligés de se référer qu'aux règles transnationales. S'ils le jugent opportun, les arbitres statuant en équité peuvent appliquer une loi étatique.

<sup>138</sup> GOLDMAN (B.), « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage international, Réalités et perspectives », *JDI* 1979. 480 et s.

## A – L'attente légitime des parties

**117.** L'attente légitime des parties constitue le centre de gravité autour duquel s'articule le travail de détermination du droit applicable par l'arbitre. La loi désignée doit répondre aux intentions et attentes raisonnables des parties.

**118.** L'arbitre cherche à « montrer aux parties que, dans la situation où elles se trouvent lorsque commence la procédure arbitrale, elles ne peuvent escompter une décision autre que celle qui sera rendue en ce qui concerne le droit applicable. Toute autre attente serait illégitime <sup>139</sup> ».

L'attente légitime des parties s'apparente «étrangement à la fiction que constitue la volonté implicite des parties à la quelle le juge étatique a parfois recours <sup>140</sup> ».

**119.** Monsieur DERAIS suggère de ne pas confondre attente légitime des parties et volontés des parties. Il appuie son raisonnement sur deux arguments : « Tout d'abord, parce que le problème de détermination du droit applicable au fond du litige se pose principalement dans les cas où l'absence de volonté des parties est évidente (...). Ensuite, le choix exprès ou implicite du droit applicable au fond du litige par les parties n'exclut pas dans certains cas qu'il soit légitime de s'attendre à ce que l'arbitre tienne compte de l'intervention d'une norme dont l'application n'avait pas été prévue par les parties, voire était délibérément écartée <sup>141</sup> ».

Force est de constater qu'il est primordial pour l'arbitre d'éviter que le rattachement du contrat à une norme juridique s'opère à la lumière de critères artificiels qui aboutiraient à surprendre les parties, en soumettant leur contrat à un droit auquel elles n'ont jamais pensé. Raisonner et procéder autrement constituerait une trahison à leur attente légitime.

---

<sup>139</sup> DERAIS (Y.), « Détermination de la lex contractus », In dossiers de l'Institut de la Chambre de Commerce Internationale (CCI), L'apport de la jurisprudence arbitrale 1986. 16.

<sup>140</sup> SERAGLINI (C.), « Lois de police et justice arbitrale internationale », P. 242 cité par E. JOLIVET, op. cit., JDI 2001. 1160.

<sup>141</sup> DERAIS (Y.), « Détermination de la lex contractus », In dossiers de l'Institut de la Chambre de Commerce Internationale (CCI), L'apport de la jurisprudence arbitrale 1986. 16.

**120.** Outre l'attente légitime des parties, l'arbitre est tenu de prendre en considération certaines spécificités du contrat en cause afin que le droit choisi soit approprié à la transaction objet du litige.

### **B- Les spécificités du contrat**

**121.** Lors de la détermination du droit applicable, l'arbitre doit tenir compte de certaines particularités du contrat en cause. En effet, certains aspects de la transaction méritent une attention particulière en raison de leur intérêt pratique et théorique.

**122.** Certains contrats sont particuliers car ils mettent en jeu la politique économique d'un Etat en développement. D'autres contrats sont complexes dans la mesure où ils génèrent plusieurs relations contractuelles entre diverses parties.

### **I- Les contrats de développement**

**123.** Les contrats de développement, ou contrats Nord-Sud, « se caractérisent par le fait que l'une des parties est un pays en voie de développement, ou une entreprise contrôlée par ce pays, et par le but de développement qui est le leur <sup>142</sup>».

Il peut s'agir de tout contrat orienté vers le développement de l'économie des pays du Tiers monde . Les exemples de contrats de ce type sont multiples. On cite les contrats d'investissement, contrats de transfert de technologie, contrats de Know-how et des contrats de show-how, contrats clé en main, contrats pétroliers...

**124.** Les contrats de développement soulèvent de nombreux problèmes particuliers, en l'occurrence le droit qui leur est applicable.

---

<sup>142</sup> RANOUIL (V.), « Remarques sur le droit applicable aux contrats de développement », In Contrats internationaux et pays en développement, Economica 1989. 37.

Généralement, les parties s'accordent à rattacher explicitement le contrat à la législation nationale du pays d'accueil. Cette attitude trouve son fondement dans la jurisprudence internationale. A ce titre on peut se référer à la solution adoptée par la Cour Permanente de Justice Internationale dans l'affaire des emprunts serbes<sup>143</sup> qui a déclaré que « tout contrat qui n'est pas un contrat entre des Etats en tant que sujets de droit international a son fondement dans une loi nationale ». Ou également à la sentence Aramco qui énonce qu'il «est universellement admis en droit international privé qu'un Etat souverain est présumé jusqu'à preuve du contraire avoir soumis les engagements qu'il a conclus à sa loi propre<sup>144</sup> ».

Il faut relever que les pays du Tiers monde estiment qu'en l'absence de volonté expresse, il existe une présomption d'application de leur droit au contrat de développement. Cette thèse a été soutenue par l'Iran dans l'affaire l'Anglo-Iranien.<sup>145</sup>

Cependant, comme tout contrat international, le contrat de développement peut être dénationalisé en le rattachant à un ordre juridique transnational et échappant ainsi à la législation nationale du pays d'accueil. Ce rattachement peut être fait expressément par les parties. Certes c'est un choix qui reste rare mais, qui ne cesse de se multiplier notamment, dans les contrats pétroliers.

Lorsque les parties n'ont pas choisi le droit applicable à leur contrat Nord –Sud, l'étude de la jurisprudence arbitrale en la matière nous permet de déduire que l'arbitre a tendance à appliquer la *lex mercatoria* à la transaction. Certains auteurs expliquent cette tendance par trois données : « l'une d'elles n'est nullement propre aux contrats de développement : la *lex mercatoria* serait le droit naturel de l'arbitre, sans lien avec un for déterminé. Les deux autres les intéressent particulièrement. D'abord, le contrat est multilocalisé : il a des liens avec tant de systèmes juridiques qu'il finit par n'en avoir plus avec aucun. Ensuite, l'acte a une spécificité telle qu'il est sans équivalent en législation interne<sup>146</sup> ».

---

<sup>143</sup> la Cour Permanente de Justice Internationale de la Haye : Affaire des emprunts serbes et brésiliens, 12 juillet 1929. D.P 1930. 2. 45.

<sup>144</sup> Revue critique de droit international privé, 1963.272.

<sup>145</sup> LALIVE (J.F.), « L'affaire de l'Anglo-Iranien Oil », *Clunet* 1953. 706.

<sup>146</sup> RANOUIL (V.), « Remarques sur le droit applicable aux contrats de développement », In *Contrats internationaux et pays en développement*, *Economica* 1989 .37.

Selon M. KAHN, les contrats de développement seraient « internationaux par nature ». « La transnationalisation naturelle » du contrat de développement apparaît clairement dans la sentence rendue dans l'affaire Plateau des Pyramides rendue le 16 février 1983<sup>147</sup>.

En l'espèce, les contrats en cause ne comportaient pas de clause de droit applicable. Au cours de la procédure, les parties se sont accordées à appliquer le droit égyptien. Les arbitres ont statué en déclarant que « Dans l'affaire en cause, la législation applicable est, à notre avis celle de l'Égypte. Les contrats ont tout deux été conclus en Égypte. Le lieu de leur exécution est presque entièrement l'Égypte (...). Cependant, il reste à savoir si la législation égyptienne doit être réputée comme intégrant les principes généraux de la législation internationale<sup>148</sup> ».

La dénationalisation du contrat de développement n'a pas été soutenue par certains auteurs. Selon eux la *lex mercatoria* est inappropriée aux contrats de développement car on ne peut appliquer des règles conçues pour des agents économiques égaux à une transaction conclue entre contractants qui ne sont pas égaux économiquement et qui poursuivent des objectifs différents : le profit d'un côté et le développement de l'autre côté<sup>149</sup>.

Ces critiques d'ordre idéologique de la *lex mercatoria* présentent les règles transnationales comme des normes qui sont élaborées au profit des forts au détriment des pays sous développés. Ainsi, il a été écrit que « combien de fois les opérateurs du commerce international et leurs conseils n'ont-ils pas (...) appelé à s'affranchir du « carcan » des législations nationales pour se soumettre à des règles mieux adaptées, qu'ils se donneraient eux mêmes « spontanément » et combien de fois, en retour, cette tentative n'a-t-elle pas été frappée du soupçon de dissimuler un « droit des forts » imposé par les entreprises puissantes aux plus faibles, voire une appréhension de l'« espace » juridique transnational par des pouvoirs économiques privés<sup>150</sup> ».

Cette position défavorable mérite d'être relativisée car d'abord, plusieurs règles transnationales et principes généraux de droit ne sont nullement établis au profit d'une partie au détriment de l'autre. A ce titre, plusieurs sentences arbitrales appliquent la *lex mercatoria*

---

<sup>147</sup> KAHN (Ph.), « L'interprétation des contrats internationaux », *Clunet*, 1981.23.

<sup>148</sup> *Revue de l'Arbitrage*, 1986.114, obs., LÉBOULANGER.

<sup>149</sup> RANOUIL (V.), « Remarques sur le droit applicable aux contrats de développement », In *Contrats internationaux et pays en développement*, *Economica* 1989 . 47.

<sup>150</sup> Cité par GAILLARD (E.), op. cit., n°12.

et donnent gain de cause à la partie faible tout en préservant l'impartialité et la neutralité entre les parties.

D'autres sentences n'ont pas hésité à renforcer les obligations de renseignement et de conseil d'un côté et à mettre l'accent sur le principe de l'interprétation du contrat contre la partie qui l'a rédigé seule, et ce afin de protéger la partie faible<sup>151</sup>.

Ensuite, la *lex mercatoria* est un ordre juridique qui est conçu pour tenir compte des impératifs du commerce international. L'application des règles mercantiles ne doit pas être paralysée par le fait qu'il existe une inégalité économique entre les parties.

**125.** Force est de constater que, les prévisions raisonnables des parties est le fil directeur qui doit guider l'arbitre dans sa mission de déterminer le droit applicable au contrat de développement. L'arbitre doit prendre en considération les objectifs poursuivis par celles-ci et tenir compte de ce que les parties au contrat ne sont pas égales sur le plan économique. Ces données sont importantes, non seulement à ce stade de la procédure arbitrale, mais également lors de la détermination des obligations des parties à la lumière de l'interprétation du contrat<sup>152</sup>.

**126.** Par ailleurs, la particularité du contrat objet du litige peut être dû au fait qu'il s'agit d'une transaction complexe dans la mesure où elle génère plusieurs relations contractuelles entre diverses parties. La complexité du contrat est également un élément important qui influence la mission de l'arbitre de déterminer le droit applicable.

---

<sup>151</sup> V. Chapitre I du titre II de la première partie.

<sup>152</sup> V. Chapitre I du Titre II de la première partie.

## II- La complexité du contrat

**127.** La question de détermination du droit applicable mérite une attention particulière lorsque le contrat en cause est complexe. Cette complexité peut avoir plusieurs aspects ( chaîne de contrat, diversité de parties...). A ce titre nous avons choisi l'exemple du contrat international d'agence commerciale<sup>153</sup>.

**128.** En effet, la question de détermination du droit applicable au contrat international d'agence commerciale suscite une importance particulière dans la mesure où ce contrat ne génère pas une seule relation contractuelle. Cette transaction met en place deux rapports juridiques : d'abord, une relation interne entre le principal et l'agent commercial. Ensuite, une relation externe entre le principal et l'agent avec le tiers.

De ce fait, en cas d'absence de choix explicite, l'arbitre est tenu de désigner un droit applicable à chaque catégorie de relation mise en œuvre par le contrat international d'agence commerciale. La difficulté de cette mission s'accroît par les diversités de conceptions de ce contrat dans les législations nationales.

D'abord, le contrat international d'agence commerciale crée une relation juridique entre le principal et l'agent. Ce contrat est principalement un contrat d'entreprise qui met à la charge de l'agent commercial l'obligation de prospecter la clientèle et négocier avec elle en vue de la mettre en relation avec le principal. L'agent peut se voir conférer le pouvoir d'agir au nom et pour le compte du principal.

En pratique, les arbitres recourent à la règle de conflit de lois qu'ils estiment la plus appropriée en vue de déterminer le droit applicable à la relation interne principal-agent. L'arbitre peut faire une application cumulative des systèmes de conflits de loi intéressés au litige. C'était la voie suivie par les trois arbitres siégeant à Paris dans une affaire relative à deux contrats d'agence conclus pour la vente exclusive en Italie de produits d'origine tunisienne<sup>154</sup>.

---

<sup>153</sup> V. DILOY (C.), Contrat d'agence commerciale, L.G.D.J. 2000.

<sup>154</sup> Sentence CCI n° 5118 rendue en 1986, Publications CCI 1994.318, note S. JARVIN.

On peut également citer l'affaire n° 4996 rendue en 1985 rendue par un tribunal arbitral siégeant à Lausanne. Il s'agissait d'un contrat d'agence commerciale conclu entre un principal italien et un agent français. Le contrat comportait une clause d'arbitrage de la CCI. Appelé à déterminer le droit applicable, Le tribunal arbitral a fait une application cumulative des systèmes de conflit de lois de La France et de l'Italie. Cependant, cette méthode n'a pas débouché sur la désignation d'un droit interne unique. Par conséquent, le tribunal arbitral a choisi la règle de conflit de loi la plus appropriée en l'espèce<sup>155</sup>.

Dans d'autres affaires, l'arbitre a préféré détacher le contrat international d'agence commerciale de l'emprise du droit national en appliquant la *lex mercatoria*<sup>156</sup>.

Ensuite, l'arbitre est tenu, en cas de silence des parties, de désigner le droit applicable aux relations externes du contrat international d'agence commerciale. Cette transaction génère sur le plan externe une double relation qui lie d'un côté le principal et le tiers et de l'autre côté l'agent commercial et le tiers. Le tiers est la personne auprès de laquelle « l'agent va tenter d'écouler une partie des produits du principal<sup>157</sup> ».

**129.** Certes la liberté de l'arbitre dans la désignation du droit applicable est reconnue. Cependant, les difficultés qui peuvent affecter la mission de l'arbitre ont trait à l'absence d'une uniformisation des droits nationaux sur le régime juridique du contrat international d'agence commerciale ainsi qu'aux lacunes qui existent dans les différentes législations nationales (par exemple, les relations externes qui sont créées par le contrat international d'agence commerciale, sont négligées par les droits positifs des pays du *civil law* et les règles juridiques établies dans ce cadre sont incomplètes et différentes).

C'est dans ce cadre que la jurisprudence arbitrale n'hésite pas à déployer un effort considérable pour surmonter ces difficultés en essayant de rapprocher, voire unifier, les législations nationales d'un côté et en mettant en œuvre un corps de normes qui visent à combler les lacunes existant dans les conceptions nationales du commerce international. Une tâche qui a abouti à la naissance d'un pouvoir normatif de l'arbitrage international.

---

<sup>155</sup> Sentence CCI n° 4996 rendue en 1985, op. cit., p. 292, note Y. DERAÏNS.

<sup>156</sup> Cette solution a été admise par les tribunaux étatiques, V. en ce sens CA. Douai, 18 avril 1991, JDI 1993.360.

<sup>157</sup> DILOY (C.), Contrat d'agence commerciale, L.G.D.J. 2000. 137.

## Conclusion du chapitre

**130.** La détermination du droit applicable est une question préalable à l'interprétation du contrat de commerce international. Trouvant son fondement essentiel dans la condamnation universelle de la théorie du contrat sans loi, l'obligation pour l'arbitre de rattacher le contrat à un système juridique est contrebalancée par une liberté qui se situe à un double niveau.

D'abord, l'arbitre est libre de choisir la méthode qu'il estime appropriée. En effet, n'ayant pas de for, l'arbitre international ne se trouve pas astreint de suivre la méthode conflictuelle classique. Il peut procéder à la désignation du droit applicable d'une manière directe.

Ensuite, l'arbitre du commerce international dispose d'une liberté qui lui permet de détacher le contrat de l'emprise des droits étatiques et de se référer aux règles transnationales. Cette liberté s'accroît nettement lorsque les parties n'ont pas pris le soin de désigner le droit applicable à leur transaction. Une lacune qui a ouvert la voie à l'arbitre du commerce international pour appliquer les principes généraux de droit de la *lex mercatoria* qui sont l'œuvre de sa création normative.

**131.** La détermination du droit applicable ne se limite pas à désigner la norme qui régit la transaction litigieuse, elle peut déboucher sur la détermination du contenu du droit en question notamment en procédant à son interprétation. C'est dans ce cadre que la pratique arbitrale s'est livrée à une interprétation exogène qui consiste à préciser le contenu de la règle nationale à la lumière de sources de droit étrangères. Une démarche qui est justifiée par les besoins du commerce international.

**132.** Tout en bénéficiant d'une grande liberté lors de la détermination du droit applicable, il incombe à l'arbitre de prendre en considération les objectifs poursuivis par les parties ainsi que les spécificités du contrat litigieux en question.

## CHAPITRE II

### LA NORMALISATION DE LA PRATIQUE CONTRACTUELLE

**133.** Il est abusif de limiter la création normative au seul droit étatique ou inter-étatique (les conventions internationales). L'espace transnational constitue un terrain propice pour élaborer des règles qui ne tiennent pas compte exclusivement des intérêts nationaux d'un seul Etat.

**134.** Cette création normative est l'œuvre de la jurisprudence arbitrale qui a su forger un certain nombre de principes élaborés grâce à un effort d'harmonisation entre les différentes législations nationales et ayant pour fondement les besoins vitaux du commerce international. On parle de création mais pas forcément au sens d'innovation car on retrouve la majeure partie des normes transnationales dans les législations nationales (section II).

**135.** L'œuvre créatrice de l'arbitre a su atteindre le seuil de la normativité puisqu'elle revêt une certaine généralité : on parle de principes généraux de la *lex mercatoria*. Si la reconnaissance de l'existence de cette création normative ne sème plus le doute de nos jours, il faut observer qu'elle a vu le jour après un long débat doctrinal qui a fait couler beaucoup d'encre (section I).

## SECTION I – LE CONSTAT D’UNE CREATION NORMATIVE DE L’ARBITRE

**136.** Le juge étatique ou privé peut – il être une source de droit ? Voilà un sujet qui a divisé la doctrine entre opposants et zéloteurs. Plusieurs arguments ont été avancés de part et d’autre dans le but de consolider une thèse favorable ou défavorable à la question.

**137.** De nos jours, on ne peut pas affirmer avec certitude que la question a été définitivement tranchée en ce sens qu’elle continue à alimenter le débat doctrinal<sup>158</sup>. Cependant, il est à observer que la majeure partie de la doctrine rejette les enseignements qui dénie à l’arbitre le pouvoir créateur et normatif et elle est quasiment unanime pour reconnaître l’indéniable capacité créatrice de l’arbitre du commerce international (§ 1).

**138.** Cette capacité créatrice trouve son élan dans l’interprétation. En effet, c’est en interprétant les textes obscurs ou lacunaires que la jurisprudence arbitrale a eu le mérite de tisser, grâce à un travail de synthèse et d’uniformisation, un corps de principes qui ont pour dénominateur commun l’intérêt du commerce international et dont la juridicité est quasi universellement reconnue (§2).

### §1 –Rejet des thèses hostiles au pouvoir normatif de l’arbitre

**139.** A l’instar du juge étatique, l’arbitre du commerce international a fait l’objet d’innombrables critiques notamment en ce qui concerne l’idée de lui reconnaître un pouvoir normatif et créateur.

**140.** Afin de ne pas mener une étude superficielle, nous optons de prime abord pour une analyse des différents arguments avancés à l’encontre du juge étatique. Des arguments qui sont critiquables, non seulement vis-à-vis de la justice étatique mais également, à l’égard de la justice arbitrale internationale (A).

---

<sup>158</sup> Le débat soulevé dans le IX congrès international de méthodologie juridique sur les principes généraux de droit, les 24- 25-26 novembre 2005, Facultés des Sciences Juridiques Tunis II (non publié).

**141.** Ensuite, nous étudions les enseignements d'une partie de la doctrine qui dénie à l'arbitre toute créativité normative. Des enseignements qui sont erronés car ils ne cadrent pas avec les spécificités de l'arbitrage commercial international (B).

### **A – La faiblesse des arguments inhérents à la fonction juridictionnelle**

**142.** Le pouvoir créateur et normatif du juge est l'un des thèmes qui ont fait couler beaucoup d'encre et qui continuent à l'être de nos jours. Ceci a été clairement mis en exergue par M. BELAID qui reprenant l'expression de M. DE BECHILLON voit en cette question un débat générateur d'« une guerre de positions <sup>159</sup>».

**143.** Investit d'une fonction juridictionnelle, le juge étatique a été écarté du champ de la création normative par la doctrine classique. Cette mise à l'écart du juge du champ de la création normative a été alimentée par des enseignements classiques qui ne voient dans la fonction juridictionnelle qu'« une simple autorité ayant une valeur seulement persuasive <sup>160</sup>».

Pendant longtemps, un certain nombre d'idées formulées par la doctrine classique ont dominé la pensée juridique. La synthèse de ces opinions aboutit à un constat erroné qui consiste à dire que « la puissance de juger ne serait pas une force active <sup>161</sup>».

**144.** A première vue, les arguments présentés semblent être « définitifs et inattaquables ». Mais, grâce à une prise en compte de la réalité des choses, la pensée classique a été battue en brèche.

---

<sup>159</sup> BELAID (S.), Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge, Thèse paris, LGDJ 1974. 16

<sup>160</sup> BELAID (S.), Op. cit., 16.

<sup>161</sup> BRETHER DE LA GRESSAYE (J.), Montesquieu, 1955 . 341, cité par S. BELAID, Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge, Thèse paris, LGDJ 1974. 14..

## **I - Appréciation critique du pouvoir normatif du juge étatique**

**145.** La doctrine classique dénie au juge tout pouvoir créateur et normatif. Cette position puise sa source dans une vision restrictive de la fonction juridictionnelle d'une manière générale.

Investit d'une fonction juridictionnelle, le rôle du juge se limite à « dire le droit ». Sa mission se réduit à appliquer la loi aux situations qui lui sont soumises afin de résoudre les litiges dont il est saisi. Enfermé dans ce champ d'intervention, le juge ne pouvait avoir le droit de créer le droit.

**146.** Deux arguments ont été avancés par les tenants de l'école classique pour écarter le juge du domaine de la création du droit. Le premier argument a trait au principe de la séparation des pouvoirs tandis que le second argument est relatif à l'autorité relative de la chose jugée.

### **a- Le principe de la séparation des pouvoirs**

**147.** Le juge a été placé par la doctrine classique dans une situation de subordination et d'infériorité par rapport au législateur. Le pouvoir du juge ne peut être envisagé comme un pouvoir politique à part entière. On a estimé que « la fonction juridictionnelle ne saurait être envisagée comme un troisième pouvoir principal de l'Etat, comme une puissance égale aux deux autres organes et irréductiblement distincte d'avec elles <sup>162</sup> ». Seul ce dernier est compétent pour édicter la loi <sup>163</sup>. La règle de droit puise sa source dans la puissance législative.

---

<sup>162</sup> Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'Etat, I. 691 cité par S. BELAID, Op. cit., 14.

<sup>163</sup> La doctrine classique met le juge dans une situation d'infériorité par rapport au pouvoir législatif et exécutif : « la fonction juridictionnelle ne saurait être envisagée comme un troisième pouvoir principal de l'Etat, comme une puissance égale aux deux autres organes et irréductiblement distincte avec elles », v. S. BELAID, Op. cit. 14.

**148.** Cette situation d'infériorité réservée au juge trouve son fondement dans une lecture exégétique du principe des séparations des pouvoirs. L'autorité du juge a été analysée comme un pouvoir lié et dépendant de la volonté du législateur. Cette vision restrictive de la fonction juridictionnelle a mis le juge dans une situation d'infériorité vis-à-vis du législateur<sup>164</sup>.

**149.** La mission du juge se limite à dire le droit, c'est à dire à appliquer la loi aux situations de fait afin de résoudre les litiges qui lui sont soumis. Ceci a été clairement énoncé par Maurice Hauriou qui estime que la décision juridictionnelle est « une décision particulière intervenant sur une question litigieuse pour discerner et déclarer le droit avec un effet exécutoire<sup>165</sup> ».

**150.** L'école classique a trouvé dans les écrits de Montesquieu un appui théorique pour nier au juge tout pouvoir créateur. S'inspirant de certains passages de l'esprit des lois, où il écrit que « les juges de la nations ne sont, comme nous l'avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur », certains auteurs n'hésitent pas à dire que « la puissance de juger ne serait pas une force active<sup>166</sup> ».

**151.** Replacé dans son véritable contexte historique, la limitation du champ d'intervention du juge s'explique par la crainte des révolutionnaires français de 1789 face aux abus commis jadis par le pouvoir judiciaire. De là est née l'interdiction faite au juge de s'immiscer dans le domaine législatif et de se contenter de résoudre les conflits à la lumière des règles de droit créées par le législateur.

**152.** Seulement, en pratique les choses ne se présentent pas si simplement. En effet, le juge peut se trouver face à une question qui n'a été envisagée par aucune règle de droit et il est tenu sous peine de déni de justice de se prononcer sur cette question et de passer outre la lacune ou l'obscurité de la loi. Même dans cette hypothèse, la doctrine classique refusait pertinemment de voir dans l'obligation faite au juge, de trouver une solution au litige même en cas d'absence de texte légal, un prétexte pour créer une règle de droit. Elle persiste sur sa

---

<sup>164</sup> Carré de Malberg, Op. cit., 280.

<sup>165</sup> Cité par S. BELAID, Op. cit., 18.

<sup>166</sup> BERTHELEMY, Traité élémentaire de Droit administratif, 1923. 11.

position d'origine qui préconise que la mission du juge d'interpréter la loi ne peut en aucun cas l'habiliter à légiférer.

**153.** A ce premier argument s'ajoute un second qui nie au juge le pouvoir de créer la règle de droit pour cet autre motif que celui de l'effet relatif de la décision juridictionnelle.

### **b- L'autorité relative de la chose jugée**

**154.** La règle de droit se caractérise par sa généralité en ce sens qu'elle s'applique à tous les sujets de droit. Néanmoins, la décision judiciaire est une solution apportée à un litige déterminé qui ne s'applique qu'à une affaire particulière. Présentée ainsi, la décision judiciaire apparaît comme une simple « décision déclaratoire ». Elle ne s'impose qu'aux parties au procès. Elle est totalement dénuée de toute efficacité à l'égard des tiers. Or, comment peut-on attribuer au jugement le même rang que celui de la règle de droit si une caractéristique importante de la règle de droit lui fait défaut ?

Partant de cette analyse, les tenants de la doctrine classique préconisaient que le juge ne peut créer que « du droit d'espèce ». Les décisions jurisprudentielles sont dépourvues de toute valeur normative même si la même solution a été reprise ultérieurement pour résoudre une affaire similaire.

**155.** En outre, elle avançait que la décision juridictionnelle est dépourvue du caractère obligatoire et impératif en ce sens que, non seulement elle ne produit pas d'effet à l'égard des tiers, mais ne saurait avoir une valeur normative. La constance d'une solution ne peut être considérée comme « constituant un élément de droit<sup>167</sup> ».

De ce fait, « lorsqu'une juridiction, quel que soit son rang hiérarchique, a statué sur un litige dans un sens, cela n'oblige nullement une autre juridiction, même inférieure, à adopter la même solution<sup>168</sup> ».

---

<sup>167</sup> Allgemeine landsrecht de la prusse 1974 cité par S. BELAID, Op. cit., 15.

<sup>168</sup> MELLOULI (S.), Introduction à l'étude du droit, IORT Tunis 2000. 136 et s.

Il faut reconnaître que les arguments présentés par la doctrine classique ont dominé la scène juridique, notamment en France, et ce pendant une longue période. Cependant, la pensée juridique moderne s'est rendue compte que ces idées « ne sont point fondées » et qu'il s'agit « de vaines prétentions doctrinales<sup>169</sup> ».

## **II – Critique de l'appréciation**

**156.** Les arguments avancés par les auteurs de la doctrine classique sont critiquables non seulement vis à vis de la justice étatique mais également à l'égard de la justice arbitrage internationale.

D'un côté, ces idées ne tiennent pas compte de l'essence de la fonction juridictionnelle en générale. Et d'un autre côté, leur précarité est manifeste en matière d'arbitrage commercial international dans la mesure où les idées présentées ne peuvent y être transposées.

### **a - Invalidité des arguments classiques à l'égard du juge étatique**

**157.** Le courant moderne est de plus en plus favorable à la reconnaissance du pouvoir créateur du juge . Les enseignements de la théorie classique ont été fortement dénoncés car ils réduisent la fonction juridictionnelle à un simple rôle d'application du droit existant et, par conséquent, l'emprisonnent dans un rang d'infériorité et de subordination qui n'est point réaliste.

**158.** Nous avons montré brièvement que pour la doctrine classique, la décision jurisprudentielle ne peut valoir règle de droit car d'un côté elle dérive d'un organe lié dont la mission se limite à dire le droit et, d'un autre côté, elle est dépourvue de la généralité et de l'impérativité. Or, l'école moderne estime qu' « il n'est pas très réaliste de déduire de l'interdiction faite aux tribunaux de créer des règles de portée générale l'inexistence de celle-

---

<sup>169</sup> BELAID (S.), Op. Cit., 45.

ci. De plus, les dispositions que l'on invoque ont seulement pour objet d'interdire au juge de créer des règles générales dans la forme des lois ou des règlements. Elles ne font nullement obstacle à la naissance de règles générales par l'exercice normal de la fonction juridictionnelle, telle que celle-ci est organisée de façon institutionnelle. Or, c'est cette organisation même qui donne à la jurisprudence une portée générale <sup>170</sup>».

**159.** L'erreur de la conception classique puise sa source dans une lecture déformée des textes révolutionnaires. Il est certain que les révolutionnaires ont fait preuve d'une grande méfiance à l'égard du corps des magistrats en raison des abus arbitraires qu'ils ont montré. Une telle méfiance s'est illustrée dans les interdictions faites aux juges d'empiéter sur les attributions du législateur. Néanmoins, les constituants de 1789 et de 1791 ont accordé aux juges un pouvoir autonome et indépendant.

**160.** Pour démentir la position de l'école classique, la doctrine moderne soutient que la création normative du juge a donné lieu à des règles générales et obligatoires. A ce titre, M. BELAID préconise qu'il faut distinguer les décisions d'espèces et les décisions de principe. Les premières correspondent à des décisions particulières qui tranchent un litige déterminé. Tandis que les secondes « possèdent un caractère normatif et ordonnateur certain » dans la mesure où le juge y formule « en termes généraux un principe de solution <sup>171</sup> ».

D'autres auteurs <sup>172</sup> ont démontré que « dans certaines matières la chose jugée revêt une autorité plénière et vaut *erga omnes* <sup>173</sup> ».

Dans la même perspective il a été ajouté que lors que le juge consacre « l'existence d'un certain nombre de principes indépendants de toutes règles écrites qui constituent en quelque sorte la philosophie politique de la nation, il s'institue en fait le créateur puisque c'est lui qui, en leur donnant une sanction, les fait passer dans le droit positif <sup>174</sup> ».

---

<sup>170</sup> GHESTIN (J.) et GOUBEAUX (G.) avec le concours de M. FABRE- MAGNAN, Traité de droit civil, introduction générale, LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd., p. 453.

<sup>171</sup> BELAID (S.), Op. Cit., 45.

<sup>172</sup> V. LYON CAEN et RENAULT, Droit commercial VII . 640.

<sup>173</sup> BELAID (S.), Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge, Thèse paris, LGDJ 1974. 25 et s.

<sup>174</sup> RIVERO, Chronique Dalloz 1951.6 cité par L. CHEDLY, Arbitrage commercial international et ordre public transnational, Thèse Tunis II 2002. 170.

L'exercice de la fonction juridictionnelle peut déboucher sur la naissance de règles générales. Ceci se manifeste nettement lorsque la jurisprudence raisonne « par induction amplifiante <sup>175</sup> » et sert de systématisation opérée par la doctrine afin de dégager ainsi les principes généraux de droit. Ces principes sont extraits par un raisonnement qui fait partie de l'interprétation des textes et illustrent de véritables règles générales en ce sens qu'ils « comporte une série indéfinie d'applications ».

Ainsi, le juge étatique ne se limite pas à appliquer le droit existant aux litiges qui lui sont soumis mais il peut jouer le rôle d'une source créatrice du droit lorsqu'il se trouve face à un litige à propos duquel la loi ne fournit pas de réponse ou ne la donne que partiellement.

**161.** Les enseignements de la doctrine classique sont erronés car non seulement ils défendent à tort une conception unitariste des sources de la règle de droit mais également ils ne cadrent pas avec les spécificités de l'arbitrage commercial international.

#### **b- Invalidité des arguments classiques à l'égard de la justice arbitrale**

**162.** Les arguments qui ont été avancés par la doctrine classique ne peuvent être envisagés que dans le cadre d'un système étatique organisé autour de trois organes : l'organe législatif, l'organe exécutif et l'organe judiciaire. En effet, comme nous l'avons déjà analysé, l'argument classique essentiel qui a été exposé se base sur une lecture restrictive du principe de la séparation des pouvoirs. Or, cet argument est manifestement inopérant en matière d'arbitrage international car il est incompatible avec les caractéristiques de cette justice privée.

**163.** L'arbitre est un juge privé qui puise sa fonction juridictionnelle dans la volonté des parties. Certes, l'arbitre est investi d'une mission juridictionnelle en ce sens qu'il est appelé à « vérifier le bien-fondé de deux prétentions antagonistes portées devant lui <sup>176</sup> ».

---

<sup>175</sup> GHESTIN (J.) et GOUBEUX (G.) avec le concours de M. FABRE- MAGNAN, *Traité de droit civil, introduction générale*, LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd., p. 462.

<sup>176</sup> MOTULSKY, *La nature de l'arbitrage*, *Ecrits*, tome II. *Etudes et notes sur l'arbitrage*, Dalloz 1974. 6.

Néanmoins, l'origine privée de la mission de l'arbitre constitue un facteur primordial de distinction entre les pouvoirs de ce dernier et ceux du juge étatique.

**164.** Contrairement au juge étatique, l'arbitre ne rend pas la justice au nom d'un Etat déterminé. L'arbitre international n'est pas investi par une autorité étatique. De ce fait, il est indépendant vis à vis de tout for. Il s'ensuit qu'à la différence du juge étatique, qui doit appliquer les règles du droit judiciaire de l'Etat dont il tient sa mission, l'arbitre international « ne dispose pas de cet ancrage juridique dans un ordre étatique déterminé a priori <sup>177</sup> ».

**165.** N'étant pas intégré dans un ordre juridique étatique, les opinions qui retiennent la loi du siège de l'arbitrage ou la loi de procédure arbitrale comme étant une *lex fori* de l'arbitre doivent être rejetées.

**166.** En effet, certains auteurs<sup>178</sup>, en particulier MM. Sauser –Hall et Mann<sup>179</sup>, soutiennent que la loi du siège de l'arbitrage tien lieu de *lex fori* à l'arbitre. Cette théorie, qui incorpore l'arbitrage dans l'ordre juridique de l'Etat qui l'a accueilli, repose sur l'idée selon laquelle l'arbitre rend une justice et que cette dernière est monopolisée par l'Etat du siège de l'arbitrage. Par conséquent, l'arbitre est tenu de respecter les règles de cet Etat et aller jusqu'à « évincer le droit contraire, même s'il est choisi par les parties, et de substituer la loi du siège pour sa vocation subsidiaire <sup>180</sup> ».

Cette opinion est actuellement battue en brèche car d'abord elle méconnaît l'originalité de l'arbitrage qui est par définition « une justice privée ». Et ensuite, cette opinion a été démentie par la pratique en ce sens où, et par souci d'impartialité, le siège de l'arbitrage « est généralement choisi pour sa neutralité par rapport au litige et aux parties, notamment, en cas d'arbitrage impliquant un Etat<sup>181</sup> ». Il en résulte que l'Etat du siège de l'arbitrage ne peut en cas être assimilé à un for arbitral.

---

<sup>177</sup> LOQUIN (E.), « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international », JDI 1983. 295.

<sup>178</sup> PILLET, Traité de droit international privé, T.I. Paris Sirey 1923. 533 ; NIBOYET, Traité de droit international français, Paris Sirey 1950, t.VI. n°1981.

<sup>179</sup> V. Le rapport de SAUSSER HALL, Annuaire de l'Institut de droit international, 1957. 571.

<sup>180</sup> CHEDLY (L.), Arbitrage commercial international et ordre public transnational, Thèse Tunis II 2002. 38.

<sup>181</sup> CHEDLY (L.), Op. cit., 41. A ce titre l'auteur soutient que « la critique s'amplifie évidemment lorsque les parties se sont abstenues de choisir le lieu de l'arbitrage et que ce choix a été l'œuvre d'une institution d'arbitrage ou des arbitres ».

**167.** Par ailleurs, d'autres auteurs ont retenu la loi de procédure arbitrale ou celle choisie par les parties pour régir le fond du litige comme étant une *lex fori* arbitrale. Cette prise de position a également été débattue car elle ne tient pas compte de la logique juridique qui préside à la justice arbitrale. Cette logique qui veut que l'arbitre international soit détaché de tout for étatique.

**168.** L'argument qui dénie à la fonction juridictionnelle le pouvoir normatif, au motif que la création jurisprudentielle ne se concrétise pas par des normes générales, est erroné, non seulement à l'égard de la création normative du juge étatique, mais également vis-à-vis de la création normative de l'arbitre international.

En effet, la jurisprudence internationale arbitrale a forgé un certain nombre de règles générales connues sous l'appellation générique de principes généraux de la *lex mercatoria* dont la juridicité est incontestablement reconnue<sup>182</sup>.

**169.** Conscients de la faiblesse des arguments adressés au juge étatique, les auteurs qui dénie à l'arbitre tout pouvoir créateur et normatif ont présentés des arguments qui s'inspirent de la spécificité de l'arbitrage international. Mais, ces arguments sont, eux aussi, loin d'être convaincants.

## **B – La faiblesse des arguments inhérents à la justice arbitrale**

**170.** Une partie de la doctrine refuse de voir en l'arbitre une source créatrice de la règle de droit. Ce refus a été justifié par une série d'arguments dont l'invalidité a été rapidement démontrée par les zéloteurs de la création normative de la jurisprudence arbitrale.

---

<sup>182</sup> V. paragraphe 2 de la section I du présent chapitre.

## I – Appréciation critique de la création normative de l’arbitre international

**171.** Deux principaux arguments ont été avancés pour rejeter l’idée de tout pouvoir créateur et normatif de l’arbitre international. Le premier argument se base sur l’inexistence d’une jurisprudence arbitrale. Tandis que le second argument repose sur l’inexistence d’une *lex fori* transnationale.

**172.** Certains auteurs estiment qu’on ne peut parler de pouvoir normatif de l’arbitre tant que le pilier de ce pouvoir, à savoir la jurisprudence, n’existe pas. Or, parler de « jurisprudence suppose une habitude de juger <sup>183</sup> » ce qui implique nécessairement « une connaissance des jugements antérieurs et l’existence d’une autorité qui permet de tracer une voie unificatrice de jugement et ne pas laisser une dispersion des différents jugements <sup>184</sup> ».

Ces idées ont été avancés par M. DERAIS et M. KASSIS pour qui la confidentialité et le secret qui entourent les sentences arbitrales constituent une entrave à la formation d’une jurisprudence arbitrale.

**173.** A ce premier obstacle à l’émergence de la jurisprudence arbitrale s’ajoute, selon eux, une seconde entrave qui consiste dans l’absence d’unité et de cohérence entre les sentences arbitrales, faute d’une autorité suprême comparable à la Cour de cassation « dont le rôle est d’unifier les tendances contradictoires <sup>185</sup> ».

A ce titre, M. KASSIS estime qu’il est difficile de parler de jurisprudence arbitrale car l’arbitrage est dépourvu « d’organisation et d’hierarchie <sup>186</sup> ».

**174.** Par ailleurs, M. MAYER a expliqué sa position, par rapport à l’idée du pouvoir créateur et normatif de l’arbitre, sur la base de l’inexistence d’un ordre juridique transnational. Il estime que les arbitres ne rendent pas une justice au nom d’un Etat « qui leur

---

<sup>183</sup> CHEDLY (L.), Arbitrage commercial international et ordre public transnational, Thèse Tunis II 2002. 172.

<sup>184</sup> CHEDLY (L.), Op. cit., 172.

<sup>185</sup> DERAIS (Y.), Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale, JDI 1993. 829.

<sup>186</sup> KASSIS (A.), Théorie générale des usages de commerce, LGDJ 1984. 507.

aurait donné une mission d'élaborer des règles. Nommés par les parties, ils n'ont de devoir qu'envers elles <sup>187</sup>».

**175.** Tous ces arguments qui sont hostiles à l'idée d'un pouvoir créateur et normatif de l'arbitre du commerce international prêtent le flanc à la critique.

## **II – Critique de l'appréciation**

**176.** Refuser à la jurisprudence arbitrale un rôle normatif au motif que les solutions retenues par la justice arbitrale sont secrètes est un argument qui doit être rejeté.

La publication des sentences ne peut être retenu comme critère d'existence d'une jurisprudence arbitrale. Cet idée a été mise en exergue par M. ORIANNE qui écrit que « force est de reconnaître que la jurisprudence publiée n'est qu'un reflet très partiel de l'activité judiciaire et que la production des règles de droit par ce canal est assez largement aléatoire <sup>188</sup> ».

Certes, la discrétion qui entoure les procès arbitraux est l'un des intérêts majeurs de l'arbitrage, mais ce choix n'empêche pas la connaissance des solutions adoptées par la jurisprudence arbitrale notamment grâce à la diversité des revues juridiques qui consacrent des chroniques spécialisées en la matière.

Si on accepterait de refuser à la jurisprudence arbitrale tout existence au motif de l'absence d'une publicité systématique, nous serons obligés d'adopter la même position à l'égard de la justice étatique notamment dans les Etats où les publications des jugements et arrêts ne sont pas périodiques. Ce qui « paraît douteux et peu réaliste » selon M. CHEDLY <sup>189</sup>. Une idée qui a été également critiquée par M. ORIANNE qui écrit que « force est de

---

<sup>187</sup> MAYER (P.), « L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence », RCADI 1989- V t. 218. 427.

<sup>188</sup> ORIANNE (P.), « Nature et rôle de la jurisprudence dans le système juridique », Revue de la recherche juridique droit prospectif 1993-4. 1305, cité par L. CHEDLI, Op. cit., 177.

<sup>189</sup> CHEDLY (L.), Arbitrage commercial international et ordre public transnational, Thèse Tunis II 2002. 177.

reconnaître que la jurisprudence publiée n'est qu'un reflet très partiel de l'activité judiciaire <sup>190</sup>».

**177.** A ce premier argument, la doctrine hostile au pouvoir normatif de l'arbitrage a ajouté un second argument qui a été également battu en brèche. Il s'agit de l'inexistence d'autorité suprême qui assure la cohérence au sein de la justice arbitrale.

A ce titre, M. MAYER souligne qu'il n'existe aucun lien entre la cohérence des solutions et l'absence d'une autorité suprême. Selon lui, cette cohérence puise sa source dans plusieurs éléments, dont le raisonnement suivi pour prononcer une solution adéquate qui réponde le mieux à l'attente légitime des parties, ou encore le fait de s'appuyer sur un courant jurisprudentiel antérieur ce qui « constitue un phénomène objectif dont l'invocation est de nature à réduire les critiques des parties prêtes à dénoncer l'arbitraire des décisions qui leur sont défavorables <sup>191</sup>»

L'existence d'une jurisprudence arbitrale est une réalité incontestable. Cette jurisprudence est « la source d'un corps de règles originales et générales dont il est prétendu qu'elles constituent la *lex mercatoria*<sup>192</sup> ». L'arbitre n'est pas seulement « un agent d'application de la *lex mercatoria*, mais aussi un agent de création de cette *lex mercatoria*<sup>193</sup> ».

**178.** Le pouvoir créateur et normatif de la jurisprudence arbitrale trouve dans l'interprétation un terrain favorable pour se développer et se renforcer. En effet, « c'est sans aucun doute l'activité intense d'interprétation dévolue aux arbitres qui se trouve être à l'origine de l'énoncé de tels principes et qui permet, d'ores et déjà, de parler de jurisprudence arbitrale<sup>194</sup> ».

---

<sup>190</sup> ORIANNE (P.), Op. cit., 1305.

<sup>191</sup> MAYER (P.), « L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence », RCADI 1989- V t 218. 428 et s.

<sup>192</sup> MAYER (P.), Op. cit., 428.

<sup>193</sup> CHEDLY (L.), Arbitrage commercial international et ordre public transnational, Thèse Tunis II 2002. 179.

<sup>194</sup> OSMAN (F.), Les principes généraux de la *lex mercatoria*, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, LGDJ., 1992 p. 315.

## §2 – L'interprétation : un terrain favorable à la création normative de l'arbitre

**179.** L'interprétation constitue un domaine où le pouvoir normatif de l'arbitre se dessine avec plus d'acuité. Ce constat a été soulevé par M. DERAÏNS qui voit dans l'interprétation un domaine dans lequel « les arbitres du commerce international sont les plus enclins à se dégager des droits nationaux, pour recourir aux principes généraux du droit <sup>195</sup> ».

Appréhendée d'une manière large, l'interprétation désigne « l'activité du juge tendant, d'une part, à déterminer la portée d'un texte ambigu ou obscur, et d'autre part à élaborer une solution lorsque le texte présente une lacune <sup>196</sup> ».

Vue sous cet angle, l'interprétation apparaît comme étant une technique qui ne se limite pas à rechercher la volonté commune des parties. L'aborder autrement, ferait d'elle une technique stérile qui ne dépasserait pas le cadre contractuel et s'enfermerait, par conséquent, dans le champ restreint dessiné par les parties. Un champ dans lequel la volonté des parties constituerait le point de départ et la destination finale de la mission interprétative de l'arbitre. Cette idée a été mise en exergue par M. OSMAN qui souligne que « les arbitres, au delà de leur fonction essentiellement contractuelle, interprétative de la volonté des parties contractantes, remplissent sans conteste une mission normative. Aussi est-ce l'existence même d'une activité générale d'interprétation qui est à l'origine d'une jurisprudence arbitrale <sup>197</sup> ».

**180.** Nous avons eu l'occasion de vérifier que l'interprétation du contrat doit, nécessairement, être faite à la lumière d'un corps de normes juridiques. Or, l'application d'une règle juridique au rapport contractuel implique généralement une interprétation concomitante du contrat en question et du bloc de légalité applicable (désigné les parties ou le cas échéant par l'arbitre). C'est dans ce cadre que se manifeste le rapport entre l'interprétation du contrat et l'interprétation du droit (A).

---

<sup>195</sup> DERAÏNS (Y.), Chronique des sentences arbitrales, *Clunet* 1976. 987.

<sup>196</sup> RIEG. (A.) , « Rapport français », L'interprétation par le juge des règles écrites (Journées Louisianaises de la nouvelle- Orléans et Baton rouge) travaux de l'Association Capitant., TXXIX, 1978. 71 et s.

<sup>197</sup> OSMAN (F.), Les principes généraux de la lex mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, LGDJ., 1992 p. 208 et s.

A travers l'interprétation du contrat, l'arbitre a pu forger un pouvoir normatif qui contribue dans l'édification d'un ordre juridique a-national par l'élaboration de ses propres normes qui revêtent une juridicité incontestable (B).

### **A – L'interprétation du contrat et l'interprétation du droit**

**181.** La doctrine a pris l'habitude d'opposer l'interprétation du droit à l'interprétation du contrat. Néanmoins, l'intérêt théorique de cette distinction s'estompe en pratique, notamment lorsque l'interprétation du contrat nécessite préalablement l'interprétation du droit qui lui est applicable. Les deux opérations se recoupent et se complètent. Et c'est grâce à l'interprétation de la règle de droit que l'arbitre exerce un véritable pouvoir de créer du droit.

**182.** En effet, l'arbitre ne crée pas les principes généraux de la *lex mercatoria* à partir du néant. Cette création normative a pour première étape l'interprétation du droit applicable au contrat international.

Appelé à s'arrêter sur la volonté commune des parties à la lumière des dispositions légales désignées, l'arbitre se trouve le plus souvent face à un bloc de légalité qui n'apporte pas une réponse complète ou qui est totalement silencieux sur une question déterminée. C'est le cas de la lacune du droit applicable au contrat litigieux.

Dans d'autres cas, le droit applicable est obscur, soit en lui-même soit en raison d'une application cumulative de deux droits qui adoptent deux positions antinomiques. Or, face à un cas de lacune ou à une obscurité du droit applicable au contrat international, l'arbitre se trouve dans la nécessité de remédier à la carence ou à l'obscurité du droit désigné avant de s'arrêter sur la volonté des parties litigantes. C'est dans ce cadre que la fonction normative de l'arbitre s'alimente et se produit.

**183.** L'œuvre créatrice et normative de l'arbitre se réalise essentiellement à travers l'interprétation de la règle de droit applicable au contrat international<sup>198</sup>. Cette interprétation tourne autour de l'un de ces trois axes :

- Préciser et remédier aux carences de la règle de droit en complétant ses dispositions ;
- Adapter la règle de droit aux circonstances de l'affaire ;
- Surmonter les antinomies qui existent soit entre les dispositions légales d'un même système juridique désigné ou entre les différents droits choisis.

**184.** L'interprétation complétive du droit applicable est indispensable lorsque l'arbitre se trouve face à une règle de droit qui, malgré sa clarté, n'est pas suffisamment complète pour s'appliquer sans adaptation à l'espèce en l'occurrence aux besoins du commerce international. En effet, l'interprétation est une approche qui tend à adapter la règle de droit, qui est né dans un cadre national interne, aux besoins du commerce international.

**185.** Très souvent confronté à « l'inadéquation » du droit positif national, l'arbitre prêche pour la création d'une solution adéquate. La réalisation de l'adaptation se fait au moyen de la méthode déformante. Cette méthode donne à un texte une portée plus large que celle envisagé par ses rédacteurs. Le recours à la méthode déformante a déjà constitué pour le juge étatique un terrain favorable à l'exercice de son activité créatrice.

**186.** Dans d'autres cas, l'arbitre est appelé à surmonter les antinomies qu'il relève entre les dispositions légales d'un même système juridique ou qu'il constate suite à une application cumulative de deux ou de plusieurs droits nationaux désignés. L'élimination des antinomies entre les dispositions légales d'un même système juridique se fait généralement par le recours à des adages et à des maximes d'interprétation tels que « *generalia specialibus non derogant* (les dispositions générales ne dérogent pas aux dispositions spéciales), *specialia generalibus derogant* (les dispositions spéciales dérogent aux dispositions générales), *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (là où la loi ne distingue pas, il ne faut pas distinguer) et *exceptio stricti juris* (les textes exceptionnels sont d'interprétation stricte)<sup>199</sup> » .

---

<sup>198</sup> V. GHESTIN (J.) et GOUBEAUX (G.), Traité de droit civil, Introduction générale, L.G.D.J., 4ème éd. n°414.

<sup>199</sup> <sup>199</sup> V. GHESTIN (J.) et GOUBEAUX (G.), Traité de droit civil, Introduction générale, L.G.D.J., 4ème éd. n°414.

Par ailleurs, lorsque l'antinomie relevée existe entre les dispositions légales de plusieurs systèmes juridiques applicables au contrat international, l'arbitre déploie un effort considérable qui consiste à surmonter cet antagonisme en rapprochant les systèmes juridiques en question, voire à opérer un travail d'uniformisation qui conduit à l'élaboration des principes généraux de la *lex mercatoria*<sup>200</sup>.

Les lacunes ou les disparités et les antinomies entre les droits nationaux s'expliquent par le fait que les lois nationales répondent aux besoins particuliers et propres au système juridique à qui elles appartiennent. Elles comportent des dispositions restrictives qui freinent les échanges commerciaux internationaux. Or, le commerce international a des besoins spécifiques qui se distinguent de ceux du commerce interne. Ces besoins tournent autour de deux soucis : la sécurité et la liberté.

Ainsi, répondre aux besoins du commerce international consisterait pour BATIFFOL à «neutraliser l'incertitude quant aux effets dans le temps et dans l'espace de la disparité des législations principal obstacle à l'essor du commerce international<sup>201</sup>».

**187.** Pour s'affranchir des prohibitions et des restrictions contenues dans les droits nationaux et neutraliser les aléas inhérents aux incertitudes politiques et monétaires, l'arbitre international a forgé, à la lumière de son activité interprétative, un corps de normes générales qui assurent le développement des transactions commerciales internationales en ce sens qu'elles permettent de dépasser le particularisme des systèmes juridiques étatiques. Il ne s'agit plus de tenir en compte l'économie d'un seul pays mais de l'économie du contrat de commerce international dans sa globalité<sup>202</sup>.

**188.** Lorsque l'arbitre se trouve dans l'obligation préalable d'interpréter le droit applicable au contrat international, la technique d'interprétation qu'il adopte est orientée vers un seul et unique objectif : répondre à l'intérêt du commerce international.

---

<sup>200</sup> V. Section II du présent chapitre.

<sup>201</sup> BATIFFOL (H.), « La crise du contrat et sa portée » *Archi. Philo. du droit* 1986. 11.

<sup>202</sup> V. Section II du présent chapitre.

Citée pour la première fois en 1927 par l'Avocat général Matter dans ses conclusions sur l'affaire Pélissier du Bésset <sup>203</sup>, la notion d'intérêt du commerce international a ouvert la voie à la consolidation de l'activité normative et créatrice de l'arbitre international et à la formation progressive des règles matérielles propres au commerce international. En effet, pour pouvoir répondre aux besoins du commerce international, l'arbitre a tendance à libérer les contrats internationaux des prohibitions issues du système juridique interne. A ce titre, M. LÉBOULANGER <sup>204</sup> estime que la notion d'intérêt du commerce international constitue la « clef de voûte » du droit de l'arbitrage commercial international.

Bien que largement répandue et appliquée à plusieurs reprises par la jurisprudence, la notion d'intérêt du commerce international n'a pas été véritablement définie. Plusieurs auteurs se sont arrêtés sur cette notion, mais aucune définition n'a été formulée.

Le professeur FOUCHARD s'est interrogé sur la question en ces termes « d'une part, il faudrait identifier ces intérêts du commerce international. S'agit-il simplement du développement des échanges économiques, qui serait considéré en lui-même comme un bienfait ? Faut-il au moins y ajouter un aspect qualitatif, en présupposant qu'un tel essor doit améliorer le bien être, au moins matériel, des populations du monde entier ? Ces intérêts sont-ils ceux des opérateurs économiques ou faut-il y inclure l'intérêt général largement entendu, celui d'« un développement durable » pour reprendre la terminologie officielle ? D'autre part, en quoi consiste leur « défense » ? Assurer la liberté la plus étendue dans la circulation internationale des marchandises, des services, des capitaux, des hommes et des entreprises ? En d'autres termes, faire progresser la mondialisation ? Renforcer la sécurité (à tous égards) de ces échanges ? on comprend qu'en tout cas, il conviendrait de les faciliter <sup>205</sup> ».

De son côté, M. LÉBOULANGER s'est interrogé sur la question. Il trouvait que si la notion d'intérêt est appréhendée par un économiste, elle correspondra aux avantages qui favoriseront l'essor des échanges économiques internationaux portant sur des marchandises

---

<sup>203</sup> Cass. civ., 17 mai 1927, les consorts Pélissier du Bésset c/ The Algiers Land and Warehouse Company LTD, D., 1928. 25. Il s'agissait d'un contrat de bail ayant pour objet un immeuble situé à Alger (française à l'époque) avait été conclu entre une société anglaise (bailleur) et les consorts Pélissier du Bésset. Le contrat stipulait que le loyer était payable en livres sterling. Cependant et suite à la dépréciation du franc français par rapport à la monnaie britannique, les locataires refusèrent de continuer à payer le loyer.

<sup>204</sup> V. LÉBOULANGER (Ph.), « La notion d'intérêt du commerce international », Revue de l'arbitrage 2005, n°2. 487.

<sup>205</sup> FOUCHARD (Ph.), « La CNUDCI et la défense des intérêts du commerce international », P. Affiches, n°252 du 18 décembre 2003. 36 et s.

ou des services et la croissance des paiements. Pour un juriste, la question est abordée autrement. Ainsi, les intérêts du commerce international seront envisagés par rapport aux opérateurs et aux « moyens juridiques mis à leurs pour participer aux échanges (de biens et services ou de valeurs, c'est à dire, toutes les relations économiques ayant pour objet la production, la transformation et la circulation des marchandises, les prestations de services qui s'y attachent et les activités financières et bancaires) dans les meilleures conditions possibles et, en cas de difficultés, pour régler les litiges de façon rapide et efficace<sup>206</sup> ».

**189.** Il faut noter qu'on assiste, de nos jours, à un changement considérable au sein des droits nationaux. En effet, avec la mondialisation, les systèmes juridiques nationaux ont tendance à s'assouplir et à emprunter un certain libéralisme. Comme le souligne M. LEBOULANGER, « avec le développement du libre échange à l'échelle du monde, la spécificité des « intérêts » du commerce international est appelée à disparaître<sup>207</sup> » car, ajoute, le Professeur FOUCHARD, « un marché global est un marché unique où les opérateurs et les biens circulent sans entrave et où l'interne et l'international en viennent à se confondre<sup>208</sup> ».

**190.** A l'évidence, le commerce international a donc besoin d'un espace transnational qui soit géré par des règles spécifiques et libérales qui tenant compte de la sécurité et de la liberté des échanges transnationaux. Ni l'espace ni le temps ne doivent entraver l'essor et le développement de ces transactions.

**191.** Conscient de cette réalité, l'arbitre du commerce international a forgé des principes relatifs à l'interprétation des contrats. Des principes qui sont l'œuvre d'un travail d'uniformisation et de rapprochement entre les différents systèmes juridiques nationaux et dont la juridicité ne fait aucun doute.

---

<sup>206</sup> V. LEBOULANGER (Ph.), « La notion d'intérêt du commerce international », Revue de l'arbitrage 2005, n°2. 487.

<sup>207</sup> LEBOULANGER (Ph.), Op. Cit., 506.

<sup>208</sup> FOUCHARD (Ph.), « La CNUDCI et la défense des intérêt du commerce international », P. Affiches, n°252 du 18 décembre 2003. 42.

## **B- La juridicité des principes interprétatifs créés par la jurisprudence arbitrale internationale**

**192.** L'activité normative des arbitres internationaux, exercée lors de l'interprétation du contrat, s'est concrétisée par l'émergence d'un corps de normes « originales et générales<sup>209</sup> » qui constituent une « *common law* internationale des contrats<sup>210</sup> ».

**193.** Ces règles sont jugées par M. DAVID comme étant « trop générales (...) qui assureront une plus grande sécurité à ceux qui participent au commerce international<sup>211</sup> ». Il s'agit des principes généraux de la *lex mercatoria* dont la généralité permet d'appréhender un grand nombre de situations juridiques. Le caractère original de ces principes tient au fait qu'ils sont l'œuvre « d'un mécanisme de création du droit prétorien, qui, dans la philosophie positiviste ambiante, puise les sources de ses innovations les plus audacieuses dans les solutions incontestées du droit positif<sup>212</sup> ».

**194.** La juridicité des principes généraux de la *lex mercatoria* a suscité d'innombrables controverses au sein de la doctrine. Ces controverses s'expliquent d'abord par l'ambiguïté de la notion de juridicité. Et ensuite, par les positions divergentes concernant l'existence d'un ordre juridique de la *lex mercatoria*.

**195.** Cependant, hormis les critiques qui ont été formulées à l'encontre des principes généraux de la *lex mercatoria* (en particulier ceux relatifs à l'interprétation du contrat), la juridicité de ces principes est aujourd'hui affirmée avec constance.

**196.** La notion de juridicité a été appréhendée différemment par les auteurs. Selon M. HEUZE, « est juridique toute norme édictée par les organes d'un ordre juridique déterminé<sup>213</sup> ».

---

<sup>209</sup> MAYER (P.), « L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence », R.C.A.D.I., 1989, T.217.426.

<sup>210</sup> Expression utilisée par F. OSMAN, Les principes généraux de la *lex mercatoria*, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, LGDJ., 1992 p. 322.

<sup>211</sup> DAVID (R.), Le droit du commerce international, Economica 1987. 134.

<sup>212</sup> GAILLARD (E.), Chronique des sentences arbitrales, Clunet 1987. 160.

<sup>213</sup> HEUZE (V.), La réglementation française des contrats internationaux. Etude critique des méthodes, Paris, 1990. 392.

De son côté, M. OSMAN estime que cette définition est incomplète dans le sens où « elle subordonne la juridicité d'une norme à sa seule édicition par les organes », et ce, abstraction faite si cet organe est habilité à poser des normes. Or, ajoute-t-il, certains organes tels que les ministres prennent des circulaires interprétatives des textes législatifs ou réglementaires sans qu'elles soient pour autant pourvues de caractère réglementaire. De ce fait, il propose une autre définition qui considère que « la juridicité d'une norme provient, non seulement de ce qu'elle est édictée par un organe hissé au rang de source formelle d'un ordre juridique considéré, mais également de ce que la dite norme crée des droits et des obligations dans le chef de ses destinataires, modifiant ainsi l'ordonnement juridique<sup>214</sup> ».

M. OSMAN s'est aligné sur la position adoptée par SANTI ROMANO qui préconise que la sanction ne constitue pas un « élément nécessaire du droit<sup>215</sup> ». Et c'est en partant de cette analyse qu'il a conclu à l'existence d'une « corrélation entre la notion de juridicité et principe ».

**197.** La notion de principe a également fait couler beaucoup d'encre. M. OPPETIT<sup>216</sup> s'est arrêté sur cette notion pour lui attribuer trois significations. La première est relative aux « exigences morales, rationnelles ou de droit naturel extérieures à l'ordre juridique ». Dans cette acception, les principes sont dépourvus de juridicité. Selon la seconde signification, la notion de principe est définie comme étant des propositions doctrinales qui représentent d'une manière synthétique l'ensemble des règles composant le droit positif. Et ces principes sont également dépourvus de la positivité qui caractérise la norme. Dans la troisième définition, la notion de principe recouvre des « véritables règles de droit positif ». Et leur juridicité peut trouver son fondement en dehors de l'ordre juridique étatique « dans la mesure où l'on admet que la juridicité puisse découler de phénomènes spontanés ou de toute autre origine et où l'on récuse le monopole étatique de production des règles de droit au nom d'une conception pluraliste des ordres juridiques<sup>217</sup> ».

---

<sup>214</sup> OSMAN (F.), Op. cit., 242 et s.

<sup>215</sup> Selon SANTI ROMANO, La sanction « paraît pouvoir n'être l'objet d'aucune norme spécifique : elle peut par contre être immanente, latente, dans les rouages mêmes de l'appareil organique que constitue l'ordre juridique pris dans son ensemble ; elle peut être une force n'agissant même qu'indirectement, une garantie effective qui n'engendre aucun droit subjectif établi par une quelconque norme, un moyen de pression nécessairement inhérent au pouvoir social », In L'ordre juridique, Paris, Dalloz 1975. 16 et s.

<sup>216</sup> OPPETIT (B.), Op. cit., 179.

<sup>217</sup> Idem.

**198.** La juridicité des principes généraux de la *lex mercatoria* a divisé la doctrine entre opposants et zéloteurs. Les critiques qui ont été formulées reposent essentiellement sur les fluctuations terminologiques de la *lex mercatoria* en général et de ses composantes en particulier. Ces flottements notionnels sont relevés même dans les sentences arbitrales. En effet, l'expression de principes généraux a été accompagnée de qualificatifs divers. Ainsi, plusieurs expressions différentes sont utilisées par l'arbitre pour désigner les principes généraux. On cite : « principes généraux du droit qui doivent régir les transactions internationales », « principes généraux retenus par la jurisprudence arbitrale internationale », « règles d'interprétation universellement reconnues », « principes généraux largement admis régissant le droit commercial international », « principes généraux du droit faisant partie de la *lex mercatoria* », « principes inspirant la *lex mercatoria* internationale ».

**199.** Dans certaines sentences, les arbitres confondent les usages du commerce international et les principes généraux sous une expression synthétique qui regroupent les deux notions sous une expression générique de « règles propres à la communauté internationale des commerçants <sup>218</sup> ».

**200.** A cette première critique d'ordre terminologique s'ajoutent d'autres critiques qui dénoncent le manque d'organisation et l'absence de précision du contenu de ces règles mercantiles. Formulées essentiellement par M. LAGARDE<sup>219</sup>, M. KASSIS<sup>220</sup> et par M. MUSTILL<sup>221</sup>, ces critiques consistent à observer que les composantes de la *lex mercatoria* sont dépourvues d'organisation nécessaires pour pouvoir constituer un ordre juridique tel qu'il a été envisagé par SANTI ROMANO. A ce titre, M. KASSIS conclut en définitive que « les principes de la *lex mercatoria* ne sont pas autre chose que les principes généraux du droit ».

---

<sup>218</sup> Sentence CCI n° 2375 rendue en 1975, *Clunet* 1976. 973, Obs. Y. Derains.

<sup>219</sup> LAGARDE (P.), « Approche critique de la *lex mercatoria* », In *Etudes Goldman, Litec* 1992. 125.

<sup>220</sup> KASSIS (A.), *Théorie générale des usages de commerce*, LGDJ., 1984. n°584.

<sup>221</sup> MUSTILL (M.), *The new LEX MERCATORIA, The first twenty five years*, In *études Wilberforce*, Oxford 1987. 149, cité par E. GAILLARD, in *Arbitrage commercial international, Juris-classeur Droit international* 1996, Fasc. 5861-9, n° 35, P.12.

**201.** Hormis ces critiques, la juridicité des principes généraux de la *lex mercatoria* ne sème plus de doute. La reconnaissance de cette juridicité est vérifiée grâce à la réception des principes interprétatifs en particulier et des règles mercantiles en général par les ordres juridiques étatiques. Cette réception se fait « par l'intermédiaire de la sentence arbitrale qui en est le support<sup>222</sup> » ou par une intégration directe des règles en question dans l'ordre juridique étatique qui « consacre alors dans son droit positif celle-ci<sup>223</sup> ». Cette dernière hypothèse s'illustre clairement dans la position de la jurisprudence française qui a proclamé à plusieurs reprises l'existence des règles matérielles du commerce international<sup>224</sup>.

**202.** En analysant les éléments de reconnaissance des règles nationales, M. LOQUIN souligne que « les sentences prennent en effet le soin de démontrer la valeur normative de la règle dégagée. (...); les arbitres internationaux sont attentifs à démontrer le caractère véritablement universel de la règle nationale appliquée : soit la règle recueille le consensus de l'ensemble de la communauté concernée de commerçants internationaux, soit même plus largement, le consensus de l'ensemble de la communauté internationale comprise comme la somme des différents systèmes juridiques nationaux existants. (...) Seule la règle nationale qui fait l'objet d'un consensus général peut être considérée comme une véritable norme<sup>225</sup> ».

**203.** Il ressort de ce qui précède que les principes interprétatifs forgés par la jurisprudence arbitrale sont l'œuvre d'un travail de synthèse qui reflète l'apport de la création arbitrale.

---

<sup>222</sup> LOQUIN (E.), « L'application de règles nationales dans l'arbitrage commercial international », In dossiers de l'Institut de la Chambre de Commerce Internationale (CCI), L'apport de la jurisprudence arbitrale 1986.100.

<sup>223</sup> LOQUIN (E.), Op. cit., 100.

<sup>224</sup> V. en ce sens OSMAN (F.), Les principes généraux de la *lex mercatoria*, contribution à l'étude d'un ordre juridique national, LGDJ., 1992 p. 242 et s.

<sup>225</sup> LOQUIN (E.), Op. cit., 92.

## SECTION II – L'APPORT DE LA CREATION NORMATIVE DE L'ARBITRE

**204.** Il va de soi que l'on n'entend pas analyser dans cette section toute l'œuvre créatrice de la jurisprudence arbitrale, mais seulement, viser les normes mercantiles qui sont élaborées par les arbitres lors de l'interprétation des contrats internationaux.

**205.** Tissée dans un espace transnational, la *lex mercatoria* apparaît comme un ordre juridique qui est plus apte que les droits nationaux à répondre aux besoins spécifiques des relations économiques internationales. De ce fait, la *lex mercatoria* vient remédier aux lacunes et aux carences qui paralysent les législations nationales dans certaines matières du droit des contrats.

**206.** Afin de contourner les particularités des législations nationales, plusieurs méthodes sont mises en œuvre par la jurisprudence arbitrale dans le cadre de son processus de rapprochement entre les principes d'interprétation du contrat adoptées dans les différentes législations nationales (§1).

**207.** Qualifié par des voix très autorisées comme étant « un droit commun des nations<sup>226</sup> », la *lex mercatoria* constitue une création prétorienne qui puise sa source dans le rapprochement des règles de droits nationaux qui sont divergentes. La capacité créatrice des arbitres du commerce international trouve son élan dans l'interprétation. En effet, c'est en interprétant les textes obscurs ou lacunaires que la jurisprudence arbitrale a eu le mérite de tisser, grâce à un travail de synthèse et d'uniformisation, un corps de principes, dont la juridicité est quasi universellement reconnue et, qui ont pour dénominateur commun l'intérêt du commerce international (§2).

---

<sup>226</sup> FOUCHARD (Ph.), *L'arbitrage commercial international*, Paris, 1965, 401.

## §1 – Le processus d’uniformisation des principes d’interprétation

**208.** L’analyse des différentes législations nationales débouche certainement sur une réalité incontestable qui consiste dans la divergence des modèles normatifs et des conceptions du droit du contrat. L’une des matières où ces différences sont remarquables est certainement l’interprétation du contrat.

**209.** Compte tenu des différentes conceptions de l’interprétation du contrat existantes dans les droits positifs nationaux, diverses tentatives de rapprochement ont été mises en œuvre afin de surmonter les divergences des droits nationaux en la matière.

Le rapprochement est une technique qui consiste « à mettre ensemble des éléments jusque là disparates et éloignés les uns des autres<sup>227</sup> ». Il peut s’effectuer de deux sortes. Il peut soit emprunter la forme de l’harmonisation ou bien celle de l’unification.

L’harmonisation « tend au rapprochement des règles des droits nationaux, tout en les laissant subsister dans leurs particularités respectives. L’harmonisation ne supprime donc pas les différences entre les droits nationaux, mais cherche à les rendre compatibles les uns avec les autres<sup>228</sup> ». A la différence de l’harmonisation, l’unification représente « le degré suprême » du rapprochement des règles de droits nationaux<sup>229</sup>. Elle s’illustre dans l’uniformisation des règles substantielles régissant le droit du contrat .

Monsieur GUIDO a souligné que le processus d’harmonisation du droit des contrat ne puise pas sa source primordiale dans les origines communes des différents modèles normatifs (le droit romain) et les valeurs communes à toutes les législations nationales. Selon cet auteur, l’unification de la discipline du contrat doit passer par les études comparatistes, l’analyse économique et « l’analyse herméneutique ». Les premières « se sont occupées de la circulation des modèles nationaux, sous l’aspect des codifications, sous l’aspect des principes généraux, sous l’aspect des lois spéciales , sous l’aspect des modèles conceptuels, les études des juristes économistes ont introduit des moyens conceptuels uniformes pour évaluer les

---

<sup>227</sup> DILOY (Ch.), Le contrat d’agence commercial en droit international, Thèse paris, LGDJ 2000. 170.

<sup>228</sup> Idem, p.202.

<sup>229</sup> Ibid, p.170 .

effets économiques des règles de droit ; la construction de l'analyse économique du droit est devenue (...) une façon commune de raisonner, d'évaluer les techniques et les instruments et de comparer les solutions et les problèmes<sup>230</sup> ».

**210.** La *lex mercatoria* est appréhendée comme un mécanisme universalisateur qui contribue à l'harmonisation, voire même, à l'uniformisation des règles et des principes communs à plusieurs systèmes juridiques étatiques. C'est en se basant sur cette idée que le Professeur GAILLARD justifie l'emploi de l'expression « règles transnationales » dans la mesure où « l'une des sources essentielles de ces règles est précisément la convergence des principaux systèmes juridiques étatiques dont elles ont induit »<sup>231</sup>.

**211.** Si la préoccupation principale qui alimente le processus d'élaboration des règles étatiques consiste dans la prise en compte exclusive des impératifs nationaux, la jurisprudence arbitrale cherche à contribuer à l'édification d'un corps de normes qui tiennent compte des intérêts du commerce international. Désormais, ce n'est plus l'économie d'un seul pays qui est concernée. C'est tout le commerce international qui constitue le centre de gravité du travail des arbitres du commerce international. Et c'est en surmontant les disparités entre les législations nationales que les principes généraux de la *lex mercatoria* puisent leur richesse et leur souplesse.

**212.** L'analyse des techniques suivies par la jurisprudence arbitrale nous permet de déduire que l'effort de rapprochement, déployé par les arbitres du commerce international afin de dégager les principes généraux de la *lex mercatoria*, trouve souvent son fondement dans les indications fournies par les parties, notamment dans la clause de droit applicable. Ainsi, il a été souligné que « c'est dans la clause de choix du droit applicable que les parties trouveront les indications de méthode nécessaires à la détermination des règles pertinentes pour trancher le litige<sup>232</sup> ».

---

<sup>230</sup> GUIDO (A.), « Les nouvelles frontières du droit des contrats », Mélanges GHESTIN, Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle, LGDJ. 3.

<sup>231</sup> GAILLARD (E.), Droit applicable au fond du litige, Arbitrage commercial international, Juris-Classeur droit international 1996, fasc. 586-961. p.11.

<sup>232</sup> v. GAILLARD (E.), Droit applicable au fond du litige, Arbitrage commercial international, Juris-Classeur droit international 1996, fasc. 586-961. 11.

**213.** Il est assez fréquent qu'en présence d'une clause de droit applicable, l'arbitre procède à une analyse comparée des droits visés par les parties dans le contrat. Certaines clauses déclarent applicables les principes communs à deux ou plusieurs systèmes juridiques étatiques précis. On retrouve l'une des applications de cette démarche dans l'affaire CCI n°5163 où les arbitres ont suivi les prescriptions des parties en appliquant « les principes communs à la République Arabe d'Égypte et aux États Unies d'Amérique <sup>233</sup> » ou également dans une autre affaire où les arbitres ont puisé dans les indications des parties, qui consistent à appliquer les principes de loi libyenne « en ce que ces principes doivent avoir de commun avec les principes du droit international <sup>234</sup> », pour dégager des principes généraux transnationales.

**214.** A défaut d'indication faite par les parties sur la technique suivie, les arbitres procèdent à une analyse du droit comparé. En effet, la systématisation de règles fondamentales, en matière d'interprétation du contrat international par la jurisprudence arbitrale, est le fruit d'une analyse comparée des droits nationaux. La mise en œuvre du processus d'unification repose essentiellement sur la comparaison des différents systèmes juridiques. C'est dans cette perspective que la jurisprudence arbitrale s'est engagée pour dégager les principes généraux porteurs de convergence entre les législations nationales.

Le Professeur GAILLARD souligne l'importance du droit comparé dans l'élaboration des règles transnationales. Selon lui, « l'arbitrage international est sans doute l'une des disciplines dans lesquelles le droit comparé trouve à exprimer de façon la plus complète l'ensemble des fonctions qui sont susceptibles d'être les siennes. Celles-ci sont au nombre de trois, le droit comparé étant tantôt une source d'inspiration, tantôt une source de légitimité, tantôt encore une source de droit positif <sup>235</sup> ». Il ajoute qu'« en un mot, la méthode comparatiste est une méthode d'éviction des particularismes locaux. En cela, elle est tout le contraire d'une méthode imprévisible. Son utilisation accrue par les arbitres du commerce international, non seulement est de nature à assurer au mieux le respect de l'attente légitime

---

<sup>233</sup> Affaire citée par GAILLARD (E.), « Trente ans de Lex Mercatoria, pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », J.D.I 1995. 23.

<sup>234</sup> v. GAILLARD (E.), Droit applicable au fond du litige, Arbitrage commercial international, Juris-Classeur droit international 1996, fasc. 586-961. 14.

<sup>235</sup> GAILLARD (E.), « Du bon usage du droit comparé dans l'arbitrage international », Hommage à la mémoire de Philippe FOUCHARD. Rev. Arb., 2005. 376.

des parties, mais elle est, selon nous, en pleine harmonie avec la vocation de ceux-ci d'être les juges naturels de la société internationale<sup>236</sup> ».

Il convient de préciser que le principe dégagé suite à l'étude du droit comparé n'est pas essentiellement reconnue à l'unanimité dans tous les systèmes juridiques. En effet, « l'unanimité réduirait considérablement l'intérêt de la méthode et ferait douter de sa neutralité. A quoi bon recourir à la méthode des principes généraux pour dégager des règles qui se retrouvent dans tous les systèmes juridiques ? <sup>237</sup> ». De ce fait, la règle adoptée est celle qui reçoit une acceptation large dans les différentes législations nationales.

**215.** Par ailleurs, les conventions internationales constituent une source d'inspiration largement utilisées par les arbitres du commerce international. Ceci peut s'expliquer par le fait que les traités internationaux traduisent l'accord d'un certain nombre d'Etats sur une solution donnée. Il faudrait rajouter à ces sources d'inspiration, les résolutions d'organisations internationales ainsi que les travaux d'un organisme tel que le comité de l'arbitrage de l'*international law association*<sup>238</sup> ou également le groupe d'étude constitué sous l'égide d'UNIDROIT<sup>239</sup>.

**216.** Il ressort de ce qui précède que les arbitres du commerce international font de la disparité des différents systèmes juridiques une voie pour enrichir le contenu de la *lex mercatoria* et ce en élaborant des principes généraux qui tiennent compte de l'intérêt du commerce international. Les principes généraux de la *lex mercatoria* apparaissent comme une un langage commun qui repose sur la convergence et du consensus des différents systèmes juridiques rassemblés au nom de l'intérêt du commerce international.

---

<sup>236</sup> GAILLARD (E.), « Du bon usage du droit comparé dans l'arbitrage international », Hommage à la mémoire de Philippe FOUCHARD. Rev. Arb., 2005. 384.

<sup>237</sup> GAILLARD (E.), « Trente ans de *lex mercatoria*, pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », JDI. I. 27.

<sup>238</sup> V. LOQUIN (E.), « La réalité des usages du commerce international », Rev. int. Dr. éco. 1989. 163.

<sup>239</sup> Ce groupe de travail a publié en 1994 un ensemble de principes (108) relatifs aux contrats de commerce international. Ces principes sont destinés à s'appliquer lorsque les parties acceptent que leur transaction soit régie par les principes généraux du droit, la *lex mercatoria*, ou autre formule similaire. Sur l'ensemble de la question, v. les actes colloque CCI- UNIDROIT tenu a Paris les 20-21 octobre 1994 sur « les principes relatifs au contrats du commerce international d'UNIDROIT : une nouvelle *lex mercatoria* ? ».

De ce fait, « l'application de règles ayant reçu, en droit comparé, dans la jurisprudence arbitrale internationale et dans les principaux instruments internationaux, un soutien très large, est plus à même de départager des droits qui, bien qu'appartenant à la même tradition juridique, n'en sont pas moins divergents. (...). Conformément à l'esprit de la méthode, une approche universaliste l'emportera sur les particularismes nationaux <sup>240</sup> ».

## **§2 - Le contenu de l'uniformisation des principes d'interprétation**

**217.** La jurisprudence arbitrale est à l'origine de l'émergence d'un certain nombre de principes généraux nationaux gouvernant l'interprétation du contrat international. L'analyse des sentences arbitrales publiées dans les revues scientifiques nous permet de déduire l'existence de règles régulièrement utilisées par les tribunaux arbitraux lorsqu'il est question de déterminer le contenu et la portée des obligations des parties à un contrat international.

**218.** L'interprétation du contrat constitue un terrain propice à l'exercice de la fonction normative de l'arbitre du commerce international. Dans cette perspective, M. OSMAN affirme que « l'analyse des sentences arbitrales fait apparaître en effet que, même lorsque la détermination de la *lex contractus* ne soulève aucune difficulté, ce n'est jamais en elle que les arbitres puisent les règles interprétatives en vue d'élaborer une solution (...); nous voyons dans l'interprétation une technique devant nécessairement dépasser la simple recherche de la commune intention des parties, pour présider positivement à la naissance de règles de droit objectif, dont l'autorité normative est l'arbitre du commerce international <sup>241</sup> ».

**219.** Notre objectif est loin de dresser une liste limitative de ces principes, mais seulement de mettre l'accent sur les directives d'interprétation du contrat qui sont issues de l'activité prétorienne des arbitres du commerce international. Des directives qui sont le fruit d'un effort d'uniformisation des droits nationaux en matière d'interprétation des contrats. Il s'agit en réalité d'un ensemble de règles de portée extrêmement large qui constituent des valeurs transnationales protégées par l'arbitre international.

---

<sup>240</sup> GAILLARD (E.), « Trente ans de *lex mercatoria*, pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », *JDI*. I. 30.

<sup>241</sup> OSMAN (F.), *Les principes généraux de la lex mercatoria*, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, *LGDJ*, 1992 p. 209.

**220.** La sentence CCI rendue dans l'affaire n°1434 en 1975 a énoncé d'une manière générale la pratique arbitrale d'interprétation du contrat de commerce international en déclarant qu' «il convient d'interpréter la clause de limitation de responsabilité litigieuse selon les principes généraux de l'interprétation des contrats, notamment ceux des articles 1156 et suivants du Code civil (français), en commençant par l'interprétation littérale et grammaticale des termes, sans négliger de les replacer dans leur contexte et de considérer le contrat dans son ensemble, pour dégager l'intention commune et réelle des parties, en s'inspirant notamment, si le sens des termes prête à controverse, du principe de la bonne foi et en recourant au besoin à des éléments extrinsèques d'interprétation, tirés notamment du contexte historique et des relations entre les parties<sup>242</sup> ».

Les principes d'interprétation énoncés par le tribunal arbitral dans cette affaire sont très voisins de ceux qu'une sentence de 1996 rendue dans l'affaire n° 8694 qui ajoute qu'«il serait contraire à tous les principes d'interprétation communément admis de considérer, dans le doute, que des parties ont employé, dans un même article, le même terme dans des sens aussi radicalement différents... Une règle d'interprétation universellement reconnue veut qu'en présence de deux interprétations contraires ou de deux sens possibles des mêmes termes d'un contrat, on doive, dans le doute, préférer l'interprétation qui conserve aux mots une certaine portée plutôt que celle qui les considère comme inutiles ou même absurdes. Ce « principe de l'effet utile » appelé aussi « principe de l'effectivité » est consacré, notamment par l'article 1157 du Code civil<sup>243</sup> ».

**221.** On peut déduire de cette sentence les lignes directrices de l'interprétation du contrat de commerce international. D'abord, il faut noter que le point de départ demeure le droit applicable au contrat. En effet, l'arbitre y trouve un terrain propice pour rechercher l'intention des parties. Mais, l'arbitre n'hésite pas à apporter sa touche personnelle en se basant sur les principes généraux de la *lex mercatoria* qu'il a pu forger.

---

<sup>242</sup> Sentence CCI n°1434, JDI 1976. 979, obs., Y. DERAÏNS.

<sup>243</sup> Sentence n° 8694 rendue en 1996, Clunet 1997. 4. 1059, obs., Y. DERAÏNS.

**222.** L'interprétation du contrat de commerce international est dominée par un principe général que est la bonne foi. Ce principe implique nécessairement la recherche de la volonté réelle et commune des parties (A) tout en mettant en exergue l'effet utile du contrat (B).

### **A - L'interprétation du contrat par la recherche de la volonté réelle des parties**

**223.** L'objectif essentiel qui alimente l'interprétation du contrat est la recherche de la volonté commune des parties. La mise en œuvre de cette recherche se fait à la lumière d'un certain nombre de directives qui guident l'arbitre dans sa mission interprétative. Ces directives tournent au tour de trois axes :

- D'abord, commencer par une approche littérale et grammaticale du contrat.
- Ensuite, replacer le contrat dans son contexte global .
- Enfin, apprécier la volonté des parties en fonction des usages suivis dans la branche d'activité en question.

### **I – Commencer par une approche littérale et grammaticale du contrat**

**224.** La mise en lumière de la commune intention des parties implique nécessairement une lecture approfondie du texte du contrat.

L'étude de la jurisprudence arbitrale démontre que l'arbitre du commerce international a tendance à faire du champ contractuel le point de départ de sa mission interprétative. Il y demeure dans le but de retenir essentiellement la lettre du contrat et la volonté déclarée des contractants. C'est la raison pour laquelle M. HORSMAN qualifie l'arbitre interprète de « témoin formaliste » en ce sens que « d'avantage encore que le juge ordinaire, les arbitres se

veulent un témoin fidèle de la lettre du contrat et partent de la volonté déclarée des parties<sup>244</sup> ».

Les arbitres eux même attestent cette tendance dans la sentence CCI n° 2291 rendue en 1976 qui déclare qu'il « convient d'interpréter la volonté (des parties) et leur engagement à partir de leurs écrits et en fonction des principes généraux du droit et de l'équité qui doivent régir les transactions commerciales internationales<sup>245</sup> ».

A chaque fois que l'occasion se présente, l'arbitre met en évidence cette approche littérale en faisant prévaloir dans un premier lieu le texte du contrat. D'innombrables sentences témoignent de cette tendance. On cite la sentence CCI n° 3380 où les arbitres ont estimé que « ... Quelle que soit l'interprétation à donner aux termes *ex aequo et bono* qui figurent dans la version initiale du contrat à l'article 19-6, ces termes ont été raturés par les parties et ne peuvent donc plus être pris en considération. Deux versions contradictoires, et pourtant vraisemblables, ont été proposées par les parties quant au sens de ce changement- si bien que le Tribunal ne pouvant choisir avec certitude, doit en faire abstraction pure et simple et s'en tenir au texte finalement adopté de l'article 19- 6 qu'il s'agit d'interpréter selon les méthodes usuelles d'interprétation, selon son texte et son contexte. Ce n'est que si ces méthodes ne permettaient de dégager aucun sens raisonnable que le tribunal pourrait éventuellement envisager de recourir à ce sujet à l'histoire des négociations ou des témoignages...<sup>246</sup> ».

La même logique est avancée dans une autre sentence arbitrale qui souligne que « les termes clairs du contrat ne permettent pas non plus de parler de payer un acompte, car en de telles circonstances, il était permis de penser qu'un tel paiement eût même constitué une rupture de contrat non susceptible de déclencher la livraison. Les entrepreneurs devaient admettre qu'on leur opposât cette interprétation stricte de l'article 18 du texte du contrat, d'autant plus qu'ils en avaient eux-mêmes élaboré le projet<sup>247</sup> ».

---

<sup>244</sup> HORSMAN (G.), « L'interprétation des contrats internationaux », In L'apport de la jurisprudence arbitrale, Dossier de l'institut du droit et des pratiques des affaires internationales, Chambre de commerce internationale Paris 1986.143.

<sup>245</sup> Sentence CCI n° 2291, Clunet 1976. 989, note Y. DERAIS.

<sup>246</sup> Sentence CCI 3380, note Y. DERAIS, Journal de droit international 1981. 928.

<sup>247</sup> Sentence du Tribunal arbitral près de la Chambre du commerce extérieur de la R.D.A du 22 janvier 1974, Journal de droit international 1980. 692, citée par G. HORSMAN, « L'interprétation des contrats internationaux », In L'apport de la jurisprudence arbitrale, Dossier de l'institut du droit et des pratiques des affaires internationales, Chambre de commerce internationale Paris 1986.143.

**225.** Les arbitres du commerce international « interprètent la lettre des contrats dans une perspective tout à fait professionnelle qui paraît reposer sur les trois critères suivants : la compétence, le sérieux et l'efficacité et les arbitres présument qu'au niveau des parties, leur contrat en est la meilleure expression<sup>248</sup> ».

**226.** L'analyse littérale et grammaticale du texte du contrat implique une lecture du sens de la convention tout en tenant compte des indices du temps, genre ou mode utilisé. Mais, en pratique la lettre du contrat à elle seule n'est pas toujours suffisante pour explorer le contenu du contrat et déchiffrer l'intention commune des parties. Dès lors, les arbitres font appel au contexte global du contrat afin de lire la volonté commune des parties.

## **II - La référence au contexte global du contrat**

**227.** Lorsque le contrat litigieux ne suffit pas à lui seul pour permettre l'arbitre de déceler la commune et réelle intention des parties, la consultation des évènements et des documents contractuels qui sont en rapport avec le contrat en question apparaît opportun pour s'arrêter sur cette intention. C'est ce qui ressort de l'étude des sentence arbitrales qui affirment que « les arbitres ne paraissent se départir de leur formalisme contractuel qu'en cas de lacunes, d'insuffisance ou de contradictions des dispositions contractuelles. Ils recherchent alors l'intention commune des parties en recourant à des éléments extrinsèques d'interprétation tirés notamment du contexte historique, des relations existantes antérieurement entre les parties et de l'ensemble des documents pré-contractuels<sup>249</sup> ».

**228.** Les arbitres reconnaissent que la recherche de la commune intention des parties ne doit pas être faite en dehors du contexte global du contrat. Saisir le rapport contractuel implique obligatoirement un examen approfondi des circonstances qui entourent la conclusion voire même l'exécution du contrat. Il faut aller au delà du la lettre du contrat et survoler les événements qui ont précédé ou suivis la naissance du contrat en question.

---

<sup>248</sup> HORSMAN (G.), « L'interprétation des contrats internationaux », In L'apport de la jurisprudence arbitrale, Dossier de l'institut du droit et des pratiques des affaires internationales, Chambre de commerce internationale Paris 1986. 145.

<sup>249</sup> HORSMAN (G.), Op. cit., 145.

**229.** Conscients de l'importance de cette méthode, les arbitres s'y reportent fréquemment dans leurs sentences. Il faut cependant noter que l'arbitre du commerce international n'est pas innovateur de cette technique d'interprétation qui est déjà universellement adoptée par les juges étatiques<sup>250</sup>. En effet, cette pratique a été largement suivie par les juges belges, les magistrats anglais et américains lorsque la lettre du contrat à elle seule est insuffisante pour leur permettre d'explorer en profondeur l'intention des parties. A ce titre, ils font le plus souvent référence au comportement général des parties, les circonstances accessoires, les documents extérieurs au contrat et les éventuels pourparlers<sup>251</sup>. Devenue quasi universelle, cette technique a été codifiée dans le droit du commerce international par l'association Unidroit<sup>252</sup>.

De ce fait, « lorsqu'un contrat est conçu en termes vagues et équivoques, le juge du fait interprète une clause obscure ou les stipulations qui précèdent et qui suivent et s'efforce de déterminer à l'aide des documents de la cause quelle a dû être l'intention des parties ...<sup>253</sup> ». Pour accomplir cette tâche, « il faut, à la fois, consulter les termes de l'acte, les circonstances qui l'ont précédé, celles qui l'ont suivi...<sup>254</sup> ».

De même, cette technique a été depuis longtemps suivie pour rechercher l'intention du législateur. En effet, conçue en termes généraux ou laconiques, l'interprétation de la loi a fréquemment été faite à la lumière des travaux préparatoires et des précédents historiques.

Il ressort donc que le contrat est un écrit vivant dans « un milieu ambiant<sup>255</sup> ». Par conséquent, aboutir à déchiffrer le rapport contractuel discutée implique l'analyse, non seulement de la période rétrospective du contrat mais également, de l'attitude ultérieure de parties.

---

<sup>250</sup> A ce titre la Cour de cassation de Belgique a déclarée dans un arrêt rendu le 25 janvier 1945 que « le juge a le devoir de rechercher dans le contexte de l'acte et dans les faits constants de la cause l'intention que les parties avaient voulu traduire dans l'écrit», cité par E. DE CALLATAY, In Etudes sur l'interprétation des conventions, 1947 Paris LGDJ.

<sup>251</sup> DEL MARMOL (Ch.) et MARTY (L.), « L'importance de l'interprétation du contrat dans ses relations avec l'arbitrage commercial international », Revue de droit international et de droit comparé 1980. 165 et s.

<sup>252</sup> Unidroit Codification progressive du droit du commerce international ; 1 ère partie : le droit des contrats internationaux, chapitre 2 , cité par cité par MALEVILLE (M.H.), Pratique de l'interprétation des contrats, Etudes jurisprudentielles, Thèse Rouen 1991. 204.

<sup>253</sup> Req. 1<sup>er</sup> Août 1867, S. 1867. 1.16, cité par MALEVILLE (M.H.), Op. cit., 204.

<sup>254</sup> Req. 9 mai 1877, D.P ; 1878. 1.30, cité par MALEVILLE (M.H.), Op. cit., 204.

<sup>255</sup> LOPEZ SANTA MARIA (J.), Les systèmes d'interprétation des contrats, Paris,1968. 46 et s.

**230.** En outre, la personnalité des parties est une ligne directrice très considérable qui peut jouer un rôle important dans l'interprétation du contrat de commerce international.

### **a – L'analyse de la période rétrospective du contrat**

**231.** Lorsque la lettre du contrat est obscure ou laconique, les arbitres du commerce international essaient de forger leur conviction sur la commune intention des parties « à l'aide de l'état des choses existant avant la conclusion du contrat ». Ils procèdent en reconstituant les circonstances (connues ou prévisibles par les parties) qui ont entouré la conclusion du contrat. Cette reconstitution se fait à la lumière d'un faisceau d'indices recueillis grâce à une étude approfondie de la période antérieure à la conclusion du contrat.

A ce titre ils prennent en considération les pourparlers, l'échange de lettres, le contenu des négociations. Souvent complexes, les contrats internationaux sont longs à négocier et leur conclusion est généralement précédée par d'innombrables réunions, échanges de correspondances et de négociations.

Les pourparlers peuvent être matérialisés dans des protocoles, accords, projets ou avants contrats. Ils peuvent également être intégrés dans le contrat lui-même au sein d'une préambule. Ils jouent un rôle primordial dans la recherche de la commune intention des parties. La sentence CCI n° 4975 rendue en 1988 a souligné l'importance des négociations préliminaires dans l'interprétation des contrats internationaux en déclarant que « les négociations préliminaires peuvent seulement être prises en considération comme éléments des circonstances qui ont entouré la formation des conventions. La sagesse de cette règle est illustrée dans la présente espèce puisque les négociations montrent la position changeante des parties, chacune essayant d'obtenir le meilleur marché selon son point de vue<sup>256</sup> ».

Le rôle majeur des négociations a été mis en exergue dans la sentence CCI n° 4761 rendue en 1987. Dans cette affaire les pourparlers ont servi de base pour vérifier si les parties à un contrat de construction ont dûment respecté leurs obligations prévues. A ce titre il a été

---

<sup>256</sup> Sentence CCI n° 4975 en 1988, Yearbook 1988, Vol. XXIII. 53 et s.

jugé que « l'examen des négociations ne révèle aucun comportement, de la part de l'une ou de l'autre partie, qui constituerait une faute au regard de l'article 9 de l'accord supplémentaire de 1961, ni au regard des principes généraux qui devraient être respectés (...), c'est à dire la bonne foi au sens propre<sup>257</sup> ».

La référence à la période qui précède la conclusion du contrat est jugée très opportune par les arbitres notamment lorsqu'il s'agit de qualifier un événement de force majeure et par conséquent de libérer une partie de ses obligations. A ce titre, la sentence n°5195 énonce que « we do not think that when the contract was concluded in december 1981 a reasonable business man in the position of the contractor was entitled to assume, in the light of the known international political, thnic and economic problems of country X, that this job would be free from risk to those engaged upon it<sup>258</sup> ».

Dans d'autres hypothèses, la période rétrospective a servi de base pour apprécier si l'intention commune des parties poursuivait un but immoral. En effet dans la sentence CCI n° 4145 rendue en 1986<sup>259</sup>, l'une des parties a soulevé l'exception de nullité du contrat conclu dans un but de corruption. Saisis de la question, les arbitres se sont référés au moment de l'échange de consentements pour s'arrêter sur l'intention commune et réelle des parties.

**232.** Par ailleurs, l'intention commune des parties est également décelable à la lumière du contexte postérieur à la conclusion du contrat.

### **b- La référence à la période postérieure à la conclusion du contrat**

**233.** A l'instar des juges étatiques, les arbitres du commerce international aboutissent à forger leur interprétation en analysant le comportement des contractants depuis la conclusion du contrat jusqu'à son exécution.

---

<sup>257</sup> Sentence CCI n° 4761 en 1987, Clunet 1987. 1018 et obs., S. JARVIN.

<sup>258</sup> Sentence citée par OSMAN, Op. cit., 211.

<sup>259</sup> Sentence citée par OSMAN, Op. cit., 211.

**234.** La recherche de la commune intention des parties se fait, non seulement à la lumière des termes employés par elles mais également, à travers l'analyse de tout comportement qui se manifeste de leur part. En effet, l'exécution du contrat par les parties fournit « la source la plus sûre d'interprétation<sup>260</sup> », elle constitue « une interprétation vivante et animée<sup>261</sup> » du contrat .

La conduite ultérieure des parties traduit nettement la conception qu'elles se faisaient du contrat litigieux. Cette règle d'interprétation est qualifiée « d'interprétation pratique » ou « de preuve par actes concluants<sup>262</sup> » .

Les arbitres attachent une importance considérable à la manière dont les contractants ont exécuté leurs obligations. Cette perspective est clairement énoncée dans la sentence CCI n°3288 rendue en 1981 qui déclare que « considérant qu'il y a lieu de rechercher si le comportement des parties après le travail additionnel ... et l'avenant ... permet d'établir une interprétation de leurs obligations respectives<sup>263</sup> ».

**235.** La commune intention des parties peut être explorée aussi bien à la lumière des comportements positifs des parties que de leur attitude négative.

S'agissant du comportement négatif des parties, les arbitres soutiennent que l'abstention des contractants ne constitue un indice révélateur de leur intention commune qu'à condition que cette abstention soit durable, non équivoque et délibérée. Est qualifiée de délibérée toute abstention qui émane d'un professionnel ou, selon les termes de Mme. MALEVILLE d'« un praticien expérimentée<sup>264</sup> ». Ces exigences ont été expressément retenues dans une sentence rendue en 1977 où il a été jugé que le fait pour une société yougoslave de ne pas invoquer le

---

<sup>260</sup> De CALLATAY (E.), Etudes sur l'interprétation des conventions, 1947, Paris LGDJ n°55.

<sup>261</sup> BALMES (L.), L'interprétation des actes et conventions en droit fiscal, 1941, Bordeaux. 37.

<sup>262</sup> GAILLARD (E.), Sentence arbitrale, Arbitrage commercial international, Juris-classeur 1996, Droit international, Fasc 586-9-1 p. 19.

<sup>263</sup> Sentence CCI n° 3288 du 30 avril 1981 citée par G. HORSMAN, « L'interprétation des contrats internationaux », In L'apport de la jurisprudence arbitrale, Dossier de l'institut du droit et des pratiques des affaires internationales, Chambre de commerce internationale Paris 1986. 145.

<sup>264</sup> MALEVILLE (M.H.), Pratique de l'interprétation des contrats, Etudes jurisprudentielles, Thèse Rouen 1991. 204.

refus d'autorisation gouvernementale au moment de la rupture vaut renonciation tacite de celle-ci<sup>265</sup>.

Il faut reconnaître que l'intention commune des parties est aisément décelable à la lumière du comportement positif des contractants. En effet, l'exécution volontaire concrète et réitérée du contrat révèle plus nettement leur intention commune.

**236.** Par ailleurs, le rôle susceptible d'être assumé par la référence aux personnalités des contractants dans la recherche de l'intention des parties est loin d'être négligeable.

### **c- La référence aux personnalités des contractants**

**237.** La personnalité des parties peut être prise en considération dans l'interprétation du contrat de commerce international. En effet, « le sens d'une convention obscure ou laconique est influencé par le degré d'instruction des parties, leur profession ou leur entourage<sup>266</sup> ».

En effet, « les arbitres prennent pour acquis que les agents économiques internationaux sont des personnes raisonnables, intelligentes et expérimentées. Elles doivent l'être en tout cas... Les agents économiques sont censées s'engager en connaissance de cause dans les opérations qu'ils traitent et ne peuvent prétendre qu'ils n'ont pu se rendre compte de l'importance des obligations mises à leur charge...les arbitres s'attendent également à ce que les agents économiques internationaux soient compétents et veillent efficacement à la finalité du contrat<sup>267</sup> ».

---

<sup>265</sup> Clunet 1977. 945 citée par Ch. DEL MARMOL et L. MARTY, « L'importance de l'interprétation du contrat dans ses relations avec l'arbitrage commercial international », Revue de droit international et de droit comparé 1980. 158.

<sup>266</sup> MALEVILLE (M.H.), Pratique de l'interprétation des contrats, Etudes jurisprudentielles, Thèse Rouen 1991. 211.

<sup>267</sup> HORSMAN (G.), « L'interprétation des contrats internationaux », In L'apport de la jurisprudence arbitrale, Dossier de l'institut du droit et des pratiques des affaires internationales, Chambre de commerce internationale Paris 1986.146.

Cette prise de position a été clairement énoncée dans plusieurs sentences arbitrales. On cite la sentence CCI n°3776 du 12 février 1982 qui déclare que « considérant du reste, que c'est en raison de la compétence et de la réputation des demanderessees dans l'industrie des ... que les défenderesses se sont adressées à elles pour la construction de ceux qui devaient être fournis et installées en exécution du contrat, que les défenderesses n'avaient pas de qualifications techniques particulières en ce domaine, qu'il appartient aux demanderessees de concevoir, dessiner et proposer des ...capables d'atteindre toutes les performances exigées par le contrat avec... dont la convention entre les parties avait pour objet d'assurer la pleine et entière exécution<sup>268</sup> ». Ou également la sentence CCI n° 1990 qui énonce qu'« attendu surtout que la défenderesse, représentée dans ses pourparlers avec la demanderesse par M. X, industriel éminent tant par l'expérience des affaires que par les connaissances professionnelles et l'habitude des hommes, ne peut affirmer sérieusement qu'elle n'a signé le contrat que de guerre lasse, subjuguée par la fougue et les dons oratoires d'un interlocuteur, celui-ci fût-il débordant de ce que la tradition italienne appelle *la furia francese*, attendu que si même la défenderesse a le sentiment de s'être engagée imprudemment et notamment, comme elle le déclare, d'avoir marqué son accord sur des « prix trop onéreux », l'imprudence dans le chef de personnes majeures et saines d'esprit n'est pas un obstacle à la conclusion des conventions valables<sup>269</sup> ».

**238.** Par ailleurs, et outre ces éléments significatifs dans l'interprétation du contrat de commerce international, la pratique arbitrale apprécie la volonté des parties en fonction des usages suivis dans la branche d'activité en question.

### **III – Tenir compte des usages du commerce international**

**239.** Les usages jouent un rôle prépondérant dans l'interprétation du contrat de commerce international. Ainsi, les usages de la communauté internationale des commerçants constituent une directive qui guide l'arbitre dans la détermination des obligations des parties

---

<sup>268</sup> Sentence CCI n° 3776 du 12 février 1982, citée par G. HORSMAN, « L'interprétation des contrats internationaux », In L'apport de la jurisprudence arbitrale, Dossier de l'institut du droit et des pratiques des affaires internationales, Chambre de commerce internationale Paris 1986. 147.

<sup>269</sup> Sentence CCI n° 1990, Clunet 1974. 897, note Y. DERAÏNS.

par voie d'interprétation<sup>270</sup>. Cette idée a été clairement énoncée dans la sentence CCI n°3288 rendue en 1988 où il a été déclaré que « les obligations retenues à la charge des parties sont celles qui découlent des textes contractuels et des conventions intervenues entre les parties ; ces obligations sont interprétées et leur portée est appréciée, le cas échéant, à la lumière des usages généralement suivis dans les contrats de cette nature, en particulier internationaux, ainsi que les règles de l'art<sup>271</sup> ».

**240.** Les usages peuvent être entendus de deux manières. D'un point de vue restrictif, les usages du commerce international désignent les pratiques contractuelles habituellement suivies dans une branche donnée du commerce.

Très souvent, les arbitres interprètent le contrat du commerce international à la lumière des usages entendus dans une conception restrictive. Cela a été le cas à propos d'un contrat d'affacturage international où les arbitres ont considéré que « les usages internationaux imposaient au *factor export* qui reçoit les fonds en paiement de factures approuvées de les détenir en trust pour le compte du *factor import*<sup>272</sup> ».

Les usages du commerce international, pris au sens restrictif, sont fréquemment utilisés par les arbitres pour déterminer le contenu des obligations contractuelles des parties, notamment en cas de lacune du contrat sur la question. Il jouent ainsi un rôle supplétif dans l'interprétation de la volonté des parties. Ainsi, il a été jugé que l'entrepreneur est tenu de conserver l'ouvrage jusqu'à sa prise de possession par le maître de l'ouvrage, et ce par référence aux conditions générales FIDIC<sup>273</sup>.

**241.** Par ailleurs, la notion d'usage peut être définie d'une manière large. Dans cette conception, ils incluent non seulement les pratiques contractuelles habituellement suivies mais également, les véritables règles de droit dégagées par l'observation du droit comparé ou

---

<sup>270</sup> BEKRI (A.), « Le rôle de l'usage dans l'interprétation des contrats », Article de recherche, Faculté des Sciences juridiques Tunis II.

<sup>271</sup> Sentence citée par G. HORSMAN, « L'interprétation des contrats internationaux », In L'apport de la jurisprudence arbitrale, Dossier de l'institut du droit et des pratiques des affaires internationales, Chambre de commerce internationale Paris 1986.151.

<sup>272</sup> Sentence citée par GAILLARG (E.), « La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international », In Etudes Pierre BELLET. 206.

<sup>273</sup> GAILLARG (E.), « La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international », In Etudes Pierre BELLET. 206.

d'autres sources internationales. Les usages se confondraient alors pour partie avec les principes généraux du droit du commerce international<sup>274</sup> ».

242. la référence des arbitres du commerce international aux usages généralement suivis et aux règles de l'art illustre, selon M. HORSMAN, le souci de ces derniers d'interpréter le contrat dans le sens de son pleine efficacité<sup>275</sup>.

### **B - L'interprétation par la recherche de l'effet utile du contrat**

243. La règle de l'interprétation par la recherche de l'effet utile du contrat connaît plusieurs applications.

Dans une première approche, la recherche de l'effet utile peut être faite à travers l'interprétation du contrat en tenant compte de son but et de son objet. Cette démarche conduit à ne pas retenir exclusivement l'interprétation purement littérale. L'enjeu pour l'arbitre consiste à partir du texte du contrat tout en se basant à la finalité poursuivie par les parties, et ce afin d'aboutir à une interprétation raisonnable. Ainsi il a été déclaré qu'« il serait contraire à tout principe d'interprétation raisonnable à la volonté commune des parties et à l'esprit de toute opération que d'attacher une importance prépondérante à la lettre de telle ou telle de ces rédactions, et aux variations ou même incohérences des formules utilisées dans les divers contrats<sup>276</sup> ».

Par ailleurs, l'effet utile implique la présomption selon laquelle « les rédacteurs d'une clause ont voulu donner à celle-ci une signification réelle et une portée opérante<sup>277</sup> ». Dans la même perspective, il a été observé que « une règle d'interprétation universellement reconnue veut que, en présence de deux interprétations contraires ou de deux sens possibles des mêmes

---

<sup>274</sup> GAILLARG (E.), *idem*, 206.

<sup>275</sup> HORSMAN (G.), « L'interprétation des contrats internationaux », In L'apport de la jurisprudence arbitrale, Dossier de l'institut du droit et des pratiques des affaires internationales, Chambre de commerce internationale Paris 1986.150.

<sup>276</sup> Sentence CCI n° 1434 rendue en 1975, *Clunet* 1976. 978, obs. Y. DERAÏNS.

<sup>277</sup> Sentence citée par GAILLARD (E.), *Arbitrage commercial international, droit applicable au fond*, Juris-Classeur, Droit international Fasc. 586-9-1. 19.

termes d'un contrat, on doit, dans le doute, préférer l'interprétation qui conserve aux mots une certaine portée plutôt que celle qui les considère comme inutiles ou même absurdes<sup>278</sup>».

**244.** L'interaction entreprise par l'arbitre entre le texte du contrat et la finalité poursuivie par les parties « suppose que les parties ont entendu conférer à chaque terme un sens déterminé s'inscrivant dans l'économie du contrat. Cette interprétation fondée sur l'économie générale du contrat a été mise en exergue dans plusieurs sentences. C'est le cas de l'affaire du PLATAEU DES PYRAMIDES<sup>279</sup> où le tribunal arbitral avait à se prononcer sur la portée de la formule « *approved, agreed and ratified* » apposée par le ministre du tourisme égyptien sur le contrat suivi de sa signature. Les arbitres ont mis l'accent sur la nécessité d'insérer les mots à interpréter dans l'économie générale du contrat. Procédant ainsi, ils déclaré que la formule « *approved, agreed and ratified* » constitue la preuve d'un engagement contractuel.

**245.** La recherche de l'effet utile par l'arbitre se manifeste également lorsque ce dernier tente par voie d'interprétation de préserver le contrat et de garantir sa survie. Cette démarche est entreprise lorsque le contrat risque d'être anéanti par la nullité ou à la suite d'un changement de circonstances qui bouleversent l'équilibre initial de la convention<sup>280</sup>.

**246.** C'est à la lumière de ces directives que l'arbitre du commerce international arrive à déterminer le contenu du contrat en précisant les obligations et les droits réciproques des parties.

---

<sup>278</sup> Sentence CCI n° 1434 rendue en 1975, Clunet 1976. 978, obs. Y. DERAÏNS.

<sup>279</sup> Rev. Arb., 1986. 105 et s.

<sup>280</sup> V. Chapitre II du titre II de la présente partie.

## Conclusion du chapitre

**247.** Les principes généraux élaborés par la jurisprudence arbitrale pour interpréter le contrat du commerce international empruntent largement aux droits nationaux. La création normative entreprise par la jurisprudence arbitrale repose essentiellement sur un effort de rapprochement entre les systèmes d'interprétations nationaux. Ainsi, La *lex mercatoria* est appréhendée comme un mécanisme universaliste qui contribue à l'harmonisation, voire à l'uniformisation des règles et des principes communs à plusieurs systèmes juridiques étatiques.

**248.** Dépasser les disparités des législations nationales et tenir compte des besoins du commerce international, voilà les vecteurs principaux de la création normative des arbitres. Une création qui a débouché sur l'émergence d'un certain nombre de principes qui veillent à faire une interaction entre le texte du contrat et son esprit tout en lui gardant une entière effectivité.

**249.** Les lignes directrices de l'interprétation du contrat de commerce international tournent autour de la recherche de la volonté réelle et commune des parties tout en mettant en exergue l'effet utile du contrat.

## Conclusion du titre

**250.** La jurisprudence arbitrale joue un rôle catalyseur dans l'édification d'un corps de normes transnationales. Même si la question du pouvoir créateur et normatif de l'arbitre continue à alimenter le débat doctrinal, une réalité incontournable fait de la jurisprudence arbitrale un socle primordial dans l'élaboration des règles mercantiles.

La création normative de la jurisprudence arbitrale apparaît d'abord à travers les règles élaborées par l'arbitre pour rattacher le contrat à un ordre juridique qui orientera l'interprétation de la convention. Et ensuite, le pouvoir créateur et normatif de l'arbitre se dessine nettement à travers les principes généraux de la *lex mercatoria* relatifs à l'interprétation des contrats. Ceux-ci sont forgés à la lumière des nécessités du commerce international et en passant outre les disparités de différentes législations nationales.

**251.** L'interprétation du contrat constitue un terrain propice à la création normative élaborée par la jurisprudence arbitrale internationale. Les arbitres témoignent d'une volonté certaine de mettre en place des principes d'interprétation qui tiennent compte des besoins du commerce international et qui s'adaptent avec la complexité et la spécificité des contrats commerciaux internationaux.

## **TITRE II**

### **L'ARBITRE INTERPRETE, SOURCE DE DROITS SUBJECTIFS**

**252.** Une fois que le contrat de commerce international est enraciné dans un ordre juridique désigné librement par les parties ou à défaut par l'arbitre, ce dernier procèdera à la recherche à l'interprétation du contrat à la lumière des normes applicables à la transaction.

**253.** L'interprétation du contrat permet de déterminer le contenu du contrat, c'est-à-dire de fixer les droits et les obligations réciproques des parties. La détermination de ce contenu est placée sous le signe de la bonne foi. Et c'est au nom de ce principe que l'arbitre du commerce international a fait preuve d'une œuvre créatrice en ce sens qu'il a réussi, non seulement à dégager un certain nombre de droits et obligations mais également, à témoigner d'une volonté certaine de modérer la rigueur qui peut caractériser la lecture littérale du contrat (chapitre I).

**254.** Par ailleurs, à travers l'interprétation du contrat, l'arbitre peut être appelé à se prononcer sur la question du sort du contrat. Soit cette question surgit à l'occasion de la survenance d'évènements imprévisibles qui perturbent l'équilibre initial du contrat, soit elle se pose par suite d'une contrariété entre les stipulations contractuelles et les dispositions impératives du droit applicable, discordance qui peut aboutir à la nullité du contrat (Chapitre II).

## CHAPITRE I

### LA DETERMINATION DU CONTENU DU CONTRAT

**255.** L'interprétation du contrat permet de s'arrêter sur le contenu de la transaction en dégagant les droits et les obligations contractuelles réciproques des parties contractantes. La détermination de l'existence et du contenu des obligations contractuelles a pour pilier principal le principe de la bonne foi (Section I).

Par ailleurs, la mission d'interprétation du contrat dévolue à l'arbitre dépasse le cadre classique de la recherche de la volonté des parties. En interprétant le contrat, l'arbitre tend à devenir une sorte de régulateur du contrat. Il est chargé alors d'aménager la convention pour répondre le mieux à l'attente légitime des parties et aux besoins du commerce international.

**256.** Sous réserve des dispositions impératives du droit applicable, la pratique arbitrale se montre de plus en plus audacieuse vis-à-vis des stipulations contractuelles en ce sens qu'elle n'hésite pas à aller chercher, derrière les paroles écrites, l'intention des parties tout en suppléant aux oublis du créancier et en protégeant le débiteur contre les rigueurs exagérées de la lettre du contrat<sup>281</sup> (section II) .

**257.** L'interprétation du contrat est la phase préliminaire indispensable à l'exécution du contrat. Car interpréter un contrat, c'est en déterminer le contenu et, pour pouvoir exiger la bonne foi dans l'exécution du contrat, il faut d'abord savoir ce à quoi les parties sont obligées. C'est dans ce contexte qu'il importe, à titre préliminaire, de s'arrêter sur la corrélation fortement établie par la jurisprudence arbitrale entre la bonne foi dans l'interprétation et la bonne foi dans l'exécution du contrat.

---

<sup>281</sup> GIRARD (P.F.), Manuel élémentaire du droit romain, 2 éd. Paris 1898. 428.

## SECTION PRELIMINAIRE : LA BONNE FOI : « LA CLEF DE VOUTE <sup>282</sup> » DE L'INTERPRETATION DU CONTRAT ET DE SON EXECUTION

**258.** Les parties contractantes sont tenues d'exécuter le contrat de bonne foi, ce qui implique pour elles le devoir de respecter la parole donnée et d'honorer les engagements nés du contrat avec loyauté. Or, pour honorer un engagement, encore faut-il qu'il existe et qu'il soit exprimé clairement. Chose qui n'est pas toujours évidente. Dès lors, c'est en interprétant le contrat que l'arbitre réussit à déterminer les obligations réciproques des parties.

Cette interprétation est gouvernée par le principe général de bonne foi, ce qui amène l'arbitre à révéler, non seulement ce que les parties ont formellement dit mais également, ce qu'elles auraient dû dire. Par conséquent, dire que les conventions doivent être exécutées de bonne foi implique systématiquement qu'elles doivent être exécutées « conformément à l'intention des parties et au but en vue duquel elles ont été formées<sup>283</sup> ».

Une partie de la doctrine fait de l'exécution de bonne foi une règle de son interprétation. Cette idée a été développée par PLANIOL et RIPERT qui estiment que « la bonne foi, c'est l'obligation (...) de ne pas s'en tenir à la lettre de celui-ci (le contrat)<sup>284</sup> ». Ce qui signifie « qu'une partie ne peut s'enfermer dans la lettre pour en éluder l'esprit<sup>285</sup> ».

C'est de ce constat que la jurisprudence arbitrale a mis l'accent sur la corrélation entre la bonne foi dans l'interprétation et la bonne foi dans l'exécution. En effet, les règles relatives à l'interprétation constituent un terrain préalable qui favorise l'exécution du contrat conformément à la bonne foi, dans la mesure où, pour imposer une exécution du contrat de bonne foi, l'arbitre interprète la convention en se basant sur la bonne foi et c'est ainsi qu'il arrive à dégager les engagements à exécuter.

---

<sup>282</sup> Une expression employée par OSMAN (F.), Op. cit., 19 et s.

<sup>283</sup> Cité par JALUZOT (B.), La bonne foi dans les contrats, étude comparative de droit français, allemand et japonais, Dalloz. 2001. 160.

<sup>284</sup> PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil français, t. VI, Première partie (les obligations), Paris 1930. 379.

<sup>285</sup> CARBONNIER (J.), Les obligations, t. IV 1996. 113.

La jurisprudence arbitrale a fait de la bonne foi un principe général qui gouverne à la fois l'interprétation du contrat et son exécution. La bonne foi dans l'interprétation invite l'interprète à ne pas être prisonnier de la lecture littérale de la transaction. Il doit « partir de l'idée que les parties ont entendu établir une situation contractuelle raisonnable et conforme au but commun qu'elles se sont posées d'atteindre <sup>286</sup>».

**259.** La corrélation entre la phase d'exécution et la technique d'interprétation par le biais de la bonne foi a été fortement critiquée par certains auteurs pour qui la liaison entre les deux notions est injustifiée en ce sens que « l'interprétation et l'exécution du contrat ne sont pas nécessairement liées. L'interprétation répond à la question : à quoi les parties sont elles-tenues ? L'exécution soulève une autre interrogation : comment les parties doivent – elles remplir leur devoir contractuel, leurs obligations ? Le juge est donc susceptible d'intervenir deux fois, et à deux titres différents, dans la vie d'un contrat : une première fois au titre de l'article 1156, pour interpréter les clauses obscures et ambiguës de l'acte, une seconde fois au titre de l'article 1134, 3<sup>e</sup> alinéa (pour ) vérifier si l'exécution de la convention est conforme à la bonne foi <sup>287</sup>».

Cette même position a été adoptée par certains auteurs tunisiens qui estiment que l'exécution du contrat de bonne foi est totalement indépendante de l'interprétation de bonne foi<sup>288</sup>. Cette distinction, ajoutent –ils , a été même justifiée par la frontière établie d'une manière expresse par la plupart des législations nationales qui consacrent l'exécution du contrat de bonne foi dans une disposition légale indépendante de celle relative de l'interprétation de la bonne foi.

On retrouve les mêmes enseignements dans la doctrine française où il été écrit à propos de l'article 1134 du code civil français,<sup>289</sup> « d'une part, (qu') il ne figure pas dans la section III relative à l'interprétation des contrats, mais dans la section intitulée « généralités » avant

---

<sup>286</sup> Sentence Aramco du 23 août 1958, Rev. Crit. DIP 1963. 272.

<sup>287</sup> RIEG (A.), Contrats et obligations, Effets des conventions, Exécution de bonne foi des conventions, J.Cl. droit civil., Fasc. 11. 87.

<sup>288</sup> V. BEN HLIMA (H.), La bonne foi dans l'exécution des contrats conformément à l'article 243 COC (en arabe) Tunis 1993.

<sup>289</sup> Qui dispose que « les conventions doivent être exécutées de bonne foi ».

l'article 1135 ; d'autre part, (qu') il dispose que « les conventions doivent être exécutées de bonne foi » et non pas interprétée de bonne foi <sup>290</sup> ».

**260.** Ces idées n'ont pas été reçues à bras ouvert pour tous les auteurs dans la mesure où une bonne partie de la doctrine observe qu' « il existe un réseau dense d'interaction et de rétroactions entre la bonne foi gouvernant l'interprétation des actes juridiques et celle qui doit présider à leur exécution <sup>291</sup> ». De même, « l'interprétation naît généralement d'un problème d'exécution de l'accord ».

De ce fait, « quand la convention est obscure, les questions d'interprétation de bonne foi et d'exécution se rapprochent singulièrement, soit qu'une ambiguïté véritable enlève à l'inexécution... son caractère prétendument déloyal, soit que la déloyauté dans l'exécution tente de s'abriter derrière une ambiguïté prétendue <sup>292</sup> ».

**261.** De leur côté, les arbitres du commerce international témoignent du caractère ténu de la frontière entre la bonne foi dans l'interprétation et la bonne foi dans l'exécution du contrat. Une sentence rendue par un arbitre néerlandais le 23 décembre 1932 donne un bon exemple puisqu'elle énonce clairement que l'interprétation du contrat « ne peut être limitée au sens littéral du contrat puisque les conventions doivent être exécutées de bonne foi <sup>293</sup> ». La même position est adoptée dans la sentence AMCO où il a été déclaré que toute convention « doit être interprétée d'une manière qui conduise à trouver et à respecter la commune intention des parties ; une telle méthode d'interprétation n'(étant) autre que l'application du principe fondamental « pacta sunt servanda (...) toute convention, y compris une convention d'arbitrage, doit être interprétée de bonne foi c'est à dire en tenant compte des conséquences de leurs engagements que les parties peuvent être considérées comme ayant raisonnablement et légitimement envisagées <sup>294</sup> ».

---

<sup>290</sup> V. MALEVILLE (M.H.), Pratique de l'interprétation des contrats, Etudes jurisprudentielles, Thèse Rouen 1991. n° 529.

<sup>291</sup> OSMAN (F.), Les principes généraux de la lex mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, LGDJ.33.

<sup>292</sup> SIMLER (Ph.), Jcl. Civ. Art. 1156 à 1164. n° 25.

<sup>293</sup> Sentence citée par GAILLARD (E.), Arbitrage commercial international, Sentence arbitrale, droit applicable au fond du litige, Juris. Class. Fasc. 1070-1. 51.

<sup>294</sup> Sentence AMCO ASIA et autres c./ La république d'Indonésie, du 23 septembre 1983, Clunet 1986. 202-221.

**262.** Force est de constater que les règles d'interprétation des contrats sont extrêmement liées à celles qui gouvernent son exécution. Cette liaison est nouée par la bonne foi qui constitue le centre de gravité de cette interférence. Une interférence est « d'autant plus manifeste que les premières (les règles d'interprétation) sont manifestement au service des secondes.

En effet, afin d'imposer une exécution des contrats conforme à la bonne foi, les arbitres les interprètent en s'inspirant étroitement de ce principe<sup>295</sup> ». Une démarche qui aboutit à la détermination de l'existence et du contenu des droits et des obligations contractuels.

## **SECTION I – LA DETERMINATION DE L'EXISTENCE ET DU CONTENU DES DROITS ET OBLIGATIONS CONTRACTUELS**

**263.** L'interprétation de bonne foi conduit l'arbitre à dépasser le cadre de la lettre du contrat. Cette notion a permis l'arbitre du commerce international de déterminer les droits et les obligations contractuels en faisant preuve à la fois d'une œuvre créatrice et perfectionniste.

D'abord, une œuvre perfectionniste en ce sens qu'en interprétant le contrat, l'arbitre peut être amené ( sous réserve des pouvoirs qui lui sont reconnus par le droit applicable et par les parties sur la question) à combler certaines lacunes contractuelles dans le but de remédier aux défauts et aux carences de la convention (§1).

Ensuite, une œuvre créatrice, dans la mesure où l'arbitre va renforcer le contenu de la convention par des obligations inspirées de la bonne foi dans l'exécution du contrat (§2).

**264.** Par ailleurs, si l'interprétation du contrat de bonne foi implique une lecture du contrat à la lumière de sa lettre et de son esprit, il n'en demeure pas moins qu'elle invite l'arbitre à harmoniser entre le contenu du contrat et sa nature. Un travail qui l'amène parfois à requalifier le contrat afin de lui dégager les obligations qui lui sont correspondantes (§3).

---

<sup>295</sup> OSMAN (F.), Les principes généraux de la lex mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, LGDJ. 33.

## § 1- L'interprétation par le perfectionnement du contrat

**265.** L'accord de volonté des contractants peut présenter une carence soit parce que les parties ont renvoyé la détermination d'une clause à un accord ultérieur qui ne s'est pas produit ou bien parce qu'ils ont omis de régler une question particulière et dont il apparaît ultérieurement qu'elles aurait dû le faire. C'est dans ces conditions qu'intervient l'interprétation perfectionniste du contrat.

**266.** Il faut cependant relever que, dans certains systèmes juridiques, certains contrats ne peuvent être formés valablement que s'ils contiennent tous les éléments nécessaires à leur existence et par conséquent l'interprète, juge ou arbitre, ne peut pas suppléer à la volonté des parties pour remédier à de telles déficiences. Autrement dit, seules les lacunes relatives aux points secondaires, et dont l'inexistence n'affecte pas la validité du contrat, qui peuvent être remédiées par voie d'interprétation. C'est le cas du prix dans un contrat de vente en Droit tunisien par exemple. En effet, le prix doit être déterminé ou déterminable. Par conséquent, un contrat de vente qui ne contient pas au moins d'indices objectifs permettant sa détermination ultérieure est un contrat nul d'une nullité absolue pour défaut d'objet. Dans une telle hypothèse, cette lacune ne peut pas être comblée par voie d'interprétation.

**267.** Les arbitres ne procèdent à une interprétation par comblement des lacunes qu'après avoir vérifié les pouvoirs qui lui ont été confiés par le droit applicable et par les parties. Ainsi une sentence arbitrale rendue en 1974 illustre la méfiance de l'arbitre en la matière. Dans cette affaire, l'arbitre « avait été saisi par l'une des parties afin de fixer de nouveaux prix, les anciens étant devenus caducs par suite du jeu d'une clause contractuelle et les négociations prévues par cette clause ayant échoué. L'arbitre refuse de donner droit à cette requête : « la question, ainsi soumise à l'arbitre ne constitue pas un litige découlant du contrat pour cette raison qu'est en cause l'un des éléments constitutifs du contrat, le prix, sans lequel le contrat ne peut se former ou être maintenu. La décision n'eût pas été différente dans le cas de lacunes moins essentielles n'entraînant pas l'inexistence du contrat ». L'arbitre précise, en effet, « qu'il ne peut connaître que les difficultés nées à l'occasion de rapports juridiques déjà créés

ou maintenus par la volonté des parties, en aucune façon suppléer à celles-ci en vue d'établir ou de parfaire le contrat<sup>296</sup> ».

La méfiance de l'arbitre quant à la détermination du prix est également présente dans une autre sentence CCI rendue dans l'affaire 5953 en 1989. Dans cette affaire, le tribunal arbitral « rappelle qu'il est douteux qu'un arbitre, même amiable compositeur, puisse parfaire l'accord des parties en ce qui concerne le prix. C'est là une position traditionnelle, en droit français tout au moins, où l'on distingue la fonction juridictionnelle de l'arbitre de celle du mandataire des parties, à l'image du tiers qui peut être appelé à déterminer le prix de vente selon l'article 1592 du Code civil<sup>297</sup> ».

En somme, le droit applicable au contrat ainsi que les pouvoirs accordés par les parties à l'arbitres sont des éléments indispensables qui conditionnent la possibilité pour l'arbitre de procéder aux comblements des lacunes du contrat.

Le comblement des lacunes du contrat par le juge ou l'arbitre interprète a été mis en exergue par Mme. MALLEVILLE qui écrit « interpréter une convention suppose non seulement d'en traduire les clauses mais parfois également d'y ajouter<sup>298</sup> ». La corrélation entre l'interprétation et le comblement des lacunes du contrat a été mise en exergue par Ph. SIMLER qui écrit que « toute méthode objective d'interprétation ... conduit inévitablement ... à la confusion entre interprétation et détermination du contenu<sup>299</sup> ».

**268.** Les principes UNIDROIT admettent le fait de combler les lacunes du contrat par voie d'interprétation. De même, certains systèmes juridiques étatiques reconnaissent au juge un tel pouvoir. Ainsi, « lorsqu'il constate une lacune du contrat, le juge suisse la complète en première ligne au moyen du droit dispositif. A défaut, il établit lui-même la règle nécessaire pour trancher le litige, soit sur la base de la volonté hypothétique des parties, soit de manière générale et abstraite, en comblant d'abord la lacune de la loi révélée à l'occasion du litige.

---

<sup>296</sup> Sentence inédite citée par LOQUIN (E. ), L'amiable composition en droit comparé et international, contribution à l'étude du non droit dans l'arbitrage commercial, 1980. 300.

<sup>297</sup> Sentence CCI n° 5953 rendue 1989, Clunet 1990.4. 1056, obs. Y. DERAIS.

<sup>298</sup> MALLEVILLE (M.H.), Pratique de l'interprétation des contrats, Etudes jurisprudentielles, Thèse Rouen 1991. n° 516.

<sup>299</sup> SIMLER (Ph.), J. Cl. Civ. Art. 1156 à 1164, n° 10.

La volonté hypothétique est celle qu'auraient eue les parties si elles avaient envisagé l'hypothèse non réglée. Pour l'établir, le juge s'inspire du comportement de contractants raisonnables et corrects, ainsi que de l'économie et du but du contrat en cause. Cette méthode de complètement est dénommée « individuelle », puisqu'elle ne vise que la relation particulière entre les parties. Elle s'oppose au comblement « général », qui est indiqué lorsque l'affaire présente des caractéristiques suffisamment typiques. Dans ce cas, le juge procède de manière générale et abstraite en commençant par combler la lacune du droit positif par une règle qu'il applique ensuite au litige<sup>300</sup>».

**269.** Lorsque le droit applicable n'y voit pas d'inconvénient et lorsque les parties confient à l'arbitre la mission de combler les lacunes du contrat et de compléter leur accord, l'arbitre n'hésite pas à le faire. Cela a été le cas d'une sentence rendue sous l'égide la CCI en 1972 dans l'affaire n° 1990 où une clause avait prévu, de manière générale que, la transformation d'un contrat de concession de vente en un contrat de concession de production au cas d'un certain changement de circonstances. Etant donné que ce dernier s'est produit, le tribunal arbitral fût appelé à mettre en œuvre la stipulation relative à la modification du régime juridique voulu expressément par les parties et à combler les lacunes du contrat par voie d'interprétation afin de préciser son contenu et, par conséquent, déterminer les obligations y afférentes<sup>301</sup>.

La même démarche a été suivie dans la sentence CCI n° 6503 rendue en 1990. Dans cette affaire, une société espagnole X était la licenciée exclusive d'une société française Y pour l'exploitation en Espagne d'une marque de produits cosmétiques. Le contrat de licence, conclu en 1976 pour une période de dix ans était automatiquement renouvelable, à la demande de la licenciée pour une nouvelle période de 10 ans. A la suite du refus de X de se laisser filialiser, Y résilia le contrat en 1989 sur la base d'une clause résolutoire qui lui accordait le pouvoir de mettre fin au contrat indépendamment de toute inexécution de la part de sa licenciée. En statuant sur la régularité de la résiliation entreprise par Y, le tribunal constate l'existence d'une lacune dans le contrat. Cette lacune consiste en l'absence de mention tant de la durée de préavis que doit respecter le donneur de licence dans l'exercice de

---

<sup>300</sup> CHAPPUIS (C.), L'intervention du tribunal dans le contrat- convergence entre les principes UNIDROIT et le droit suisse, éd. Juris- Classeur. 66.

<sup>301</sup> Sentence CCI n° 1990 en 1972, Clunet, 1974. 897, obs. Y. DERAÏNS.

son droit de résiliation, que de la date de prise de l'effet de celle-ci. Les arbitres n'hésitent pas à combler cette lacune<sup>302</sup>.

**270.** Pour combler les lacunes du contrat, l'arbitre fait des usages du commerce international un vecteur essentiel qui oriente son travail. En effet « les arbitres interprètent volontiers les conventions équivoques par les usages qu'ils connaissent en tant que praticiens<sup>303</sup> ».

Le recours aux usages du commerce international se fait très couramment dans plusieurs sentences. C'est le cas de la sentence CCI n° 3288 : le tribunal y déclare que « considérant qu'il est d'usage courant qu'un maître d'ouvrage, ayant à faire construire un ensemble industriel important, sans avoir l'expérience d'une telle entreprise complexe, fasse appel à un organisme conseil, disposant de tous les moyens appropriés pour l'assister dans ses rapports avec les fournisseurs d'engineering, de matériels et de travaux qui concourront à l'édification et à la mise en route de l'ouvrage ; que cette assistance peut aussi porter sur la formation des équipes destinées à prendre en charge l'exploitation de l'ouvrage... ; Considérant qu'il est également d'usage dans les circonstances ci-dessus évoquées, que l'organisme –conseil reçoive de son client les pouvoirs suffisants pour que l'approbation des plans et documents soumis à son contrôle soit accordée ou refusée sans délai non nécessaire ... ; Considérant qu'il n'est pas rare que le maître d'ouvrage fasse appel à une entreprise expérimentée pour lui confier l'exploitation d'une raffinerie de pétrole et ce, pendant une période relativement longue, pouvant dépasser une ou deux années, en raison des caractéristiques ou dangers propres à un telle exploitation et de l'expérience et l'habileté professionnelle qu'elle requiert à tous les niveaux du personnel... ; Considérant que *l'International Federation of Consulting Engineers (FIDIC)* fait paraître en 1963 un document intitulé *conditions of contract (international) for electrical et mechanical works (including erecting on site)* dont les articles 15.1, 15.2, 15.3 sont cités dans la version française... ; Considérant que l'article 15.1 ci-dessus met à la charge de l'entrepreneur l'entretien et la conservation des ouvrages jusqu'à la prise de possession ; que d'après ce même document FIDIC, « la prise de possession par l'employeur » s'entend après achèvement de l'ouvrage et tous essais contractuels effectués ; que cette prise de position peut donc être équivalente soit « à la fin de mise en service » par

---

<sup>302</sup> Sentence CCI n° 6503 rendue en 1990, Clunet 1995. 4. 1022 et s, obs. Y. DERAIS

<sup>303</sup> MALEVILLE (M.H.), *Pratique de l'interprétation des contrats, Etudes jurisprudentielles*, Thèse Rouen 1991. n° 466.

unité... Qu'il y aura cependant lieu – en cas d'insuffisance des documents précités- de rechercher la commune volonté des parties dans les usages internationaux qui existeraient en matière d'affacturage international<sup>304</sup> ».

**271.** De son côté, l'équité a permis au juge étatique et à l'arbitre tant interne qu'international de combler les lacunes du contrat soumis à l'interprétation. Ainsi, la sentence rendue sous l'égide de la CCI sous le n° 2291 en 1975 témoigne de cette démarche en ce sens que le tribunal arbitral a énoncé que « n'ayant pas pris la précaution de rédiger un contrat formel, il convient d'interpréter leurs volontés ... à partir de leurs écrits et en fonction des principes généraux du droit et de l'équité qui doivent régir les transactions commerciales internationales<sup>305</sup> ».

**272.** Par ailleurs, l'interprétation du contrat peut également déboucher sur une création d'obligations au nom de la bonne foi . Par cette création, l'arbitre procède à un renforcement du contenu du contrat.

## **§2 – L'interprétation par le renforcement du contenu du contrat**

**273.** La bonne foi a servi de terreau à la création d'obligations accessoires qui ont renforcé le contenu du contrat de commerce international. Pour certains auteurs, le complément du contenu du contrat par le rajout des suites à la convention a pour fondement des considérations objectives d'équité<sup>306</sup>.

**274.** Le renforcement du contenu du contrat se concrétise par le rajout d'un certain nombre d'obligations accessoires. IL s'agit essentiellement de l'obligation de loyauté, l'obligation de coopération, l'obligation d'information et l'obligation de diligence.

---

<sup>304</sup> Sentence CCI n° 3202, note Y. DERAÏNS, Clunet 1979. 1003.

<sup>305</sup> Sentence CCI n° 2291 rendue en 1975, Clunet 1976. 989, obs. Y. DERAÏNS.

<sup>306</sup> V. MALEVILLE (M.H.), Pratique de l'interprétation des contrats, Etudes jurisprudentielles, Thèse Rouen 1991. n° 520 et s.

Ces obligations sont largement connues dans les droits nationaux. Et leur consécration par les arbitres du commerce internationale n'est qu'une manière d'attester la démarche adoptée par la jurisprudence arbitrale qui consiste à faire preuve d'un travail d'uniformisation et où la *lex mercatoria* apparaît comme le puits transnational qui centralise les concepts adoptées quasi-unaniment par les systèmes juridiques étatiques.

### **A - L'obligation de loyauté**

**275.** L'obligation de bonne foi a pour corollaire l'obligation de loyauté. Cette obligation qui pèse sur les contractants exige d'eux côtés une attitude loyale. Les contractants ne doivent plus se comporter comme des adversaires, animés chacun par un but propre. Ils doivent se comporter comme des partenaires et faire preuve d'une loyauté réciproque tout au long de l'exécution du contrat.

Le droit français a pour longtemps fait de l'obligation de loyauté une caractéristique générale de la relation contractuelle. Elle impliquait pour les parties le devoir d'assurer une certaine transparence de telle sorte que chacune d'entre elles puisse comprendre ce à quoi elle s'engageait.

**276.** Reprenant une distinction proposée par M. PICOD entre la loyauté contractuelle et la loyauté des contractants, M. OSMAN souligne que « la loyauté exigée des opérateurs du commerce international demeure avant tout une loyauté contractuelle et non la loyauté des contractants<sup>307</sup> ».

Selon M. PICOD, la différence entre les deux notions repose sur le fait que la loyauté des contractants « consiste à apprécier directement une attitude » tandis que la loyauté contractuelle ne se réduit pas « à une simple recette d'interprétation de la volonté des parties ». cette notion intervient « là où le contrat ne dit rien, c'est à dire là où il serait

---

<sup>307</sup> OSMAN. F., Les principes généraux de la *lex mercatoria*, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, LGDJ. 133.

illusoire d'invoquer une prétendue volonté qui ne s'est pas du tout ou insuffisamment exprimée<sup>308</sup>».

De ce fait, c'est en se basant sur la loyauté contractuelle que l'arbitre du commerce international arrive à dégager des règles générales pour tous les contractants en ce sens que cette notion nécessite un effort de généralisation et d'objectivisme. C'est ainsi que la jurisprudence arbitrale, à plusieurs reprises, « sanctionne le manque d'assistance mutuelles des contractants dans l'exécution de leur convention, ou conclut à l'inopposabilité d'une incapacité à compromettre soulevées en cours d'instance arbitrale<sup>309</sup> ».

**277.** Il est à signaler que la distinction entre loyauté contractuelle et loyauté des contractants trouve son origine dans les travaux de VOUIN qui propose d'opposer la bonne foi des contractants et la bonne foi contractuelle. Il définit cette dernière comme étant « un motif de décision qui permet de déterminer le contenu obligatoire d'un contrat, et d'apprécier simultanément les conséquences juridiques des actes qui les suivent et s'y rapportent<sup>310</sup> ». Cependant, la bonne foi du contractant « est un état subjectif qui lui est propre<sup>311</sup> ».

**278.** La jurisprudence arbitrale n'hésite pas à rappeler avec force l'obligation de la loyauté contractuelle qui pèse sur les contractants dans plusieurs sentences. A ce titre, on cite la sentence KLÖCKNER où le tribunal arbitral a déclaré : « le principe suivant lequel une personne qui s'engage dans des rapports contractuels intimes fondés sur la confiance, doit traiter avec son collègue de façon franche, loyale et candide (est) un principe de base de droit civil français, comme il l'est en fait des codes des nations dont nous avons connaissance. C'est là le critère qui s'applique dans les rapports entre des partenaires dans de simples associations n'importe où. La règle est particulièrement appropriée dans les entreprises internationales plus complexes, comme-celle-ci<sup>312</sup> ».

**279.** La consolidation de l'obligation de loyauté contractuelle s'est réalisée par la consécration du devoir de coopération entre les contractants.

---

<sup>308</sup> PICOD (Y.) Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, LGDJ., 1989. 18.

<sup>309</sup> OSMAN (F.), Les principes généraux de la lex mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, LGDJ. 133.

<sup>310</sup> VOUIN (R.), La bonne foi : notion et rôle actuels en droit privé français, Thèse, Paris 1939. 145.

<sup>311</sup> VOUIN (R.), Op. cit., 145.

<sup>312</sup> Sentence Klöckner, (Arb. CIRDI), rendue le 21 octobre 1983, Clunet 1984. 409 et s.

## B - L'obligation de coopération

**280.** La loyauté contractuelle a servi de fondement à une autre obligation qui est la coopération de bonne foi. En effet, l'exécution du contrat nécessite une entraide active entre les contractants afin d'atteindre le but commun que poursuit la transaction dans sa totalité.

L'objectif propre poursuivi par chacune des parties ne doit pas être au détriment de la fin commune qui anime l'exécution du contrat. Cette idée a été défendue par DEMOGUE qui estimait que « les contrats forment une sorte de microcosme (...) une petite société où chacun doit travailler dans un but commun, qui est la somme des buts individuels, poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale<sup>313</sup> ».

**281.** Certes, l'obligation de coopération est largement connue dans les droits nationaux, mais le développement des contrats internationaux à long terme a donné à cette obligation sur le plan international un intérêt considérable en ce sens que « tantôt, c'est l'importance même du travail à accomplir qui appelle de longs délais d'exécution. Tantôt, c'est l'insécurité grandissante du monde environnant qui incite les parties à se protéger. En effet, « pour réaliser une œuvre de longue haleine, il faut collaborer<sup>314</sup> ».

**282.** Lorsqu'ils se trouvent « confrontés à une volonté qui ne s'est pas, ou insuffisamment, exprimée, les arbitres interpréteront l'accord de volonté des parties de façon à lui faire atteindre un objectif de coopération, et sanctionneront tout manque de fidélité, loyauté ou réserve par rapport au comportement escompté d'un contractant de diligence moyenne<sup>315</sup> ».

En somme, l'exécution des contrats internationaux, notamment à long terme, nécessite l'existence d'une affectio contractus qui implique une assistance mutuelle qui incombe aux contractants.

---

<sup>313</sup> DEMOGUE (R.), *Traité des obligations*, T.VI, cité par OSMAN. F., *op. cit.*, 135.

<sup>314</sup> FONTAINE (M.), « Les contrats internationaux à long terme », In *Etudes offertes à Roger HOUIN*, Dalloz, 1985. 263.

<sup>315</sup> OSMAN (F.), *Les principes généraux de la lex mercatoria*, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, LGDJ. 133.

**283.** L'obligation de coopération mutuelle a pour corollaire d'autres devoirs mis en exergue par la jurisprudence arbitrale. Il s'agit du devoir qui pèse sur chaque partie d'avoir à l'égard de son cocontractant un comportement qui ne puisse lui nuire, le devoir de s'acquitter de ses obligation avec une diligence raisonnable.

### **I – le devoir pour chaque partie d'avoir à l'égard de son cocontractant un comportement qui ne puisse lui nuire**

**284.** L'assistance mutuelle fait naître l'obligation pour chaque partie d'avoir à l'égard de son cocontractant un comportement qui ne puisse lui nuire.

Cette obligation a été mise en exergue dans d'innombrables sentences arbitrales. C'est le cas de la sentence CCI n° 2443 où le tribunal arbitral siégeant dans cette affaire déclare que « les parties (...) devaient être parfaitement conscientes que seule une collaboration loyale, totale et constante entre elles pouvait éventuellement permettre de résoudre, au-delà des difficultés inhérentes à l'exécution de tout contrat les nombreux problèmes résultant de l'extrême complexité dans la formulation et l'enchevêtrement des engagements litigieux (...). Cette obligation de coopération, qu'à juste titre la doctrine moderne retrouve dans la bonne foi qui doit gouverner l'exécution de toute convention s'impose<sup>316</sup>».

La même position a été adoptée dans la sentence CCI rendue en 1984 où le différend opposait une société italienne (la demanderesse) à une société britannique (la défenderesse). Cette dernière entreprenait un projet de construction pour un client en Afrique. Elle devait présenter à ce dernier des propositions (plans, maquettes..) avant de procéder à la réalisation des travaux de construction. La société demanderesse était tenue de fournir des prestations architecturales et de les mettre à la disposition de la défenderesse. N'ayant pas fourni les prestations prévues, les trois arbitres siégeant dans cette affaire avaient conclu à l'existence d'un manquement à l'obligation de coopération de la part de la demanderesse<sup>317</sup>.

---

<sup>316</sup> Sentence CCI n° 2433, Clunet 1976. 988 et s.

<sup>317</sup> V. JARVIN (S.), « L'obligation de coopérer de bonne foi, exemple d'application au plan de l'arbitrage international », In dossiers de l'Institut de la Chambre de Commerce Internationale (CCI), L'apport de la jurisprudence arbitrale 1986.165.

## **II- le devoir pour chaque partie de s'acquitter de ses obligations avec une diligence raisonnable**

**285.** Ce devoir trouve son fondement dans une présomption de compétence professionnelle « car il suppose que les parties sont en mesure de se comporter en praticiens du commerce international<sup>318</sup> ».

**286.** L'obligation de diligence constitue un élément de la bonne foi du contractant ce qui implique par exemple pour l'acheteur l'obligation d'examiner les marchandises dans un bref délai et de dénoncer le défaut de conformité dans un délai raisonnable. Par conséquent, « si l'acheteur n'évoque que tardivement l'existence d'un défaut de la marchandise, son attitude sera jugée contraire à la bonne foi<sup>319</sup> ».

**287.** Par ailleurs, le renforcement du contenu du contrat s'est réalisée par la consécration de l'obligation d'information.

### **C – L'obligation d'information**

**288.** La coopération de bonne foi mise à la charge des parties contractantes implique un devoir d'information tant dans la phase pré-contractuelle que dans la phase d'exécution du contrat.

**289.** La jurisprudence arbitrale a, non seulement déterminé le contenu de l'obligation d'information qui pèse sur les contractants, mais également elle a pris le soin d'en délimiter les contours.

---

<sup>318</sup> JARVIN (S.), « L'obligation de coopérer de bonne foi, exemple d'application au plan de l'arbitrage international », In dossiers de l'Institut de la Chambre de Commerce Internationale (CCI), L'apport de la jurisprudence arbitrale 1986.165.

<sup>319</sup> RONBIN (G.), « Le principe de la bonne foi dans les contrats internationaux », Revue de droit des affaires internationales, Décembre 2005. 713.

## I - La détermination du contenu de l'obligation d'information

**290.** L'obligation d'information a deux volets complémentaires. D'abord, le devoir de s'informer et ensuite, le devoir d'informer. En d'autres termes, le contractant assujéti à l'obligation d'information est tenu de s'informer avant de pouvoir informer son partenaire.

En effet, la diligence qui pèse sur le contractant professionnel lui impute le devoir de procéder à des investigations préalables et des recherches approfondies. Il est tenu de « prendre parti, s'entourer de toutes les précautions nécessaires, exercer au besoin les recherches adéquates<sup>320</sup> ».

C'est dans ces termes que s'est prononcée la jurisprudence arbitrale dans plusieurs sentences. A titre d'exemple on cite, la sentence CCI n° 3776 où il a été déclaré qu' «il appartenait (au débiteur) de concevoir, de dessiner et proposer des (...) capables d'atteindre toutes les performances exigées par le contrat (...) dont la convention avait, justement, pour objet d'assurer la pleine entière exécution<sup>321</sup> ».

Cette même position a été adoptée dans la sentence KLÖCKNER qui décide que l'entreprise allemande a le devoir « de fournir l'ensemble global de factibilité, d'analyse, de conception, de gestion, de passation de marchés, de construction et de commercialisation pour une installation industrielle ».

Selon M. OSAMN, en prenant cette position, les arbitres ont infligé au fournisseur un droit d'ingérence dans les affaires de son client. Il estime que « cette obligation d'ingérence découle toujours des circonstances pertinentes de la cause et, notamment, des objectifs poursuivis par les parties. (...). Et lorsque les partenaires en présence sont issus de systèmes économiques d'inégal développement, l'immixtion du débiteur de l'obligation de renseignement mérite une attention toute particulière. En effet, sans trop caricaturer, on peut observer que le récepteur de technologie, généralement un pays en voie de développement, désireux de voir l'opération atteindre ses objectifs, n'est pas toujours en mesure de formuler

---

<sup>320</sup> PICOD (Y.) « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », JCP. 1988, éd. G. I. 3318. p18.

<sup>321</sup> Sentence CCI n° 3776 citée par HORSMAN (G.), « L'interprétation des contrats internationaux », In L'arbitrage commercial international, L'apport de la jurisprudence arbitrale, Publication de la CCI. 1986. 147.

ses besoins de manière suffisamment précise. C'est pourquoi le fournisseur devra alors s'immiscer dans les affaires de son client en vue de répondre d'une manière adéquate à ses besoins<sup>322</sup> ».

**291.** Par ailleurs, chaque contractant est tenu d'informer l'autre partie des circonstances susceptibles de compromettre l'exécution du contrat. L'obligation des parties de s'informer mutuellement apparaît comme une suite logique au devoir de coopération qui pèse sur elles. Cette obligation leur permet de pallier aux lacunes qui affectent leurs prévisions.

La jurisprudence arbitrale a, à maintes reprises, mis en exergue cette obligation. C'est le cas de la sentence CCI n° 3093/ 3100 où le différend est née à la suite du refus manifesté par l'acheteur de payer les produits pétroliers objet du contrat, en invoquant les règles organisant le contrôle des changes dans son pays. Le tribunal a retenu la faute de l'acheteur car il était tenu d'informer le vendeur de la pénurie de devises dans son pays d'autant plus qu'il « savait- ou tout au moins devait savoir- que son pays se trouvait dans une situation difficile sur le plan monétaire et que la banque centrale (...) ne serait peut-être pas en mesure, à l'échéance de chaque facture, de mettre à sa disposition les devises étrangère nécessaires. C'est la un risque que l'acheteur ne pouvait pas ignorer, compte tenu de l'importance exceptionnelle et de la fréquence rapide des versements à faire en dollars U.S.A. Il appartenait donc à l'acheteur d'obtenir de la banque centrale les garanties nécessaires, ce au moment de la conclusion des contrats ou, au plus tard, avant de recevoir les livraisons de produits raffinés ou de pétrole brut. Selon les règles de la bonne foi, elle ne pouvait pas s'engager à payer le prix des produits sans avoir l'assurance de pouvoir effectuer, aux échéances convenues, les versements en devises étrangères. Or, l'acheteur ne prétend pas avoir demandé à la banque centrale (...) de lui donner cette garantie. C'est seulement plus tard, après avoir reçu la plus grande partie des livraisons, que l'acheteur est intervenu auprès de la banque centrale (...) seule autorité habilité à mettre à sa disposition les devises étrangères nécessaires<sup>323</sup> ».

---

<sup>322</sup> OSMAN (F.), Les principes généraux de la lex mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, LGDJ. 145.

<sup>323</sup> Sentence CCI n° 3093/ 3100 rendue 1979, Clunet 1980. 951 et s.

On retrouve la même prise de position dans une sentence rendue en 1985 où le tribunal arbitral a déclaré qu' « attendu qu'il apparaît des données recueillies par le tribunal arbitral que la défenderesse (l'entrepreneur suisse) n'a pas toujours été en mesure d'informer suffisamment et en temps utile la demanderesse (sous-traitant français) sur les raisons particulières à l'origine du non-paiement ;

Attendu qu'il est opportun d'établir que parallèlement aux dispositions légales des différents droits nationaux existent dans le domaine spécifique du commerce international, des usages et principes de coopération qui s'imposent à tous les opérateurs économiques du commerce international ; que les parties à un contrat ont le devoir implicite de coordonner leurs efforts pour une coopération et exécution ponctuelle de leurs obligations ; qu'ainsi se multiplient les obligations d'informer, de renseigner, d'assister et de se concerter<sup>324</sup> »,

**292.** Si la jurisprudence arbitrale incombe à chaque partie l'obligation de tout révéler à son partenaire, il n'en demeure pas moins que cette obligation d'information n'a pas un caractère unilatéral en ce sens que les arbitres du commerce international ont contourné le droit du créancier à être informé en lui infligeant le devoir de s'informer.

## **II – La détermination des limites de l'obligation d'information**

**293.** Le contractant créancier de l'obligation d'information ne doit pas rester les bras croisés en attendant que son co-contractant lui révèle les informations dont il a besoin. Ainsi s'il bénéficie du droit d'être informé, il est également tenu du devoir de s'informer.

**294.** Le devoir de s'informer implique l'obligation de faire preuve d'une certaine vigilance afin d'avoir des renseignements sur toutes les données nécessaires à l'exécution du contrat et dont l'absence serait préjudiciable.

---

<sup>324</sup> Sentence citée par JARVIN (S.), « L'obligation de coopérer de bonne foi, exemple d'application au plan de l'arbitrage international », In dossiers de l'Institut de la Chambre de Commerce Internationale (CCI), L'apport de la jurisprudence arbitrale 1986. 168.

La jurisprudence arbitrale exige du contractant l'obligation de procéder à des études préalables et elle contrebalance cette obligation en faisant peser sur son partenaire le devoir de procéder à des recherches et investigations approfondies.

Cette réciprocité dans l'obligation d'information (l'obligation d'informer et l'obligation de s'informer) n'est que la concrétisation de l'assistance mutuelle exigée des parties contractantes. En effet, cette assistance mutuelle implique une coopération effective qui se manifeste dans la volonté d'honorer la transaction en question en échangeant les informations nécessaires à l'exécution du contrat, et ce en faisant preuve d'une vigilance (du côté du débiteur de l'obligation d'information) et d'une curiosité (du côté du créancier de l'obligation d'information qu'il soit profane ou professionnel) afin de pouvoir exécuter le contrat de bonne foi. Cette réciprocité est mise en lumière par plusieurs sentences arbitrales.

La sentence CCI rendue en 1985 fournit une bonne illustration de cette prise de position. Elle déclare qu' « attendu que l'obligation des parties de collaborer en vue de la bonne exécution du contrat met donc à charge de l'une et l'autre, en particulier, une obligation de renseignement ; qu'ainsi le débiteur – au cas où des circonstances imprévues viennent modifier les conditions dans lesquelles le contrat doit s'exécuter - doit agir au mieux des intérêts du créancier et rendre compte à ce dernier de toutes les initiatives qu'il met en œuvre<sup>325</sup> ».

La sentence CCI n° 1990 reprend la même affirmation et les arbitres siégeant dans cette affaire n'hésitent pas à retenir la responsabilité du créancier de l'obligation d'information car il n'a pas « procédé à une étude approfondie de la situation du marché espagnol » et donc il a fait preuve d'une négligence inexcusable « pour laquelle il ne peut s'en prendre qu'à lui-même et dont il ne peut tenir son partenaire pour responsable<sup>326</sup> ».

---

<sup>325</sup> Sentence citée par JARVIN (S.), « L'obligation de coopérer de bonne foi, exemple d'application au plan de l'arbitrage international », In dossiers de l'Institut de la Chambre de Commerce Internationale (CCI), L'apport de la jurisprudence arbitrale 1986. 168.

<sup>326</sup> Sentence CCI rendue dans l'affaire n° 1990 en 1972, Clunet 1974. 898, obs. Y. DERAÏNS.

## D – L'obligation de diligence

**295.** L'obligation de diligence est une obligation qui couvre plusieurs devoirs qui prescrivent un certain comportement assurant l'exécution du contrat de bonne foi. C'est le cas de l'obligation de surveillance, l'obligation de prendre sous sa protection...

**296.** La pratique arbitrale a mis en exergue l'obligation de diligence sous ses divers aspects à plusieurs reprises. Ainsi par exemple, en cas de survenance d'un dommage en raison de l'inexécution du contrat, la partie lésée est tenue de mettre en œuvre tous les moyens pour modérer ce dommage. Elle est tenue de faire preuve d'une certaine diligence normale, utile, et raisonnable dans la sauvegarde de ses intérêts. Ce qui implique que la partie lésée « agisse le plus rapidement possible afin de réduire l'ampleur du préjudice (...). Le créancier ne doit donc pas tergiverser et laisser croire au débiteur qu'il tolère l'inexécution <sup>327</sup> »

**297.** La diligence imposée aux parties n'est qu'une autre manière de concrétiser la démarche adoptée par l'arbitre du commerce international dans l'interprétation du contrat. En effet, qualifiés de « témoins professionnels <sup>328</sup> », « les arbitres lisent et interprètent la lettre des contrats dans une perspective tout à fait professionnelle qui paraît reposer sur les trois critères suivants : la compétence, le sérieux et l'efficacité <sup>329</sup> ». Partant de cette vision, l'arbitre prend pour acquis que les parties à un contrat du commerce international sont « des personnes raisonnables, intelligents et expérimentées. Elles doivent l'être en tout cas <sup>330</sup> ».

**298.** Par ailleurs, en interprétant le contrat du commerce international, les arbitres veillent à assurer une harmonisation entre le contenu du contrat et sa nature, ce qui ouvre voie à la requalification de la convention lorsqu'il décèle que le contenu du contrat ne convient pas à la nature qui lui a été attribuée par les parties.

---

<sup>327</sup> ORTSCHIEDT (J.), La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international, Dalloz. 2001. 140.

<sup>328</sup> Expression utilisée par HORSMAN (G.), « L'interprétation des contrats internationaux », In L'arbitrage commercial international, L'apport de la jurisprudence arbitrale, Publication de la CCI. 1986.

<sup>329</sup> HORSMAN (G.), « L'interprétation des contrats internationaux », In L'arbitrage commercial international, L'apport de la jurisprudence arbitrale, Publication de la CCI. 1986. 145.

<sup>330</sup> HORSMAN (G.), Idem. 145.

### §3 – L'interprétation par l'harmonisation entre le contenu du contrat et sa nature

**299.** En interprétant le contrat, l'arbitre va préciser son contenu et déterminer les obligations réciproques des parties. Chaque contrat produit des obligations principales qui lui sont particulières. Et c'est en identifiant ces obligations principales que le contrat pourrait être qualifié.

**300.** La qualification est une technique juridique qui a fait l'objet de plusieurs définitions qui sont presque avoisinantes : elles se ramènent toutes à une même idée qui consiste à dire que la qualification consiste dans la détermination de la nature d'un acte ou d'un fait, afin de lui faire appliquer la norme juridique appropriée. Ainsi, CAPITANT l'a définie comme étant « la détermination précise de la nature juridique d'un rapport de droit à l'effet de classer ce rapport dans l'une des catégories juridiques existantes<sup>331</sup> ».

On retrouve la même idée dans la définition apportée par MARTY et RAYNAUD qui observaient que la détermination de la nature juridique d'une notion « c'est du même coup la rattacher, l'intégrer par un travail de qualification au sein d'une catégorie plus générale dont elle prendra ainsi le régime juridique<sup>332</sup> ». Ou également celle proposée par M. OVERSTAKE pour qui « rechercher la nature d'un contrat c'est chercher à identifier ce contrat pour le faire rentrer dans une catégorie préétablie dont les règles s'appliqueront au rapport contractuel envisagé<sup>333</sup> ».

**301.** Une définition générale de la qualification a été apportée par le Professeur GHESTIN qui a défini la qualification comme étant « un procédé intellectuel consistant à rattacher un cas concret à un concept juridique abstrait reconnu par une autorité normative<sup>334</sup> ».

---

<sup>331</sup> CAPITANT (H.), Vocabulaire juridique, 1936. 397.

<sup>332</sup> MARTY et RAYNAUD, Obligations, 1962, n°60 p.103.

<sup>333</sup> OVERSTAKE (J.-F.), Essai de classification des contrats spéciaux, Th. Bordeaux, LGDJ 1969. 15.

<sup>334</sup> GHESTIN (J.) avec le concours de JAMIN (C.) et BILLIAU (M.), Traité de droit civil, les effets du contrat, LGDJ p. 64 n° 52.

**302.** La recherche de l'intention réelle des parties s'avère en pratique à la fois primordiale et préalable à la détermination de la nature juridique du contrat. C'est en partant de ce constat que nous mettrons l'accent sur le lien étroit entre l'interprétation du contrat et sa qualification (A) avant d'analyser la mise en œuvre du pouvoir de qualifier et de requalifier le contrat de commerce international par la jurisprudence arbitrale (B).

### **A – le lien d'interférence entre l'interprétation du contrat et sa qualification**

**303.** Afin d'éviter de le risque de mener une étude superficielle, il convient d'analyser le sujet de l'interprétation du contrat de commerce international dans toutes ses facettes en amont et en aval. En interprétant le contrat, l'arbitre se trouve confronté à plusieurs problèmes dont la résolution est étroitement liés avec la recherche de l'intention réelle des parties. C'est le cas de la qualification.

Qualifier un contrat suppose que l'arbitre se soit arrêté sur la réelle intention des parties. De ce fait l'interprétation des faits est alors un préalable à l'opération de qualification. En effet, pour savoir à quelle catégorie juridique un contrat est rattaché, il faut, dans un premier temps, identifier les obligations essentielles tout en décryptant la volonté réelle et commune des parties.

**304.** Certes, la qualification est une opération qui est différente de l'interprétation. Une différence qui se manifeste au niveau de la nature (question de droit/ question de fait) et au niveau de la méthode. Mais ces différences ne sauraient occulter la relation qui existe en réalité entre elles.

La corrélation entretenue entre la recherche de la volonté réelle des parties par l'interprétation du contrat et le rattachement du contrat à un régime juridique par la qualification est mise en exergue par plusieurs sentences arbitrales. A ce titre on cite la sentence rendue en 1981 sous l'égide de la CCI dans l'affaire n°3243 où il s'agissait d'un contrat de livraison par une entreprise américaine A (la demanderesse) d'équipements miniers à une entreprise marocaine (la défenderesse). Le contrat est soumis au droit marocain et qualifié par les parties de vente d'équité. Il comprenait des prestations de service qui allaient

au delà des qualifications habituelles du vendeur ce qui amènera les arbitres à en préciser la qualification<sup>335</sup>.

On retrouve la même idée dans une autre sentence rendue en 1994 sous le n° 7518<sup>336</sup>. En effet, c'est en se basant sur l'intention réelle des parties que les arbitres se sont parvenus à s'arrêter sur la nature exacte de la transaction. Il déclare que « le texte préalable de la soumission (...) confirme que les partenaires avaient pour intention de réaliser les travaux commun » et de constituer un consortium ostensible. Mais ayant constaté que les parties n'avaient pas en réalité l'intention de procéder à un partage des travaux, le tribunal déclare que : « en conséquence, le Tribunal Arbitral considère que les parties ont la principale intention de réaliser ensemble les travaux, activité menée conjointement et non séparément, et de partager entre elles le financement, les risques et bénéfices du projet ».

## **B - Le pouvoir de l'arbitre de qualifier et de requalifier le contrat**

**305.** Comme tout juge, l'arbitre dispose du pouvoir de qualifier la convention conclue entre les parties contractantes. Cette qualification tient compte des obligations essentielles qui sont nées du contrat et que l'arbitre arrive à dégager suite à un travail d'interprétation.

**306.** L'exercice par l'arbitre du pouvoir de qualifier le contrat se manifeste dans de nombreuses sentences. A ce titre on peut fournir l'exemple de la sentence CCI n° 3243, où le tribunal arbitral a précisé la nature de la convention en énonçant que « retient en conséquence que, en dépit des termes utilisées pour caractériser le contrat, les parties n'ont pas conclu un simple contrat de vente de matériel ; elles ont aussi conclu un contrat de livraison d'équipement, assorti, à la suite des études faites par la demanderesse et leurs discussions avec la défenderesse, d'une garantie de rendement donnée par la demanderesse<sup>337</sup> ».

---

<sup>335</sup> Sentence CCI n° 3243 en 1981, JDI 1982. 969.

<sup>336</sup> Sentence n°7518 en 1994, JDI 1998.4. 1035 et s, obs. Y. DEARINS.

<sup>337</sup> Sentence CCI n° 3243 en 1981, Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1974- 1985. 429.

**307.** La question de la qualification de la convention a pris une importance considérable sur le plan du commerce international notamment par l'apparition de nombreuses figures contractuelles complexes. Et d'ailleurs, on doit à la jurisprudence arbitrale le fait d'avoir réglé une série de litiges relatifs à l'interprétation et la qualification, en particulier, le contrat de construction d'usines clés en main qui a suscité plusieurs difficultés en pratique. La sentence CCI n° 7388 fournit un bon exemple.

En effet, dans cette affaire, le tribunal a, dans un premier temps, observé que « les parties sont d'accord sur la qualification du contrat, pour lequel elles utilisent l'une et l'autre la formule de contrat clés en main de réalisation d'un ensemble industriel du Professeur Fouchard. ( « Le contrat clés en main » : Revue Tunisienne de Droit 1983, p. 101 et s. ). Il n'y a donc pas de conflit quant au caractère « clés en main » du contrat, par opposition à un contrat « produit en main ». Cependant, après avoir opéré cette qualification générale, les arbitres constatent que les contractants ne sont pas en accord sur certaines autres qualifications et ils ajoutent que « ce contrat entre dans la catégorie du contrat de louage d'ouvrage, que les législations qui ont influencé le Code tunisien des obligations et des contrats, comme le droit allemand ou le droit suisse, appellent le Contrat d'Entreprise <sup>338</sup> ».

**308.** Par ailleurs, Il est à noter que si les arbitres disposent d'un pouvoir souverain pour qualifier le contrat ce pouvoir n'est pas illimité. En effet, « même dans l'exercice le plus simple de son pouvoir de qualification (...), l'arbitre est amené à s'interroger sur la nature et les limites de son pouvoir. La qualification, parce qu'elle procède de l'investiture juridictionnelle conférée à l'arbitre, n'est donc pas à l'abri des questions classiques qui accompagnent le déploiement de l'investiture : celle qui ont trait à la compétence de l'arbitre, ou au respect de la contradictoire <sup>339</sup> ».

S'agissant de la compétence, nous avons démontré que même si l'arbitre tient son investiture de la volonté des parties, ceci n'implique pas qu'il est tenu par la qualification donnée par les parties à leur convention. La jurisprudence arbitrale est constante à attester avec force que les qualifications utilisées par les parties ne sont pas déterminantes.

---

<sup>338</sup> Sentence CCI n° 7388 du 16 décembre 1996 (inédiée), citée par DE BOISSESSON (M.), In «L'arbitre international et problème de la qualification ». édit. Jurisclasseur. 31.

<sup>339</sup> DE BOISSESSON (M.), Op. cit., 31.

Cette règle, qui constitue selon M. PAULSSON une règle d'interprétation du contrat<sup>340</sup>, a été affirmée par plusieurs sentences arbitrales. A ce titre, on cite la sentence rendue dans l'affaire n° 8056 en 1996 où il a été déclaré que « il est de principe que la qualification juridique d'une relation ne dépend pas de ce que les parties imaginent avoir créé, ni du titre que ces parties inventeront ou adopteront pour définir ces relations<sup>341</sup> ».

De ce fait, il appartient à l'arbitre de requalifier le contrat s'il s'avère que l'élément essentiel de la convention interprétée ne correspond pas à la qualification initiale donnée par les parties. L'arbitre doit s'attacher non pas « au titre » accordé par les contractants à la transaction, mais à l'analyse de la nature des obligations essentielles réelles de leurs accord. En effet, « il est généralement admis que, selon un principe de la *lex mercatoria*, les arbitres ne sont pas tenus par les qualifications données par les parties à leurs conventions. Comme des juges étatiques, ils peuvent restituer aux accords des parties leur véritable qualification<sup>342</sup> ».

**309.** Il arrive souvent que les parties insèrent ce que l'on appelle des clauses de qualification en vertu desquelles les contractants identifient la nature de leur contrat. Ces clauses trouvent généralement leur place après une description des droits et obligations des parties. On peut également les trouver au début du contrat, après le préambule. Ainsi « des qualifications peuvent ne pas uniquement être trouvées dans le titre du contrat, mais également dans des clauses contractuelles spécifiques qualifiant le contrat<sup>343</sup> ». A titre d'exemple, on peut se référer à trois modèles de clauses cités par Monsieur DE LY :

« *INDEPENDENT CONTRACTOR*

*CONTRACTOR, in performing WORK and its other obligation under CONTRACT, shall be and shall be deemed to be an independent contractor and not the agent or employee of OWNER. OWNER shall not have any authority to supervise CONTRACTOR's employees, representatives or subcontractors, and WORK shall be performed under the supervision and*

---

<sup>340</sup> PAULSSON (J.), « La *lex mercatoria* dans l'arbitrage CCI, Rev. Arb., 1990. 92.

<sup>341</sup> Sentence n° 8056 en 1996, Bull. int. arb. CCI, Vol. 12, n°1. 2001. 2001. 68 ; V également Sentence CCI n° 3540, Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1974- 1985. 399 ; Sentence 3243 en 1981, Clunet 1982. 968.

<sup>342</sup> GAILLARD (E.), Arbitrage Commercial international, Sentence arbitrale, Droit applicable au fond du litige, Juris-classeur droit international Fasc. 586-9-1. 19 ; V. GOLDMAN (B.), « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage international, réalités et perspectives », J.D.I 1979. 475.

<sup>343</sup> DE LY (F.), « Les clauses d'interprétation dans les contrats internationaux, qualification, définition, accord complet, intitulés, langue, modification, renonciation et nullité partielle », Rev. Droit des affaires internationales, 2000, n°6. 736.

*control of CONTRACTOR. CONTRACTOR shall not have authority to make statements, representations or commitments of any kind or take any other actions which would be binding upon CONTRACT or as may be provided in subsequent documents executed by a duly authorized officer of OWNER”;*

Ou

*« This Agreement does not in any way create the relationship between Licensor and the Licensee of principal and agent, partners or joint ventures and the relationship between the parties is that of independent contractors with each party conducting its business at its own responsibility and expense. According neither party hereto shall have any authority or power to incur any obligation on behalf of the other party”*

ou également

*“This Agreement shall not be construed in any way to create any joint venture, partnership, or principal and agent relationship between B and Purchaser, and neither party shall state or imply otherwise to any third party or attempt to pledge the credit of other party or to contract in the name of, bind or act for the other party”.*

Les clauses de qualifications insérées par les parties présentent souvent deux aspects. Un aspect positif et un aspect négatif. Le premier aspect se présente par le fait que les parties qualifient leur contrat tel qu’il devrait l’être à leur sens. L’aspect négatif de ces clauses se manifeste par le fait qu’elles indiquent comment le contrat ne devrait pas être qualifié.

Cependant, il est certain comme nous l’avons souligné auparavant que la clause de qualification n’a pas un effet obligatoire et définitif. En effet, « une qualification contractuelle n’est pas décisive et obligatoire si elle ne correspond pas aux éléments essentiels du contrat envisagé par les parties. Aussi la qualification définitive du contrat demeure à la charge des juges et des arbitres<sup>344</sup> ».

---

<sup>344</sup> DE LY (F.), « Les clauses d’interprétation dans les contrats internationaux, qualification, définition, accord complet, intitulés, langue, modification, renonciation et nullité partielle », Rev. Droit des affaires internationales, 2000, n°6. 739.

**310.** La requalification permet, ainsi, de donner au contrat la qualification exacte qui correspond le mieux avec son contenu et sa nature et ce sans tenir compte de la dénomination initiale proposée par les parties.

Dans une affaire tranchée en 1994 sous le n° 7518<sup>345</sup>, les arbitres sont parvenus, par voie de requalification, à écarter l'application d'une réglementation portugaise car ils ont constaté qu'elle était incompatible avec l'économie du contrat et que l'intention réelle des parties ne correspondait pas avec la qualification initiale qu'elles avaient prévue. En l'espèce, le tribunal arbitral était saisi d'un différend opposant Y (demandeur/ italien) à X (défendeur / portugais) qui ont conclu deux accords soumis au droit portugais et ce afin de réaliser des travaux pour un client Z (portugais). Le tribunal arbitral a procédé, dans un premier temps, à la recherche de l'intention réelle des parties afin de pouvoir déterminer la qualification exacte de la transaction. Il constata alors que bien que les parties ont qualifié leur contrat de « consortium ostensible », elles n'avaient pas eu l'intention de procéder à une répartition entre elles des travaux à exécuter, caractéristique essentielle du « consortium ostensible ». Et il déclare à ce titre que « que X ait eu ou non l'intention, dans un premier temps, de réaliser séparément une partie des travaux, il résulte sans contestation des faits (...) que l'accord des parties était de réaliser conjointement et non séparément les travaux confiés par Z et de partager à hauteur de 70 -30 % les coûts, les bénéfices, et pertes engendrés de ces travaux commun. En fait, la proposition de X consistant à répartir les travaux entre les partenaires à été immédiatement rejetée par Y et les parties ont accepté la contre-proposition présentée par ce dernier visant à se regrouper afin de réaliser en commun l'ensemble des travaux. Cette répartition n'a pas été et ne pouvait être acceptée sur la base d'un partage des travaux entre les partenaires, puisque, à ce stade, l'étendue exacte des travaux à réaliser, ainsi que les prix des différentes phases du projet n'étaient pas encore déterminés (...). En conséquence, le Tribunal Arbitral considère que les parties ont la principale intention de réaliser ensemble les travaux, activité menée conjointement et non séparément, et de partager entre elles le financement, les risques et bénéfices du projet à hauteur de leur participation respective 70-30%. La forme légale du « consortium ostensible » a donc été acceptée sur la base des conseils des avocats de X, mais sans une parfaite harmonisation des projets avec le Décret n° 231/ 81 et, en particulier, sans envisager à ce moment précis ou plus tard un quelconque partage des travaux entre les partenaires (...). Ainsi, la forme juridique du Consortium

---

<sup>345</sup> Sentence n°7518 en 1994, JDI 1998.4. 1035 et s, obs. Y. DERAÏNS.

ostensible adoptée par les parties ne correspondait pas à ce dont elles étaient initialement convenues concernant la réalisation conjointe des travaux confiés par Z, à savoir dans le cadre du consortium et avec ses sous-traitants, et non séparément ». Dans cette sentence, bien que les parties déclaraient expressément que leur contrat constitue un « consortium ostensible » selon le droit portugais, le tribunal arbitral a procédé à une requalification du contrat à la suite d'une interprétation de la transaction. Le tribunal est parvenu, à la lumière de cette interprétation, à requalifier le contrat litigieux en une société civile créée de fait.

**311.** Il arrive parfois que la requalification soit prévue par les parties elles-mêmes. C'est le cas d'une sentence rendue sous l'égide de la CCI en 1972 dans l'affaire n° 1990 où une clause avait prévu, de manière générale, la transformation d'un contrat de concession de vente en un contrat de concession de production au cas d'un certain changement de circonstances. Étant donné que ce dernier s'est produit, le tribunal arbitral fut appelé à mettre en œuvre la stipulation relative à la modification du régime juridique voulu expressément par les parties et à combler les lacunes du contrat par voie d'interprétation afin de préciser son contenu, et par conséquent déterminer les obligations y afférentes<sup>346</sup>.

**312.** Par ailleurs, en requalifiant le contrat, l'arbitre est tenu de respecter le principe du contradictoire<sup>347</sup>. C'est-à-dire qu'il est tenu d'ouvrir le débat entre les parties sur la question. À défaut, la sentence risque d'être affectée d'un vice procédural susceptible d'entraîner une annulation devant le juge de contrôle.

**313.** En interprétant le contrat, l'arbitre ne se limite pas à déterminer les obligations et les droits contractuels : il peut, sous réserve de certaines limites, ramener le contrat à ses dimensions équivalentes au nom de la bonne foi.

---

<sup>346</sup> Sentence CCI n° 1990 en 1972, *Clunet*, 1974, 897, obs. Y. DERAÏNS.

<sup>347</sup> V. Chapitre II du Titre II de la deuxième partie.

## **SECTION II - L'INTERPRETATION PAR RESTRICTION DES DROITS ET OBLIGATIONS CONTRACTUELS : RAMENER LE CONTRAT A SES DIMENSIONS EQUITABLES**

**314.** Au travers l'analyse de la jurisprudence arbitrale, on peut facilement constater que les arbitres du commerce international tendent à faire régner la justice contractuelle notamment lorsque la volonté individuelle s'avère insuffisante garantir un tel objectif. En étant un juge, l'arbitre vise à rendre dans la mesure du possible, les solutions équitables et justes, en s'inspirant de la bonne foi et de l'équité.

Dans la conception classique de la volonté individuelle, le contrat était conçu comme un gage de la justice : « Qui dit contractuel dit juste ». Mais, où on est on de cette conception purement euphorique notamment dans le cadre du commerce international qui connaît de plus en plus le décalage économique entre le sphère nord et le sphère sud ? La conception classique de la volonté est démentie de nos jours car, il s'est avéré que la volonté individuelle peut être source d'abus qu'il faudrait freiner grâce aux valeurs inhérentes à la bonne foi et d'équité. C'est dans ce contexte que l'arbitre essaie de ramener le contrat à ses dimensions morales et justes notamment lorsque la lecture littérale des stipulations contractuelles conduit à des résultats inadéquates ou injustes.

**315.** La logique entreprise lors de l'interprétation du contrat par la jurisprudence arbitrale internationale constitue parfois un remède aux déviations entreprises dans les transactions commerciales internationales. En effet, l'interprétation du contrat de bonne foi n'implique pas seulement la détermination des obligations réciproques des parties mais également, elle constitue une arme qui permet d'introduire une souplesse et une certaine équivalence entre les prestations (§2).

**316.** Avant d'analyser la consécration par la jurisprudence de son pouvoir de modérer la teneur des droits et des obligations injustes, il serait opportun, dans un premier temps, d'en déterminer le fondement (§1).

## **§1 – Fondement du pouvoir de limiter et de modérer les droits et les obligations contractuels**

**317.** L'interprétation du contrat par la protection de la partie faible est une règle universellement connue<sup>348</sup>. A l'échelle internationale, cette règle prend une grande importance notamment en raison de la disparité des puissances des parties sur le plan économique et technologique.

**318.** L'interprétation du contrat à la lumière de la bonne foi invite l'arbitre à introduire une certaine souplesse et de tempérer la rigueur qui peut caractériser la lecture littérale du contrat.

**319.** Le pouvoir de modérer la rigueur littérale, en faisant appel à une interprétation au nom de la bonne foi et de l'équité, peut avoir un fondement légal ou conventionnel.

D'abord, un fondement légal en ce sens que le droit applicable au contrat peut attribuer au juge ou à l'arbitre la possibilité de tempérer la rigueur des obligations contractuels par voie d'interprétation. On retrouve cette possibilité dans plusieurs législations nationales notamment le droit français, suisse, anglais, tunisien et égyptien en ce qui concerne l'interprétation des clauses excessives ou également des contrats d'adhésion et généralement de tout contrat conclu entre parties de force économique inégale<sup>349</sup>.

Ainsi, il a été préconisé que « ce qui doit constituer l'interprétation, ce n'est plus la recherche d'une volonté moyenne, qui puisse représenter la volonté commune des deux contractants, mais bien l'interprétation de la seule volonté qui a été prédominante et qui doit être appliquée dans le sens de ce qu'exigent et la bonne foi et les rapports économiques en jeu, dans leur combinaison avec ces lois d'humanité qui s'imposent<sup>350</sup> »

---

<sup>348</sup> BEN FADHEL (O.), « Le droit applicable et la protection de la partie faible dans les contrats internationaux », Mélanges HACHEM, Tunis 2007. 195.

<sup>349</sup> JERBI (S.), L'interprétation du contrat, CPU, Tunis 1999 Tunis (en arabe) . 539 et s.

<sup>350</sup> SALEILLES, De la déclaration de volonté – Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand, 1901, n° 90. P. 230.

L'article 1162<sup>351</sup> du code civil français dispose que « dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ». Cette règle énoncée par l'article susvisé « vise à rééquilibrer les accords inégaux dans lesquels la partie qui s'oblige est censée être en position de faiblesse par rapport à l'autre.... (Elle) est une règle d'interprétation au même titre que les autres règles qui peut être utilisée dans le doute, toutes les fois qu'une clause n'est ni claire, ni précise (...). Il (l'article 1162 C. civ) permet essentiellement d'interpréter les clauses extrêmement laconiques ou inconciliables et, accessoirement, confronte l'interprétation retenue à l'aide d'autres méthodes d'interprétation<sup>352</sup> ».

La même règle énoncée par l'article 1162 a été reprise par l'article 529 du code des obligations et des contrats tunisien qui dispose « dans le doute, l'obligation s'interprète dans le sens le plus favorable à l'obligé, mais à la charge par celui-ci de prêter serment à l'appui de ses déclarations ».

Dans son étude ayant pour objet l'interprétation du contrat, M. JERBI trouve que les articles 1162 du code civil français et l'article 529 constituent une voie vers la modération des obligations contractuelles. En effet, l'interprétation du contrat se fait à la lumière d'un certain nombre de valeurs qui orientent l'interprétation faite par le juge. Il s'agit des valeurs inhérentes à la bonne foi, l'équité et le raisonnable. C'est grâce à ses valeurs qu'est consolidé le pouvoir modérateur du juge étatique et de l'arbitre<sup>353</sup>.

En effet, la bonne foi et l'équité ont servi de base, aussi bien pour le juge étatique que pour l'arbitre du commerce international dans l'exercice du pouvoir modérateur. Ces deux notions permettent de « conférer un pouvoir modérateur au juge afin de ménager le juste dans le cas concret<sup>354</sup> ». En outre, ces deux notions « sont d'application générale et doivent être constamment présentes dans l'esprit de l'interprète<sup>355</sup> ».

---

<sup>351</sup> La même règle est reprise par l'article 149 du code civil égyptien et les articles 529 et 539 du code des obligations et des contrats tunisien.

<sup>352</sup> MALEVILLE (M.H.), Pratique de l'interprétation des contrats, Etudes jurisprudentielles, Thèse Rouen 1991. n° 486 et s.

<sup>353</sup> JERBI (S.), L'interprétation du contrat, CPU. 1999 Tunis (en arabe). 531 et s.

<sup>354</sup> KHAIRALLAH (G.), « Le raisonnable en droit privé français- développements récents », RTDC 1984. 439.

<sup>355</sup> MALEVILLE (M.H.), Pratique de l'interprétation des contrats, Etudes jurisprudentielles, Thèse Rouen 1991. n° 515.

M. VAN OMMESLAGHE a mis en exergue la corrélation entre l'interprétation du contrat et la modération de la rigueur contractuelle. Il écrit que « les rapports entre les règles relatives à l'interprétation des conventions et la rigueur contractuelle ne sont pas aisées à cerner particulièrement dans leur application quotidienne. Certes, sur le plan des principes, la chose paraît simple : conformément à l'article 1156 du Code civil, il appartient au juge de rechercher la commune intention des parties et ensuite, après avoir déterminé celle-ci, d'appliquer les dispositions du contrat tel qu'il l'interprète. Toutefois, en pratique, on constate que les juges manifestent parfois une propension à utiliser les règles relatives à l'interprétation des contrats pour écarter des clauses qui leur paraissent inéquitables, peu conformes aux exigences de l'utilité sociale ou déséquilibrées. Même si le droit belge reste fidèle à la règle selon laquelle l'interprétation consiste à rechercher la commune intention des parties, les juges peuvent se laisser influencer par d'autres critères : la finalité du contrat, son équilibre, son utilité pour les parties, le caractère raisonnable ou équitable de telle ou telle solution, encore son utilité sociale en général. A partir d'une telle conception, l'interprétation peut devenir un instrument de correction du contrat <sup>356</sup>».

Il faut cependant remarquer que d'abord, même si certains droit étatiques confèrent aux juges la possibilité de tenir compte de l'équité dans l'interprétation du contrat, ces derniers exercent leur pouvoir modérateur sous le contrôle de la Cour de cassation. Ainsi, la Cour de cassation française interdit au juges « d'adapter, au nom de l'équité, l'accord clair aux évènements qui surviennent au cours de son exécution (...). Si aux termes de l'article 1135, l'équité doit être prise en considération dans l'interprétation des contrats et des suites qu'ils comportent, le juge n'en saurait faire état pour soustraire l'une des parties à l'accomplissement des engagements clairs et précis qu'elle a librement assumés <sup>357</sup>».

Ensuite, la tendance de la pratique arbitrale de modérer les obligations contractuelles nées d'un contrat soumis à l'interprétation demeure très timide en ce sens que dans certaines sentences<sup>358</sup> on ressent une certaine hésitation de la part des arbitres à modérer les obligations

---

<sup>356</sup> VAN OMMESLAGHE (P.), "La rigueur contractuelle et ses tempéraments selon la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique", In Mélanges en l'honneur de Philippe JESTAZ, 2007. 885 et s. ,

<sup>357</sup> MALEVILLE (M.H.), Pratique de l'interprétation des contrats, Etudes jurisprudentielles, Thèse Rouen 1991. n° 518.

<sup>358</sup> Sentences n° 512 du 11 avril 1932, Sentence n°510 du 18 février 1932 citées par FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial international, 1965. T.II. 438.

contractuelles et ils s'interdisent même « de réajuster équitablement les contrats internationaux à défaut de consentement mutuel des contractants<sup>359</sup> ».

**320.** Ensuite, le pouvoir modérateur peut trouver sa source dans la volonté des parties. Lorsque l'arbitre statue en qualité d'amiable compositeur, il n'hésite pas à réduire, au nom de l'équité, les aberrations qu'il découvre dans le contrat.

M. LOQUIN estime que le pouvoir modérateur de l'arbitre amiable compositeur est licite. En se basant sur la pratique arbitrale, il souligne que « la clause d'amiable composition confère à l'arbitre un véritable pouvoir modérateur lui permettant de tempérer la rigueur de la sanction stricte des droits nés du contrat. Ce pouvoir est général et ne se limite pas aux hypothèses légales où une telle mission est donnée au juge étatique par la loi. L'équité ou l'opportunité sera l'élément moteur de ce pouvoir modérateur<sup>360</sup> ».

Dans l'état actuel, la doctrine et la jurisprudence tant étatique<sup>361</sup> qu'arbitrale admettent ceci : « sans pouvoir aller jusqu'à réviser le contrat, les arbitres statuant comme amiables compositeurs pourraient écarter l'application des droits nés du contrat, ou encore en diminuer la rigueur, voire même en étendre les effets<sup>362</sup> ».

Dans la sentence CCI rendue dans l'affaire n° 4972 en 1989, on perçoit de la reconnaissance du pouvoir de l'arbitre amiable compositeur de modérer et de tempérer les dispositions contractuelles inéquitables. Dans cette affaire, le litige est né lors de l'exécution d'un contrat de distribution exclusive passé entre d'une part X et Y (filiale de X) et d'autre part Z. En vertu de la convention conclue, Z accordait à X et à Y le droit exclusif de distribuer en France les produits de parfumerie qu'elle exploitait. A la suite d'une résiliation du contrat par Z, X et Y ont saisi le tribunal arbitral pour résiliation fautive de la convention. Autorisé à statuer en amiable composition, le tribunal arbitral siégeant à Paris a déclaré que « l'arbitre siégeant en qualité d'amiable compositeur (refuse) de tenir compte de droits légaux ou

---

<sup>359</sup> MALEVILLE (M.H.), *Pratique de l'interprétation des contrats, Etudes jurisprudentielles*, Thèse Rouen 1991. n° 518.

<sup>360</sup> LOQUIN (E.), *L'amiable composition en droit comparé et international, Contribution à l'étude du non droit dans l'arbitrage commercial*, Paris 1980. 288.

<sup>361</sup> La Cour d'Appel de Paris déclare dans un arrêt rendu le 6 mai 1988 que « les arbitres statuant en amiable composition avaient le pouvoir de modérer les droits créés par le contrat, d'écarter les conséquences de l'application stricte des clauses contractuelles », *Rev. Arb.* 1989. 83, Note E. LOQUIN.

<sup>362</sup> LOQUIN (E.), « Pouvoirs et devoirs de l'amiable compositeur. A propos de trois arrêts de la Cour d'Appel de Paris », *Rev. Arb.* 1985. 199.

contractuels d'une partie quand la prétention de s'en prévaloir équivaudrait à un abus de droit <sup>363</sup>».

Dans le même esprit, la sentence rendue dans l'affaire n° 3267 en 1979 soulignait que « c'est un principe généralement accepté de l'arbitrage international que le premier devoir de l'arbitre, fût-il amiable compositeur, est d'appliquer le contrat des parties, à moins qu'il ne soit démontré que les clauses invoquées sont manifestement contraires à l'intention véritables des parties ou violent un principe d'ordre public communément admis<sup>364</sup> ».

L'exercice par l'arbitre amiable compositeur du pouvoir de modérer la rigueur contractuelle n'est pas subordonnée à l'existence d'un abus de droit. En effet, dans une sentence ultérieure dans l'affaire citée, le tribunal a déclaré qu' « on soulignera cependant que l'exercice d'un droit risque d'avoir les conséquences inéquitables, que l'amiable compositeur pourra modérer sans qu'il y ait pour autant abus de droit. Tel sera le cas chaque fois que ce droit sera exercé sans l'intention de nuire, dans un intérêt légitime, et qu'il se heurte à un intérêt de même nature de l'autre partie <sup>365</sup>».

**321.** L'analyse de la jurisprudence arbitrale témoigne de l'existence d'une certaine volonté (plus ou moins audacieuse notamment de la part des arbitres non investis de la qualité d'amiable compositeur ) de concrétiser concrètement ce pouvoir modérateur dans plusieurs sentences .

## **§2 – Consécration du pouvoir de limiter et de modérer les droits et les obligations contractuels**

**322.** Les stipulations contractuelles peuvent être à l'origine d'un déséquilibre contractuel dont M. GEMEL ramène l'origine à la liberté des parties. Selon lui, « le déséquilibre dû à la différence des pouvoirs économiques et de la connaissance entre les parties contractantes mène automatiquement à une domination du plus fort de la situation ; ce

---

<sup>363</sup> sentence CCI rendue dans l'affaire n° 4972 en 1989, Clunet 1989. 4. 1101.

<sup>364</sup> Sentence n° 3267 rendue en 1979, Clunet 1980. 966.

<sup>365</sup> sentence CCI rendue dans l'affaire n° 4972 en 1989, Clunet 1989. 4. 1101 et s.

qui lui permet d'imposer ses clauses et conditions aux moins fort <sup>366</sup>». Et il ajoute que « (...) le développement technologique intensif dans tous les domaines de notre vie moderne nous révèle l'impossibilité de continuer à croire à l'égalité parmi les contractants. La différence entre les parties d'un contrat de vente d'un produit chimique, électronique ou mécanique, nous démontre que l'un des deux contractants est expert et mieux informé –surtout sur les plans techniques et juridiques- que l'autre partie. Cette dernière en tant que profane ne peut pas mesurer toutes les conséquences découlant du rapport contractuel ni sur le plan technique ni sur le plan juridique<sup>367</sup> ».

Les cas de figure du déséquilibre qui résulte d'une stipulation contractuelle sont multiples et l'on ne peut dresser une liste exhaustive. Généralement, le déséquilibre peut être dû aux clauses concernant la détermination de l'objet ou du prix ou également aux clauses relatives à l'exécution du contrat ainsi que les clauses limitatives ou exonératoires de la responsabilité et celles concernant l'extinction du contrat<sup>368</sup>.

**323.** La doctrine est unanime à voir dans l'interprétation un remède au déséquilibre né d'une rigueur contractuelle. Adoptant cette position, les arbitres du commerce international n'hésitent pas, au nom de l'interprétation de bonne foi, à ramener le contrat à ses dimensions équitables lorsqu'ils constatent une certaine aberration dans les stipulations contractuelles.

**324.** Les illustrations de la concrétisation du pouvoir modérateur par l'arbitre sont multiples. Nous nous sommes limités aux exemples les plus courants car on les retrouve très souvent dans d'innombrables sentences, où était abordé directement ou indirectement la question de l'interprétation du contrat. Ce sont le droit à la réparation du préjudice né de l'inexécution d'une obligation contractuelle (A), la clause pénale (B) et la clause résolutoire (C).

---

<sup>366</sup> GEMEL (H.), « L'équilibre contractuel en droit égyptien », In Mélanges en l'honneur de Philippe JESTAZ, 2007. 380.

<sup>367</sup> GEMEL (H.), Op. Cit., 379.

<sup>368</sup> V. GEMEL, Idem, 381 et s.

## **A- la modération du droit à la réparation du préjudice né de l'inexécution d'une obligation contractuelle**

**325.** La question de l'interprétation du contrat peut être soulevée en cas d'inexécution des obligations contractuelles. En effet, les parties peuvent insérer des stipulations contractuelles relatives aux responsabilités engagées en cas de manquement aux obligations contractuelles réciproques.

Comme toute autre clause, ce genre de stipulations peut être une source de désaccord en raison de la maladresse qui affecte leur rédaction. Et c'est en interprétant ces clauses que l'arbitre du commerce international s'arrête sur les résultats inadéquats et tend par conséquent à en limiter la teneur dans le cadre de son pouvoir modérateur.

Bien que les arbitres du commerce international reconnaissent au créancier le droit à une réparation du préjudice découlant de l'inexécution d'une obligation contractuelle, ils n'hésitent pas à modérer ce droit pour rétablir une certaine justice que la lettre du contrat offense.

Cette tendance s'illustre dans la sanction infligée par la jurisprudence arbitrale en cas d'inexécution de l'obligation de minimiser les pertes par la partie lésée (I) et de la modération du droit à une réparation du préjudice né de l'inexécution d'une obligation monétaire (II).

## **I – Limiter la réparation du préjudice en cas d'inexécution de l'obligation de minimiser les pertes par la partie lésée**

**326.** La jurisprudence arbitrale met à la charge de la partie lésée l'obligation de minimiser les conséquences de l'événement dommageable. Elle a érigé cette obligation en un principe général de la *lex mercatoria*<sup>369</sup>.

**327.** Le non respect de l'obligation de minimiser les pertes par le contractant victime n'implique pas la responsabilité de ce dernier, mais elle donne lieu à une sanction dans la mesure où les arbitres refusent de reconnaître à la partie lésée le droit de recevoir la réparation du dommage qu'elle aurait pu éviter en mettant en œuvre des mesures raisonnables.

La sanction infligée consiste dans l'une de ces deux options : soit la suppression totale de toute indemnité ou bien la diminution des dommages-intérêts.

Les arbitres optent pour la première variante de la sanction, c'est à dire la suppression pure et simple du droit à la réparation, lorsque « la diligence de la partie lésée aurait dû lui permettre d'empêcher la naissance d'un préjudice particulier. L'indemnisation du préjudice subi par l'affréteur en raison du retard du navire initialement prévu pour le transport est ainsi exclue si celui-ci n'a pas cherché à trouver un navire de substitution. Pareillement, l'acheteur qui n'a pas essayé d'acquérir des marchandises de substitution en cas de manquement du vendeur à son obligation de délivrance ne peut être indemnisé de la perte de profits consécutive à ce défaut<sup>370</sup>».

Généralement, lorsque la diligence de la partie lésée aurait permis, non pas l'empêchement du dommage mais seulement, d'en limiter la portée, les arbitres optent pour la deuxième forme de la sanction, c'est à dire diminuer le montant des dommages-intérêts en limitant le dédommagement à hauteur du préjudice qui ne pouvait pas être évité.

---

<sup>369</sup> V. Chapitre II du présent titre.

<sup>370</sup> ORTSCHIEDT (J.), La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international, Nouvelle Bib. Des thèses, 2001 Dalloz. 155.

La sanction infligée par la jurisprudence arbitrale, et qui consiste à priver la partie lésée de la réparation du préjudice qu'elle aurait pu éviter par sa diligence raisonnable, ne s'applique pas lorsque cette dernière a été empêchée de modérer son préjudice par le fait de l'auteur du préjudice ou par le fait d'une impossibilité ( par exemple : son impécuniosité<sup>371</sup> ) .

Il est à noter que la jurisprudence arbitrale refuse de reconnaître à la partie lésée le droit à une indemnisation du dommage qui a été évité.

**328.** Par ailleurs, les arbitres du commerce international tendent également à limiter le droit à la réparation intégrale du préjudice subi par le créancier suite à l'inexécution d'une obligation monétaire en modérant le taux des intérêts moratoires.

## **II – Limiter le droit à la réparation intégrale du préjudice subi par le créancier suite à l'inexécution d'une obligation monétaire : le taux des intérêts moratoires**

**329.** La jurisprudence arbitrale reconnaît au créancier le droit à une réparation intégrale du préjudice qu'il a subi du fait de l'inexécution. Elle a fait de ce droit un principe transnational ayant pour fonction le rétablissement de l'équilibre rompu par le dommage causé.

Cette réparation intégrale suppose « de recréer la situation qui aurait existé en l'absence d'un tel événement que devront être indemnisés à la fois la perte éprouvée (*damnum emergens*) et le gain manqué (*lucrum cessans*)<sup>372</sup> ».

---

<sup>371</sup> ORTSCHIEDT (J.), La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international, Nouvelle Bib. Des thèses, 2001 Dalloz. 159 et s.

<sup>372</sup> ORTSCHIEDT (J.), Op. Cit., 71. Ce droit est reconnu également par les principes relatifs aux contrats du commerce international d'Unidroit (qui énoncent dans l'article 4.2.2 que « le créancier a droit à la réparation intégrale du préjudice qu'il subi du fait de l'inexécution. Le préjudice comprend la perte qu'il a subie et le bénéfice dont il a été privé compte tenu de tout gain résultant pour le créancier d'une dépense ou d'une perte évitée») et par les principes européens du droit des contrats de la Commission sur le droit européen des contrats.

Parmi les préjudices qui donnent lieu à une réparation intégrale, il faut s'intéresser à celui qu'engendre l'inexécution d'une obligation monétaire. Cette réparation se fait à travers la condamnation du débiteur au paiement des intérêts moratoires. En effet, la fonction de l'intérêt moratoire consiste à réparer le gain manqué (le *lucrum cessans*) causé par un manquement à une obligation monétaire. Ainsi, l'intérêt moratoire est défini comme étant « le dédommagement, et le désintéressement dont le débiteur d'une somme d'argent peut être tenu envers son créancier, pour le dommage qu'il peut lui causer, faute de payer la somme qu'il doit <sup>373</sup> ».

Cette conception de l'intérêt moratoire a été retenue par la jurisprudence arbitrale internationale<sup>374</sup>. Ainsi, la sentence CCI n° 2375 rendue en 1975 relève que « le taux d'intérêt légal doit être apprécié dans le chef du créancier puisque c'est lui qui a été privé de la jouissance du capital et par conséquent de l'intérêt qu'il aurait pu en obtenir à la date où ce capital aurait dû lui être remis<sup>375</sup> ».

Dans le même sens, la sentence CCI n° 6527 rendue en 1991 souligne que « l'indemnisation doit inclure la perte de l'utilisation de la somme due en principal à titre de dommages- intérêts, calculée sur la base du taux qui aurait pu s'accumuler si une telle somme avait été déposée sur un compte bancaire du créancier <sup>376</sup> ».

La même position est réaffirmée avec force dans la sentence CCI n° 6653<sup>377</sup> rendue en 1993 où le tribunal déclare qu'en matière de commerce international, le taux des intérêts moratoires qui doit être retenu est celui qui correspond à l'utilisation que le créancier aurait pu faire de la somme qui doit lui revenir.

---

<sup>373</sup> DOMAT (J.), Les lois civiles dans leur ordre naturel, In oeuvres de J. DOMAT par M. Carré , Erasme Kleffer. TV. 1823. 72.

<sup>374</sup> Il existe, cependant, un faible courant jurisprudentiel arbitrale qui considère que les intérêts moratoires indemnisent à la fois le *damnum emergens* et le *lucrum cessans* . C'est le cas de la sentence McCollough, où le tribunal arbitral déclare que « théoriquement, l'intérêt est un élément du dommage. Son allocation est destinée à indemniser la rétention temporaire de l'argent, et sa mesure est le coût d'une telle privation. Dans un monde parfait, une telle mesure représenterait le coût effectif supporté par le créancier pour remplacer cet argent, i.e., l'intérêt payé pour emprunter des fonds de substitution ou les profits perdus en raison de son indisponibilité, i.e., le retour sur les sommes si elles avaient été reçues et réinvesties ». Pour plus de développement v. ORTSCHIEDT (J.), Op. cit., 71.

<sup>375</sup> Sentence CCI n° 2375 en 1975. Clunet 1976. 973, note Y. DERAÏNS.

<sup>376</sup> Sentence CCI n° 6527 rendue en 1991 citée par ORTSCHIEDT (J.), Op. cit., 71 et s.

<sup>377</sup> Sentence CCI n°6653 rendue en 1993, Clunet 1993. 1040, note (J.J.) ARNALDEZ.

**330.** L'analyse de la jurisprudence arbitrale révèle que même si les arbitres du commerce international reconnaissent au créancier le droit à une réparation intégrale du préjudice découlant de l'inexécution d'une obligation monétaire, en condamnant le débiteur au paiement des intérêts moratoires, ils n'hésitent pas à contrôler le taux pratiqué à veiller à ce qu'il soit raisonnable. Et ce, qu'il s'agisse d'un taux fixé par les parties ou par le tribunal lui-même en cas d'absence de stipulations contractuelles sur la question.

#### **a – Le contrôle du taux des intérêts moratoires fixé par les parties**

**331.** Les parties contractantes disposent d'une très grande liberté dans la détermination du taux des intérêts moratoires. Cette liberté est reconnue par la jurisprudence arbitrale soutenue en cela par la jurisprudence étatique. Le taux conventionnel des intérêts moratoires est généralement respecté par les arbitres. Cependant, lorsque le taux fixé par les parties est jugé déraisonnable ou usuaire, les arbitres du commerce international refusent de l'appliquer. C'est dans ce sens que le tribunal arbitral statuant dans l'affaire CCI n° 6363 en 1991 a refusé d'appliquer le taux conventionnel fixé par les parties à 2% par mois<sup>378</sup>.

Les arbitres du commerce international se reconnaissent le pouvoir de modérer le taux conventionnel lorsqu'il leur paraît déraisonnable. Le caractère déraisonnable du taux est jugé à la lumière des stipulations contractuelles et les circonstances pertinentes. Ceci a été clairement énoncé par plusieurs sentences arbitrales. C'est le cas de la sentence CCI n° 6219 rendue en 1990, où il a été déclaré que « le taux raisonnable doit être fixé en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes, et notamment toute stipulation contractuelle<sup>379</sup> ».

**332.** ne partie de la doctrine représentée par M. ORTSCHIEDT a critiqué la position adoptée par la jurisprudence arbitrale internationale en la matière. Ainsi, il a été soutenu que « la volonté des parties ne doit pas pouvoir être mise en échec au seul motif que le taux contractuel n'apparaît pas raisonnable à l'arbitre. Le taux déterminé par les parties s'inscrit en effet dans un ensemble contractuel équilibré, résultant d'une négociation, et à ce titre

---

<sup>378</sup> Sentence CCI n° 6363 rendue en 1991, Yearbook of commercial arbitration, XVI. 1992. 186.

<sup>379</sup> Sentence CCI n° 6219 rendue en 1990, citée par ORTSCHIEDT J. In La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international, Nouvelle Bib. Des thèses, 2001 Dalloz. 240.

constitue souvent la contrepartie d'autres stipulations favorables ou défavorables au débiteur. Si l'on peut concevoir que l'arbitre, lorsqu'il statue en équité, puisse atténuer la rigueur d'une telle stipulation contractuelle, sauf autorisation de la loi applicable à cette question, il ne dispose pas d'un pouvoir général en ce sens lorsqu'il statue en droit <sup>380</sup> ».

**333.** Cependant, cette opinion doctrinale n'est pas hostile à l'idée que l'arbitre puisse méconnaître la volonté des parties soit en cas de contrariété entre le taux des intérêts moratoires fixé par les parties et le taux prévu par le droit applicable au fond, ou bien en cas de contrariété entre le taux conventionnel et le système juridique de l'Etat où la sentence est susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation, ou dans lequel elle est susceptible d'être exécutée.

Dans le premier cas, c'est à dire lorsque le taux des intérêts conventionnel est contraire au taux légal fixé par le droit applicable au fond, la démarche qui devrait être suivie par l'arbitre varie selon que la règle légale est une loi de police ou non.

Dans la première hypothèse, c'est-à-dire lorsque la disposition légale qui fixe le taux d'intérêt est une loi de police, il a été soutenu que l'arbitre du commerce international est tenu d'écarter la stipulation contractuelle fixant un taux d'intérêts moratoires différent de la disposition légale<sup>381</sup>.

Cependant, dans la seconde hypothèse (c'est à dire lorsque la disposition légale qui fixe le taux d'intérêt n'est pas une loi de police), l'arbitre du commerce international a le choix entre deux méthodes proposées par le courant doctrinal. Alors que la première méthode consiste à faire prévaloir les dispositions légales au détriment des stipulations contractuelles relatives au taux des intérêts, la seconde méthode prône la prééminence de la volonté des parties, ce qui reviendrait à appliquer le taux conventionnel même s'il ne respecte pas le taux légal.

---

<sup>380</sup> ORTSCHIEDT (J.), La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international, Nouvelle Bib. Des thèses, 2001 Dalloz. 241.

<sup>381</sup> ORTSCHIEDT (J.), op. cit., 245 ; DERAÏNS (Y.), « L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international », Rev. Arb 1986. 375.

**334.** M. ORTSCHIEDT milite en la faveur de la seconde méthode. Il justifie sa position par deux arguments. Le premier tient au fait que « puisqu'il faut bien trancher en l'état d'un problème d'interprétation de la volonté des parties, lorsque les contractants n'ont pas précisé que les stipulations contractuelles devraient l'emporter sur les dispositions contraires du droit applicable à la question litigieuse, il paraît plus vraisemblable de présumer qu'en l'état d'une telle contradiction, ceux-ci ont entendu échapper à la protection de ce droit ». Le second argument présenté préconise que « quand les parties ont expressément indiqué qu'en cas de conflit entre les stipulations contractuelles et les dispositions du droit applicable à la question litigieuse, ce sont les premières qui devraient prévaloir, peu importe que le contrat soit alors partiellement sans loi s'agissant d'une de la clause non conforme à ce droit. Dans cette situation, « la volonté des parties s'impose directement à l'arbitre car il ne tient ses pouvoirs que d'elles, il doit donc respecter cette volonté sans rechercher à justifier ce devoir <sup>382</sup>».

**335.** De son côté, la jurisprudence arbitrale semble suivre la première méthode qui consiste à écarter le taux conventionnel en faisant prévaloir les dispositions légales, et ce abstraction faite du point de savoir si ces dispositions légales, qui auraient fixé le taux des intérêts moratoires, sont d'ordre public ou non. Ceci se vérifie nettement à travers la sentence CCI n°5277 rendue en 1989<sup>383</sup> où le tribunal arbitral siégeant dans l'affaire en question, sans chercher à vérifier si le droit applicable est d'ordre public ou non, a refusé d'appliquer le taux conventionnel car le droit désigné interdit le paiement de tout intérêt.

**336.** Par ailleurs, et en cas d'opposition entre le taux conventionnel et les convictions fondamentales de l'Etat d'accueil ou de contrôle de la sentence, il a été soutenu que l'arbitre du commerce international peut écarter le taux conventionnel des intérêts moratoires s'il s'avère que ce taux heurte l'ordre public international de l'Etat dans lequel la sentence doit être exécutée ou peut faire l'objet d'un recours en annulation<sup>384</sup>.

**337.** Il ressort de ce qui précède, que l'arbitre du commerce international n'hésite pas à contrôler le taux des intérêts moratoires fixé par les parties et d'écarter ce taux dès lors qu'il constate que ce taux est déraisonnable.

---

<sup>382</sup> ORTSCHIEDT (J.) La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international, Nouvelle Bib. Des thèses, 2001 Dalloz. 245.

<sup>383</sup> Sentence CCI n° 5277 rendue en 1987, Clunet 1989. 970.

<sup>384</sup> ORTSCHIEDT (J.) Op. cit., 249 et s.

De même, soucieuse d'assurer l'efficacité de la sentence, la jurisprudence arbitrale se reconnaît la faculté de procéder à un tel contrôle afin de vérifier que le taux conventionnel n'est pas en opposition avec les lois et les exigences de l'Etat où la sentence sera exécuté ou dans lequel un recours en annulation est possible. Ces mêmes directives orientent le travail de l'arbitre lorsqu'il procède à la fixation du taux des intérêts moratoires à défaut de taux conventionnel.

### **b – La fixation du taux des intérêts moratoires par l'arbitre**

**338.** En l'absence de taux des intérêts moratoires déterminé par les parties, l'arbitre du commerce international procède de lui-même à une telle fixation. Il dispose en la matière d'un large pouvoir d'appréciation.

La jurisprudence arbitrale ainsi que la jurisprudence étatique<sup>385</sup>, approuvées en cela par la doctrine<sup>386</sup>, reconnaissent à l'arbitre du commerce international ce pouvoir discrétionnaire. C'est ce qui ressort de la lecture de la sentence CCI n° 6219 où il a été déclaré que « dans le cadre d'un arbitrage international, cette détermination n'est pas gouvernée par des règles rigoureuses et précises. La tendance générale qui se dégage, en doctrine et dans la pratique arbitrale internationale, est de laisser à l'arbitre une grande liberté dans la fixation de ce taux. Celui-ci n'est pas tenu de se référer au taux légal d'un système juridique national, qu'il s'agisse de celui de la loi contractuelle ou de celui du lieu de l'arbitrage<sup>387</sup> ».

---

<sup>385</sup> A ce titre on cite, un arrêt rendu par la Cour d'Appel de Paris le 13 juin 1996, a énoncé qu' «en l'absence de dispositions contractuelles relativement aux intérêts moratoires (...), il appartenait aux arbitres de déterminer, de manière discrétionnaire (...) le taux susceptible, compte tenu de toutes les circonstances pertinentes de l'espèce, d'indemniser la société (...) et qu'en estimant raisonnable d'assortir les condamnations prononcées d'intérêts au taux de 14% (...) le tribunal n'a fait que se conformer à sa mission qui consistait à apprécier en droit la réparation adéquate du préjudice subi », Rev. Arb., 1997. 993, obs. GAILLARD .E.

<sup>386</sup> DERAIS (Y.), « intérêts moratoires, dommages-intérêts compensatoires et dommages punitifs devant l'arbitre international », In Etudes offertes à P. BELLET, Litec 1990. 899 ; GAILLARD E, note sous Paris 13 juin 1996, Rev. Arb., 1997. 251.

<sup>387</sup> Sentence CCI n° 6219, JDI 1990. 1047, note Y. DERAIS.

**339.** La liberté de l'arbitre dans la fixation du taux des intérêts moratoires s'illustre dans la possibilité pour ce dernier d'écarter le taux légal de la *lex contractus* voire même de ne se référer à aucun taux légal national. Il peut d'ores et déjà fixer directement le taux qu'il juge approprié. L'analyse de la jurisprudence arbitrale en la matière relève que les arbitres du commerce international veillent à fixer un taux raisonnable et qui ne heurte pas les convictions de l'Etat d'accueil ou de contrôle et qui respecte les lois de police de la loi *contractus*, ainsi que l'ordre public procédural<sup>388</sup>.

La liberté dont dispose les arbitres du commerce international explique l'absence d'un taux d'intérêt uniforme dans la jurisprudence arbitrale. Conscients qu'un taux uniforme « ne pourrait s'adapter à la diversité des situations rencontrées, les arbitres s'attachent à déterminer *in concreto* celui qui leur paraît le plus approprié pour réparer le dommage supporté par le créancier<sup>389</sup> ». De ce fait, les arbitres opèrent leurs choix entre plusieurs taux légaux tels que celui du droit applicable au contrat<sup>390</sup> ou bien celui de l'Etat d'origine du créancier<sup>391</sup>, ou même du lieu de paiement<sup>392</sup> bien ou de l'Etat dans lequel le préjudice dû au retard de paiement a été subi<sup>393</sup>.

**340.** Les arbitres veillent à indemniser effectivement le préjudice subi par le créancier en allouant des intérêts moratoires dont le taux est raisonnable et fixé en tenant compte « de toutes circonstances pertinentes que le tribunal est en droit de prendre compte en vertu du pouvoir discrétionnaire dont il dispose en ce domaine<sup>394</sup> ». Parmi les circonstances pertinentes qui orientent le choix de l'arbitre, figure le taux en vigueur sur le marché de la monnaie concernée. C'est pour cette raison que les arbitres optent pour un taux légal : ils retiennent de plus en plus le taux légal de la monnaie de la créance car ce taux semble le plus opportun à indemniser la créancier.

---

<sup>388</sup> En statuant sur la question des intérêts moratoires, notamment lorsque l'arbitre n'a pas été expressément sollicité par le créancier sur la question, le tribunal est tenu de provoquer un débat contradictoire en invitant les parties à émettre leurs observations respectives sur le taux qu'il a choisi d'appliquer.

<sup>389</sup> ORTSCHIEDT (J.), La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international, Nouvelle Bib. Des thèses, 2001 Dalloz. 255.

<sup>390</sup> Sentence CCI n° 6754 rendue en 1993, JDI. 1990. 1047, obs. Y. DERAÏNS.

<sup>391</sup> Sentence CCI n° 2375 rendue en 1975, JDI, 1976. 992, obs. Y. DERAÏNS.

<sup>392</sup> Sentence CCI n° 2930 rendue 1982, citée par ORTSCHIEDT J. op. cit., 260. .

<sup>393</sup> Sentence CCI n° 7331 rendue en 1994, JDI 1995. 986.

<sup>394</sup> ORTSCHIEDT (J.), Op. cit., 255.

Dans certaines sentences, les arbitres décident de fixer le taux des intérêts d'une manière directe sans se référer à aucun taux légal. Cette démarche peut paraître la plus opportune en ce sens que la détermination se fait à la lumière des particularités de l'affaire et des circonstances en cause. Etant donné que « les intérêts moratoires représentent le gain manqué par le créancier qui a été privé de l'opportunité de faire fructifier la somme d'argent qui lui revenait, leur taux devrait donc toujours être fixé en considération de cette perte de profit et non pas en fonction du coût de l'emprunt qui aurait été nécessaire au créancier pour se procurer la même somme. Si l'arbitre décide de fixer directement le taux des intérêts moratoires, il doit donc théoriquement rechercher le taux auquel le créancier aurait pu placer son argent s'il avait été payé à temps<sup>395</sup> ».

**341.** Il ressort de ce qui précède que les arbitres du commerce international sont soucieux de préserver une certaine justice contractuelle. Ainsi, reconnaître au créancier le droit à une réparation intégrale ne doit pas être à l'abri de tout contrôle. Ce contrôle a pour objet de vérifier que le taux pratiqué n'est pas déraisonnable et qu'il ne heurte pas l'ordre public international des Etats concernés par la sentence.

**342.** Cependant, il a été soutenu que le caractère raisonnable du taux des intérêts moratoires appliqué par les arbitres prête le flanc à la critique notamment lorsque le montant des intérêts accordées dépasse le principal. C'est le cas de la sentence Aminoil, où le montant des intérêts a atteint la somme de 96 millions de dollars américains alors que la créance principale était plus inférieure à cette somme<sup>396</sup>.

---

<sup>395</sup> ORTSCHIEDT (J.), La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international, Nouvelle Bib. Des thèses, 2001 Dalloz. 262.

<sup>396</sup> ORTSCHIEDT (J.), op. Cit., 221.

## B – La modération de la clause pénale

**343.** La clause pénale constitue une fixation anticipée du montant d'indemnisation exigé par le créancier. Dans son étude ayant pour objet la clause pénale, M. PINTO-MONTEIRO écrit que « selon la perspective traditionnelle, la clause pénale est une figure qui peut comporter deux fonctions, du fait que la somme accordée d'avance se révèle, dans la circonstance concrète, supérieure au dommage effectif ou s'en approche. Dans le premier cas, c'est la fonction compulsoire (coercitive) qui sera mise en relief, dans le second, la fonction indemnitaire, si bien que la stipulation d'une clause pénale implique toujours une liquidation préalable du dommage (...). D'où le fait que, en fixant une indemnisation, elle puisse tout autant servir à créer une pénalité ou, à l'inverse, à créer une limitation de la responsabilité. (Mais), le traditionnel modèle unitaire de clause pénale est en train d'être l'objet d'une profonde révision. Après une large période durant laquelle la clause pénale et la clause de dommages-intérêts furent identifiées l'une à l'autre, on assiste aujourd'hui, à un mouvement généralisé contraire à cette identification<sup>397</sup> ».

La rédaction d'une clause pénale n'est pas toujours à l'abri de l'ambiguïté, d'où la nécessité de son interprétation. Qualifiée très souvent d'excessive, la clause pénale est modérée par l'arbitre. En effet, il a été déclaré que « le juge et l'arbitre, statuant en droit, tiennent de la loi un pouvoir modérateur de la clause pénale, qu'ils peuvent exercer, sans méconnaître le principe de la force obligatoire des contrats<sup>398</sup> ».

**345.** Le pouvoir de modérer la clause la pénale repose généralement sur un fondement légal. C'est le cas du droit français où l'article 1152 du Code civil accorde au juge cette possibilité. Et bien qu'une telle disposition n'existe pas en droit tunisien, la Cour de cassation tunisienne<sup>399</sup> a reconnu au juge le pouvoir de modérer la clause pénale sur la base de l'article 531 du Code des obligations et des contrats qui dispose « lorsqu'une interprétation, soit au propre, soit au figuré, ne donne pas un sens raisonnable et conforme à la loi, la clause est non avenue ».

---

<sup>397</sup> PINTO-MONTEIRO (A.), "La clause pénale en Europe", In mélange en l'honneur de Philippe JESTAZ, 2007. 721.

<sup>398</sup> Loquin (E.), note sous Cass. civ. , 29 nov. 1995, Rev. Arb. 1996. 2. 239.

<sup>399</sup> Cité par JERBI (S.), L'interprétation du contrat, CPU 1999. 566.

**346.** Le pouvoir de modérer la clause pénale a fait l'objet d'une controverse doctrinale. Ainsi, une partie de la doctrine estime que le pouvoir de modérer la clause pénale n'appartient qu'à l'arbitre amiable compositeur dans la mesure où il statue au regard de l'équité. Cette prise de position repose sur une tendance jurisprudentielle qui voit que « les arbitres, en estimant avoir la possibilité, en tant qu'amiables compositeurs, de modifier ou de modérer les conséquences de certaines clauses contractuelles en considération de motifs tenant à l'équité, sans pour autant qu'il puisse être procédé à une véritable renégociation du contrat, se sont conformés aux principes applicables en matière d'amiable composition <sup>400</sup>».

**347.** Cette prise de position est critiquable car fonder la solution sur des valeurs attachés à l'équité n'est pas exclusif à l'amiable compositeur. En effet, l'arbitre statuant en droit peut également fonder son interprétation du contrat sur l'équité. En outre, il est constant qu'« au regard de la clause pénale, la dualité de l'arbitrage s'estompe, dès lors que le juge étatique peut modérer les clauses pénales manifestement excessives ou dérisoires (art1152C. civ). Ce texte lie l'arbitre tenu de juger en droit. L'arbitre qui exerce une fonction juridictionnelle dispose à l'égard de la clause pénale, des mêmes pouvoirs que ceux reconnus par la loi au juge étatique (...). Encore faut-il que les arbitres tenus de juger en droit exercent le pouvoir modérateur dans les conditions prévues par l'article 1152 C. civ. et constatent le caractère manifestement excessif ou dérisoire de la clause litigieuse. (...) Si les arbitres tenus de juger en droit modèrent la clause pénale en l'absence de tout abus manifeste de son montant, ils jugent en amiables compositeurs et ne statuent pas conformément à leur mission. Seuls les arbitres amiables compositeurs peuvent écarter les limites posées par l'article 1152. Leur pouvoir modérateur peut s'exercer en dehors des conditions posées par la loi <sup>401</sup>».

**348.** Le pouvoir de l'amiable compositeur de modérer la clause pénale est un pouvoir général. En effet, « la clause d'amiable composition confère à l'arbitre un véritable pouvoir modérateur lui permettant de tempérer la rigueur de la sanction stricte des droits nés du contrat. Ce pouvoir général ne se limite pas aux hypothèses légales où une telle mission est donnée au juge étatique par la loi. L'équité ou l'opportunité sera l'élément moteur de ce pouvoir modérateur <sup>402</sup>».

---

<sup>400</sup> V. Note de LOQUIN (E.), In Rev. Arb., 1985. 279 .

<sup>401</sup> LOQUIN (E.), note sous Cass. civ. , 29 nov. 1995, Rev. Arb. 1996. 2. 240.

<sup>402</sup> LOQUIN (E.), Op. cit., 279.

D'innombrables sentences témoignent du caractère général du pouvoir modérateur de l'arbitre amiable compositeur. A ce titre, on cite un litige qui a opposé une entreprise polonaise et une entreprise italienne. Le tribunal arbitral a déclaré que « les circonstances ci-dessus exposées et le comportement de chacune des parties permettant au tribunal arbitral de réduire équitablement les pénalités contractuelles<sup>403</sup> ».

Dans cette affaire, il était question d'interpréter le contrat litigieux. Le tribunal a justifié son pouvoir de modérer la pénalité contractuelle non pas sur la base du droit applicable, en l'espèce le droit italien, mais en vertu de la clause d'amiable composition.

**349.** L'interprétation peut être un remède à l'excès souligné à la lumière d'une lecture littérale des clauses jugées exorbitantes. C'est le cas de certaines clauses résolutoires notamment.

### **C – La modération de la clause résolutoire**

**350.** Dans d'innombrables affaires soumises à l'arbitrage et où il était question de rechercher la volonté commune des parties contractantes, s'est ouverte une discussion sur la possibilité de modérer la clause résolutoire jugée excessive. A ce titre, on cite la sentence rendue sous l'égide de la CCI dans l'affaire n° 4972 en 1989<sup>404</sup>. Dans cette affaire, les deux parties (X et Y d'une part et Z d'autre part) étaient liées par un contrat de distribution exclusive qui contient une clause de résiliation automatique. Après 3 ans de souplesse dans l'exécution du contrat, la défenderesse (Z) a mis en œuvre la clause de résiliation automatique en invoquant 5 violations du contrat par la demanderesse « jusqu'à alors tolérées sans la moindre protestation ». Le tribunal arbitral a jugé que le recours à cette clause est « particulièrement brutal et inattendu : après avoir fait preuve de laxisme pendant près de trois ans, (Z) passe soudain à une intransigeance que rien ne pouvait laisser présager... ». Il a estimé que la résiliation du contrat en question était contraire à la bonne foi dans la mise en œuvre du droit de résolution automatique.

---

<sup>403</sup> Sentence inédite.

<sup>404</sup> la sentence rendue sous l'égide de la CCI dans l'affaire n° 4972 en 1989, Clunet 1989. 4. 1101.

Pour fonder sa décision, le tribunal arbitral a fait s'est basé sur les usages du commerce international. Selon lui, « vu l'absence de remarques ou de critiques quant à la commercialisation des produits ... il eût été normal et plus conforme aux usages de la profession, de mettre (X et Y) en demeure de respecter les obligations contractuelles auxquels il était estimé qu'elles faisaient défaut, avant de prendre des mesures plus drastiques ».

Dans cette affaire, les deux arbitres ont avancé la doctrine de l'abus de droit comme exception à la règle *pacta sunt servanda*. La sentence affirme clairement que « la défenderesse ne rapporte nullement la preuve d'un comportement dolosif ou frauduleux des demanderessees...Le tribunal arbitral considère par conséquent qu'aucun obstacle ne s'oppose à ce qu'il fasse usage de ses pouvoirs d'amiable compositeur. (...) Le tribunal arbitral conclut (...) que la défenderesse ne lui paraît pas s'être conduite en conformité avec les usages de la profession qui s'opposent à tout usage brutal d'un droit. Le tribunal arbitral décide que les effets d'une application stricte de (la clause de résiliation automatique) sont, en équité, disproportionnés avec la fraude alléguée et qu'il conviendra d'atténuer les effets de la rupture prononcée sur cette base, en allouant *ex æquo et bono* une indemnité en raison du préjudice subi (...) statuant par conséquent en équité (...) le tribunal arbitral considère la rupture des relations contractuelles (...) abusive par son mode d'application immédiate (...). La décision d'appliquer soudainement à la lettre les termes du contrat, sans tenir compte du fait qu'elle avait admis pendant des années le manquement dont elle se prévalait, ne peut par conséquent être considérée comme régulière (...). Le tribunal ...estime que la lettre de résiliation (...) aurait dû consister en une mise en demeure de respecter les termes du contrat dans les délais fixés... ».

La pratique arbitrale révèle que les arbitres du commerce international n'hésitent pas à modérer les effets dommageables de l'application de la clause de résiliation automatique. Cette optique est clairement adoptée par les arbitres amiables compositeurs. Ainsi, M. DERAÏNS a souligné que « que l'arbitre amiable compositeur ne soit pas en mesure de modifier un contrat, signifie-t-il que chacune des clauses de la convention des parties s'impose à lui et qu'il soit tenu de leur donner plein effet ? On conclura par la négative (...). Il semble, au contraire, que l'arbitre..., non tenu d'appliquer les dispositions supplétives de la loi, puisse se refuser à tenir compte de certaines clauses contractuelles qui ne s'auraient

s'imposer à lui avec plus de force que le droit qui confère au contrat son existence même<sup>405</sup> ». Cette idée a été clairement réaffirmé dans sa note relative à la sentence CCI n° 2119<sup>406</sup> : « en réalité, l'expression tenir compte des stipulations du contrat ne crée pas une obligation générale de s'y soumettre et réserve l'éventualité de situations où ces stipulations devraient être écartées, que ce soit parce qu'elles heurtent des normes impératives applicables à l'équité».

---

<sup>405</sup> Note sous Sentence CCI n° 2694, Clunet 1978. 985.

<sup>406</sup> CCI n° 2119 rendue en 1979, Clunet 1979. 977.

## Conclusion du chapitre

**351.** L'interprétation du contrat de commerce international est présidée par la notion de bonne foi. L'interprétation de bonne foi conduit à faire prévaloir la volonté réelle des parties sur la lettre de l'engagement librement consenti.

L'interprétation du contrat permet, non seulement de déterminer le contenu des obligations contractuelles des parties contractantes mais également, elle apparaît comme un remède aux imperfections et un tempérament à la rigueur littérale.

D'abord, un remède aux imperfections en ce sens qu'en interprétant le contrat sur la base de la bonne foi, l'arbitre renforce le contenu de la convention en ajoutant des obligations qui consolident l'exécution du bonne foi du contrat et ce tout en veillant à ce qu'il y ait une compatibilité entre la nature du contrat et son contenu.

Ensuite, un remède à la rigueur littérale puisque l'interprétation permet d'introduire une certaine souplesse au nom des valeurs inhérentes à la bonne foi et à l'équité. Ce qui aboutit à réduire le caractère excessif de certaines clauses. Mais, toujours est-il que l'exercice de ce pouvoir modérateur varie selon que l'arbitre est investi ou non de la qualité d'amiable compositeur, et suivant les dispositions impératives du droit applicable au contrat.

A travers l'interprétation du contrat, l'arbitre peut être appelé, non seulement à déterminer le contenu du contrat mais également, à se prononcer sur la question du sort du contrat.

## **CHAPITRE II**

### **LE SORT DU CONTRAT**

**352.** A travers l'interprétation du contrat, l'arbitre peut être appelé à se prononcer sur la question du sort du contrat. Cette question surgit soit à l'occasion de la survenance d'évènements imprévisibles qui perturbent l'équilibre initial du contrat (section I) ou bien suite à l'existence d'une contrariété entre les stipulations contractuelles et les dispositions impératives du droit applicable menaçant la validité du contrat (Section II).

Dans l'une ou l'autre hypothèse, les arbitres du commerce international puisent dans les règles interprétatives le moyen de maintenir le contrat et de le préserver de l'anéantissement. En effet, la survie du contrat constitue une finalité prioritaire pour l'arbitre interprète.

#### **SECTION I – L'INTERPRETATION GARANTISSANT LA SURVIE DU CONTRAT PAR L'ADAPTATION DU LIEN CONTRACTUEL AUX CHANGEMENTS DE CIRCONSTANCES**

**353.** L'exécution du contrat international peut se heurter à la survenance d'évènements imprévus au moment de sa signature. De la crise de 1929 aux attentats du 11 septembre 2001, en passant par la crise pétrolière de 1973, les praticiens du commerce international se sont rendus compte de l'existence d'un problème majeur qui résulte d'un changement des circonstances postérieur à la conclusion du contrat international.

Les transactions commerciales internationales sont exposées à un certain nombre de risques qui sont de nature à menacer l'exécution des obligations conformément aux termes initialement prévues par les parties. Ces risques sont d'ordre naturel, commercial, économique et politique.

D'abord, le risque naturel qui résulte de toute catastrophe naturelle qui est de nature à faire obstacle à l'exécution des obligations initialement prévues. Ensuite, un risque commercial qui consiste dans la défaillance de l'acheteur qui résulte de son incapacité financière de régler le montant de la transaction qu'il s'était engagé à payer dans les délais convenus. Il concerne également, les différends sur la qualité des marchandises ou la non exécution d'une des clauses du contrat. Le risque économique se produit fréquemment. Il s'illustre dans l'augmentation imprévue du coût des matières premières. Enfin, le risque politique qui résulte d'une guerre, la rupture des relations diplomatiques et toute décision gouvernementale faisant obstacle à l'exécution du contrat commercial.

Dans de telles circonstances, le contrat devrait-il être honoré dans le respect de la lettre initiale ou faudrait-il l'adapter aux changements survenus afin de garantir sa survie ?

Avant d'analyser la réponse apportée par la pratique arbitrale en la matière (§2), il serait opportun au titre préliminaire de délimiter le sujet et de le ramener à l'objet principal de notre étude qui est l'interprétation du contrat (§1).

### **§1 – Exposé du problème : la corrélation entre l'interprétation du contrat et son adaptation aux changements de circonstances**

**354.** Les contrats de commerce international à longue durée ou complexes, tels que les contrats de construction, les contrats de clés en mains, de transfert de technologie ou de projet financing, sont particulièrement exposés au risque du déséquilibre des prestations après un changement de circonstances et du contextes économiques ou socio-politique.

Au fur et mesure que l'on s'éloigne de leur date de conclusion, les contrats internationaux à exécution successive rencontrent de sérieuses difficultés en raison de la survenance d'évènements qui échappent aux prévisions des parties. Plusieurs mutations d'ordre politique ou économique ainsi que les aléas techniques, peuvent affecter et troubler les charges ou des prix de revient.

**355.** Face à ces mutations qui sont susceptibles de perturber l'équilibre initial du contrat, le problème d'interprétation a été soulevé en vue de savoir ce qu'il fallait décider lorsque les parties n'ont pas expressément stipulé une clause d'adaptation. Leur silence « doit-il être interprété comme la volonté de maintenir le contrat tel quel même s'il devient très lourd pour l'une des parties ou au contraire comme impliquant la volonté de conserver une certaine équivalence des prestations ou des conditions d'exécution raisonnable car le déséquilibre peut être au détriment des deux parties quand c'est toute l'économie d'un contrat qui est bouleversée et non seulement à celui d'une seule des parties <sup>407</sup> ».

De ce fait, la réponse à cette question dépend de la technique d'interprétation adoptée. La première technique consiste à faire une interprétation restrictive du principe *pacta sunt servanda*, ce qui amènerait l'arbitre à refuser l'adaptation du contrat à un changement de circonstances et décide de maintenir la relation contractuelle initiale.

La seconde technique d'interprétation consiste à aller au delà du silence des parties dès lors qu'il apparaît un élément permettant de penser que les contractants ont envisagé une adaptation de leur transaction. En d'autres termes, il revient à l'arbitre de procéder à la recherche d'une volonté idéale. De ce fait, il essaie de lire la convention à la lumière de ce qu'aurait stipulé un homme raisonnable. En effet, « la prétendue commune intention des contractants est, en fait, une volonté moyenne de conclure un accord équitable entre contractants présumés raisonnables et désireux de sauvegarder l'efficacité de leur accord <sup>408</sup> ».

Dés lors, il a été préconisé que la volonté idéale serait alors le meilleur moyen pour restituer au contrat interprété toute son efficacité qui est perdue à la suite de la survenance d'évènements qui ont perturbé son équilibre initial. Cependant, cette proposition a été très fortement critiquée en ce sens qu' « il est difficile d'admettre que les parties aient eu une commune intention sur ce qu'elles n'avaient pas prévu ; donc l'interprétation de la volonté ne saurait apporter de solution satisfaisante <sup>409</sup> ».

---

<sup>407</sup> KAHN (Ph.), « l'interprétation des contrats internationaux », *Clunet* 1981. 5.

<sup>408</sup> V. MALEVILLE (M.H.), *Pratique de l'interprétation des contrats*, Etudes jurisprudentielles, Thèse Rouen 1991.234.

<sup>409</sup> BESSON (Ch.), *La force obligatoire et les changements de circonstances*, Th. Lausanne 1955. 61.

Face à ces idées, il fallut un certain temps à la jurisprudence arbitrale pour dessiner sa trajectoire, qu'il convient d'analyser.

## **§2 - L'analyse de la pratique arbitrale**

**356.** La question de savoir si le juge ou l'arbitre doit tenir compte d'un déséquilibre intervenu après la conclusion du contrat est débattue de longue date.

Un premier courant jurisprudentiel arbitral paraît donner le pas au respect des termes du contrat. La majeure partie des arbitres du commerce international se sont montrés réticents vis à vis de la possibilité de réviser le contrat international dont l'exécution, par suite d'événement exceptionnel, devient excessivement onéreuse au point de menacer le débiteur d'une perte exorbitante. Cette rigidité témoigne d'une interprétation restrictive du principe de l'intangibilité du contrat (A). Cependant, il faut relever une tendance, plus au moins timide, qui consiste à assouplir cette prise de position en tenant compte du caractère fondamental des modifications, ainsi que le type du contrat en cause et les exigences de loyauté et d'équité (B).

### **A – L'interprétation restrictive du principe pacta sunt servanda**

**357.** L'analyse des sentences arbitrales rendues en matières du commerce international permet de s'arrêter sur l'existence d'un large courant jurisprudentiel qui consiste à refuser toute possibilité de réviser le contrat international pour imprévision. Plusieurs explications ont été apportées pour justifier la rigidité que manifeste la jurisprudence arbitrale face à la question de la révision du contrat international pour imprévision (I).

**358.** Il est à observer que la jurisprudence arbitrale internationale n'a accepté la théorie de l'imprévision que dans les cas où cette application découle soit de son admission par la *lex contractus* (II) soit de l'existence d'une volonté expresse des parties allant dans ce sens. Une position qui est loin d'apporter une solution radicale au problème (III).

## **I – Fondements du refus de la théorie de l'imprévision par la pratique arbitrale internationale**

**359.** Manifestant une certaine véhémence à l'égard du principe de l'intangibilité du contrat, les arbitres du commerce international n'ont pas accueilli la théorie de l'imprévision à bras ouverts. Il ont à plusieurs reprises souligné que cette théorie « ne peut dans le domaine du commerce international prospérer car elle est universellement considérée comme d'interprétation stricte et étroite en tant que dangereuse exception au titre du caractère sacrosaint des contrats<sup>410</sup> ».

La plupart des sentences arbitrales affirment avec force le principe « pacta sunt servanda » et soulignent expressément que ce principe doit faire l'objet d'une application stricte<sup>411</sup>.

**360.** Certains auteurs ont estimé que cette réticence trouve son premier fondement dans l'origine contractuelle de l'arbitrage. Ainsi « l'inexistence d'un pouvoir de révision du contrat dans le chef des arbitres découle, avant tout, de leur fonction qui, ce faisant, leur impose de respecter la lettre ainsi que l'esprit du contrat<sup>412</sup> ».

La doctrine dominante voit dans la révision du contrat un acte qui consiste à créer un nouveau contrat, voire à le parfaire. Or, ceci constitue une atteinte à la volonté des parties et au principe de l'intangibilité du contrat. Cependant, cette assimilation erronée de la révision du contrat à la création d'un nouveau contrat est critiquable car, l'arbitre « ne refait pas le contrat, il lui rend seulement une efficacité qu'il avait perdue. C'est pourquoi la révision ne constitue pas à proprement parler un acte créateur nécessairement arbitraire comme le comblement d'une lacune. L'accord primitif des parties préexiste et subsiste à la révision. Le

---

<sup>410</sup> Sentence CCI citée par F. OSMAN, Les principes généraux de la lex mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, L.G.D.J, P.154.

<sup>411</sup> Sentence n° 5953 en 1989, Clunet 1990. 1056 ; Sentence n° 1512 rendue en 1971, Clunet 1974. 905, obs. Y. DERAÏNS.

<sup>412</sup> F. OSMAN, Les principes généraux de la lex mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, L.G.D.J, P.154.

pouvoir de révision conduit seulement à rétablir l'équilibre contractuel tel qu'il a été voulu par les parties <sup>413</sup>».

**361.** Par ailleurs, les commentateurs des sentences arbitrales soulignent l'existence d'autres motifs qui ont servi de base pour bâtir cette position. C'est dans ce cadre qu'il a été déclaré que « dans le domaine commercial tout particulièrement, les circonstances fluctuantes constituent une incitation des plus grandes à la conclusion des contrats, chaque partie escomptant un bénéfice des changements de cours, tout en acceptant implicitement le risque qu'un tel changement lui soit défavorable<sup>414</sup> ».

C'est dans cette perspective que plusieurs sentences arbitrales ont manifesté le refus de modifier le contrat dont l'exécution est devenue excessivement onéreuse pour le débiteur en raison de la survenance d'événements exceptionnels. A ce titre on cite la sentence CCI n°6281 où les arbitres ont rejeté en l'espèce le moyen du débiteur qui estimait « déraisonnable une livraison d'acier au prix convenu » alors qu'entre le moment de la conclusion du contrat et les livraisons, une hausse du prix mondial de l'acier était survenue<sup>415</sup>.

**362.** Le refus de l'application de la théorie de l'imprévision repose également sur le professionnalisme des opérateurs du commerce international. Les arbitres ont dans une certaine mesure consolidé l'obligation pour les contractants professionnels de s'informer sur toutes les circonstances qui sont de nature à compromettre l'exécution du contrat et de prendre toutes les précautions contre les aléas et les risques de fluctuations.

A ce titre, les arbitres mettent très souvent l'accent sur la prudence des parties et leur diligence. Partant du professionnalisme des agents des partenaires du commerce international, les arbitres font peser sur les contractants l'obligation de s'informer de tous les aléas et les risques qui peuvent entraver l'exécution du contrat et refusent sur cette base tout moyen tiré de l'imprévision. Les arbitres déduisent de l'absence de clauses de révision ou de hardship l'existence d'une volonté « de recourir un risque »<sup>416</sup>.

---

<sup>413</sup> cité par GOUIL (A.), Les circonstances imprévisibles en droit tunisien, DEA Tunis III 1990 (en arabe).52 et s.

<sup>414</sup> Sentence CCI rendue dans l'affaire 2708 en 1976, Clunet 1977. 943 et s. Obs. Y. Derains.

<sup>415</sup> Sentence CCI rendue dans l'affaire n°6281 en 1989, Clunet 1989. 1114 et s. Obs. Guillermo Aguilar Alvarez.

<sup>416</sup> Obs. Y. DERAÏNS sous la sentence 2708 citée .945.

Il a été soutenu que le négociateur du contrat international est un homme compétent et averti. De ce fait, il doit prendre l'initiative de veiller à se prémunir contre les changements de circonstances. Les parties doivent être prudentes et prendre en considération tout événement qui est susceptible d'entraver la bonne exécution du contrat. Cette idée a été retenue dans l'affaire n° 2708 qui énonce que « dans tout contrat on doit s'attendre à ce que les parties précisent les éléments de leur transaction avec une clarté raisonnable ... si bien qu'elles doivent être présumées en l'absence de clauses contractuelles, avoir écarté l'éventualité de réajustements ultérieurs du prix contractuel initial <sup>417</sup> ».

Dans son commentaire de la sentence arbitrale 2708 précitée, M. DEARINS, affirme que la réticence des arbitres à admettre la révision du contrat, en cas de bouleversement de son économie, y compris sur la base de la bonne foi, est « une constante de la *lex mercatoria* » d'autant plus qu'à chaque fois où le même problème se pose, les arbitres n'hésitent pas à adopter le même raisonnement en soulignant que « dans le domaine commercial tout particulièrement, les circonstances fluctuantes constituent une incitation des plus grandes à la conclusion des contrats, chaque partie escomptant un bénéfice des changements de cours, tout en acceptant implicitement le risque qu'un tel changement lui soit défavorable <sup>418</sup> ».

**363.** Cette interprétation restrictive du principe de l'intangibilité du contrat a conduit les arbitres du commerce international à n'accepter la révision du contrat pour imprévision que dans les cas où cette application a été justifiée soit par l'admission de cette théorie par la *lex contractus*, soit par l'existence d'une volonté expresse des parties allant dans ce sens. Une position qui est loin d'apporter une solution radicale au problème.

---

<sup>417</sup> Sentence CCI rendue dans l'affaire n° 2708 en 1977. *Clunet* 1977. 943 et s. Obs. y. Derains.

<sup>418</sup> DERAIS (Y.), Note sous sentence CCI n° 2708 précitée, 944.

## II- L'exigence d'un support légal explicite pour admettre la révision du contrat pour imprévision

**364.** La pratique arbitrale témoigne d'une appréciation sévère à l'égard de la théorie de l'imprévision. L'arbitre du commerce international n'accepte de réviser le contrat pour imprévision que lorsque le droit applicable au contrat permet une telle révision. Cette position est clairement énoncée dans la sentence CCI n° 2508 où le tribunal arbitral, après avoir constaté que le droit suisse permet au juge d'intervenir lorsque le contrat aboutit à un déséquilibre des prestations consécutif à un changement imprévisible, a déclaré qu' «en vertu du droit suisse, un contrat reste en principe valable pendant toute sa durée, et ce, même si les conditions économiques se modifient<sup>419</sup> ».

**365.** Le sort du contrat dépend de la reconnaissance de la théorie de l'imprévision par le droit qui lui est applicable. De ce fait, l'arbitre procède à une analyse du droit applicable avant de déclarer l'approche à adopter. C'est dans cette perspective que les solutions varient dans la mesure où la théorie de l'imprévision n'est pas unanimement reconnue par les législations nationales. C'est le cas du droit français qui n'a pas donné effet à cette théorie en droit civil<sup>420</sup>. L'article 1134 du code civil écarte résolument la possibilité de réviser le contrat pour imprévision et accorde au principe de l'intangibilité du contrat une portée absolue. Et ce, contrairement au droit administratif qui reconnaît cette théorie sur la base de la continuité du service public. Les empreintes de cette reconnaissance figurent dans le célèbre arrêt *Compagnie du gaz de Bordeaux*<sup>421</sup>.

**366.** Cette position n'a pas été adoptée en droit allemand qui « reconnaît un concept large et complexe, le *wegfall der geschäftesgrundlage* qui permet, en cas de disparition de la base contractuelle, de modifier les obligations des parties contractantes, ou, parfois, de dissoudre le contrat<sup>422</sup> ». L'application du *wegfall der geschäftesgrundlage* est fondée sur le

---

<sup>419</sup> Sentence CCI rendue dans l'affaire n° 2508 en 1976, *Clunet* 1977. 939 et s.

<sup>420</sup> La théorie de l'imprévision a été consacrée dans certains cas exceptionnels tel que l'état de guerre ( la loi Failliot) ou concernant les contrats particuliers à long terme comme les baux commerciaux.

<sup>421</sup> Cons. Etat, 30 mars 1916, *Dalloz* 1916. III. 25.

<sup>422</sup> DENIS (Ph.), « Pacta sunt servanda et rebus sic stantibus », In dossiers de l'Institut de la Chambre de Commerce Internationale (CCI), L'apport de la jurisprudence arbitrale 1986.194. Le même auteur souligne la distinction entre l'imprévision et la *geschäftesgrundlage*. Ainsi, si les deux notions régissent « le changement de circonstances postérieurs à la conclusion du contrat, la première vise un simple déséquilibre objectif des

principe de la bonne foi. Un principe qui possède une acception plus extensive que celle en droit français. Ainsi « alors que les prérogatives du juge se limitant, en droit administratif français, à évaluer une indemnité, le juge allemand peut modifier de manière sensible les prestations contractuelles<sup>423</sup> ».

**367.** De son côté, le système juridique anglais reconnaît la théorie de la frustration « en vertu de laquelle l'obligation contractuelle n'est plus susceptible d'exécution lorsque les circonstances dans lesquelles elle devrait être exécutée, la rendraient radicalement différente de l'obligation assumée en contractant. L'application de la théorie procède à la « construction » du contrat, c'est à dire la détermination des effets du contrat à partir du texte de la convention, des circonstances intrinsèques et de la nature du contrat. Ensuite, le contrat ainsi « reconstruit » est analysé à la lumière de circonstances nouvelles. Comparant le contrat à exécuter avant et après le changement de circonstances, le juge détermine alors si les obligations contractuelles ont subi une modification radicale (...); la théorie de la frustration trouve son fondement dans sa définition : si l'obligation a perdu son identité, elle n'est pas susceptible d'exécution<sup>424</sup> ». Lorsque le juge constate la réalisation de la frustration, il ne pourra pas modifier le contrat. en effet, la survenance de la frustration aboutit à la dissolution automatique et immédiate du contrat. Et bien que la frustration soit reconnue en droit américain, ce dernier permet l'adaptation du contrat notamment en cas de pénurie de matières premières.

**368.** La théorie de l'imprévision est également adoptée par le droit italien qui permet la révision ou la résolution du contrat à exécution successive lorsque la prestation de l'une des parties est devenue excessivement onéreuse suite à la survenance de circonstances imprévisibles (*l'eccessiva onerosita*).

**369.** La divergence des droits nationaux existe également entre les systèmes juridiques des Etats arabes. Ainsi, si la théorie de l'imprévision est reconnue par le droit algérien (article 107 C. civil) ou encore le droit égyptien (article 148§2 C.civ), elle ne l'est pas dans le

---

prestations, la seconde la disparition d'éléments que les parties ont réellement tenus pour présents à la conclusion du contrat et qui en formaient la base », Idem, 200.

<sup>423</sup> DENIS (Ph.), In dossiers de l'Institut de la Chambre de Commerce Internationale (CCI), L'apport de la jurisprudence arbitrale 1986. 200.

<sup>424</sup> DENIS (Ph.), Op. cit. 201.

système juridique tunisien qui s'est aligné sur la position du droit français<sup>425</sup>. En effet, l'article 242 du Code des obligations et des contrats qui consacre la règle *pacta sunt servanda* constitue une reprise littérale de l'article 1134 du Code civil français.

**370.** Pour notre part, nous estimons que rien n'explique la position dominante de la jurisprudence arbitrale qui fait du silence du droit applicable au contrat sur la question un synonyme d'une interdiction de modérer les obligations contractuelles. Une telle attitude est critiquable car, tout d'abord, nous savons pertinemment que le silence législatif ne doit pas constituer une entrave à la recherche d'une solution adéquate au litige, d'autant plus que l'arbitre du commerce international a su, dans plusieurs occasions où il a affronté un vide législatif, trouver une solution qui répond à l'attente légitime des parties et qui correspond le mieux aux besoins du commerce international. Or, pourquoi refuse-t-il d'adopter la même démarche lorsque le droit applicable est silencieux sur la question de la révision pour imprévision ? Si la question de révision pour imprévision était d'ordre public, on n'aurait pas adressé une telle critique mais, l'analyse des sentences qui ont débattu ce problème, démontre que les arbitres n'ont pas analysé la question d'imprévision sous cet angle.

**371.** Dans son étude sur l'interprétation du contrat, Mr JERBI<sup>426</sup> a mis en exergue les propositions doctrinales<sup>427</sup> qui consistent à passer outre le silence législatif et à introduire une certaine souplesse dans les législations nationales grâce à la technique d'interprétation, et ce dans le but de faire passer le contrat du déséquilibre vers l'équilibre.

**372.** De même, l'analyse de la jurisprudence arbitrale nous permet de déceler une tendance allant vers la recherche d'une solution opportune au commerce international. Or, une telle solution n'est pas forcément prévue dans les droits nationaux. Un constat qui devrait en principe pousser la jurisprudence arbitrale à faire de l'imprévision un principe général de la *lex mercatoria*.

---

<sup>425</sup> V. JERBI (S.), *L'interprétation du contrat* (en arabe), C. pub. Univ., 1999. 567 et s.

<sup>426</sup> V. JERBI (S.), *L'interprétation du contrat* (en arabe), C. pub. Univ., 1999. 587 et s.

<sup>427</sup> V. VOIRIN, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, Thèse Nancy 1922.59 et s ; CHARFI (M.), *Intervention inédite dans un colloque à la Faculté de Tunis I* ; MELLOULI (S.), « Le juge et l'équité », R. J. L 1983. 507.

373. En outre, la position de la jurisprudence arbitrale est critiquable en ce sens que les arbitres du commerce international ont, dans une large mesure, opéré un travail d'harmonisation en essayant de surmonter les divergences entre les législations nationales. Un travail qui a amené les arbitres du commerce international à faire de certaines règles, bien que non admises unanimement dans les systèmes juridiques nationaux ou admises différemment, des principes généraux de la *lex mercatoria*. C'est le cas du principe de la bonne foi qui a une acception variable d'un système juridique à un autre a été élu au rang des principes généraux de la *lex mercatoria*. Or, pourquoi ne pas adopter la même position lorsqu'il s'agit de la révision pour imprévision et faire dépendre la solution du droit applicable ou des stipulations contractuelles ?

### **III- L'exigence d'un support conventionnel explicite pour admettre la révision du contrat pour imprévision**

374. Le courant majoritaire de la jurisprudence arbitrale va dans le sens du maintien du contrat dans ses termes et ses dimensions initialement prévus chaque fois où les parties n'ont pas inséré dans le contrat de clause modificative. Il s'agit ici d'une interprétation stricte du principe de l'intangibilité du contrat.

Les arbitres n'hésitent pas à affirmer avec force cette idée dans d'innombrables sentences<sup>428</sup>. C'est le cas de la sentence CCI n° 1512 qui déclare : « le refus du principe *rebus sic stantibus* s'impose tout particulièrement dans les transactions internationales où il est en général plus improbable que les parties n'aient pas été conscientes du risque des impondérables éloignés et capables de le formuler de façon précise<sup>429</sup> ».

Lorsque les arbitres décèlent dans le contrat un élément qui témoigne de l'existence d'une volonté allant vers la révision, ils procèdent à l'adaptation de la transaction tout en fixant le contenu. Ainsi, lorsqu'il s'agit par exemple de fixer un nouveau prix contractuel, « la jurisprudence arbitrale, en cas d'ouverture à révision parce que le prix contractuel ne serait plus significatif, le calcul du nouveau prix ne se fait pas par alignement avec ce que serait le

---

<sup>428</sup> Sentence CCI affaire n°2216, 1974, Clunet 1975. 917.

<sup>429</sup> Sentence CCI 1512, Clunet 1974. 905.

prix contractuel si le contrat était négocié pour la première fois mais simplement par ajustement de façon à ce que le contrat soit exécutable sans que l'un des contractant subisse un préjudice trop lourd (...). L'ajustement de prix, d'après l'arbitre, doit permettre la survie du contrat dans les conditions raisonnable sans plus <sup>430</sup> ».

**375.** La pratique arbitrale a bâti cette prise de position sur le fait que les opérateurs du commerce international sont des professionnels et par conséquent ils peuvent prévoir des techniques contractuelles permettant de se prémunir contre les risques qui peuvent survenir. « En d'autres termes, les praticiens du commerce international sont présumés s'engager en connaissance de cause dans les opérations qu'ils traitent et mesurer l'importance des obligations à leur charge <sup>431</sup> ».

De ce fait, les arbitres du commerce international estiment que si le contrat ne contient aucune disposition qui manifeste la volonté des parties de se protéger contre les risques qui peuvent survenir au cours de l'exécution, cette lacune ne peut être comblée et le contrat doit être exécuté comme il a été initialement conçu. En l'absence d'une clause d'adaptation, les arbitres considèrent que le contrat est présumé spéculatif.

**376.** M. Khan se demande si en suivant cette démarche, les arbitres ne font pas une confusion entre l'interprétation du contrat et l'interprétation de la convention d'arbitrage ou de l'acte de mission, et il présente une explication en vertu de laquelle « les arbitres sont conduits à limiter leur volonté d'intervention lorsque les parties ne leur ont pas donné les pouvoirs adéquats (clause expresse d'adaptation, clause d'amiable composition ou d'équité). La Cour internationale de justice dans l'affaire de la Barcelona Traction a d'ailleurs suivi le même raisonnement en affirmant que ce n'était pas à elle qu'il appartenait de faire le droit mais seulement de dire le droit existant <sup>432</sup> ».

**377.** Nous pensons que limiter l'adaptation du contrat pour imprévision à l'hypothèse où les parties l'admettent explicitement constitue, non seulement une dénaturation du principe « *pacta sunt servanda* » mais également, une déformation du travail d'interprète.

---

<sup>430</sup> KAHN (Ph.), « l'interprétation des contrats internationaux », *Clunet* 1981. 27.

<sup>431</sup> KAHN (Ph.), *Op. cit.*, 20.

<sup>432</sup> KAHN (Ph.), *idem*, 21.

**378.** A ce titre, M. KHAN souligne que « pour certains contrats et dans certaines conditions, la présomption d'intangibilité cède devant un principe complémentaire et non pas contradictoire d'aménagement qui conduit à admettre que le contrat peut être aménagé » et il opère par la même occasion une distinction entre « les contrats d'échange à court terme où la présomption d'intangibilité serait très forte- et presque irréfutable- et les contrats entraînant des relations permanentes entre les parties dans lesquels la règle de l'équivalence des prestations serait la règle fondamentale. Le maintien de l'équivalence des prestations serait alors le vrai signe de la stabilité du contrat dans une perspective dynamique et le moyen de vraiment respecter la règle *pacta sunt servanda* et de conserver une cause au contrat<sup>433</sup> ».

**379.** Certes, la pratique contractuelle a mis au point une riche gamme de clauses ayant pour objectif de maintenir l'équilibre contractuel lorsque les données initiales sont bouleversées par la survenance d'événements inévitables ou difficilement surmontable. M. OPPETIT a pris le soin d'analyser ces clauses et de les classer en deux catégories<sup>434</sup> :

**380.** Il y a d'abord, les clauses « de maintien de la valeur » par lesquelles les risques monétaires sont répartis entre les contractants. Ces clauses ne couvrent que les risques monétaires. Il s'agit « des clauses d'indexation », « les clauses d'échelle mobile », « les clauses de référence à une monnaie de compte ».

**381.** Ensuite, il y a la seconde catégorie qui est relative aux clauses de réadaptation. Ces clauses sont d'une variété importante et couvrent non seulement les risques monétaires mais également d'autres aléas qui sont de nature à perturber les prestations contractuelles dans leur ensemble. A ce titre, on cite, la clause du « client le plus favorisé<sup>435</sup> », la clause dite « *government take clause*<sup>436</sup> », la « *first refusal clause*<sup>437</sup> », la clause « de hausse et de baisse<sup>438</sup> » et la clause « de *hardship* » dite aussi « clause de sauvegarde » .

---

<sup>433</sup> KAHN (Ph.), « l'interprétation des contrats internationaux », *Clunet* 1981. 21 et s.

<sup>434</sup> OPPETIT, (B.), « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de *hardship* », *Clunet*, 1974. n°4. 794 et s.

<sup>435</sup> en vertu de cette clause, le vendeur s'engage à faire bénéficier son acheteur des avantages qu'il accorderait à des clients ultérieurs.

<sup>436</sup> Par les quelles, les sociétés pétrolières répercutent sur leurs acheteurs les augmentations du prix du pétrole au départ des pays producteurs.

<sup>437</sup> C'est une clause d'alignement sur offres concurrentes.

<sup>438</sup> C'est une clause de révision des conditions financières du contrat en cas de hausse ou de baisse des salaires ou des prix des matières premières.

**382.** A la différence des autres clauses de réadaptation qui prévoient des changements déterminés, la clause de hardship a une portée plus générale. En effet, elle oblige les parties contractantes à procéder à une renégociation de bonne foi afin de réaménager le contrat une fois qu'un événement qui échappe au contrôle raisonnable des parties a modifié les données initiales du contrat (économiques, monétaires ...).

Cette réadaptation est subordonnée au caractère substantiel et inéquitable de la modification. D'abord, substantiel, en ce sens que le changement de circonstances doit bouleverser l'économie du contrat. Ce caractère substantiel de hardship « ne s'apprécie pas dans l'absolu, mais relativement par rapport à l'équilibre contractuel<sup>439</sup> ». Et ensuite, inéquitable, c'est-à-dire que le changement des circonstances, sans entraîner l'impossibilité d'exécuter, doit faire subir à l'une des parties des rigueurs que l'on ne pourrait pas équitablement lui demander de supporter.

Soucieux de se prémunir contre les changements de circonstances susceptibles de détruire l'équilibre initial de leur contrat, les parties contractantes ont recours de plus en plus à des clauses de révision. Cependant, il faut reconnaître que limiter le droit de révision à l'insertion d'une clause expresse n'apporte pas une solution radicale, car la pratique a révélé qu'il existe des problèmes d'application desdites clauses, soit en raison de la maladresse qui affecte leur rédaction, soit en raison des lacunes qui peuvent les altérer.

En effet, pour qu'une clause de révision puisse fonctionner de manière satisfaisante, il est indispensable qu'elle envisage d'une manière claire et précise les modalités de sa mise en œuvre. Or, dans la majeure partie des contrats, ces clauses sont dépourvues d'une telle précision. Chose qui entrave sa bonne application. A ce titre, on peut se référer aux modèles de clauses étudiés par M. DENIS<sup>440</sup> qui a souligné ce caractère vague et abstrait de la rédaction entreprise par les contractants. Ainsi, il y a des clauses qui stipulent « en cas de modification fondamentale des circonstances imposant à l'une des parties une charge inéquitable découlant du présent protocole, les parties se consulteront aux fins de trouver en commun des ajustements équitables à cet accord ».

---

<sup>439</sup>OPPETIT, (B.), « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de hardship », *Clunet*, 1974. n°4. 802 et s.

<sup>440</sup> DENIS (Ph.), « Pacta sunt servanda et Rebus sic stantibus », In *dossiers de l'Institut de la Chambre de Commerce Internationale (CCI), L'apport de la jurisprudence arbitrale 1986*. 220.

D'autres clauses se limitent à à dire « *if, for any bona fide cause the revenue accruing to yo from this transaction is insufficient to meet the cost of opperations...* ».

La difficulté qui surgit en pratique tient au fait que « la simple énonciation de circonstances sans en préciser les caractéristiques (imprévisibilité, inévitabilité) peut prêter à confusion. Le rédacteur du contrat doit rédiger celui-ci de la manière la plus claire, il convient en tout cas que les parties s'interrogent sur la question de savoir si les nouveaux droits d'importation par exemple peuvent donner lieu à l'application de la clause même s'ils étaient prévisibles à la conclusion du contrat. La réponse sera généralement négative mais une précision dans le contrat n'est pas inutile <sup>441</sup>».

Par ailleurs, dans d'autres cas de figure, les clauses n'envisagent pas les effets attachés à la survenance de l'hypothèse prise en considération. Or, la partie victime du bouleversement est tenue d'informer son co-contractant. Mais, cette obligation d'information est très souvent omise dans le contrat.

En outre, certains rédacteurs se limitent à recopier intégralement la même clause sans tenir compte de la nature du contrat en question. Une méthode qui est génératrice de problèmes en pratique car chaque contrat a ses propres caractéristiques et nécessitent une clause qui leur est appropriée.

De même, certaines clauses ne prévoient pas de critères d'ajustement du contrat. A titre d'exemple on illustre les échantillons suivants :

« dans le cas de modifications importantes pouvant affecter le système monétaire international, modifications notamment susceptibles d'entraîner des distorsions dan les relations entre les monnaies auxquelles il est fait référence dans ce contrat, l'acheteur et le vendeur conviennent de se rencontrer le plus rapidement possible afin d'étudier les modifications éventuelles à apporter d'un commun accord au présent contrat ».

« les prix mentionnés ci-dessus sont basés sur les parités actuelles du D.M, du Franc belge, de la Livre Sterling. Si des modifications venaient à se produire entre ces parités ou entre l'une

---

<sup>441</sup> DENIS (Ph.), « Pacta sunt servenda et Rebus sic stantibus », In dossiers de l'Institut de la Chambre de Commerce Internationale (CCI), L'apport de la jurisprudence arbitrale 1986. 222.

et l'autre de ces parités avec pour effet de modifier l'économie du contrat, les parties auraient à se rencontrer pour examiner les meilleures mesures à prendre ».

Il est à observer également que la majeure partie des contrats, qui prévoient des clauses d'adaptation, le silence règne sur le sort du contrat pendant la procédure de la négociation ou l'hypothèse de l'échec des négociations n'est pas envisagée. En effet, si certains contrats contiennent des clauses de réadaptation doublées d'une clause qui accorde à l'arbitre la possibilité d'intervenir lorsque les parties ne se mettent pas d'accord sur la portée de la réadaptation, d'autres contrats n'abordent pas de telles questions malgré leur importance. Or, le problème qui se pose consiste à savoir si l'arbitre pourrait intervenir lorsque les renégociations des parties, suite à la mise en œuvre d'une clause de révision, sont infructueuses.

De pareilles difficultés d'applications surgissent en raison de la maladresse qui affecte la rédaction des clauses d'adaptation. Une maladresse que M. Denis a fait ressortir en affirmant avec force qu'« il importe de veiller dans la rédaction des clauses aux éléments suivant : a/ Une énonciation des caractéristiques des circonstances (...). Parfois, il peut être utile de préciser le seuil du bouleversement de l'économie contractuelle, par exemple le pourcentage de hausse des coût de production à partir duquel l'économie contractuelle est considérée comme bouleversée. (...) Ensuite, l'on aura égard à une circulation parfaite de l'information notamment en prévoyant la notification de l'événement perturbateur, et toute modification de ces circonstances susceptibles d'influencer l'exécution du contrat. Surtout dans les contrats à long terme, la clause doit être souple : la négociation, l'adaptation contribuent à cet effet. Enfin, l'on organisera l'effet du changement de circonstances non seulement sur la prestation du contractant. Le sort des prestations déjà exécutées ne doit pas être oublié <sup>442</sup> ».

---

<sup>442</sup>DENIS (Ph.), « Pacta sunt servanda et Rebus sic stantibus », In dossiers de l'Institut de la Chambre de Commerce Internationale (CCI), L'apport de la jurisprudence arbitrale 1986. 228.

L'imperfection des clauses d'adaptation tient au fait qu'au moment de la négociation, les parties n'accordent pas une priorité à ces stipulations. Généralement « les parties se sont accordées sur l'ensemble des points techniques et économiques constitutifs du contrat, ne voudraient pas se voir retardé la conclusion de ce dernier <sup>443</sup> ».

**383.** Il ressort du développement précédent que non seulement la capacité de prévision des parties contractantes est douteuse, mais également que la maladresse de la rédaction de ces prévisions paralyse la mise en œuvre des clauses de révision. Un constat qui nous amène à critiquer la position des sentences arbitrales qui refuse de réviser un contrat, dont l'économie a été entièrement bouleversée par des circonstances imprévisibles, sous prétexte que les parties n'ont pas expressément prévu de stipulations allant dans ce sens.

La conjoncture économique internationale revêt un caractère extrêmement complexe et mouvant et les bouleversements qu'elle connaît nous surprenne de jour en jour. Et de ce fait, même si les clauses sont parfaitement rédigées, il y aura des événements qui ne peuvent pas être appréhendés, même par un professionnel.

Si on se limite à analyser les changements qui ont dû se passer ces quelques dernières années seulement, on s'arrêtera sur cette réalité. Combien y a-t-il de contrats qui ont été complètement bouleversés par les événements du 11 septembre 2001 ou même suite à l'augmentation du prix du pétrole après l'invasion de l'Irak. Comment pourrait-t-on, dans de tels cas, refuser de réviser un contrat international sous prétexte que les parties n'ont pas prévu de telle possibilité ?

Le critère du professionnalisme des parties contractantes retenu par les arbitres du commerce international prête flanc à la critique. Des milliers de contractants ne sont pas expérimentés. Et de ce fait, on ne peut leur reprocher de ne pas avoir inclus dans leurs contrats une clause de révision. L'absence de clause peut être dû à un manque d'expérience voire même à un oubli.

---

<sup>443</sup> KALLEL (S.) et PEGUET (P.), « La force majeure dans les contrats internationaux », Rapport général In La force majeure dans les contrats internationaux, une approche à travers l'arbitrage, 32 Congrès de l'Association Internationale des Jeunes Avocats, Vichy/ France 24 Août- 4 septembre. 14 et s.

A notre avis, un contrat international qui ne contient pas de clause de révision ou qui contient une clause défailante en raison de la maladresse qui affecte sa rédaction ne peut être interprété comme une volonté délibérée d'écarter l'adaptation du contrat afin de maintenir son équilibre.

**384.** Par ailleurs, l'affirmation selon laquelle la révision du contrat pour imprévision constituerait une atteinte à l'intangibilité des conventions constitue une affirmation erronée car elle dénature le sens même de la règle *pacta sunt servanda*. En effet, une révision du contrat peut contribuer au rétablissement d'un équilibre favorable à la sécurité des transactions. Dès lors, l'adaptation du contrat aux nouvelles circonstances qui ont bouleversé son économie est une manière plus souple d'appliquer la règle *pacta sunt servanda*.

**385.** Le survol des opinions des différents auteurs montre un développement des partisans de la théorie de l'imprévision. Leurs écrits sur la question analysent les effets positifs que pourrait produire la révision du contrat pour imprévision. Ainsi il a été soutenu que « du moment l'on admet que tout contrat représente une utilité économique dont il faudrait au besoin maintenir l'équilibre en vue de sauvegarder ses utilités essentielles, il serait conséquent de constater que la pérennité des entreprises suppose qu'un contrat initialement équilibré n'a pas à se transformer en un désastre économique causant ainsi une ruine qui pourrait être plus au moins générale (...). En tout cas, rien ne prouve qu'une admission de la théorie de l'imprévision serait en quelque sorte une machine à faire exploser l'économie. Bien au contraire, certaines expériences montrent qu'une révision du contrat pour exorbitance ou même une indexation généralisée des prix pouvait être une arme efficace contre l'inflation. D'ailleurs, la situation des nombreux pays ayant admis la théorie de l'imprévision montre que l'assouplissement des contrats n'est pas de nature à engendrer un pire désordre que leur fixité ». De fait, l'économie nationale de ces pays n'a pas été paralysée par une réévaluation des créances dépréciées suite à une érosion monétaire <sup>444</sup> ».

**386.** Influencée par la multiplicité des critiques qui lui ont été adressées par les zéloteurs de la révision pour imprévision, la jurisprudence arbitrale ne semble pas être totalement imperméable à l'idée d'introduire d'assouplir sa prise de position initiale.

---

<sup>444</sup> BEN AICHA (N.), La révision du contrat pour exorbitance : développements récents », In Livre du Centenaire du Code des obligations et des contrats 1906 - 2006, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis 2007. 168.

## **B - Assouplissement de la position de la jurisprudence arbitrale**

**387.** En dépit de « la force légitimement reconnue au principe *pacta sunt servanda*, la jurisprudence arbitrale ne refuse pas systématiquement de prendre en compte les exigences de la justice, et plus prosaïquement, celle de la « fiabilité » des contrats en présence des bouleversements économiques <sup>445</sup>».

**388.** C'est sur la base de la loyauté contractuelle que les arbitres du commerce international ont assoupli leur prise de position à l'égard du caractère intangible du contrat international et ce grâce à l'obligation qui incombe aux parties de renégocier le contrat de bonne foi en cas de survenance d'un cas de force majeure ou d'imprévision (I).

**389.** En outre, l'adaptation du contrat est envisageable grâce au pouvoir reconnu à l'amiable composition de statuer sur la base de l'équité (II).

**390.** Enfin, certains auteurs voient en l'obligation de minimiser les pertes, imposée par les arbitres du commerce international à la partie lésée, un moyen de limiter les conséquences injustes du maintien du contrat dans version initiale (III).

### **I - L'obligation de renégocier le contrat**

**400.** La jurisprudence arbitrale a fait de l'équilibre des prestations sur le plan financier une règle de la *lex mercatoria*. C'est dans cette perspective que la sentence n° 2291 a été rendue suite à un litige qui opposait un transporteur français à une entreprise anglaise qui ont conclu un contrat de transport et emballage d'un laminoir de France en Afrique. Dans cette affaire, l'acheteur invoque l'augmentation du prix convenu lors de la livraison. Le tribunal arbitral souligne que « toute transaction commerciale est fondée sur l'équilibre des prestations

---

<sup>445</sup> GOLDMAN (B.), « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage international, réalités et perspectives », J.D.I 1979. 495.

réciproques et que nier ce principe reviendrait à faire du contrat commercial un contrat aléatoire, fondé sur la spéculation ou le hasard<sup>446</sup> ».

**401.** La concrétisation du principe du maintien de l'équilibre des prestations se manifeste dans l'obligation de renégocier le contrat de bonne foi que la pratique arbitrale met à la charge des parties en cas de force majeure ou d'un cas d'imprévision.

Ainsi, les arbitres obligent les parties à faire tout leur possible afin d'assurer la continuité de leur contrat. De ce fait, les arbitres du commerce international ont mis l'accent sur l'obligation de renégocier le contrat en cas de survenance de circonstances rendant l'exécution du contrat temporairement impossible. Dans de telles hypothèses, les parties sont tenues de « de faire de tout ce qui est en leur pouvoir afin que l'événement constitutif de force majeure ne perturbe que temporairement l'exécution du contrat (...) et ce n'est qu'en cas d'échec, que l'effet extinctif succède définitivement à l'effet suspensif de la force majeure<sup>447</sup> ».

Par ailleurs, et même si la théorie de l'imprévision n'est pas reçue à bras ouverts par la *lex mercatoria*, les arbitres du commerce international tentent d'assouplir leur position, que nous qualifions de rigide, en faisant peser sur les contractants, et ce sur la base de la loyauté contractuelle et de l'équité, le devoir de revoir le contrat en cas de déséquilibre qui bouleverse l'équilibre initial de leur transaction.

La loyauté contractuelle « suppose en cas de bouleversement de l'économie du contrat, une légitimité pour chaque partie, de chercher à obtenir une réadaptation raisonnable de ses obligations<sup>448</sup> ».

**402.** Il est à observer que si la jurisprudence arbitrale a fait de l'équilibre des prestations sur le plan financier une règle de la *lex mercatoria*, il n'en demeure pas moins qu'elle a affirmé que cette règle n'accorde « au débiteur aucun droit à une réduction, fût-ce dans une mesure raisonnable, de l'obligation devenue excessivement onéreuse. Tout au plus un tel

---

<sup>446</sup> Sentence CCI rendue dans l'affaire n° 2291 en 1975, *Clunet* 1976. 989 et s.

<sup>447</sup> OSMAN (F.), *Les principes généraux de la lex mercatoria*, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, L.G.D.J., P.168.

<sup>448</sup> OSMAN (F.), *Les principes généraux de la lex mercatoria*, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, L.G.D.J., P.165.

principe met à la charge des contractants l'obligation de renégocier de bonne foi en cas de bouleversement de l'économie du contrat<sup>449</sup> ».

Cette obligation de renégociation n'ouvre pas automatiquement la voie à la révision : sans être astreintes à réadapter le contrat, les parties doivent faire preuve d'une collaboration loyale « en vue d'aplanir les obstacles à l'exécution de leur convention ». C'est ce qui ressort de la lecture de la sentence rendue sous l'égide de la CCI en 1975 sous le n° 2443<sup>450</sup>, où il a été déclaré que les parties doivent « être parfaitement conscientes que seule une collaboration loyale, totale et constante » permet de « résoudre au delà des difficultés inhérentes à l'exécution de tout contrat, les nombreux problèmes résultant de l'extrême complexité dans la formulation et l'enchevêtrement des engagements ».

**403.** En outre, l'obligation de renégociation est une obligation de moyens. Par conséquent, la révision du contrat n'est pas un résultat promis qu'il faut absolument atteindre. Autrement dit, les parties ne sont pas tenues d'aboutir à la révision du contrat. Mais, elles sont seulement obligées « de faire preuve d'une diligence normale, utile et raisonnable dans la sauvegarde de leurs intérêts, notamment en veillant à ne pas faire des offres hâtives non déraisonnées susceptibles de surprendre le cocontractant<sup>451</sup> ».

**404.** Par ailleurs, il est à observer que les arbitres reconnaissent au créancier la possibilité de refuser toute demande de révision qui revêt un caractère déraisonnable, et ce lorsqu'il n'existe aucun risque d'aggravation du dommage subi par ce dernier. Cependant, si le créancier refuse de se prêter à une renégociation raisonnable cela conduit à une résiliation fautive de la transaction.

Pour apprécier le caractère déraisonnable de l'offre de révision, les arbitres estiment que la demande de révision doit être conforme à la bonne foi. Elle doit également « se limiter non seulement à ce qui était raisonnable, mais encore, à ce qui était strictement nécessaire pour que l'exécution du contrat ne devienne pas manifestement inéquitable<sup>452</sup> ». Ainsi, dans la sentence CCI n°2508, qui est rendue suite à un différend qui opposait une entreprise X à une

---

<sup>449</sup> OSMAN (F.), Les principes généraux de la lex mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, L.G.D.J., P.153.

<sup>450</sup> Citée par Y. DEARINS dans son commentaire de la sentence 2291, Clunet 1976 . 989 et s.

<sup>451</sup> Sentence CCI rendue dans l'affaire n° 2291 en 1975, Clunet 1976. 990.

<sup>452</sup> Sentence CCI n° 2508 rendue en 1976, Clunet 1977. 940, Obs. Y. DERAÏNS.

entreprise Y car cette dernière n'a pas livré la quantité de carburant prévue dans le contrat au motif que le prix du pétrole a augmenté, les arbitres ont décidé que la demande de révision faite par l'entreprise Y, et qui consiste à obtenir de son cocontractant des prix proches des cours mondiaux, est un comportement fautif et revêt un caractère déraisonnable et affirment qu'en « en l'occurrence il était en principe compréhensible, vu les circonstances économiques, que Y... tente d'obtenir une augmentation des prix contractuels. Il était cependant inadmissible qu'elle cherche à obtenir un prix proche des prix mondiaux, ce qui revenait simplement à résilier le contrat ».

**405.** M. OSMAN voit que la position de la jurisprudence arbitrale, telle que nous l'avons exposée dans les exemples de sentences citées auparavant, témoigne « d'un souci de concilier d'une part, la sécurité des transactions et, d'autre part, la nécessité d'une certaine mutabilité du contrat international, lorsque les circonstances l'exigent <sup>453</sup> ».

**406.** A notre sens, l'obligation de renégocier le contrat ne constitue qu'un pas très timide qui est loin d'apporter un remède radical au problème de l'adaptation du contrat international en cas de bouleversement de son équilibre. En effet, cette obligation est limitée aux cas où l'exécution de l'obligation deviendrait excessivement onéreuse pour le débiteur. En plus, c'est une obligation de moyens qui est loin de pouvoir garantir le rétablissement de l'équilibre initial.

**407.** Si l'assouplissement de la position de la jurisprudence arbitrale face à la théorie de l'imprévision, en imposant aux parties l'obligation de renégocier le contrat, reste plus ou moins infructueuse, certains auteurs voient dans les pouvoirs reconnus à l'arbitre amiable compositeur une voie vers la possibilité d'adapter le contrat aux circonstances qui ont bouleversé son économie initiale.

---

<sup>453</sup> OSMAN (F.), Les principes généraux de la lex mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, L.G.D.J., P.165.

## II- Les pouvoirs de l'arbitre amiable compositeur à l'égard du contrat en cas de bouleversement de son équilibre initial

408. Appelé à « rechercher la solution la plus juste<sup>454</sup> », l'arbitre amiable compositeur tente de conjuguer contrat et équité. Partant de cette optique, la question suivante s'ouvre à l'analyse : comment l'arbitre statuant *ex aequo et bono* s'y prend-il à l'égard du contrat de commerce international en cas de survenance d'un événement qui a bouleversé l'équilibre initial de la transaction? Autrement dit, l'arbitre, investi du pouvoir de statuer comme amiable compositeur, peut-il s'écarter des stipulations contractuelles dont l'application littérale conduirait à des conséquences inéquitables, notamment à la suite du bouleversement de l'économie générale du contrat, et ce sans pour autant que le contrat ne contienne une clause expresse de révision?

409. A prime abord, la jurisprudence arbitrale semble s'aligner sur la position de certains auteurs qui dénie à l'amiable compositeur le pouvoir de réviser le contrat tant que les parties ne lui ont pas accordé une telle autorité. A ce titre, on cite la sentence CCI n° 2694 qui affirme clairement qu'« il n'appartient pas aux arbitres de procéder à un nouvel équilibrage contractuel et de se substituer aux parties qui ont échoué dans la renégociation du contrat litigieux<sup>455</sup> ».

La même position est reprise dans la sentence 3938 rendue en 1982 sous l'égide de la CCI qui énonce que « selon la doctrine dominante et la pratique de l'arbitrage commercial international, l'arbitre amiable compositeur demeure lié par le contrat (...) ; les considérations qui peuvent conduire l'amiable composition à corriger les distorsions qui peuvent résulter de l'application des règles de la loi aux circonstances concrètes de l'espèce ne valent pas à l'égard du contrat<sup>456</sup> ».

Certains auteurs sont en faveur de cette solution. Ainsi, M. LEVEL écrit que l'arbitre amiable compositeur « ne peut, sans avoir le pouvoir exprès du contrat, sortir de la fonction juridictionnelle, telle qu'elle est comprise en droit français, et réviser, avec effet pour l'avenir,

---

<sup>454</sup> CA Paris, 15 mars 1984, Rev. Arb., 1985, 285, note P. BELLET.

<sup>455</sup> Sentence CCI n° 2694 rendue en 1977, Clunet 1978, 985.

<sup>456</sup> Sentence CCI n° 3938 rendue en 1982, JDI 1984, 926, obs. JARVIN.

telle clause du contrat litigieux. La mission d'amiable compositeur ne comporte pas le pouvoir de révision du contrat si les parties ne l'ont pas dit expressément <sup>457</sup> ».

**410.** Ces idées ont été critiquées par M. LOQUIN qui estime que la méfiance d'une partie de la doctrine à l'égard du pouvoir de l'amiable compositeur de réviser le contrat repose sur une assimilation de la révision pour l'avenir à la création d'un nouveau contrat. Selon lui, « la révision du contrat, ne doit pas être confondue avec la création du contrat ou la perfection du contrat, c'est à dire la fixation de nouvelles obligations. Le juge ne refait pas le contrat, il lui rend seulement une efficacité qu'il avait perdue. C'est pourquoi la révision ne constitue pas à proprement parler un acte créateur nécessairement arbitraire comme le comblement d'une lacune. L'accord primitif des parties préexiste et subsiste à la révision. Le pouvoir de révision conduit seulement à rétablir l'équilibre contractuel tel qu'il a été voulu par les parties <sup>458</sup> ». Il ajoute que « le contenu contractuel a pour les parties moins de valeur que le résultat visé et mis en œuvre par le contrat, c'est à dire la coopération. Plus précisément, en raison du caractère mouvant et aléatoire de l'environnement contractuel, il peut arriver que l'objet du contrat, c'est-à-dire la définition des prestations respectives réalisées par le contrat à un moment déterminé, ne serve plus sa cause subjective, c'est-à-dire le mobile déterminant, le projet commun initial des parties qui, lui, demeure. Cette relation conflictuelle entre l'objet et la cause du contrat (...) oblige à une adaptation de l'objet du contrat aux circonstances, afin que soit préservé le but ultime de l'opération <sup>459</sup> ».

M. LOQUIN poursuit sa thèse en reconnaissant à l'amiable compositeur un pouvoir modérateur, non seulement à l'égard de la règle de droit mais également, à l'égard du contrat litigieux. Il estime que « la clause d'amiable composition peut donc être interprétée comme une renonciation, en cas de litige porté devant l'arbitre, à la sanction des droits que le contrat fait naître au bénéfice de chacune des parties. Ce raisonnement explique que la clause puisse conférer à l'amiable compositeur des pouvoirs particuliers à l'égard du contrat. (...). D'autre part, il convient de distinguer entre les contrats spéculatifs et les contrats non spéculatifs. Dans les premiers, les parties entendent parier sur les caractères plus au moins aléatoires de l'opération. Les contractants acceptent d'en supporter véritablement les risques ou de bénéficier de la même manière des effets du hasard. Aussi, la clause d'amiable composition, à

---

<sup>457</sup> LEVEL (P.), « L'amiable composition dans le décret du 14 mai 1980, Rev. Arb. 1984. 658.

<sup>458</sup> LOQUIN (E.), L'amiable composition en droit comparé et international, contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial, Paris 1980. 297.

<sup>459</sup> LOQUIN (E.), Op. Cit., 278.

supposer qu'elle soit stipulée dans ces contrats, ne peut-elle être interprétée comme autorisant les arbitres à s'écarter de la lettre de la convention, même si son application conduit à un résultat inéquitable pour l'une des parties. Dans les seconds, les parties ont entendu, au contraire, se partager la charge des risques et des aléas<sup>460</sup> ». Et il conclut en préconisant que « rien ne s'oppose à donner à l'amiable compositeur le pouvoir général de réviser le contrat à la requête de l'une des parties. Ce pouvoir est fondé sur la renonciation qu'ont faite les contractants en stipulant la clause, de se retrancher derrière la défense stricte de leurs droits<sup>461</sup> ».

**411.** Cette assertion trouve finalement écho dans la jurisprudence arbitrale récente, en ce sens que les arbitres du commerce international affirment que la force obligatoire du contrat ne s'oppose pas à ce que l'amiable compositeur puisse aménager les droits contractuels au nom de l'équité et ce dans le but de rétablir l'harmonie entre les parties. Cette prise de position est présente dans plusieurs sentences arbitrales. On peut citer la sentence CCI n° 3267 qui déclare que « l'arbitre siégeant en qualité d'amiable compositeur peut refuser de tenir compte des droits légaux ou contractuels d'une partie quand la prétention de s'en prévaloir équivaudrait à un abus de droit<sup>462</sup> ».

Ces revirements ont amené M. DERAÏNS à souligner qu'« en réalité (...), on ne peut s'empêcher de relever que la jurisprudence arbitrale déniant aux arbitres amiables compositeurs, le pouvoir de se dégager des dispositions contractuelles, est en train de perdre sa rigueur<sup>463</sup> ».

**412.** De son côté, la jurisprudence française admet la possibilité pour les amiables compositeurs de s'écarter des stipulations contractuelles lorsque leur application conduit à des résultats injustes. Ce constat est expressément affirmé dans plusieurs arrêts rendus par la Cour d'Appel de Paris qui déclare que l'arbitre statuant *ex æquo et bono* a « la faculté de s'écarter de l'application stricte (...) des clauses du contrat, dès lors qu'elles ne reproduisent pas des règles d'ordre public (...). Il peut ainsi modifier ou modérer les conséquences de

---

<sup>460</sup> LOQUIN (E.), L'amiable composition en droit comparé et international, contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial, Paris 1980. 283.

<sup>461</sup> Idem, 297.

<sup>462</sup> Sentence CCI n° 3267 rendue en 1981, JDI, 1982.

<sup>463</sup> DERAÏNS. (Y.), note sous Sentence CCI n° 3327, précitée.

certaines clauses contractuelles en considération de motifs tenant à l'équité, tirés de circonstances de fait justifiant une telle adaptation <sup>464</sup> ».

Dans un autre arrêt, la Cour d'Appel relève également que l'amiable compositeur dispose du pouvoir de « de modérer les droits créés par le contrat , d'écarter les conséquences de l'application stricte des clauses contractuelles <sup>465</sup> ».

**413.** Cependant, il faut noter que, pour la Cour d'Appel de Paris, cette affirmation ne signifie pas que l'amiable compositeur est habilité à modifier l'économie du contrat « en substituant aux obligations contractuelles des obligations nouvelles ne répondant pas à l'intention commune des parties <sup>466</sup> ». Cela dit, « le pouvoir de révision du contrat octroyé à l'amiable compositeur ne saurait être absolu. Pas plus que le juge, l'arbitre ne saurait transformer, réécrire ou modifier les caractéristiques essentielles du contrat : un contrat de licence ne saurait être transformé en contrat d'association et une vente en location. L'économie générale du contrat doit être maintenue. L'application de l'équité n'intervient que pour tempérer les effets d'un contrat. Elle ne peut le dénaturer <sup>467</sup> ».

**414.** En l'état actuel, la pratique arbitrale reconnaît que la clause d'amiable compositeur, « sans permettre une adaptation systématique du contrat international, fût-il de longue durée, l'autorise à modérer, au nom de l'équité les conséquences découlant des prérogatives du contrat, ce qui suppose le pouvoir de l'adapter. Ce faisant, l'arbitre amiable compositeur contribue à une certaine mutabilité du contrat international en ne sacrifiant, ni à la force obligatoire des conventions, ni au dynamisme des échanges commerciaux <sup>468</sup> ».

**415.** Par ailleurs, certains auteurs estiment que l'obligation faite par la jurisprudence arbitrale à la partie lésée de limiter son préjudice peut aboutir à la révision du contrat.

---

<sup>464</sup> CA Paris, 12 mars 1985, Rev. Arb., 1985. 299.

<sup>465</sup> CA Paris, 6 mai 1988, Rev. Arb., 1989. 83, obs. LOQUIN (E.)

<sup>466</sup> CA Paris, 19 avril 1991, Rev. Arb., 1991. 673, obs. LOQUIN (E.).

<sup>467</sup> BERTRAND (E.), « L'amiable composition », Rapport du groupe de travail du Comité française de la CCI, Revue de droit des affaires internationales, Décembre 2005. 764.

<sup>468</sup> F. OSMAN, Les principes généraux de la lex mercatoria, Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, L.G.D.J. 173.

### **III - L'obligation de minimiser les pertes : un moyen qui conduit à la révision du contrat pour imprévision ?**

**416.** L'obligation faite par les arbitres du commerce international au créancier de minimiser son dommage en lui incombant l'obligation d'accepter l'offre d'exécution modifiée faite par le débiteur défaillant a été assimilée par certains auteurs à une révision du contrat.

#### **a – La reconnaissance et le fondement de l'obligation de minimiser le dommage**

**417.** L'obligation de minimiser le dommage est couramment mise en œuvre par les arbitres du commerce en tant que principe général de la *lex mercatoria*. Plusieurs sentences témoignent de cette optique. C'est le cas de la sentence CCI n° 2013<sup>469</sup> rendue en 1972, où le tribunal arbitral a modéré le montant des dommages-intérêts accordés au contractant à la suite d'une résiliation fautive du contrat car ce dernier n'a pris le soin de réduire le dommage qu'il a subi. La même affirmation est reprise dans la sentence CCI n° 2404 rendue en 1975, où le tribunal a énoncé que « tout tribunal appelé à juger un différend doit prendre en considération toute possibilité de minimiser le préjudice. En effet, il arrive souvent que la partie lésée tâche de mettre toute la responsabilité du préjudice subi sur son co-contractant, alors qu'il lui aurait de toute évidence été possible de la réduire en agissant sans tarder dès qu'elle avait eu connaissance de la défaillance de celui-ci <sup>470</sup>».

**418.** L'obligation de minimiser le dommage est largement connue dans le système anglais où elle est concrétisée par plusieurs règles : « premièrement, le demandeur à l'action en réparation ne peut être indemnisé du préjudice qu'il pouvait éviter ; deuxièmement, il droit à indemnisation pour le préjudice distinct qu'il a supporté en tenant de modérer son dommage ; enfin, il ne peut recevoir de dommages-intérêts pour le dommage qu'il a évité et il

---

<sup>469</sup> Sentence CCI n° 2103 en 1972, JDI, 1974. 902, obs. Y. DERAÏNS.

<sup>470</sup> Sentence CCI n° 2404 en 1975, JDI 1976. 995.

est tenu compte, dans la fixation de l'indemnité du gain qu'il a réalisé qui est la conséquence directe de l'événement dommageable<sup>471</sup> ».

Dans les systèmes juridiques du droit romain, l'obligation de minimiser les pertes est reconnue explicitement par certains droits nationaux, tels que le droit suisse<sup>472</sup>, le droit allemand<sup>473</sup>, le droit italien<sup>474</sup>, le droit égyptien<sup>475</sup> et implicitement par le droit français notamment lorsque le juge français tient compte de la faute de la partie lésée et le lien de la causalité en matière de responsabilité civile. Elle a été également reprise par les principes relatifs aux contrats de commerce international<sup>476</sup> et par les principes européens du droit des contrats<sup>477</sup>.

**419.** Des considérations d'ordre moral et d'ordre économique ont été avancées pour déterminer le fondement de l'obligation de minimiser les pertes. Ainsi, une première pensée semble ramener l'obligation de minimiser les pertes à la bonne foi. Cette idée a été défendue par un certain nombre d'auteurs en l'occurrence M. KAHN, ou également Mme ALEXANDRE qui écrit que « les sentences ont déduit du principe de bonne foi une obligation plus précise, qui constitue un aménagement du principe général de responsabilité, à savoir l'obligation pour le créancier de minimiser ses pertes en cas d'inexécution d'un contrat international<sup>478</sup> ».

**420.** D'autres auteurs estiment que l'obligation de minimiser le dommage n'est rien d'autre que la consécration du devoir de coopération. C'est le cas de M. DERAIS qui souligne que « l'obligation de minimiser le dommage participe du pouvoir de coopération que les arbitres font peser sur les parties à un contrat international<sup>479</sup> ».

---

<sup>471</sup> ORTSCHIEDT J. La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international, Nouvelle Bib. Des thèses, 2001 Dalloz.102.

<sup>472</sup> Article 44 et 99 du Codes des obligations suisse.

<sup>473</sup> Article 252 du Code civil allemand.

<sup>474</sup> L'article 1227 du Code civil italien.

<sup>475</sup> L'article 221 du Code civil égyptien.

<sup>476</sup> L'article 7.4.8 énonce que « le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait pu l'atténuer par des moyens raisonnables » et que « le créancier peut recouvrer les dépenses raisonnablement occasionnées en vue d'atténuer le préjudice ».

<sup>477</sup> L'article 4. 504.

<sup>478</sup> ALEXANDRE (D.), « Rapport français sur le droit international privé », In la bonne foi, Travaux de l'Association Henri Capitant, Litec, 1992. 566.

<sup>479</sup> DERAIS (Y.), « L'obligation de minimiser le dommage dans l'arbitrage commercial international », RDAI, 1987. 381.

421. Des considérations économiques ont été alors avancées pour justifier l'obligation de minimiser le dommage. Selon cette conception, l'obligation cette obligation permet d'abord d'éviter de dilapider les ressources et ensuite de diminuer le coût global de la responsabilité.

422. Par ailleurs, l'injonction faite, par les arbitres du commerce international, au créancier de minimiser son dommage en l'obligeant à accepter l'offre d'exécution modifiée faite par le débiteur défaillant, a été assimilée par certains auteurs à une révision du contrat. Une assimilation qui est loin d'être convaincante.

### **b- L'assimilation erronée de l'obligation de minimiser les pertes à une révision du contrat**

423. La jurisprudence arbitrale a déterminé les modalités d'exécution de l'obligation de minimiser les pertes :

Ainsi, la partie lésée est tenue « d'agir le plus rapidement possible afin de réduire l'ampleur du préjudice<sup>480</sup> ». Elle ne doit pas tarder à prendre des mesures afin de modérer le dommage.

En outre, elle est tenue de substituer une prestation équivalente à celle initialement promise par le débiteur<sup>481</sup>.

Et enfin, elle doit accepter l'offre d'exécution de la prestation par le débiteur à des conditions différentes raisonnables de celles initialement prévues. Ainsi, il a été jugé que « (...) lors de la réunion de Bucarest du (...), la partie défenderesse avait offert à la demanderesse de lui fournir, pendant le deuxième trimestre de 1973, (x) tonnes de gasoil au prix de F... la tonne. Ce prix étant nettement inférieur à ceux pratiqués à l'époque sur le

---

<sup>480</sup> Sentence CCI n° 2216 rendue en 1974, Clunet 1975. 917, obs. Y. DERAÏNS.

<sup>481</sup> Ainsi par exemple, le maître de l'ouvrage est tenu de confier les travaux incomplets à un autre constructeur en cas de défaillance de l'entrepreneur avec lequel il a conclu un contrat. De même, le fréteur doit, lorsque l'affréteur n'exécute pas ses obligations, chercher à diminuer son dommage en trouvant un transport de substitution pour le navire.

marché mondial des pétroles, la demanderesse, même si elle n'était pas d'accord sur cette augmentation du prix prévu au contrat, aurait dû accepter cette offre, afin de diminuer l'étendue du dommage, quitte à recourir ensuite à l'arbitrage, en requérant le maintien du prix contractuel. C'est donc la différence entre le prix contractuel de F ... la tonne, et le prix offert en ... de F... la tonne, soit de F..., qu'il convient de retenir pour base de calcul du préjudice subi par la demanderesse du fait de la non-livraison des quantités prévues pour le deuxième trimestre 1973 <sup>482</sup>» .

**424.** C'est en partant de la position adoptée dans la sentence sus-visée que certains auteurs, en l'occurrence Le Professeur GOLDMAN, y voient une certaine reconnaissance de la révision pour imprévision par la jurisprudence arbitrale internationale. A ce titre, il observe que l'obligation de minimiser les pertes « contribue sinon à imposer la révision, du moins à limiter les conséquences injustes du maintien rigoureux du contrat. On s'aperçoit du reste que cette obligation peut difficilement être distinguée de celle de renégocier, voir d'accepter une révision du contrat <sup>483</sup>».

**425.** A notre sens, et nous joignons en cela M. ORTSCHIEDT, cette assimilation est trompeuse car, l'obligation faite à la partie lésée d'accepter l'offre d'exécution modifiée du débiteur ne débouche pas sur une révision du contrat pour l'avenir.

En effet, si la partie lésée accepte l'offre faite par le débiteur défaillant elle est en droit d'agir contre ce dernier afin d'obtenir la réparation du préjudice qu'elle a subi suite à la modification de la prestation. Par conséquent « il n'y a donc pas de réelle modification durable du contrat puisque a posteriori, il sera tenu compte de l'exécution défectueuse de l'obligation initiale par le débiteur pour évaluer le préjudice subi par le créancier. L'altération des droits du créancier nés de la convention n'est que provisoire, limitée dans le temps, de telle sorte que l'on ne peut parler de véritable révision du contrat <sup>484</sup>».

---

<sup>482</sup> Sentence CCI n° 2478 rendue en 1974, Clunet 1975. 925, obs. Y. DERAIS.

<sup>483</sup> GOLDMAN (B.), « La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international, réalités et perspectives », J.D.I 1979. 495 ; F. OSMAN, Les principes généraux de la lex mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, L.G.D.J .185.

<sup>484</sup> ORTSCHIEDT J. La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international, Nouvelle Bib. Des thèses, 2001 Dalloz. 151.

En outre, la jurisprudence arbitrale n'oblige pas le créancier à accepter l'offre d'exécution faite par le débiteur défaillant lorsque celle-ci n'est pas raisonnable. De même, le non respect par le créancier de l'obligation de minimiser les pertes, en refusant l'offre faite par le débiteur, n'engage pas sa responsabilité. La sanction qui lui infligée consiste généralement à limiter le montant de l'indemnisation<sup>485</sup>. On est donc totalement loin de l'obligation de réviser le contrat.

**426.** A la lumière de ce qui a été exposé, il ressort qu'entre la reconnaissance par la jurisprudence arbitrale internationale du principe de l'équilibre de prestations et la concrétisation de cette reconnaissance par l'adaptation du contrat international aux changements de circonstances qui ont bouleversé son économie initiale, le chemin est encore flou. Certes, le développement des prises de positions vers l'adaptation du contrat est de plus en plus manifeste mais, le chemin est encore loin. Pour y arriver, les arbitres doivent faire preuve de plus d'audace comme c'est le cas dans d'autres matières. Ils ont réussi à affirmer leur indépendance et leur force créatrice en détachant le contrat international de l'emprise des droits étatiques et en édifiant leurs propre ordre juridique. Il faut concrétiser cette transnationalité dans les solutions apportées au litige. Le chemin est encore loin, notamment en ce qui concerne la question de l'adaptation du contrat, mais l'espoir demeure présent.

Nous avons vu que les arbitres interprètent le contrat de commerce international à la lumière d'un certain nombre de valeurs inhérentes à la bonne foi, l'équité et le raisonnable. Pourquoi les arbitres ne recourent-ils pas à ces notions pour adapter le contrat aux changements de circonstances qui affectent son économie initiale ?

Une majeure partie de la doctrine<sup>486</sup> voient dans ces outils un meilleur moyen pour faire de l'interprétation une technique qui permet de réanimer le contrat et de le faire sortir de l'impasse. Ainsi, il a été préconisé que « si la bonne foi oblige à ne pas tromper son cocontractant, elle oblige aussi à ne pas s'enrichir de ses dépouilles si des circonstances imprévues font du contrat autre chose que ce qu'avaient envisagé les parties<sup>487</sup> ».

---

<sup>485</sup> V. Chapitre I du présent titre.

<sup>486</sup> JERBI (S.), *L'interprétation du contrat*, op. cit., 591 et s ; BELASSRA (F), *Théorie de l'imprévision et la possibilité de son application en droit marocain (en arabe)*, annexe. Jud. 1980. n°3.

<sup>487</sup> PALNIOL, RIPERT et ESMEIN, *Traité de droit civil T6* .1952. n°396.

Dans la même perspective, M. JERBI estime que le silence législatif ou conventionnel sur la question de la révision du contrat pour imprévision ne doit pas empêcher le juge ou l'arbitre d'interpréter le contrat d'une manière utile dans le but de le sauvegarder au nom de la bonne foi, de l'équité et du raisonnable<sup>488</sup>.

**427.** Si les tentatives de la jurisprudence arbitrale pour sauvegarder le contrat en cas de bouleversement de son équilibre initial demeurent timides, elles ne le sont pas autant lorsque l'existence du contrat est menacée par la nullité.

## **SECTION II – L'INTERPRETATION GARANTISSANT LA SURVIE DU CONTRAT EN EVITANT SA NULLITE**

**428.** La nullité du contrat litigieux ou de certaines de ses dispositions peut être soulevée lors du litige. Dans un tel hypothèse, l'arbitre n'hésite pas à puiser dans les règles interprétatives le moyen de résoudre ce problème. C'est en se basant sur l'interprétation de bonne foi et du principe de l'effet utile que la jurisprudence arbitrale tend à préserver le contrat de la nullité (§1) et ce sous réserve des valeurs et des règles d'ordre public que l'arbitre du commerce international est soucieux de respecter (§2).

### **§1 – Le principe de la validation du contrat**

**429.** Confronté à la question de la nullité du contrat litigieux, les arbitres du commerce international puisent dans les directives d'interprétation pour valider la convention en question. Pour y parvenir, ils mettent en œuvre plusieurs démarches qui consistent à choisir le droit qui valide le contrat (A) ou à limiter l'étendue de la nullité en supprimant les clauses irrégulières seulement (B) ou bien à valider le contrat en lui ajoutant l'élément indispensable manquant (C).

---

<sup>488</sup> JERBI (S.), L'interprétation du contrat, op. cit., 609 et s.

## A- Choix du droit qui valide le contrat

**430.** Nous avons analysé auparavant que la question de l'interprétation du contrat peut être soulevée lorsque les parties n'ont pas désigné le droit applicable à leur contrat. En de telles hypothèses, l'arbitre du commerce international dispose d'un large pouvoir discrétionnaire<sup>489</sup>.

**431.** En se basant sur la règle de l'effet utile, en tant que directive d'interprétation du contrat de commerce international, les arbitres tentent de préserver le contrat de la nullité en choisissant une loi qui le valide. Ils justifient cette position par deux arguments :

D'abord, l'existence d'une tendance universellement reconnue allant dans ce sens. C'est ce qui ressort de la sentence CCI n° 2321, où le tribunal arbitral a déclaré que la règle *favor negotii* constitue « un principe général largement reconnu<sup>490</sup> ».

Et ensuite, par l'existence d'une présomption d'une volonté commune des parties allant vers la validité du contrat. En d'autres termes, en concluant un contrat, les parties n'envisagent pas qu'il soit invalidé par la suite, que ce soit totalement ou partiellement.

**432.** Pour préserver la convention de la nullité, les arbitres n'hésitent pas à évincer le droit invalidant le contrat et choisir d'appliquer le corps de règles juridiques le validant. Et ce en se basant sur son pouvoir discrétionnaire de choisir le droit applicable au contrat. Cette démarche a été mise en exergue dans d'innombrables sentences. C'est le cas de la sentence CCI n° 4338 où le tribunal arbitral a préféré la désignation du droit suisse au détriment du droit de l'Etat (X) car ce dernier risque d'invalidier la convention en question. Il justifie ce choix par le fait qu'«il est raisonnable de supposer que de deux droits possibles, les parties auraient choisi celui qui assure la validité du contrat. C'est également un principe général largement reconnu qu'entre deux solutions juridiques, le juge choisit celle en faveur de la validité du contrat »<sup>491</sup>.

---

<sup>489</sup> V. chapitre I du titre I de la présente partie.

<sup>490</sup> Sentence CCI n° 2321 rendue en 1974, Clunet 1975. 938 et s, obs. Y. DERAÏNS.

<sup>491</sup> Sentence CCI n°4338 rendue en 1984, Clunet 1983. 986 , obs. Y. DERAÏNS.

La même position a été retenue dans la sentence CCI n° 4145, où le tribunal arbitral a écarté l'application du droit de l'Etat arabe au profit du droit suisse car le premier, bien qu'il avait vocation à régir le contrat litigieux, invaliderait la convention. Ce choix a été opéré par interprétation de la volonté des parties et ce en se basant sur le fait que les contractants ont mentionné le droit suisse en premier (avant le droit de l'Etat arabe). Un indice qui penche, selon le tribunal, vers l'application du droit suisse.

On peut également citer la sentence CCI n° 4996 rendue en 1985 où le litige est né à la suite de la rupture d'un contrat d'agence liant une société italienne (la défenderesse) à son agent en France (la demanderesse). Les parties contractantes n'avaient pas désigné le droit applicable. Le tribunal se trouvait face à deux systèmes juridiques ayant vocation à régir le contrat litigieux. D'abord, le droit italien, car le contrat est rédigé en italien, contient « à titre subsidiaire par rapport à la clause arbitrale (...), une clause de prorogation de for en faveur des tribunaux italiens (...) ». Et ensuite, le droit français, car le contrat a été entièrement exécuté en France. Le tribunal opte pour la désignation du droit français car « si l'on appliquait le droit italien au contrat litigieux, on pourrait se demander comment exiger d'un agent français exerçant son activité en France et résidant en France qu'il se fasse immatriculer dans le registre italien, à supposer que cela soit possible. On risquerait alors de soumettre le contrat litigieux à un droit qui le déclarerait alors nécessairement nul pour violation d'une disposition vraisemblablement impossible à satisfaire. Il y a là une raison supplémentaire et importante d'appliquer en l'espèce le droit français à ce contrat <sup>492</sup> »

**433.** Dans certaines sentences, les arbitres parviennent à faire échapper le contrat à la nullité en se plaçant sur le terrain de la qualification. Ainsi, dans une affaire examinée en 1994 sous le n° 7518<sup>493</sup>, les arbitres se sont parvenus, par voie de la requalification, à écarter l'application d'une réglementation portugaise car ils ont constaté qu'elle est incompatible avec l'économie du contrat et que l'intention réelle des parties ne correspondait pas avec la qualification initiale qu'elles ont prévue.

---

<sup>492</sup> Sentence CCI n° 4996 rendue en 1985, Clunet 1986. 1132 et s, obs. Y. DERAIS.

<sup>493</sup> Sentence n°7518 en 1994, JDI 1998.4. 1035 et s, obs. Y. DERAIS.

C'est dans la même perspective qu'a été prononcée la sentence rendue dans l'affaire n°5953 en 1989 où le litige est survenu à la suite de difficultés d'exécution d'un contrat conclu entre une société espagnole X et une société américaine Y pour la livraison par cette dernière d'une quantité déterminée de charbon. Le prix devait être fixé de six mois en six mois par négociation entre les parties. Les trois premiers semestres, le prix fut fixé comme prévu. Mais, rien de tel n'a été fait pour le quatrième semestre. X soutenait qu'en l'absence d'accord sur le prix, le contrat est dépourvu d'objet et, par conséquent, il est nul par application du droit espagnol et français. Cependant, l'arbitre unique a rejeté cette allégation en déclarant que « le contrat n'était pas un contrat de vente mais un contrat de fournitures, à un prix à négocier, et d'autre part qu'aucun principe général de droit ni aucun usage de commerce international ne peut être invoqué au soutien de la thèse de la nullité du contrat <sup>494</sup> ».

**434.** Dans d'autres sentences, la démarche adoptée par les arbitres ne consiste pas à évincer le droit qui invalide le contrat mais à le déclarer inopposable. Cette position a été généralement adoptée pour empêcher le contractant, qui est à l'origine de l'irrégularité constatée, d'invoquer la nullité du contrat afin d'échapper à ses obligations. Il s'agit d'une application de la règle de « l'interdiction d'exciper d'irrégularités commises par une partie dans la conclusion du contrat principal ou d'une convention d'arbitrage <sup>495</sup> ».

C'est dans cette perspective que le tribunal arbitral a épargné la nullité du contrat dans la sentence FRAMATOME<sup>496</sup> en se basant sur la théorie de l'apparence et de l'effet de la ratification pour déclarer qu'«en procédant ou faisant procéder aux travaux nécessaires sur le site retenu pour l'installation des centres nucléaires, l'A.E.O.I a nécessairement ratifié le contrat (...). On ne saurait prétendre que l'exécution, juridique et matérielle, du contrat pendant de nombreux mois (...) n'aurait aucune conséquence et ne changerait rien à la régularité ou l'irrégularité (...). L'A.E.O.I., tout comme les Autorités gouvernementales dont elle dépendait, a considéré le contrat comme parfaitement valide et obligatoire, pour les deux parties, au moins jusqu'à la naissance du litige. Si elle avait été d'avis contraire, au demeurant, le principe de la bonne foi lui eût fait un devoir d'en faire part au co-contractant français ».

---

<sup>494</sup> Sentence 5953 rendue en 1989, Clunet 1990. 1056 et s, obs. Y. DERAIS.

<sup>495</sup> OSMAN( F.), Les principes généraux de la lex mercatoria, Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, L.G.D.J. 226.

<sup>496</sup> Sentence citée par OSMAN (F.), op. cit., 173. Dans cette affaire, la partie défenderesse iranienne (l'A.E.O.I) a invoqué l'exception de nullité du contrat en se basant sur des irrégularités commises lors de la conclusion du contrat.

Il est à noter que pour que la démarche, qui consiste à déclarer l'inopposabilité des irrégularités ne soit pas un motif de nullité de la sentence ou d'un refus d'exequatur, l'arbitre doit vérifier que les dispositions légales non respectées ne soient pas d'ordre public<sup>497</sup>.

**435.** Par ailleurs, et pour parvenir à valider la convention litigieuse, les arbitres du commerce international font appel à une autre démarche qui consiste à limiter l'étendue de la nullité en supprimant les clauses irrégulières seulement

### **B- L'interprétation aboutissant à l'anéantissement partiel du contrat**

**436.** La suppression des clauses irrégulières constitue une technique qui permet de sauvegarder le contrat de la nullité totale. Cette démarche est largement suivie par le juge étatique dans les systèmes juridiques où cette possibilité lui est reconnue. C'est le cas de l'article 20 du code civil suisse<sup>498</sup>, ainsi que l'article 139 du code civil allemand ou également l'article 327 du code des obligations et des contrats tunisien.

La mise en œuvre de cette option est tributaire du droit applicable au contrat. Ainsi, « l'enjeu pratique est considérable suivant que l'on accorde ou non au juge une marge de manœuvre lui permettant d'osciller au coup par coup entre l'anéantissement de la clause indésirable et celui du contrat tout entier<sup>499</sup> ».

**437.** Pour replacer la question de l'anéantissement partiel du contrat dans le contexte de l'interprétation du contrat, il a été soutenu que l'interprète doit chercher « si les parties auraient conclu le contrat sans la clause frappée de nullité<sup>500</sup> ».

---

<sup>497</sup> v. §2 de la présente section.

<sup>498</sup> Qui dispose « si le contrat n'est vicié que dans certaines de ses clauses, ces dernières sont seules frappées de nullité, à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que le contrat n'aurait pas été conclu sans elles ».

<sup>499</sup> COTTEREAU, « La clause réputée non écrite », JCP 1993, Chr. 3691. 5.

<sup>500</sup> V. SIMLER (Ph.), La nullité partielle des actes juridiques, Paris L.G.D.J ; v. l'exposé du problème par JERBI (S.), In L'interprétation du contrat, C.P.U. 1999. 504 et s.

**438.** Mais, il est certain que préserver la survie du contrat, par l'anéantissant de la ou des clauses irrégulières en laissant intact le reste du contrat, implique que la clause anéantie a un caractère accessoire en ce sens que l'existence du contrat ne sera pas affectée par la suppression de la clause irrégulière. Par conséquent, la décision du juge ou de l'arbitre doit partir de la recherche de l'intention commune des parties. Autrement dit, il doit vérifier si les parties avaient oui ou non l'intention d'accorder un caractère accessoire à la clause irrégulière.

Cette exigence a été rappelée par la Cour de cassation française qui a déclaré qu'« attendu que même si les juges du fond avaient le pouvoir de supprimer d'un contrat, maintenu en son surplus, une seule clause illicite, qui en raison de son caractère accessoire, paraîtrait pouvoir disparaître sans que l'économie de la convention en fût atteinte, l'arrêt attaqué serait encore dépourvu de base légale à défaut de toute appréciation y portée, sur le caractère secondaire ou au contraire essentiel que la clause illicite pouvait avoir dans l'esprit des parties<sup>501</sup> ».

Dans une sentence arbitrale rendue sous l'égide de la CCI dans l'affaire n° 8314 en 1996<sup>502</sup>, le tribunal arbitral a prononcé la nullité partielle du contrat litigieux en anéantissant la clause limitative de concurrence. Dans cette affaire, les parties ont conclu un contrat de distribution exclusive aux termes duquel la défenderesse (société américaine, le distributeur) avait des objectifs minimums de ventes à réaliser. Lorsque la demanderesse (société française) a signalé à la défenderesse que cette dernière n'avait pas respecté son quota de vente et n'avait pas atteint les objectifs financiers escomptés, un litige est né entre les parties. La demanderesse a demandé de la défenderesse le paiement d'une somme au titre d'un manque à gagner. La défenderesse a nié la possibilité d'une indemnisation. Une requête a été dès lors introduite auprès de Cour internationale d'arbitrage en prétendant que la défenderesse n'a pas honoré ses obligations contractuelles pour non respect de la clause de minimum de ventes à laquelle elle s'était engagée. La défenderesse a invoqué la nullité du contrat. Elle prétend que la clause minimum de vente (article 6.1) combinée avec la clause de fixation unilatéral du prix par la demanderesse, l'oblige à revendre les marchandises à un prix imposé par cette dernière, ce qui est prohibé par le droit français. Et elle prétend également que la

---

<sup>501</sup> Cass. civ. 20 mars 1929, G.P 1930. I. 13, note VOIRIN.

<sup>502</sup> Sentence CCI n°8314 rendue en 1996, Gaz. Pal., n°2005/ 3. 15 et s.

clause limitative de concurrence (article 9.3) est nulle car elle constitue une interdiction de diffuser sous sa marque d'autres produits que ceux fabriqués par la demanderesse.

Le tribunal arbitral a déclaré que le droit français n'exige pas systématiquement la nullité de la clause de minimum de vente si elle est combinée à une fixation unilatérale du prix des produits. En l'espèce, les parties avaient accepté cette obligation. Par conséquent, le tribunal a retenu la validité de la clause de minimum de vente. Le tribunal a déclaré également que la clause de non concurrence insérée dans l'article 9.3 n'est limitée ni dans le temps ni dans l'espace et il prononce la nullité partielle du contrat ne touchant que la clause de non concurrence car elle est contraire à la loi applicable (loi du 14 octobre 1943).

**439.** Il arrive que les parties insèrent dans leur contrat une clause de nullité partielle. Ces clauses « ne sont pas des clauses prétendant déterminer la signification ou les effets des contrats fondés sur la condition que le contrat ait été valablement conclu. Elles traitent plutôt seulement des conséquences de la nullité et ne résolvent pas les ambiguïtés, les lacunes ou les contradictions du contrat. Cependant, elles sont envisagées ici parce qu'elles reflètent les intentions des parties quant à la manière dont la nullité partielle devrait être résolue (...). Les clauses de nullité partielle sont, naturellement, les plus utiles pour les contrats de commerce international soumis à la loi d'un ordre juridique n'ayant pas de règles légales ou jurisprudentielles constatées relatives à la nullité partielle<sup>503</sup> ».

Généralement, les clauses de nullité partielle témoignent de la volonté des parties de sauver le contrat entier de la nullité. A titre d'exemple on peut illustrer les modèles suivants de clauses de nullité partielle :

« Le fait que l'une des stipulations de la Convention soit déclarée nulle, ou non susceptible d'exécution par une juridiction quelconque, n'affectera en rien la légalité, la validité de la dite stipulation devant une autre juridiction ou la possibilité d'exécuter les autres stipulations de la présente Convention <sup>504</sup> » ;

---

<sup>503</sup> DE LY (F.), « Les clauses d'interprétation dans les contrats internationaux, Qualification, définition, accord complet, intitulés, langue, modification, renonciation et nullité partielle », Rev. Droit des affaires internationales 2000, n°6. 785.

<sup>504</sup> Clause citée par DE LY (F.), « Les clauses d'interprétation dans les contrats internationaux, Qualification, définition, accord complet, intitulés, langue, modification, renonciation et nullité partielle », Rev. Droit des affaires internationales 2000, n°6. 787.

Ou également :

« La nullité d'une clause au présent contrat n'affectera toutefois pas les autres clauses du présent contrat et n'entraînera donc pas son annulation sauf si la nullité de cette clause modifiait les intentions principales des parties au jour de la signature du présent contrat <sup>505</sup> ».

Il est à noter que les clauses de nullité partielle peuvent être formulées d'une manière objective « qui ne renvoie pas tant aux intentions communes des parties si elles avaient connu l'invalidité mais plutôt au fait que la clause peut être séparée des autres clauses du contrat<sup>506</sup> ». C'est le cas de ce modèle de clause :

*« The parties hereto agree that, in the event of one or more provisions of this agreement to be subsequently declared invalid or unenforceable by court or administrative decision, such invalidity or unenforceability of any of the provisions shall not in any way affect the validity or enforceability of any other provisions hereof except those which the invalidated or unenforceable provisions comprise an integral part of or are clearly inseparable from such other provisions <sup>507</sup> ».*

**440.** En définitive, il est admis que le travail de l'interprète est assimilé à « une chirurgie <sup>508</sup> » qui a pour fin la survie du contrat. Cette chirurgie se concrétise soit par la suppression de l'élément irrégulier, après avoir vérifié son caractère accessoire dans l'intention commune des parties, ou bien par l'insertion de l'élément correcteur de l'irrégularité.

---

<sup>505</sup> Clause citée par DE LY (F.), Op. cit., 787.

<sup>506</sup> <sup>506</sup> DE LY (F.), Idem, 788.

<sup>507</sup> Clause citée par DE LY (F.), Ibid, 787.

<sup>508</sup> Une expression employée par de JERBI (S.), L'interprétation du contrat, C.P.U. 1999. 503

## C- L'interprétation par insertion de l'élément régulateur du contrat

**441.** L'interprétation du contrat en cherchant à lui garder son efficacité et son effet utile trouve son élan en conciliant entre la volonté contractuelle et la volonté légale (du droit qui régit le contrat) par insertion de l'élément indispensable à la régularité de la convention. Cette conception du travail de l'interprète repose sur l'idée que la volonté contractuelle idéale est conforme aux règles d'ordre public. Or, « l'ordre public économique se veut positif, il ne veut pas détruire, il veut construire, diriger, organiser la vie économique. D'où une tendance naturelle à essayer d'orienter<sup>509</sup> ».

**442.** De ce fait, l'arbitre doit chercher cette volonté idéale qui garantit au contrat sa survie. On parle d'une interprétation correctrice.

**443.** Cependant, cette conception de l'interprétation est loin d'être appliquée en pratique car l'interprétation par la conformité entre la volonté des parties et celle du législateur conduit à une recherche d'une volonté « artificielle en notre matière et surtout arbitraire<sup>510</sup> ».

En effet, dans cette optique « il est difficile de dire ce que le juge fait de l'interprétation. En réalité, il modifie le contrat pour ne pas avoir à l'annuler. Il se détermine à cet effet par des raisons objectives tout en prétendant qu'il ne fait qu'interpréter la volonté des contractants<sup>511</sup> ».

En outre, l'interprète, juge ou arbitre, risque d'entrer dans la zone interdite puisqu'il va dépasser ses pouvoirs. Ce risque est d'autant plus vrai en l'absence d'un texte légal lui accordant cette possibilité.

**444.** Certes, l'arbitre est soucieux d'interpréter le contrat en lui donnant une entière efficacité. Mais ce souci n'est pas de nature à vider le travail de l'interprétation de son sens d'un côté et il n'est pas, non plus, de nature à garantir la survie du contrat au détriment des valeurs d'ordre public que l'arbitre ne cherche pas à enfreindre.

---

<sup>509</sup> FARJAT (G.), L'ordre public économique, J.G.D.J. 1963. 472.

<sup>510</sup> FARJAT (G.), L'ordre public économique, J.G.D.J. 1963. 482.

<sup>511</sup> STRACK par ROLAND et BOYER, L'acte, LITEC 1995. 72, cité par JERBI (S.), L'interprétation du contrat, C.P.U. 1999. 527.

## §2 – Les limites de l'interprétation validante

445. La tendance de la jurisprudence qui milite pour la survie du contrat en lui évitant la nullité a été critiquée. A ce titre, il a été écrit qu' « une nullité n'est pas nécessairement une chicane contraire à l'équité et au sens des affaires ; il existe des contrats usuraires, extorqués, établissant des responsabilités excessives ou les supprimant contre toute bonne foi, qu'une politique législative peut légitimement et utilement annuler <sup>512</sup> ».

446. Pour apporter une explication à la pratique arbitrale sur la question, certains auteurs estiment que la volonté des arbitres de préserver le contrat de la nullité s'explique par le fait qu'ils n'ont pas le pouvoir d'annuler le contrat.

447. Ces idées avancées sont loin d'être vraies car l'arbitre dispose du pouvoir d'annuler le contrat principal (A) qu'il met en œuvre chaque fois qu'il décèle une contrariété aux règles d'ordre public (B).

### A – Le pouvoir de l'arbitre d'annuler le contrat

448. Certains auteurs préconisent que si l'arbitre est soucieux de sauvegarder le contrat de la nullité, ceci est dû à son incompétence pour l'annuler. Cette pensée a été accentuée à la suite d'une sentence arbitrale rendue en 1963 où l'arbitre qui statuait sur l'affaire en question a relevé des faits contraire à l'ordre public transnational, mais au lieu d'annuler le contrat, il s'est déclaré incompétent en déclarant, après avoir pesé tous les éléments de preuve : « je suis convaincu qu'un tel litige, qui implique d'aussi grossières violations des bonnes mœurs et de l'ordre public international, ne peut être sanctionné par aucune juridiction, que ce soit en Angleterre ou en France ni en ce qui concerne la présente espèce, dans aucun pays civilisé, ni par un tribunal arbitral. En conséquence, la compétence doit être déclinée <sup>513</sup> ».

---

<sup>512</sup> BATIFFOL (H.) et LAGARDE (P.), *Droit international privé*. T.II. 305 et s.

<sup>513</sup> Sentence CCI n° 1110 rendue à Paris en 1963, YBCA. XXI 1996. 47, citée par CHEDLY (L.), *Arbitrage commercial international et ordre public transnational*, CPU. 495.

Cette sentence a fait l'objet de plusieurs interprétations qui ont cru, à tort, que l'arbitre a déclaré son incompetence car il a déduit de la nullité du contrat principal la nullité de la convention d'arbitrage<sup>514</sup>. Mais, en réalité, l'arbitre qui a siégé dans l'affaire sus-indiquée s'est déclaré incompetent en raison de l'inarbitrabilité du litige. En effet, il estime qu'un litige impliquant une annulation d'un contrat pour violation de l'ordre public transnational est inarbitrable<sup>515</sup>.

**449.** Les idées doctrinales qui dénie à l'arbitre tout pouvoir d'annuler le contrat principal sont dénuées de fondement pour plusieurs raisons que nous exposerons successivement.

D'abord, la convention d'arbitrage est totalement indépendante du contrat principal. Cette indépendance est un principe qui est reconnu par les règlements d'arbitrage et par les différentes législations nationales.

L'autonomie de la convention d'arbitrage se concrétise par le fait que la nullité du contrat principal n'affecte en rien l'existence et la validité du compromis ou de la clause compromissoire. De ce fait, « en matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours sauf circonstances exceptionnelles ..., une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte<sup>516</sup> ».

Dans la même perspective, la Cour d'appel de Paris a déclaré récemment que « la convention d'arbitrage constituant une convention de procédure autonome et distincte de la convention principale liant les parties sur le fond du litige, elle doit pouvoir être mise en œuvre indépendamment de l'existence et de la validité du contrat principal, conformément à la commune volonté des parties, l'illicéité alléguée en l'espèce de la convention principale étant sans incidence sur la validité de la convention d'arbitrage<sup>517</sup> ».

---

<sup>514</sup> LALIVE (P.), « Ordre public transnational ou réellement international et arbitrage international », *Rev. Arb.*, 1986. 337.

<sup>515</sup> EL KOSHERI (A. S.) et LÉBOULANGER (P.), « L'arbitrage face à la corruption et aux trafics d'influence », *RA* 1984. 3.

<sup>516</sup> *Cass. civ.*, 7 mai 1963, *Gosset*, *JCP* 1963. II. 13405, obs. GOLDMAN.

<sup>517</sup> Paris, 20 juin 2002, *Rev. Arb.*, 2002. 4. 972.

Ensuite, bien que l'arbitre du commerce international n'exerce pas sa mission juridictionnelle au nom d'un Etat particulier, il est tenu de respecter les règles d'ordre public des Etats qui ont un rapport avec la sentence (lieu d'exécution de la sentence). De même, l'arbitre international a ses propres valeurs qu'il a forgées par son activité prétorienne. Des valeurs qui sont les composantes de l'ordre public transnational, dont l'arbitre de commerce international est le gardien.

**450.** La mission de l'arbitres consiste certes à régler le litige au fond, mais en étant un juge, il dispose du pouvoir de sanctionner les comportements illicites et par conséquent d'annuler le contrat de commerce international lorsqu'il décèle une contrariété qui justifie cette sanction. A ce titre, il a été écrit que « la mission de l'arbitre est elle-même illicite lorsqu'il n'a pas le pouvoir de faire autrement que de donner effet à un acte transgressant l'ordre public (...). Mais lorsque l'arbitre dispose d'un tel pouvoir, et qu'il ne l'utilise pas pour sanctionner l'illicéité, (...) la sentence (...) peut être considérée comme contraire à l'ordre public<sup>518</sup> ».

Les arbitres eux mêmes n'hésitent pas à se reconnaître le pouvoir d'interpréter le contrat lorsqu'ils décèlent une contrariété aux dispositions impératives justifiant l'anéantissement de la convention litigieuse. C'est dans ce sens que s'est prononcé le tribunal arbitral siégeant en Belgique dans une affaire au terme de laquelle une sentence a été rendue le 26 juin 1997. Ainsi il a été déclaré qu' «une action en nullité peut être motivée par un différend relatif à l'exécution et se fonder sur une question d'interprétation du contrat. En pareil cas, la clause qui rend les arbitres compétents pour connaître des différends relatifs à l'exécution ou à l'interprétation leur permet de connaître l'action en nullité<sup>519</sup> ».

Plusieurs sentences arbitrales témoignent de la concrétisation effective du pouvoir des arbitre à annuler le contrat entaché d'une irrégularité.

---

<sup>518</sup> Rev. Arb. 2002. 4. 998.

<sup>519</sup> Sentence AD HOC rendue en Belgique, 26 juin 1997, Rev. Arb., 1999.685.

## B- Concrétisation du pouvoir d'annuler le contrat

**451.** En interprétant le contrat, l'arbitre peut s'arrêter sur l'existence d'une contrariété avec l'ordre public international ou transnational. Face à de tels cas, les arbitres du commerce international n'hésitent pas sanctionner la convention par la nullité.

En effet, dans certaines sentences, la référence à la période rétrospective, en tant qu'indice primordial dans la recherche de l'intention commune des parties, a servi de base pour apprécier si cette intention commune poursuivait un but immoral.

Dans la sentence CCI n° 4145 rendue en 1986, l'une des parties a soulevé l'exception de nullité du contrat conclu dans un but de corruption. Saisi de la question, les arbitres se sont référés au moment de l'échange de consentements pour s'arrêter sur l'intention commune et réelle des parties. Dans cette affaire le tribunal a déclaré que « la nullité suppose l'accord des deux parties sur l'objectif immoral à atteindre ou les moyens immoraux à mettre en œuvre pour aboutir à un certain résultat <sup>520</sup> ».

Bien que l'arbitre tire son investiture de la volonté des parties, il ne doit pas être à la merci de cette volonté. En effet, en étant un juge, l'arbitre doit sanctionner tout acte qui ne tient pas compte des dispositions étatiques ou transnationales impératives qui s'appliquent la convention litigieuse. Il dispose de tous les pouvoirs pour apprécier cette illicéité et la sanctionner. M. Mayer ne parle plus du pouvoir de l'arbitre de sanctionner l'illicéité mais, plutôt d'un devoir car écrit-il « l'arbitre est au dessus du contrat, puisqu'il en est le juge ; c'est à lui qu'il appartient de déterminer sa validité et son efficacité, lorsqu'elles sont contestées. Il le fait en respectant son devoir général de donner effet aux volontés librement exprimées, mais sans oublier d'autres devoirs également importants, et que l'origine conventionnelle de sa mission n'exclut pas, au moins lorsque l'une des parties s'en prévaut : celui de ménager les intérêts généraux et la protection de la partie faible, en appliquant

---

<sup>520</sup> Sentence CCI n° 4145 citée par OSMAN, In Les principes généraux de la lex mercatoria, Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, LGDJ. 211.

lorsqu'ils sont menacés, les lois de police de l'Etat concerné ; et celui de ne pas consacrer par sa sentence une situation immorale <sup>521</sup>».

**452.** Le commerce international est un espace qui connaît de plus en plus de transactions illicites. L'illicéité naît de la transgression d'une norme. Cette norme peut être d'origine étatique (ordre public international et les lois de police), inter-étatique ou d'origine transnationale (les principes et les valeurs composantes de la *lex mercatoria*). De ce fait, l'appréciation du caractère illicite du contrat de commerce international se fait à la lumière des valeurs transnationales et des législations nationales ainsi que des conventions internationales.

**453.** L'arbitre examine la conformité du contrat en question avec l'ordre public interne et international. En effet, chaque Etat définit les transactions illicites qui heurtent son ordre public. Ainsi, l'illicite peut varier dans le temps et dans l'espace.

On trouve de normes qui interdisent un comportement ou une pratique commerciale à l'étranger<sup>522</sup> ou qui réglementent l'importations et l'exportations de certains types de produits. De ce fait, les Etats mettent en place des réglementations spécifiques qui « sont élaborées, soit en raison de la dangerosité intrinsèque de la marchandise, soit en raison de l'effet préjudiciable d'un point de vue économique de sa mise en circulation, soit en raison de sa rareté, soit enfin du fait de son détournement éventuel à des fins illicites, ce sera notamment le cas des produits chimiques précurseurs de la fabrication de la drogue <sup>523</sup>». Ces règles peuvent avoir pour objet, la prohibition de l'importation et de l'exportation de certaines marchandises ( marchandises contrefaites, des déchets radioactifs, certaines espèces de faune et de flore sauvages...).

---

<sup>521</sup> MAYER (P.), « La règle morale dans l'arbitrage international », In Etudes offertes à P.BELLET.Litec 1991. n°22.

<sup>522</sup> Par exemple, l'article 103 du code pénal suédois qui sanctionne la corruption de fonctionnaires étrangers, ou également la loi américaine dite loi RICO (*Racketeer Influenced and Corrupt Organization Act*) de 1961 qui couvre des cas d'activités interdites, en l'occurrence de Racket organisé commis par les employés ou les associés d'entreprises américaines engagées dans le commerce international.

<sup>523</sup> DE FONTMICHEL (C.-A.), L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international, Thèse éd. Panthéon –Assas. 2004. 47.

D'un autre côté, ce sont les Etats, « qui par leur action concertée, ont décidé que le commerce international de tel objet ou de tel substance, ou telle pratique seraient illicites et ils le font au nom de certains valeurs fondamentales qu'ils entendent sauvegarder et qui constituent la base de leur ordre social<sup>524</sup> ». On vise essentiellement les conventions internationales qui interdisent ou qui organisent une pratique commerciale internationale tels que la Convention de l'Unesco sur l'interdiction d'importation, d'exportation et de transfert illicite de biens culturels du 17 novembre 1970 ou également la Convention de Washington du 3mars 1973 sur le commerce international des espèces sauvages de faune et de flore menacées d'extinction. Il existe également des conventions internationales qui interdisent une pratique commerciale à l'étranger c'est le cas de corruption transnationale publique. A ce titre on cite la Convention de l'OCDE du 17 décembre 1997<sup>525</sup> sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions internationales.

**454.** Sur le plan transnational, l'arbitre de commerce international a identifié un certain nombre de principes qui servent à préserver la loyauté des opérateurs du commerce international et la moralité des affaires. Ces valeurs transnationales sont forgées par l'arbitre qui en est le créateur et le gardien.

**455.** En interprétant le contrat, l'arbitre met l'accent sur l'intention commune de parties et leur but poursuivi. C'est dans ce cadre que l'interprétation peut être révélatrice d'illicéité si l'intention des parties ou le but poursuivi est en contrariété avec l'ordre public international ou transnational. Cette démarche a été suivie dans plusieurs sentences arbitrales.

La sentence rendue dans l'affaire n° 7518 établit clairement la relation entre la recherche de l'intention des parties et sa compatibilité avec les normes qui régissent le contrat en question. Ainsi le tribunal a déclaré « en réalité, le problème n'est pas aussi simple qu'il y paraît. Dans un premier temps, le tribunal arbitral devra déterminer quelle a été la finalité recherchée et l'intention réelle des parties et, en particulier, si le facteur déterminant de leur intention était de s'associer entre elles dans le cadre d'un Consortium ostensible ou de

---

<sup>524</sup> CHAPPEZ (J.), Les conventions internationales de lutte contre les trafics illicites » In l'illicite dans le commerce international, Litec. 449.

<sup>525</sup> La version française de la convention de l'OCDE du 17 décembre 1997, l'annuaire fr. dr. int., 1997. 626.

partager les bénéfices et pertes. Ensuite déterminer si une telle intention est compatible avec la loi régissant le Consortium ostensible <sup>526</sup>».

**456.** Cependant, ce constat devrait être relativisé car dans la majeure partie des cas, l'interprétation du contrat ne suffit pas à révéler le caractère illicite de la convention car l'intention réelle recherchée est dissimulée derrière des dispositions contractuelles d'apparence anodine. C'est pourquoi, les arbitres n'ont souvent d'autre choix que de se fonder sur des indices. Il peut s'agir « de l'incapacité de l'agent de produire des preuves de son activité (...). En effet, un conseil ou un consultant établit des notes et des rapports ; il s'agit d'une activité documentée. Le refus de l'agent de donner des explications sur son activité constitue a fortiori un indice » ou également de « la durée de l'intervention de l'agent peut aussi guider les arbitres dans leurs considérations. En effet, une intervention de très courte durée qui apporte néanmoins le résultat escompté est un indice de corruption <sup>527</sup> ».

De même, peut constituer un indice de corruption, le taux élevé de la commission qui attire généralement l'attention des arbitres. C'est le cas avec l'affaire CCI n° 3913 où le taux de la commission est de 8%.

Dans cette affaire, il s'agit d'un contrat par lequel une entreprise française avait chargé une société britannique de lui apporter son concours dans l'obtention du contrat à conclure avec le gouvernement d'un pays d'Afrique contre le paiement d'une commission de 8% du montant du marché. Saisi de l'affaire, l'arbitre après avoir relevé le caractère illicite de la convention a déclaré qu'«il ressort de l'évidence de ce qui précède que (l'entreprise britannique) devait remplir l'office d'un intermédiaire financier, recevant une certaine somme d'argent qu'elle redistribuerait aux membres d'une filière composée de responsables locaux dont « les positions » permettaient de penser qu'ils étaient susceptibles de concourir favorablement à l'attribution à (l'entreprise française) du marché de (...). Une telle cause est, en droit français, illicite et immorale<sup>528</sup> ».

---

<sup>526</sup> Sentence CCI n° 7518 rendue en 1994, Clunet 1998. 4. 1035, obs. Y. DERAÏNS.

<sup>527</sup> Y. DERAÏNS note sous Sentence CCI n° 3913, JDI 2000. 4. 1078.

<sup>528</sup> Sentence CCI n° 3913, JDI 2000. 4. 1078.

**457.** Le caractère illicite de la transaction est retenu sur la base de son objet ou sa cause. La contrariété du contrat à une règle impérative justifie sa nullité au regard du droit applicable. C'est la *lex contractus* qui définit « les conséquences d'une illicéité sur la validité du lien contractuel, soit sur le fondement de l'objet, soit sur le fondement de la cause lorsque le droit applicable connaît, à l'instar du droit français, une telle distinction<sup>529</sup> ». Or, le droit anglais ne connaît pas la notion de cause illicite d'un contrat<sup>530</sup>. Lorsque ce droit est applicable, la nullité du contrat est prononcée sur la base de l'ordre public.

**458.** L'illicéité de l'objet de la transaction commerciale s'illustre dans de nombreuses sortes de trafics illicites tels que la drogue, les armes, la marchandise contrefaite. A ce titre on peut se référer à la sentence arbitrale n° 2730 rendue en 1982 sous l'égide de la CCI. Dans cette affaire, deux entreprises yougoslaves A et B avaient conclu avec deux sociétés d'un même groupe, X Hollande et X Suisse un ensemble de contrats mettant en place l'importation par les entreprises yougoslaves de produits de consommation vendus par le groupe X et financés par un crédit ouvert par une banque yougoslave et l'exportation par les entreprises yougoslaves de produits de base. Cependant, un autre contrat précisait que l'opération d'exportation de produits de base était fictive et n'avait d'autre objet que de permettre à A d'obtenir un crédit auprès d'une banque yougoslave pour l'acquisition des produits de consommation. Il était convenu que tous les articles des contrats constituaient un ensemble indivisible que les parties exécuteraient dans sa totalité. A et B introduisirent ultérieurement une demande d'arbitrage en vue de faire constater la nullité de ces conventions.

En analysant le contrat en question, le tribunal arbitral s'est arrêté sur le caractère fictif de la transaction : « La subtilité de ce montage ne peut empêcher de conclure qu'il avait pour but de violer tant l'esprit que la lettre de la législation yougoslave sur les relations avec l'étranger, nonobstant le fait que l'importation des produits de consommation comme telle, bénéficiait du régime libre, régime qui suppose cependant que l'importateur dispose des devises nécessaires, ce qui n'était pas le cas de A. Le tribunal doit alors faire deux constatations : la première, déjà formulée, est qu'il y a violation de la loi yougoslave, la

---

<sup>529</sup> DE FONTMICHEL (C.-A.), *L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international*, Thèse éd. Panthéon – Assas. 2004.297.

<sup>530</sup> Le droit anglais retient le notion de « *consideration* » qui diffère de la notion de la cause « ...par son caractère éminemment objectif et son assujettissement à certaines règles techniques qui l'empêchent de jouer le rôle de régulateur moral dévolu à la théorie de la cause. (...) ». La notion de « *consideration* sert à décider si l'engagement pris par une personne est ou non un engagement obligatoire sanctionné par le droit. Elle ne résout pas la question de savoir si cet engagement est licite ou illicite », v. DAVID (R.), « Cause et *consideration* », In *Mélanges Maury*. 121 et s.

seconde est que X procura à A un crédit fictif, grâce auquel A obtint des crédits bancaires en dinars en Yougoslavie. Les arbitres conclurent dans les termes suivants : ces opérations fictives, donnant à A un crédit lui-même fictif, sont contraires non seulement à la législation yougoslave, mais encore à la morale et aux bonnes mœurs. De manière générale, tout contrat ayant un objet contraire à des lois impératives ou d'ordre public, à la morale et aux bonnes mœurs est nulle d'une nullité absolue<sup>531</sup> ».

Il est à noter que certaines sentences font preuve d'une certaine souplesse en considérant par exemple que « si la marchandise n'était prohibée sur le territoire de l'Etat dont le droit est applicable au contrat, l'objet du contrat ne pouvait être illicite, même si l'entrée sur le territoire de l'Etat de destination de la marchandise était prohibée<sup>532</sup> ».

**459.** L'illicéité de la cause de la transaction a été retenue dans d'innombrables sentences comme fondement à la nullité de la transaction. Ainsi, certaines conventions sont illicites car elles ont été conclues à la suite de versements de pots –de-vin. Le caractère illicite de ce type de conventions est bien établie dans la jurisprudence arbitrale. Le caractère illicite de la corruption dans le commerce international tient au fait qu'elle fausse le jeu de la concurrence entre les opérateurs commerciaux.

Bien que la corruption soit illicite dans la quasi-totalité des législations nationales, les arbitres ne se limitent pas à fonder leur décision sur un droit étatique, mais font également appel à un principe général qui fait partie de l'ordre public transnational. Ainsi, il a été déclaré qu' «on peut voir dans la condamnation arbitrale de la corruption l'application d'un principe général de droit reconnu par les nations civilisées ou encore la consécration d'une règle matérielle d'application immédiate aussi bien que le recours à un ordre public transnational ; quelque soient les étiquettes, c'est bien la même notion qui en est la cause<sup>533</sup> ».

---

<sup>531</sup> Sentence CCI n° 2730 en 1982, Clunet 1983. 914 et s, note Y. Derains.

<sup>532</sup> DE FONTMICHEL (C.-A.), L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international, Thèse éd. Panthéon –Assas. 2004 301. A titre d'exemple on cite la sentence CCI n° 1399 rendue le 14 avril 1966, citée in par Lew (J.), Applicable Law in international Commercial Arbitration, Oceana Publication, 1978. 555.

<sup>533</sup> LALIVE, « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international, Rev. Arb. 1986. 329.

**460.** Il ressort donc qu'en interprétant le contrat, l'arbitre veille à maintenir la relation contractuelle en dehors des risques qui peuvent l'anéantir. Cependant, ce souci ne se fait pas à l'encontre des valeurs internationales et transnationales. En effet, tout en veillant à sauver le contrat, l'intention des parties reste le point de départ et l'étape finale. Lorsque cette intention est en contrariété avec les normes d'ordre public d'origine étatique, inter-étatique ou transnationales, le contrat est annulé.

## Conclusion du chapitre

**461.** La survie du contrat peut être remise en question soit parce qu'un élément extérieur imprévisible menace son équilibre initial, soit parce que la convention est contraire à une norme de conduite impérative.

Pour préserver le contrat, l'arbitre a réussi à faire de l'interprétation une technique qui fait ressortir le contrat de l'impasse. En effet, le maintien du contrat constitue une finalité pour l'arbitre qui n'hésite pas à chercher dans les directives interprétatives les remèdes qui épargnent le contrat de l'anéantissement.

**462.** Il est à reconnaître que les tentatives de l'arbitre d'éviter au contrat l'anéantissement, en cas de survenance d'un déséquilibre économique suite aux changements de circonstances, sont encore timides et manquent de fiabilité. Ce constat nous amène à dire que la reconnaissance du principe du maintien de l'équilibre des prestations contractuelles par la jurisprudence arbitrale demeure sans effectivité concrète.

**463.** Par ailleurs, lorsqu'il s'agit de faire échapper le contrat à la nullité en raison d'une irrégularité qui vicie la transaction, les arbitres n'hésitent pas à y procéder et ce à condition que cette irrégularité ne soit pas constitutive d'une contrariété aux règles et valeurs impératifs.

## Conclusion du titre

**464.** L'interprétation a pour objet essentiel la détermination du contenu du contrat en dégagant les obligations et les droits contractuels réciproques des parties. Cette opération se fait à la lumière de ce que les parties ont dit ainsi que de ce qu'elles auraient probablement stipulé. Pour y parvenir, l'arbitre commence par rattacher le contrat à un terrain légal en déterminant la *lex contractus*. La recherche de l'intention commune des parties par les arbitres du commerce international est commandée par le principe général de la bonne foi. Grâce à ce principe, les arbitres ont fait de l'interprétation une technique qui permet de consolider le contenu du contrat et lui préserver une certaine utilité.

**465.** La consolidation du contenu du contrat se manifeste par l'œuvre perfectionniste des arbitres en ce sens qu'en interprétant le contrat, l'arbitre peut être amené ( sous réserve des pouvoirs qui lui sont reconnus par le droit applicable et par les parties sur la question) à combler certaines lacunes contractuelles dont le but est de remédier aux déficiences et aux carences de la convention d'abord et d'aménager le contenu de la convention par des impératifs inspirés de la bonne foi ensuite.

**466.** L'utilité du contrat demeure également un autre volet mis en exergue lors de l'interprétation du contrat. Une utilité qui conduit l'arbitre à préférer l'interprétation qui préserve la continuité du contrat et sa survie sous réserve des règles étatiques impératives et de l'ordre public international.

## Conclusion de la partie

**467.** L'arbitre du commerce international dispose d'une certaine flexibilité qui se manifeste nettement lors de l'interprétation du contrat. La pratique arbitrale témoigne d'une volonté de détacher le contrat de l'emprise des droits étatiques et d'orienter l'interprétation de la convention vers un espace transnational en recherchant la commune intention des parties. Cette recherche se fait à la lumière des principes généraux de la *lex mercatoria* forgés par la jurisprudence arbitrale grâce à un effort d'uniformisation entre les différentes législations nationales. La flexibilité dont dispose l'arbitre interprète s'accroît en fonction du droit applicable et des stipulations contractuelles.

**468.** En interprétant le contrat de commerce international, les arbitres n'hésitent pas à renforcer le contenu du contrat et à modérer la rigueur contractuelle au nom de la bonne foi.

Par ailleurs, et bien que l'interprétation du contrat se fait au nom de l'utilité du contrat, on ressent une certaine réticence de la part d'un fort courant jurisprudentiel arbitral à l'égard de la théorie de l'imprévision. Une réticence qui est de nature à emprisonner la transaction commerciale internationale dans une lecture restrictive et erronée du principe *pacta sunt servanda*.

A la lumière de la pratique arbitrale suivie pour interpréter le contrat de commerce international on peut s'arrêter sur une ligne directrice qui guide le travail de l'arbitre interprète : la recherche de la commune intention des parties tout faisant de l'interprétation une technique qui fait du contrat un instrument d'échanges à la fois juste et utile.

**469.** La flexibilité dont bénéficie l'arbitre du commerce international constitue la pierre angulaire à son pouvoir créateur et normatif. Un pouvoir qui trouve dans l'interprétation un terrain favorable pour se développer. Mais cette flexibilité n'exclut pas l'existence d'un contrôle étatique qui porte non seulement sur l'existence de la compétence de l'arbitre mais également sur son exercice.

## **DEUXIEME PARTIE**

### **LE CONTRÔLE DE L'INTERPRETATION ARBITRALE DU CONTRAT DE COMMERCE INTERNATIONAL**

**470.** Pour que l'arbitre international puisse interpréter le contrat principal, objet du litige, encore faut-il qu'il soit investi des pouvoirs nécessaires à cet égard. A la différence du juge étatique, qui est automatiquement saisi dès qu'une affaire lui est soumise par une demande formelle des parties, la mise en œuvre de la compétence de l'arbitre pour régler le litige au fond, en l'occurrence interpréter le contrat principal, est déterminée par la réunion d'un certain nombre de conditions dont la vérification est opérée par l'arbitre lui-même sous le contrôle du juge étatique (Titre I).

**471.** Une fois que la mission interprétative a été accomplie par l'arbitre saisi, se pose la question de l'insertion de la sentence arbitrale rendue dans les ordres juridiques étatiques. C'est au moment de cette insertion que le contrôle étatique trouve naturellement à s'exercer (Titre II).

## **TITRE I**

### **LA VERIFICATION DE L'EXISTENCE DE LA COMPETENCE INTERPRETATIVE DE L'ARBITRE**

**472.** Contrairement au juge étatique qui est investi d'une manière permanente d'un pouvoir juridictionnel, l'arbitre ne bénéficie de la qualité de juge que provisoirement, et ce en vertu de la volonté des parties incarnée dans une convention d'arbitrage. Seules ces dernières disposent de la faculté de créer le pouvoir juridictionnel de l'arbitre et d'en délimiter l'objet.

**473.** Si la mise en place d'un tribunal arbitral nécessite un accord de volontés préalable, la saisine effective de ce tribunal, par les parties désireuses de faire interpréter le contrat principal, ne s'opère qu'à la suite de la survenance d'un désaccord entre ces dernières.

**474.** L'existence de la compétence l'arbitre d'interpréter le contrat de commerce international est impulsée par une concordance de volontés (chapitre I) mais la mise en œuvre de cette compétence n'a lieu que si une divergence de volontés est survenue (chapitre II).

## CHAPITRE I

### L'EXISTENCE D'UNE CONCORDANCE DE VOLONTES

**475.** La mise en œuvre de la compétence de l'arbitre est impulsée par un concours de volontés qui se manifeste dans un accord reflétant l'intention commune des parties de soumettre la détermination du sort de leurs prétentions à l'arbitrage. La dimension volontariste qui empreigne la mission juridictionnelle de l'arbitre se concrétise dans le rôle prépondérant de la volonté des parties cristallisée dans la convention de l'arbitrage.

**476.** Nous tenons à démontrer, tout au long de cette section, que certes la convention d'arbitrage est indispensable mais insuffisante à elle seule pour la mise en œuvre de la compétence interprétative de l'arbitre. Plus précisément, l'existence d'un contrat principal est une condition au plein effet de cette convention dans la mesure où, en l'absence du premier, cette dernière risque de rester lettre morte puisqu'il n'y aura pas de matière sur laquelle les arbitres pourront se prononcer.

En d'autres termes, en présence d'un contentieux suscitant l'interprétation d'un contrat principal, la mise en œuvre de la compétence de l'arbitre, saisi du litige, ne peut être assurée qu'en présence de deux conditions.

D'abord, il faut que cette saisine soit faite en vertu d'une convention d'arbitrage valablement entrevue entre les parties (Section I). Ensuite, il va de soi, puisque le litige au fond est relatif à la détermination des obligations des parties, qu'il existe une convention principale devant faire l'objet d'une interprétation arbitrale (Section II).

## **SECTION I- L'EXISTENCE D'UN ACCORD ATTRIBUANT LA MISSION INTERPRETATIVE A L'ARBITRE**

**477.** En vertu d'une convention d'arbitrage, les parties manifestent leur volonté commune de retirer le litige (né ou qui pourra naître éventuellement entre elles) de la compétence des tribunaux étatiques en vue de le confier à une justice privée. Cette convention représente la pierre angulaire qui institue le processus juridictionnel de l'arbitrage.

**478.** Afin que l'arbitre puisse régler le litige au fond, en l'occurrence interpréter le contrat principal, encore faut-il que sa saisine repose sur une convention d'arbitrage valablement intervenue entre les parties et qui lui attribue la mission interprétative du contrat principal.

**479.** L'objet de cette étude n'est pas d'analyser les conditions de validité de la convention d'arbitrage (capacité, arbitrabilité du litige...) mais de mettre l'accent sur une difficulté d'ordre pratique qui conditionne la mise en œuvre de la mission interprétative de l'arbitre en particulier et sa mission juridictionnelle en général. En effet, l'existence d'un accord attribuant à l'arbitre la mission d'interpréter le contrat principal n'est pas toujours évidente. L'appréciation de cette existence implique, très souvent, un travail d'interprétation préalable par l'arbitre saisi du litige (§1), sous le contrôle des juridictions étatiques (§2).

### **§1- L'interprétation préalable de la convention d'arbitrage**

**480.** Eu égard du consensualisme qui anime l'institution de l'arbitrage et sous réserve du respect des exigences de l'ordre public international, l'appréciation de l'existence d'une convention d'arbitrage semble être présidée par la recherche de la volonté commune des parties<sup>534</sup>.

---

<sup>534</sup> Civ. 4 décembre 1990, Rev. Arb., 1991. 81, obs. Ph. FOUCHARD qui y voit l'affirmation de la « souveraineté de la volonté des parties dans l'arbitrage international ».

**481.** En effet, l'appréciation de l'existence de la convention d'arbitrage implique parfois l'interprétation de l'accord des parties afin de s'arrêter sur l'existence d'une volonté commune de soumettre le règlement des litiges les opposant, ou qui peuvent les opposer, à l'arbitrage (A).

**482.** L'interprétation de la convention d'arbitrage semble être, dans certaines hypothèses, une étape incontournable à l'appréciation, non seulement de l'existence d'un consentement à l'arbitrage mais également, de son étendue (B).

### **A - Interprétation et existence de la convention d'arbitrage**

**483.** L'appréciation de l'existence de la convention d'arbitrage appelle parfois, de la part des arbitres sous le contrôle des juridictions étatiques, un acte d'interprétation. C'est à l'aune de cette interprétation que les arbitres réussissent à s'arrêter sur l'existence d'une volonté commune de soumettre le règlement des litiges les opposant ou qui peuvent les opposer à l'arbitrage (I). Un tel objectif ne peut être atteint qu'après avoir déterminé la norme qui régit l'interprétation de la convention d'arbitrage (II).

#### **I - La détermination du consentement à l'arbitrage**

**484.** Dans certaines hypothèses, la volonté des litigants de soumettre le différend à l'arbitrage est remise en question en raison d'une maladresse dans la rédaction de la convention d'arbitrage. Appelées « pathologiques », ces clauses d'arbitrage appellent à un acte d'interprétation par les arbitres afin de s'arrêter sur l'existence d'un consentement à l'arbitrage (a).

**485.** Dans d'autres hypothèses, il arrive que les parties ne formalisent pas avec précision les termes de leurs accords mais elles choisissent de se référer à des documents préexistants. On parle dans ce cas de clauses compromissoires par référence qui appellent également à un acte d'interprétation de l'existence du consentement de recourir à l'arbitrage (b).

## a – L'interprétation des clauses compromissaires pathologiques

**486.** La simplicité apparente de la formation de la convention d'arbitrage ne doit pas dissimuler les problèmes pratiques qui peuvent être soulevés en cours du litige. Il arrive que les parties n'énoncent pas clairement ou en détail les termes de leurs conventions. Cette défaillance peut entraver la mise en œuvre de cette convention et paralyser le déroulement de la procédure d'arbitrage à un double niveau :

D'abord, par son manque de clarté, l'existence de la convention d'arbitrage peut être remise en question. La qualité rédactionnelle inopérante de certaines conventions d'arbitrage peut être retenue par la partie, qui n'a pas intérêt à voir l'arbitrage se dérouler, pour invoquer l'inexistence d'un consentement à l'arbitrage.

Ensuite, saisi d'une question d'interprétation du contrat principal, l'arbitre serait tenu d'interpréter, au préalable, la convention d'arbitrage pathologique,<sup>535</sup> afin de préciser le consentement des parties et déterminer sa portée.

**487.** La maladresse de rédaction des conventions d'arbitrage peut être expliquée par plusieurs facteurs<sup>536</sup>. Ce sont entre autres l'imprécision des prévisions dans les clauses compromissaires, le faible intérêt que les négociateurs accordent à la convention d'arbitrage<sup>537</sup>, l'intérêt accordé à la conclusion du contrat principal au détriment de sa rédaction, la reprise des clauses insérée dans les vieux contrats, absence ou faible participation des juristes lors de ces négociations, difficultés de traduction en cas de diversité linguistique, l'ignorance des mécanismes de l'arbitrage...

---

<sup>535</sup> Terme employé par EISEMANN (F.), « La clause d'arbitrage pathologique », *Etudes Minoli*, P. 129 ; SCALBERT et MARVILLE, « Les clauses compromissaires pathologiques », *Rev.Arb.*, 1988. 119 ; MALLEVILLE (M.-H), « Pathologies des clauses compromissaires- Pathological arbitration clauses », *Rev.dr.Aff.Int.* 2000. n°1. 61.

<sup>536</sup> FOUCHARD (Ph.), « La rédaction des conventions d'arbitrage », In *Les entreprises tunisiennes et l'arbitrage commercial international*, Colloque du 2, 3, 4 novembre 1981, CERP, Tunis ; KOPLEMANAS (L.), « La rédaction des clauses d'arbitrage et le choix des arbitres », *Etudes Eisenmann*, Publication CCI n° 321. 23.

<sup>537</sup> MEZGHENNI (A.), dans son article « Convergence et harmonisation du droit et de la pratique de l'arbitrage commercial international », *RTD* 1981. 35 estime que « compte tenu de l'euphorie qui règne entre les parties lors de la signature du contrat, la clause d'arbitrage retient peu d'attention ».

**488.** A travers les sentences publiées, il faut relever que, fréquemment, la maladresse de rédaction d'une convention d'arbitrage est liée à la désignation du tribunal arbitral ou de l'institution d'arbitrage. La pathologie se manifeste soit dans une désignation erronée ou insuffisante<sup>538</sup> de l'institution d'arbitrage, soit dans la désignation d'une institution inexistante<sup>539</sup>.

Pour pallier de telles maladresses, arbitres et juges s'efforcent de sauver, dans toute la mesure du possible, ces conventions par voie d'interprétation. Ainsi, il arrive, fréquemment, que les parties évoquent le terme de la Chambre de commerce internationale « siégeant à Genève », ou « à Zurich », ou à l'« International Chamber of Commerce in Geneva », alors que cet organisme a son siège à Paris. A ce titre, on cite la sentence arbitrale n° 2626 rendue sous l'égide de la CCI en 1977. Dans cette affaire, le litige qui opposait une entreprise allemande (la demanderesse) et une entreprise italienne (défenderesse) posait plusieurs difficultés relatives à l'existence d'un consentement à l'arbitrage. L'entreprise italienne considérait que la convention d'arbitrage ne pouvait pas être le fondement de la procédure introduite devant la C.C.I car elle se référait à la Chambre de Commerce Internationale à Genève. Par conséquent, il n'existait pas un accord pour l'intervention de la Cour d'arbitrage de la C.C.I, dont le siège est à Paris. L'arbitre a écarté cette argumentation en déclarant qu'« il est vrai que le siège de la Cour d'Arbitrage de la C.C.I est à Paris et non à Genève. Cependant, des Comités Nationaux de la C.C.I existent dans la plupart des pays, et notamment en Suisse. D'un autre côté, il est clair que l'intention des deux parties était de régler les litiges qui ne pouvaient trouver une solution amiable, par arbitrage selon les Règles de Conciliation et d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale. La désignation incorrecte du siège n'altère pas l'intention des parties, qui apparaît clairement, d'attribuer compétence à la Cour d'Arbitrage de la C.C.I de Paris. Par lettre du ..., la S.A.S (prédécesseur de la défenderesse), elle-même suggéra ... la compétence de la C.C.I à Paris (ou de Genève). Il en résulte également que l'intention des parties contractantes était de donner compétence à la C.C.I quel qu'en soit le siège <sup>540</sup>».

---

<sup>538</sup> Dans une sentence rendu par la chambre d'arbitrage le 28 septembre, la convention d'arbitrage se contentait d'indiquer « arbitrage à Hambourg, Allemagne de l'ouest », Yearbook, 1994. 48.

<sup>539</sup> Dans la sentence CCI n°5103, la convention d'arbitrage a désigné un organisme inexistant : « la Section internationale de la Chambre de commerce de Paris », JDI, 1988. 1206, obs. G. Aguilar Alvarez.

<sup>540</sup> Sentence CCI n° 2626 rendue en 1977, Clunet 1978. 980.

Le tribunal arbitral statuant dans l'affaire CCI n° 3460 en 1980 a procédé du même esprit. Dans cette affaire, le litige opposait une entreprise française X à un ministère Y d'un pays arabe. Le contrat conclu comprenait une clause compromissoire qui se référait au « Règlement de la Chambre de commerce internationale siégeant à Genève ». Invoquant l'inexistence de cette institution d'arbitrage, la partie Y estimait que la clause était nulle. Le tribunal trancha la question en décidant comme suit :

« En ce qui concerne les positions respectives, la société X a saisi la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale d'une demande d'arbitrage contre Y (...), sur le fondement de l'article 18.2 du contrat (...) dont le texte, en français, est rédigé comme suit : « Tous différends découlant de ce contrat seront tranchés définitivement suivant le Règlement de conciliation et d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale siégeant à Genève, par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ce Règlement » (...).

« La partie Y a contesté et décliné la compétence de la Cour d'arbitrage près la C.C.I à Paris aussi bien sur le plan de l'attribution que sur le plan territorial, parce qu'elle n'est pas conforme aux dispositions de la clause compromissoire convenue entre les parties en faisant valoir que la version arabe de l'article 18.2, se réfère au Règlement de conciliation et d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale au siège de celle-ci à Genève et que cela signifie que le Règlement de conciliation et d'arbitrage à appliquer est celui de la Chambre de commerce internationale de Genève (...). Cette clause -qui faisait référence au Règlement de conciliation et d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale de Paris – fut, en effet, refusée par la partie Y – qui désirait soumettre la solution de tout litige à un Forum neutre relevant d'un pays neutre sans aucune attache avec les pays des deux parties- ce qui a donné lieu au texte de l'article (...) du contrat du (...). Selon la partie Y, l'acceptation d'une telle modification doit signifier que les parties ont voulu se référer à une autre institution arbitrale que celle de la C.C.I de Paris – à savoir la Chambre de commerce internationale de Genève. La partie Y ajoute que la partie demanderesse l'a induite en erreur en lui suggérant le remplacement des termes « de Paris » par « de Genève » et par suite, en lui faisant croire à l'existence d'une C.C.I à Genève. (De son côté X) ajoute que les mots « siégeant à Genève sont traduits dans la langue arabe par ce qui signifie « siège social à Genève », mais que la confusion est seulement apparente ; siégeant a été pris pour siège social. Or, se tromper sur ce qui concerne le siège social d'une institution internationale ne peut pas être interprété comme preuve de l'inexistence de la même institution ou de la nullité de la clause compromissoire. X rappelle qu'il a été déjà jugé qu'une erreur concernant le lieu du siège social de la Chambre de commerce internationale – comme il n'en existe qu'une seule

– ne comporte aucune ambiguïté sur le fait qu’il s’agit bien de la Chambre de commerce internationale de Paris ; dans ce cas, selon X, les parties ont entendu que le Collège arbitral qui sera réuni selon le Règlement de conciliation et d’arbitrage de la C.C.I se réunira à Genève (...).

« Sur ce, le Tribunal considérant : que la version arabe signifie « au siège de celle-ci à Genève » et que la version française signifie en plus « se tenant à Genève » ; qu’en raison de l’ambiguïté des textes en présence, dont chacun fait foi selon l’article 21 du contrat du (...), il est nécessaire de rechercher quelle a été la commune intention des parties lorsqu’elles ont modifié l’article 22 de l’offre du (...) pour en faire l’article 18.2 du dit contrat (...); qu’il résulte des documents de la cause et des plaidoiries : que les parties avaient la volonté commune de régler leurs litiges éventuels par voie d’arbitrage, que le texte de l’article 22 susmentionné fut refusé par la partie défenderesse ; que la même partie, dans ses mémoires, a justifié ce refus par le désir de reporter les litiges à un Forum neutre faisant partie d’un pays sans aucune attache avec les pays des deux parties ; qu’il n’a été justifié de l’existence d’aucun autre organisme d’arbitrage s’appelant Chambre de commerce internationale ; que, d’autre part, s’il est vrai qu’il n’existe pas une Chambre de commerce internationale de (ayant son siège à) Genève, il est aussi notoire que la dénomination « Chambre de commerce internationale » identifie l’Organisation ayant son siège à Paris <sup>541</sup> ».

De même, la sentence rendue en 1992 , la Chambre d’arbitrage privée pour l’importation de café de Hambourg s’est déclarée compétente sur le fondement d’une clause stipulant « Arbitrage Hambourg, Allemagne de l’Ouest » car elle était la seule institution qui règle les litiges relatifs à la qualité du café à Hambourg<sup>542</sup>.

Dans une sentence rendue sous l’égide la CCI dans l’affaire n° 9772 en 1999<sup>543</sup>, la clause compromissoire insérée dans un contrat de distribution prévoit que les litiges survenus entre les parties seront réglés « par arbitrage à Paris en accord avec les règles de l’Association Internationale de l’arbitrage. Le jugement sur la sentence rendue par les arbitres pourra être entériné par n’importe quel tribunal ayant juridiction à ce sujet ». Alors que le demandeur a estimé que la CCI était compétente car cette clause exprimait la volonté des parties de recourir à l’arbitrage institutionnel à Paris, le défendeur a observé que la clause

---

<sup>541</sup> Sentence CCI n° 3460 rendue en 1980, Clunet 1981 .939.

<sup>542</sup> Sentence citée par , FOUCHARD (Ph.), GAILLARD (E.), GOLDMAN (B.) Traité de l’arbitrage commercial international, Litec, n° 485.

<sup>543</sup> Sentence CCI n° 9772 rendue en 1999 (sentence inédite).

compromissoire en question ne désigne pas l'institution dans le cadre de laquelle l'arbitrage devrait avoir lieu. L'arbitre unique saisi de l'affaire a commencé par déduire l'existence d'un certain nombre d'éléments qui traduisent une volonté implicite des parties exprimée maladroitement qui va dans le sens de la désignation de la CCI : la volonté de recourir à l'arbitrage, le lieu d'arbitrage désigné est Paris, le recours à un arbitrage institutionnel<sup>544</sup>. Il a estimé qu'en dépit de la désignation inadéquate de l'institution en question, « les parties ont à l'évidence, dans leur commune volonté, désigné la Chambre de Commerce Internationale de Paris, comme centre d'organisateur de la procédure d'arbitrage ».

**489.** Les arbitres et les juridictions étatiques chargées de contrôler l'existence d'une convention d'arbitrage tentent de sauver la clause d'arbitrage pathologique grâce au principe de l'effet utile<sup>545</sup>. Cependant, il arrive parfois que le degré d'imprécision soit tellement grand qu'il est difficile d'y remédier par voie d'interprétation. C'est le cas par exemple d'une clause compromissoire qui vise deux institutions d'arbitrage<sup>546</sup>.

**490.** Par ailleurs, la pathologie peut donner lieu à un contentieux qui entrave le déroulement de l'arbitrage lorsque les parties prévoient un mécanisme inopérant<sup>547</sup> ou défaillant de désignation des arbitres. Dans ce dernier cas, on vise essentiellement « la clause blanche » qui ne contient aucune précision directe ou indirecte (par référence à un règlement sur les modalités de désignation des arbitres<sup>548</sup>).

**491.** Le problème s'accroît lorsque la convention d'arbitrage n'apporte aucune précision sur le choix du siège ou sur la loi de procédure qui permet de la rattacher à un Etat dont les tribunaux pourront désigner les arbitres. Ex : « tout litige découlant de l'interprétation du présent contrat sera tranché par un tribunal arbitral siégeant dans un pays

---

<sup>544</sup> Pour argumenter son interprétation, l'arbitre s'est basé sur une décision rendue par le TGI de Paris qui déclare qu'il existe à Paris « la Chambre de Commerce Internationale, organisme de droit privé, qui constitue manifestement le centre d'arbitrage reconnu à Paris par la pratique des relations internationales, tant en France qu'à l'étranger, pour organiser les procédures de règlement des différends par voie arbitrale, quelle que soit la nature du litige, la nationalité des parties en cause ou la loi applicable au litige », TGI Paris, 13 décembre 1988, Rev. Arb., 1990.552, Obs. B. OPPETIT.

<sup>545</sup> V. infra. p. 240 et s.

<sup>546</sup> C. cass. libanaise, 27 avril 1987, Rev. Arb., 1988. 723, note S. JAHEL; Versailles, 3 octobre 1991, Rev. Arb., 1992. 654, note, BUREAU.

<sup>547</sup> Les cas où les parties n'envisagent pas l'éventualité d'un refus (du ou des arbitres), d'un désaccord des parties ou même le décès de l'arbitre nommé désigné.

<sup>548</sup> Pour un exemple de clause blanche cité par FOUCHARD (Ph.), GAILLARD (E.), GOLDMAN (B.), Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, n° 486, la clause qui se contente de stipuler « Règlement des différends : arbitrage, Paris ».

autre que celui dont ressortit chacune des parties<sup>549</sup> ». Face à une telle clause, « il n'est pas certain que les juridictions françaises, si elles devaient être saisies d'une demande de désignation des arbitres dans le contexte d'une telle clause passée entre deux étrangers dont l'un souhaiterait commencer un arbitrage en France, acceptent de procéder à une telle désignation. Il faudrait pour cela interpréter la clause comme traduisant l'acceptation par les cocontractants qu'en cas de litige, le demandeur puisse faire choix du siège de l'arbitrage ce qui permettrait d'appliquer, si le choix de la France était opéré, les dispositions de l'article 1493 du nouveau code de procédure civile<sup>550</sup> ».

**492.** La pathologie peut également résulter du dépeçage des compétences entre le tribunal arbitral et les juridictions étatiques en vertu des « clauses combinées<sup>551</sup> ». Ces clauses peuvent prendre la forme de l'une de ces trois formules : soit elles accordent aux parties l'option entre juridiction arbitrale et une juridiction étatique<sup>552</sup>, soit elles stipulent une faculté d'appel de la sentence devant les juridictions étatiques en matière internationale<sup>553</sup> ou bien elles visent à la fois la compétence de la justice arbitrale et celle de la justice étatique. C'est cette avec dernière forme de clause combinée que la question devient plus délicate.

En effet, par des « formules sibyllines » suscitant des difficultés d'application, les parties insèrent, successivement, dans leurs contrats une clause compromissoire et une clause attributive de juridiction<sup>554</sup>. Pour remédier à une telle discordance, la pratique arbitrale, soutenue en cela par les juridictions françaises, a tendance à faire preuve d'une certaine clémence en faisant prévaloir la première sur la seconde<sup>555</sup>. Ainsi, le Tribunal de grande instance de Paris a déclaré que « la clause compromissoire équivoque doit être interprétée en considérant que si les parties n'avaient pas voulu soumettre leurs différends à l'arbitrage, elles se seraient bornées à passer sous silence la possibilité de recours aux arbitres ; (...)

---

<sup>549</sup> FOUCHARD (Ph.), « La rédaction des conventions d'arbitrage », In Les entreprises tunisiennes et l'arbitrage commercial international, Colloque du 2, 3, 4 novembre 1981, CERP, Tunis

<sup>550</sup> FOUCHARD (Ph.), GAILLARD (E.), GOLDMAN (B.), Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, n° 486.

<sup>551</sup> FOUCHARD (Ph.), GAILLARD (E.), GOLDMAN (B.), Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, n° 487.

<sup>552</sup> Dans un arrêt rendu le 25 septembre 1972, la Cour d'appel d'Angers a refusé d'annuler ce type de clause en déclarant que « la fait que les société étrangères se soient réservées ce droit d'option ne remet pas en cause la renonciation de la société (française) à se prévaloir du privilège de juridiction », Rev. Arb., 1973 164, note J. RUBELLIN –DEVICHI.

<sup>553</sup> Dans un arrêt rendu le 24 octobre 1994, la Cour d'appel de Paris a considéré qu' « en matière internationale, la clause prévoyant une faculté d'appel devant les juridictions étatiques était nulle en raison du caractère impératif de l'organisation des voies de recours », Rev. Arb., 1995. 263, note, P. LEVEL.

<sup>554</sup> V. la sentence rendue dans l'affaire CCI n° 5759, Yearbook, 1993. 34.

<sup>555</sup> Sentence CCI n° 5488 rendue en 1993, inédite.

qu'en incluant une clause compromissoire dans leur convention elles manifestaient la nécessité de porter les difficultés nées du contrat devant la juridiction arbitrale visée <sup>556</sup>».

Force est de constater que les arbitres et les juges chargés de contrôler l'existence du consentement à l'arbitrage tentent de remédier à la pathologie qui affecte certaines conventions d'arbitrage en faisant preuve de clémence et en rétablissant l'intention des parties qui est déformée par la maladresse de rédaction.

**493.** L'interprétation de la convention d'arbitrage afin de s'arrêter sur l'existence d'une intention commune des parties de régler leur litige par voie d'arbitrage ne se limite pas seulement au cas où celles-ci ont mal rédigé la convention d'arbitrage. En effet, dans d'autres hypothèses, il arrive que les parties ne formalisent pas avec précision les termes de leurs accords mais elles choisissent de se référer à des documents préexistants. Ces clauses appelées clauses compromissoires par référence appellent également à un acte d'interprétation de l'existence du consentement de recourir à l'arbitrage.

#### **b- L'interprétation des clauses compromissoires par référence**

**494.** La clause compromissoire par référence consiste pour les parties à se référer à des contrats précédemment conclus entre elles ou à des contrats-type qui contiennent une clause compromissoire. Or, la question qui se pose consiste à savoir si une telle référence suffit pour lier les parties et dégager leur consentement à l'arbitrage. Cette question implique un acte d'interprétation. Cette interprétation « doit s'opérer au vu des principes généraux d'interprétation des conventions d'arbitrage, sans interprétation extensive mais sans restrictive qui nierait le fait que, dans le droit des affaires internationales, le recours à l'arbitrage est devenu un mode normal de règlement des différends <sup>557</sup> ».

---

<sup>556</sup> TGI de Paris, 1<sup>er</sup> février 1979, Rev. Arb., 1980. 97, note Ph. FOUCHARD.

<sup>557</sup> FOUCHARD (Ph.), GAILLARD (E.), GOLDMAN (B.), Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, n° 496.

C'est dans cette perspective que la Cour d'appel de Paris a observé que « le principe de bonne foi qui préside aux relations contractuelles avant tout litige, conduit à admettre qu'un document mentionné comme étant joint à une lettre l'a effectivement été. Le contractant à qui ce document est annoncé, a l'obligation de vérifier qu'il a bien été joint et de le réclamer au cas où il aurait été omis, s'agissant nécessairement d'un document à valeur contractuelle, qu'il ne peut ignorer sans prendre le risque de se le voir opposer ultérieurement sans pouvoir s'y soustraire<sup>558</sup> ».

**495.** Néanmoins, lorsque arbitre et juge étatique se trouvent face à une hypothèse où la réalité du consentement à l'arbitrage est manifestement douteuse, ils refusent systématiquement de reconnaître l'existence d'une convention d'arbitrage. C'est le cas d'une affaire où « le connaissance signé par le capitaine d'un navire se référait, en termes généraux et sans les reproduire ni les annexer aux conditions générales d'une charte-partie à laquelle l'armateur du navire n'était pas partie et qui contenait une clause compromissoire ». La Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel qui a estimé que « cette clause n'était pas applicable dans les relations de l'armateur et des parties à la charte initiale après avoir relevé que compte tenu des modifications apportées unilatéralement par l'armateur, il n'était pas établi que ces clauses aient fait l'objet d'une acceptation certaine de la part des contractants liés par la charte initiale<sup>559</sup> ».

**496.** L'interprétation de la convention d'arbitrage afin d'apprécier son existence soulève le problème de la loi qui régit cette interprétation.

## **II – La détermination de la loi qui régit l'interprétation de la convention d'arbitrage**

**497.** Conformément au principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat au fond, la loi qui régit l'interprétation de la convention d'arbitrage n'est pas automatiquement celle qui régit le contrat principal<sup>560</sup>.

---

<sup>558</sup> Paris, 30 novembre 1990, Rev. Arb., 1990. 645, note, J. PELLERIN.

<sup>559</sup> Cass. com., 7 janvier 1992, Rev. Arb., 1992. 553, note Ph. DELEBECQUE.

<sup>560</sup> V. le §1 de la deuxième section du présent chapitre.

La détermination de cette loi peut être faite soit sur la base de la méthode conflictuelle, soit par le biais de la méthode des règles matérielles<sup>561</sup>.

**498.** Par la méthode conflictuelle, la loi applicable à la convention est recherchée à la lumière d'éléments de rattachement. Ces éléments sont essentiellement la loi qui régit la procédure arbitrale ou la loi qui régit le contrat principal.

**499.** La qualification procédurale consiste à rattacher la convention d'arbitrage à la loi de procédure et à lui appliquer par conséquent la loi du siège du tribunal arbitral et ce par application « d'un prétendu principe<sup>562</sup> » qui consiste à appliquer cette dernière à la procédure arbitrale.

Cette qualification a été fortement critiquée<sup>563</sup>, car les parties peuvent décider de soumettre la procédure arbitrale à une norme autre que celle du lieu du siège de l'arbitrage. De même, l'arbitre peut, en cas d'absence de choix par les parties, ne pas appliquer cette loi et choisir une autre règle. En outre, même en se basant sur « le plan théorique, l'assimilation de la convention d'arbitrage à la procédure arbitrale ne se justifie pas davantage. Bien qu'elle ait pour objectif l'institution d'une procédure, la convention d'arbitrage s'analyse en un contrat. Elle précède en effet la procédure et ne constitue pas une phase de son déroulement<sup>564</sup> ».

**500.** Le recul de la qualification procédurale a ouvert la voie à un autre élément de rattachement qui est le contrat principal. Par conséquent, l'interprétation de la convention d'arbitrage se fait à la lumière de la loi qui régit la convention de fond. Ce rattachement est né de la confusion entre la loi applicable à la convention principale et la loi applicable à la convention d'arbitrage notamment lorsque la convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire insérée dans le contrat principal.

---

<sup>561</sup> Certaines législations nationales combinent le recours aux règles matérielles et les règles de conflits. Pour plus de développement sur la question, v. FOUCHARD (Ph.), GAILLARD (E.) et GOLDMAN (B.), *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996. n° 446 et s.

<sup>562</sup> Un terme utilisé par FOUCHARD (Ph.), GAILLARD (E.) et GOLDMAN (B.), *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996. n° 424.

<sup>563</sup> FOUCHARD (Ph.), GAILLARD (E.) et GOLDMAN (B.), *Op. cit.*, n° 424. p.237.

<sup>564</sup> FOUCHARD (Ph.), GAILLARD (E.) et GOLDMAN (B.), *Op. cit.*, p.238.

Certaines sentences arbitrales ont pris le contrat principal pour un indice de localisation de la convention d'arbitrage. Cet indice a été retenu lorsque seul le droit applicable au contrat faisait l'objet d'un accord entre les contractants. Cependant, « une telle présomption n'est pas retenue dès lors que les parties, implicitement ou explicitement, ont manifesté une volonté contraire. Une telle volonté serait, sans doute, présente dans le cas où la loi applicable au fond du contrat, en l'absence de la désignation d'une loi pour régir la convention d'arbitrage, aurait pour effet d'invalider cette convention <sup>565</sup> ».

On a pu remarquer que, même lorsque les parties n'ont exprimé aucun choix par rapport au contrat principal et à la convention d'arbitrage, certaines sentences arbitrales désignent la même loi pour régir les deux conventions. C'est le cas de la sentence arbitrale rendue sous l'égide de la CCI dans l'affaire n° 6840 où l'arbitre unique a déclaré qu'il « était raisonnable et naturel, à défaut (d'indications des parties sur la loi applicable à la convention d'arbitrage, comme sur la convention de fond) de soumettre la clause d'arbitrage à la même loi que le contrat principal <sup>566</sup> ».

Certes, il peut arriver que la loi applicable à la convention d'arbitrage et celle qui régit le contrat principal soient identiques. Ceci ne serait pas « une remise en cause du principe de l'autonomie juridique de la convention d'arbitrage, mais de la simple conséquence de fait qu'une identité d'indices conduit à localiser deux actes autonomes dans un même système juridique <sup>567</sup> ». Cependant, identifier d'une façon générale la loi applicable à la convention d'arbitrage par une référence systématique à la loi qui régit le contrat principal serait de nature à mettre en question l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal qui milite en faveur de l'application d'une loi qui n'est pas nécessairement celle qui régit ce dernier.

Dans la même perspective, la sentence arbitrale CCI rendue en 1982 déclare que « les sources de droit applicable pour la détermination de la portée et des effets de la clause compromissoire instituant un arbitrage international ne se confondent pas nécessairement avec le droit applicable au fond du litige déféré à cet arbitrage ; que si cette loi et ces règles de droit peuvent, dans certains cas, concerner aussi bien le fond du litige que la clause

---

<sup>565</sup> DE BOISSESON (M.), *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, GLN éd. JOLY, 1990. 492.

<sup>566</sup> Sentence CCI n° 6840 rendue en 1991, JDI 1992. n°579, Obs. Y. DERAÏNS.

<sup>567</sup> DERAÏNS (Y.), note sous CCI n°4392. 1983, Clunet 1983. 907.

compromissoire, il est parfaitement possible que dans d'autres cas, celle-ci soit régie, en raison de son autonomie- qui concerne non seulement sa validité, mais aussi sa portée et ses effets- par des sources de droit qui lui sont propres, distinctes de celles qui gouvernent le fond du litige<sup>568</sup> ».

Dans le même esprit, la Cour d'appel de Paris a reconnu que « l'accord compromissoire, selon les conceptions françaises, présente une complète autonomie juridique par rapport au contrat dans lequel il figure, et son exécution n'obéit donc pas nécessairement à la loi qui régit celui-ci<sup>569</sup> ». Poursuivant le même raisonnement, la Cour de cassation française a approuvé les juges du fond de ne pas avoir appliqué la loi régissant le contrat principal pour interpréter la clause compromissoire qui y est insérée<sup>570</sup>.

**501.** L'incertitude qui dérive du raisonnement en termes de conflits de lois a dicté l'attitude des juridictions françaises ainsi que celle de la jurisprudence arbitrale qui consiste à favoriser le recours à la méthode des règles matérielles.

Pour les juridictions françaises saisies d'un recours en annulation ou d'une action en exécution, l'appréciation de l'existence de la convention d'arbitrage en cause se fait au regard « des conceptions matérielles que l'ordre juridique français retient des exigences fondamentales de justice applicables aux situations à caractère international<sup>571</sup> ». C'est dans cette perspective que les juridictions étatiques sont constantes à affirmer qu'en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement.

**502.** Quant aux arbitres, force est de reconnaître que n'appartenant pas à un ordre juridique étatique, ils marquent une préférence à l'application des règles transnationales lorsqu'ils sont invités à connaître de l'existence et l'interprétation de la convention d'arbitrage. Ainsi, et « dans le silence des parties (...), l'application de ce qu'ils (les arbitres) pensent être les exigences essentielles de la société internationale dégagées sur la base d'études de droit comparé et de l'examen de la jurisprudence arbitrale internationale,

---

<sup>568</sup> Sentence CCI n° 4131 rendue en 1982, JDI, 1983. 899. Obs., Y. DERAÏNS.

<sup>569</sup> Paris, 25 janvier 1972, Rev. Arb., 1973. 158. Obs. Ph. FOUCHARD.

<sup>570</sup> Cass. 14 décembre 1983, Rev. Arb., 1984. 483, note M-C. RONDEAU- RIVIER.

<sup>571</sup> FOUCHARD (Ph.), GAILLARD (E.) et GOLDMAN (B.), Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, 1996. n°441. p. 249.

indépendamment des particularisme locaux, est sans doute ce qui correspond le mieux à leur nature et à leur fonction <sup>572</sup>».

**503.** De surcroît, pour apprécier l'existence d'un consentement à l'arbitrage à la lumière de l'interprétation de la volonté des parties, la pratique arbitrale a mis en place un certain nombre de directives d'interprétation de la convention d'arbitrage dont seules quelques-unes font l'unanimité de la doctrine mondiale.

Ainsi, il a été déclaré qu' « en l'état du principe d'autonomie de la clause d'arbitrage international, sous réserve de l'ordre public international, la volonté réelle des parties, qui ont prévu dans leur contrat que les éventuels litiges seraient réglés par arbitrage à Paris sous l'égide de l'Association internationale de l'arbitrage, doit être recherchée notamment au regard des règles suivantes : principe d'interprétation de bonne foi qui implique la recherche de la volonté réelle des parties au-delà du sens littéral des termes et de ne pas permettre à l'une d'elles de se soustraire à des engagements librement consentis mais exprimés de manière maladroite ; principe d'effet utile selon lequel, lorsque les parties insèrent une clause d'arbitrage dans leur contrat, on doit présumer que leur intention a été d'établir un mécanisme efficace pour le règlement des litiges visés par la clause compromissoire ; principe d'interprétation contre celui qui a rédigé la clause obscure ou ambiguë <sup>573</sup> ». Il ressort donc que les directives communément admises sont : le principe d'interprétation de bonne foi, le principe de l'effet utile et le principe d'interprétation *contra proferentem*.

**504.** Affirmée par la doctrine <sup>574</sup> et confirmé par les sentences arbitrales, l'interprétation de bonne foi consiste à faire prévaloir la volonté réelle sur la volonté déclarée. Il revient donc à l'arbitre de passer outre le sens littéral des termes et de mettre l'accent sur la commune intention des parties <sup>575</sup>.

---

<sup>572</sup> FOUCHARD (Ph.), GAILLARD (E.) et GOLDMAN (B.), *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996. n° 443. p. 252.

<sup>573</sup> Paris, 7 février 2002, *Rev. Arb.*, 2002. 2. 413 et s, note Ph. FOUCHARD.

<sup>574</sup> GAILLARD (E.), *JDI* 1986. 226 et s ; P. MAYER, « Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international » *Etudes Lalive*, n°531 ; Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *op. cit.*, n°477.

<sup>575</sup> V. Chapitre II du titre I de la première partie.

Ce principe représente une entrave d'ordre moral à toute tentative visant à se dérober à des engagements réellement entrevus sous prétexte des maladresses d'expressions. En effet, Est qualifié « de mauvaise foi le comportement de celui qui, se saisissant d'un argument de nature purement formelle isolé du contexte ou manifestement contraire à l'économie de la convention, à son objet ou à son but, s'efforcera d'échapper à des engagements réellement consentis mais exprimés de manière maladroite. En cela, l'interprétation de bonne foi n'est qu'une façon, moins technique, mais dont la coloration morale s'adapte mieux aux exigences des principes généraux du droit, de dire que "l'on doit, dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes"<sup>576</sup> ». A cet égard, on peut citer un arrêt récent de la Cour d'appel de Paris rendu le 7 février 2002 à l'occasion d'un litige survenu à la suite d'une rédaction défectueuse d'une convention d'arbitrage. Ce litige opposait une société de droit belge (ALFAC) à une société de droit brésilien (IRMAC). En l'espèce, la société Alfac « admettait que la clause prévoyait sans ambiguïté un arbitrage à Paris et soumis au règlement d'une institution internationale d'arbitrage. Elle soutenait seulement que cette institution n'était pas désignée clairement et que d'autres Centres que la CCI pouvaient assumer cette fonction. Mais elle citait seulement l'Association française d'arbitrage, alors que celle-ci est française et non internationale...Sa mauvaise foi se manifestait ainsi par une réticence caractérisée et purement dilatoire, face à la saisine de la CCI par son adversaire <sup>577</sup> ».

Tenir compte de la volonté réelle des contractants implique, non seulement l'appréciation du consentement des parties à la lumière de leur prévision légitime et raisonnable mais aussi, la détermination de leur intention commune en fonction de leur attitude concomitante à la naissance du litige<sup>578</sup>.

La jurisprudence arbitrale a très souvent eu l'occasion de retenir l'interprétation de bonne foi en faisant prévaloir l'intention réelle des parties. Ainsi, la sentence Amco a mis en avance ce principe en déclarant que « toute convention, y compris une convention d'arbitrage, doit être interprétée de bonne foi, c'est à dire en tenant compte des conséquences de leurs

---

<sup>576</sup> GAILLARD (E.), JDI 1986. 231.

<sup>577</sup> Paris, 7 fév. 2002, RA 2002. 413, obs. Ph. Fouchard.

<sup>578</sup> Ainsi, le consentement à l'arbitrage peut être déduit du comportement d'une partie qui a invoqué l'existence d'une convention d'arbitrage pour soulever l'incompétence des juridictions étatiques.

engagements que les parties peuvent être considérées comme ayant raisonnablement et légitimement envisagées <sup>579</sup>».

La sentence rendue en 1988 dans l'affaire n° 5103 fournit un bon exemple de l'application du principe de la bonne foi en matière d'interprétation de la convention d'arbitrage. Dans cette affaire, le tribunal arbitral, siégeant à Paris, était saisi d'un litige opposant trois sociétés européennes du même groupe (A S.A, B S.A et C Ltd., demanderessees ayant pour activité la transformation et la commercialisation des produits phosphatés) à quatre sociétés tunisiennes (défenderesses, productrices). Les arbitres étaient saisis d'une demande d'indemnité pour rupture par les défenderesses des relations commerciales. Celles-ci allèguent la nullité de la clause compromissoire en se basant sur la maladresse de rédaction de la dite clause et sollicitent le tribunal arbitral de se déclarer incompétent car elles ont la qualité d'entreprises publiques et dénie sur cette base leur aptitude à soumettre leurs litiges à l'arbitrage. Le tribunal a rejeté cette argumentation en rappelant clairement que « le Tribunal note (...) la mauvaise rédaction (des clauses) compromissoires, qui désignent comme institution permanente d'arbitrage ''la Section Internationale de la Chambre de Commerce de Paris''. Cette dénomination défectueuse de la Chambre de Commerce Internationale est cependant sans conséquence, car, après que les demanderessees l'aient saisie, les défenderesses n'ont pas mis en doute, du moins devant le Tribunal arbitral, que c'était bien là l'institution d'arbitrage choisie par les parties ». Et le tribunal ajoute que « les articles 250 et 260 du Code de procédure civile tunisien invoqués par les défenderesses ne visent que l'Etat et les collectivités publiques, et non les entreprises publiques. (...) Les sociétés défenderesses, qui sont des sociétés anonymes, soumises à ce titre au droit commercial, ne peuvent être qualifiées de collectivités publiques du seul fait de la participation de l'Etat tunisien à leur capital. D'autre part, (...), il serait contraire à la bonne foi qu'une entreprise publique (...) qui a dissimulé dans un premier temps l'existence de (...) règles de droit interne, les invoque ultérieurement, si tel est son intérêt (...) pour dénier la validité d'un engagement qu'elle a souscrit en parfaite connaissance de cause <sup>580</sup>».

---

<sup>579</sup> Sentence Amco du 25 septembre 1983, JDI 1986. 200, obs. E. Gaillard ; Affaire CCI n° 1434, JDI 1976. 978, obs. Y. Derains.

<sup>580</sup> Sentence CCI n°5103 rendue en 1988, Clunet 1988. 1207 et s, note G.A.A.

Dans cette même perspective le tribunal arbitral s'est prononcé dans l'affaire n° 10422 en 2001<sup>581</sup>. En l'espèce, il s'agissait d'un contrat de distribution de produits cosmétiques conclu entre une société française et une société chilienne. Suite à une résiliation anticipée du contrat, le demandeur (le distributeur) a saisi l'arbitre unique sur la base de la clause compromissoire qui prévoyait :

« 12. For competent :

12.1. Le présent contrat, comme toutes ses dispositions, seront régies par "la Chambre de Commerce Internationale" ou à son défaut par une législation neutre définie d'un commun accord entre les parties, mais qui en aucun cas ne pourront être les Tribunaux de justice des pays respectifs des parties contractantes.

12.2. Toutes les interprétations que ce contrat nécessiterait, ainsi que les litiges qui pourraient surgir entre les parties contractantes, seront soumises aux Juges et aux Tribunaux des Cours définies au point 12.1, ceci impliquant que les deux parties renoncent à se prévaloir de tout autre for, dans le cas où ils existeraient ».

Le défendeur a contesté la compétence de l'arbitre unique en relevant que la clause 12.1 n'est pas une clause compromissoire mais une clause de choix du droit applicable. De son côté, le demandeur a remis en cause l'argumentation du défendeur en observant que la clause en question est une clause compromissoire et qu'il s'agit seulement d'une mauvaise rédaction qui n'a aucun effet sur son existence<sup>582</sup>. Appelé à statuer sur sa propre compétence, le tribunal arbitral a procédé à la recherche de l'intention commune des parties sans se fier au sens littéral des termes utilisés. Pour y parvenir, il commence par énoncer que « les rédacteurs et les négociateurs des contrats n'étaient pas des juristes. Ils ne pouvaient pas ainsi comprendre nécessairement la signification juridique des notions de for compétent, d'arbitrage et de loi applicable, leur souci principal étant de mettre en place une solution la plus neutre possible en cas d'éventuels litiges ». Ensuite, il a été relevé que le fait de se référer à la Chambre de commerce internationale signifie les parties ont voulu exclure le recours à leurs tribunaux respectifs. Et le titre de la clause « for compétent » atteste de cette volonté.

---

<sup>581</sup> Sentence n°10422 rendue en 2001 (inédite) ; TRUONG (C.Q.C), Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI., Paris, 1 ère ed. 200.

<sup>582</sup> Il préconise qu'au lieu d'écrire le terme « juridiction neutre » il est énoncé l« législation neutre ».

**505.** Par ailleurs, la pratique arbitrale a fait de l'interprétation effective<sup>583</sup> de la convention une conséquence logique de l'interprétation de bonne foi. D'inspiration française<sup>584</sup> et de consécration universelle<sup>585</sup>, le principe d'interprétation effective des conventions d'arbitrage veut qu'en présence de deux interprétations différentes des termes du contrat, on préfère celle qui conserve aux mots une certaine portée. Ce principe conduit à retenir le sens qui accorde aux mots employés une effectivité certaine.

L'application de ce principe est fréquente, non seulement dans les sentences arbitrales, mais aussi dans les décisions jurisprudentielles<sup>586</sup>. Généralement, le recours à cette directive d'interprétation tend à rectifier les désignations inexacts du Centre d'arbitrage car on présume que tant que les parties ont inséré dans leur contrat une convention d'arbitrage, l'effectivité de cette intention doit présider à l'interprétation de la volonté des contractants<sup>587</sup>. A ce titre, il a été retenu que le « Tribunal de la Chambre de commerce de Paris » vise en réalité « la Chambre arbitrale de Paris<sup>588</sup> ». De même, la référence à la « Chambre de commerce de Yougoslavie à Belgrade » a été rectifiée pour « la Cour d'arbitrage du commerce extérieur auprès de la Chambre de commerce de Yougoslavie dont le siège est à Belgrade<sup>589</sup> ».

**506.** Moins répandu que les deux premiers, le principe d'interprétation *contra proferentem* commence à acquérir du terrain notamment dans le droit du commerce international<sup>590</sup>. Cette directive conduit à interpréter la convention d'arbitrage ambiguë contre celui qui l'a rédigée.

En pratique, il arrive que la rédaction de la convention d'arbitrage soit l'œuvre de l'une des parties. Le second contractant ne fait qu'adhérer à l'acte en signant les différents documents qui lui sont présentés. Or, il est totalement logique d'interdire à la partie qui a rédigé maladroitement la convention d'arbitrage d'en invoquer l'inexistence. Ainsi, il a été

---

<sup>583</sup> Sur l'ensemble de la question, voir chapitre II du titre I de la première partie.

<sup>584</sup> Article 1157 du Code civil français dispose « lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun ».

<sup>585</sup> V. article 4.5 des principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, la sentence CCI n° 1434, JDI. 1976. 978 ; la sentence CCI n° 3380, JDI 1981. 927, obs. Y.Derains.

<sup>586</sup> L'intervention du juge étatique à l'occasion de sa mission d'assistance ou de contrôle des sentences arbitrales.

<sup>587</sup> Sentence CCI n° 2321 rendue en 1974, Clunet, 1975. 938, Obs. Y. DERAÏNS.

<sup>588</sup> Paris, 14 fév. 1985, Rev.Arb., 1987.325, note P. LEVEL.

<sup>589</sup> C. cass., 14 déc 1983, Rev.Arb., 1984. 483, note M.-C. RONDEUA-RIVIER.

<sup>590</sup> V. Principes d'Unidroit article 4.6.

retenu que « considérant qu'Alfac a inséré, dans la convention d'arbitrage dont il n'est pas contesté qu'elle est le rédacteur, le nom d'une institution d'arbitrage n'existant pas...Par ces motifs rejette le recours en annulation...<sup>591</sup> ».

**507.** Si les principes d'interprétation de bonne foi, ainsi que celui de l'interprétation effective et l'interprétation *contra proferentem* sont unanimement reconnus, d'autres principes d'interprétation de la convention d'arbitrage n'ont pas eu le même soutien. Il s'agit du principe d'interprétation stricte et du principe d'interprétation *in favorem validitatis*.

**508.** Selon le premier principe, une convention d'arbitrage doit être interprétée « restrictivement ». Un faible courant de décisions arbitrales ont adopté une telle interprétation<sup>592</sup>. Cependant, la doctrine estime qu'« il vaudrait mieux dire interprétée strictement, en ce sens que la mission conférée aux arbitres serait limitée à celle qui résulte de la volonté clairement exprimée par les parties<sup>593</sup> ». C'est dans cette perspective que le tribunal arbitral a rendu la sentence CCI n°2138 en 1974. Dans cette affaire, les parties ne s'étaient pas contentées de reprendre la clause type proposée par la CCI en vertu de laquelle le différend « sera soumis à l'arbitrage suivant le Règlement de conciliation et de l'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale ». Mais elles avaient ajouté que, pour les litiges qui peuvent être tranchés en conciliation, elles procéderaient au préalable à cette conciliation. Appelé à interpréter cette clause, le tribunal arbitral a déclaré que :

«Attendu qu'en l'espèce le litige (...) vise non le règlement d'un différend susceptible d'être réglé en conciliation sans entraver le cours d'exécution du contrat, mais l'inexécution même par les acheteurs de leurs obligations découlant du contrat,

« Attendu qu'il n'y a donc pas lieu de prendre en considération la stipulation relative à la conciliation,

« Attendu qu'il y a lieu, le tribunal ayant été régulièrement constitué, de se déclarer compétent pour connaître le litige opposant les parties au contrat du (...) ». Et après avoir retenu sa compétence de principe, le tribunal arbitral a procédé à l'interprétation de la clause pour déterminer sa portée par rapport aux parties. Dans ce cadre il a ajouté que « (...) Toutefois, en ce qui concerne la demande formulée à l'encontre de la société X, il y a lieu de constater que cette dernière société n'est ni signataire ni partie au contrat du (...). Attendu

---

<sup>591</sup> Affaire Alfac, op. cit., Rev.Arb., 2002. 416.

<sup>592</sup> Sentence CCI n° 4392 rendue en 1983, Clunet 1983. 907, Obs. Y. DERAIS.

<sup>593</sup> FOUCHARD (Ph.), GAILLARD (E.) et GOLDMAN (B.), Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, 1996. n° 480.

que les clauses compromissoires sont d'interprétation stricte et que le tribunal ne saurait, dans ces conditions, sans excéder sa compétence, retenir la société X partie au présent contrat <sup>594</sup>».

En réalité, le principe d'interprétation restrictive n'a pas été largement admis car il ne prend pas en considération le fait que l'arbitrage constitue un mode normal de règlement des litiges internationaux. En effet, selon ce principe, la convention d'arbitrage est une exception à la compétence des tribunaux étatiques. De ce fait, comme toute exception, elle doit être interprétée restrictivement.

De son côté, la jurisprudence arbitrale a manifesté son opposition par rapport à ce principe dans d'innombrables sentences. C'est le cas de la sentence rendue le 25 septembre 1983 dans l'affaire AMCO où le tribunal arbitral affirme que « comme toute autre convention, une convention d'arbitrage ne doit pas être interprétée restrictivement, ni du reste extensivement ou de manière libérale. Elle doit être interprétée d'une manière qui conduise à trouver et à respecter la commune intention des parties : une telle méthode d'interprétation n'est autre que l'application du principe fondamental *pacta sunt servanda*, commun à tous les systèmes de droit interne et au droit international<sup>595</sup> ».

**509.** Le second principe qui a fait l'objet de beaucoup de réserves est le principe de l'interprétation *in favorem validitatis* en vertu duquel l'interprétation de la convention d'arbitrage devrait être orientée vers le sens de l'extension des pouvoirs de l'arbitre.

Ce principe d'interprétation a été critiqué par la majeure partie de la doctrine française. Ces critiques tiennent au fait que l'interprète peut donner plein effet à la commune volonté des parties de recourir à l'arbitrage et préciser sa portée, mais encore faut-il que ce consentement existe et qu'il ne soit pas douteux.

**510.** Les arbitres, puis les juridictions étatiques chargées du contrôle des sentences, peuvent être amenés à interpréter la convention d'arbitrage, non pas pour s'arrêter sur l'existence d'un consentement à l'arbitrage mais pour déterminer la portée de ce consentement.

---

<sup>594</sup> Sentence CCI n° 2138 rendue 1974, *Clunet* 1975. 934, Obs., Y. DERAÏNS.

<sup>595</sup> *JDI* 1986. 200.

## **B- Interprétation et étendue de la convention d'arbitrage**

**511.** La convention d'arbitrage est « la pierre angulaire <sup>596</sup> » qui institue le pouvoir juridictionnel de l'arbitre. Elle détermine les questions litigieuses que le tribunal arbitral est habilité à trancher.

De ce fait, et pour pouvoir interpréter le contrat principal, l'arbitre saisi du litige doit s'assurer au préalable que la convention d'arbitrage lui confère cette mission. Or, cette question prend une importance considérable lorsque l'arbitre se trouve face à une convention d'arbitrage qui ne détermine pas clairement la marge de manœuvre laissée à l'arbitre dans le cadre de l'exercice de sa mission. Ce dernier est tenu, dans ce cas, de fixer l'étendue de son investiture, en interprétant la convention d'arbitrage, afin d'éviter le grief de dépassement des contours de sa compétence (II).

**512.** De même, l'interprétation de la convention d'arbitrage paraît, dans certaines hypothèses, primordiale pour identifier les parties liées par cette convention (I).

### **I – L'identification des parties liées par la convention d'arbitrage**

**513.** Dans certaines affaires, il était question d'interpréter la convention d'arbitrage pour pouvoir déterminer les parties liées par la dite convention. Cette question se pose avec plus d'acuité lorsque la personne qui a signé le contrat n'est pas celle qui l'a négocié ou l'a exécuté. Dans de telles hypothèses, la pratique arbitrale, suivie en cela par la jurisprudence étatique, considère que « dans le droit de l'arbitrage international, les effets de la clause compromissoire s'étendent aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat dès lors que leurs situations et leurs activités font présumer qu'elles avaient connaissance de l'existence et de la portée de cette clause afin que l'arbitre puisse être saisi de tous les aspects économiques et juridiques du litige <sup>597</sup> ».

---

<sup>596</sup> FOUCHARD (Ph.), L'arbitrage commercial international, Dalloz, 1965. 88.

<sup>597</sup> Paris, 7 décembre 1994, RTD. Com., 1995. 401, Obs. DUBARRY et LOQUIN.

**514.** Généralement la question d'interprétation de la convention d'arbitrage afin d'identifier les parties engagées s'est posée soit en raison de l'ambiguïté des termes de cette convention ou bien en raison de la multiplicité des intervenants<sup>598</sup>. Dans ce dernier cas, on vise essentiellement le problème relatif à l'extension de la convention d'arbitrage à une partie non signataire.

**515.** L'extension de la convention d'arbitrage par voie d'interprétation a été soulevée dans les litiges où il était question de savoir si une convention d'arbitrage conclue par une société faisant partie d'un groupe de sociétés<sup>599</sup> peut engager une autre société appartenant au même groupe, bien que cette dernière ne l'a pas signé.

A la lumière de la position adoptée par la jurisprudence arbitrale ainsi que celle retenue par les juridictions étatiques nous pouvons dire que<sup>600</sup> juges et arbitres accordent une importance considérable à l'existence d'une « intention réelle des parties à la convention d'arbitrage, conscients de l'imbrication des intérêts au sein du groupe, qui permet parfois de considérer que les diverses sociétés du groupe sont liées par la convention signée au nom de l'une d'entre elles<sup>601</sup> ».

L'extension de la convention d'arbitrage à des sociétés non signataires (et faisant partie du même groupe que la ou les sociétés signataires) ne constitue pas un principe général. La question est analysée au cas par cas et l'extension n'est prononcée que si à la lumière des circonstances en cause, la volonté réelle des parties est dans ce sens.

Cette démarche a été clairement énoncée dans une sentence rendue le 23 septembre 1982 où le tribunal arbitral a déclaré que l'interprétation de la convention d'arbitrage au regard de sa portée matérielle se fait « en se fondant sur la commune volonté des parties (...) telle qu'elle résulte des circonstances qui ont entouré la conclusion et caractérisé l'exécution puis la résiliation des contrats où elles figurent, et en tenant également compte, à l'exemple notamment de la jurisprudence française relative à l'arbitrage international, des usages

---

<sup>598</sup> V. TRAIN (F.X), Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international, LGDJ 2002.

<sup>599</sup> Chaque entité du groupe dispose d'une personnalité juridique autonome.

<sup>600</sup> Sous réserve des exigences de forme de la convention d'arbitrage retenues par certaines législations nationales qui peuvent constituer un obstacle à l'extension de la convention à une partie non signataire.

<sup>601</sup> FOUCHARD (Ph.), GAILLARD (E.) et GOLDMAN (B.), Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, 1996. n°500 ; v. Sentence CCI n° 5103 rendue en 1988, JDI. 1988. 1206, Obs. J. AGUILAR ALVAREZ ; Sentence CCI n° 6519 rendue en 1991, JDI. 1991. 1065, Obs. Y. DERAÏNS ; Sentence CCI n° 1434 rendue en 1975, JDI 1976. 978.

conformes aux besoins du commerce international, notamment en présence d'un groupe de sociétés (...) ».

**516.** La Cour d'appel de Paris reconnaît aux arbitres un pouvoir souverain pour interpréter la convention d'arbitrage et apprécier l'existence d'une volonté implicite justifiant l'extension de la convention d'arbitrage à une société du groupe qui ne l'a pas signée. Ainsi, dans un arrêt rendu le 21 octobre 1983 elle déclare « que par une interprétation souveraine des conventions (...) et des documents échangés lors de leur négociation et de leur résiliation, les arbitres ont jugé, au terme d'une motivation pertinente et exempte de contradiction, que, suivant la volonté commune de toutes les sociétés intéressées, les sociétés (...) avaient été parties à ces conventions bien que ne les ayant pas matériellement signées, et que la clause compromissoire leur était dès lors applicable (...). Les arbitres ont aussi fait accessoirement appel à la notion de "groupe de sociétés" dont l'existence à titre d'usage du commerce international n'est pas sérieusement contestée par la demanderesse<sup>602</sup> » .

Dans l'affaire CCI n°6000, il s'agissait de trois contrats de distribution de fibres et de produits métalliques conclus entre des sociétés françaises et allemandes d'une part (demanderesse) et la société P&P (défenderesse). Les fondateurs de cette dernière sont également actionnaires d'une société dénommée PPGI. Pour résoudre un litige dû au non règlement de certaines factures par P&P, les sociétés demanderesse ont saisi la CCI par une requête introduite à l'encontre de la société PPGI car les trois contrats conclus lui ont été transférés par P&P. La société PPGI a alors soulevé l'incompétence du tribunal arbitral à son égard aux motifs qu'elle n'est pas partie aux contrats sus-visés. Etant donné qu'il n'existait pas de preuve attestant le transfert des trois contrats à la PPGI, le tribunal arbitral a mis l'accent sur le comportement des parties, en l'occurrence celui de la société PPGI lors de la conclusion, l'exécution et la résiliation des contrats. Or, à la lumière des circonstances pertinentes et les pièces communiquées par les demanderesse, le tribunal a déduit que bien que les contrats ont été signés par P&P, c'est la société PPGI qui a joué le rôle du distributeur exclusif des sociétés demanderesse aux U.S.A. . De même, en se basant sur certains faits (le capital social des deux sociétés P&P et PPGI appartiennent aux mêmes personnes, leur siège social et leur activités sont similaires), l'arbitre a retenu le fait que les deux entités P&P et PPGI sont « substantiellement identiques » et a décidé par conséquent d'étendre les effets de la clause compromissoire à la société PPGI car elle s'est comportée comme une véritable

---

<sup>602</sup> Paris, 21 octobre 1983, Rev. Arb., 1984, 98, Obs. A. CHAPELLE.

partie à ces contrats : « it is largely admitted that by virtue of an usage of the international trade, where a contract, including an arbitration clause, is signed by a company wich is party to a group of companies, the orther company of companies of the group wich are involved in the execution, the performance and/or the termination of the contract are bound by the arbitration clause, provided the common will of the parties does not exclude such an extension, and even more so where the common will of the parties was to include a company of the group in the contractual relationship, even if such company did not formally sign the contract (...)»<sup>603</sup>.

**517.** Par analogie avec la question de l'extension à une société non signataire de la convention d'arbitrage signée par une autre société du même groupe, la pratique arbitrale et la jurisprudence étatique ont traité l'hypothèse de l'extension à l'Etat de la convention d'arbitrage signée par un organisme dépendant de l'Etat d'un côté, et l'extension à l'organisme dépendant de l'Etat de la convention d'arbitrage signée par l'Etat de l'autre côté.

**518.** La première hypothèse a été soulevée dans l'affaire du Plateau des Pyramides. Il s'agissait d'un contrat « *supplemental agreement* » entre une société de Hong-Kong (SPP) et un organisme public égyptien chargé du tourisme (EGOTH). Ce contrat renvoyait à un contrat antérieur conclu entre les mêmes parties et le gouvernement égyptien (ayant pour objet la construction de deux centres touristiques à proximité des pyramides). Seul le « *supplemental agreement* » contenait une clause d'arbitrage CCI. Ce contrat comportait la mention « *approved, agreed end ratified* » signé par le ministre du tourisme égyptien. Le projet a été annulé par les autorités publiques égyptiennes. Dés lors, la SPP a engagé une procédure d'arbitrage à l'encontre de d'EGOTH et de la République Arabe d'Egypte. Cette dernière a soulevé l'incompétence du tribunal arbitral à son égard car elle n'est pas partie à la convention d'arbitrage. Le tribunal a rejeté cette argumentation au motif que « le gouvernement, en devenant partie au contrat ne pouvait raisonnablement douter qu'il serait tenu par la clause d'arbitrage contenue dans le dit contrat »<sup>604</sup>. L'Etat égyptien a formulé alors un recours en annulation contre la sentence sur la base de l'article 1502- 1° du Nouveau code de procédure civile (absence de convention d'arbitrage). La Cour d'appel de Paris ne s'est pas contentée d'une interprétation littérale des termes « *approved, agreed end ratified* ». Elle a estimé que cette mention devait s'interpréter à la lumière de la législation égyptienne

---

<sup>603</sup> Sentence n° 6000 rendue en 1988, Bull. CCI., Vol. 2.n°2 1991. 34.

<sup>604</sup> Sentence CCI n° 3493 rendue en 1983, Rev. Arb., 1986. 105.

qui accorde au ministre du tourisme la compétence d'approuver la création et l'exploitation des centres touristiques. Par conséquent elle a refusé d'y voir une volonté du gouvernement égyptien de devenir partie à l'acte<sup>605</sup>.

**519.** Force est de constater que l'intention des parties constitue le critère essentiel en vertu duquel se fait l'identification des parties à la convention d'arbitrage. Cette démarche est suivie lorsque le tribunal arbitral, sous le contrôle des juridictions étatiques, est appelé à apprécier la question de l'extension à l'organisme dépendant de l'Etat la convention d'arbitrage signée par l'Etat.

Ceci s'illustre dans l'affaire CCI n° 4727 où il s'agissait d'un contrat d'achat de produits pétroliers conclu entre la société Swiss Oil Corporation et la République du Gabon. Ce contrat contenait une clause d'arbitrage CCI. Le directeur général adjoint de la société nationale gabonaise Petrograb a signé l'avenant à ce contrat après la mention « pour la République gabonaise ». Lorsqu'un litige est survenu, la société Swiss Oil a engagé la procédure d'arbitrage à l'encontre la République gabonaise et Petrograb car elle estimait que cette dernière était partie à l'acte. Saisi du litige, le tribunal arbitral n'a pas retenu cette argumentation car l'avenant était conclu au nom de la République gabonaise et non pas au nom de Petrograb<sup>606</sup>.

Cette prise de position a été retenue par la Cour d'appel de Paris saisie d'un recours en annulation contre la sentence qui a déclaré que « l'intervention de Petrograb dans des discussions sur la détermination d'un nouveau prix du pétrole à la suite de la baisse mondiale des cours du pétrole n'a pas abouti à la rencontre des volontés de Petrograb et SOC pour la formation entre elles d'un contrat et substitution de Petrograb à l'Etat gabonais ; (...) ; que l'avenant de 1982 modifiant et complétant le contrat de 1979 n'a été signé par le directeur général adjoint de Petrograb qu'en qualité de représentant de la République gabonaise<sup>607</sup> ».

**520.** Une autre question d'interprétation de la volonté des parties est très souvent posée devant les arbitres. Il s'agit de la détermination de l'étendue matérielle de la convention d'arbitrage.

---

<sup>605</sup> Paris, 12 juillet 1984, JDI., 1985. 130, note B. GOLDMAN.

<sup>606</sup> Sentence n°4727 citée par FOUCHARD (Ph.), GAILLARD (E.) et GOLDMAN (B.), Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, 1996. n° 511.

<sup>607</sup> Paris, 16 juin 1988, Rev. Arb., 1989. 309, note Ch. JARROSSON.

## II- La détermination de l'étendue matérielle de la convention d'arbitrage

**521.** La doctrine s'accorde à reconnaître que la mission de l'arbitre trouve son fondement, son contenu et ses limites dans la convention d'arbitrage. L'arbitre n'a d'autres pouvoirs que ceux qui résultent de la volonté des parties. De ce fait, une sentence arbitrale peut être annulée si l'arbitre ne respecte pas les prescriptions imposées par les parties. Pour cette raison, l'arbitre, saisi d'une question déterminée, doit vérifier, à la lumière des termes de la convention d'arbitrage<sup>608</sup>, si elle entre dans les limites de sa compétence.

**522.** La délimitation de l'étendue de la compétence de l'arbitre implique la détermination de la portée « *ratione materiae* » de la convention d'arbitrage. Autrement dit, l'arbitre doit déterminer les matières que les parties ont prévu de trancher par voie d'arbitrage.

**523.** Avant de s'engager dans le fond du litige (relatif au contrat principal), il apparaît opportun que l'arbitre fixe l'étendue de sa compétence et précise les contours de ses pouvoirs. Cette détermination est loin d'être aussi simple, notamment lorsque l'arbitre se heurte à des stipulations imprécises, confuses ou très vastes l'obligeant à interpréter la dite convention. En effet, « il est rare que les termes de cette convention apportent une réponse à toutes les interrogations qui peuvent se poser. Si, lorsqu'il s'agit d'un compromis, le contenu et les limites de cette mission font l'objet d'une délimitation, il en va différemment de la clause compromissoire, rédigée la plupart du temps en termes très généraux<sup>609</sup> ».

---

<sup>608</sup> La détermination du contenu de la compétence de l'arbitre s'impose à l'occasion d'une demande incidente (additionnelle ou reconventionnelle) dans la mesure où l'arbitre doit vérifier si cette demande entre dans les champs d'application de la convention d'arbitrage. Généralement, l'arbitre est compétent pour résoudre toutes « les questions dont la solution apparaît comme un préalable nécessaire à celle du litige. De même, ils doivent statuer sur les questions qui apparaissent comme l'accessoire, la conséquence nécessaire de l'objet du litige qui leur sont soumis, ou qui entretiennent un lien suffisamment étroit avec les demandes initiales ou principales », V. à ce propos M. DE Boissésou, op. cit., n°701.

<sup>609</sup> ARNALDEZ (J.-J.), « L'acte déterminant la mission de l'arbitre », Etudes P. Bellet, n°2.

**524.** Si les institutions d'arbitrage tentent, par voie de clauses-type<sup>610</sup> suffisamment larges, d'englober tous les différends susceptibles de naître entre les parties dans le cadre de leur relation contractuelle, il en va différemment dans l'arbitrage ad hoc. En effet, « Compte tenu de l'euphorie qui règne entre les parties lors de la signature du contrat<sup>611</sup> », les rédacteurs de la convention d'arbitrage, le plus souvent des non spécialistes, omettent d'y indiquer quelques aspects des différends qui peuvent opposer les parties.

**525.** Il arrive que les parties choisissent de ne pas soumettre certaines questions à l'arbitrage. De ce fait, la convention d'arbitrage est rédigée d'une manière restrictive de telle sorte qu'elle n'est pas susceptible de couvrir la totalité des litiges relatifs au contrat principal, voire même les difficultés extra-contractuelles (les fautes commises à l'occasion de l'exécution du contrat<sup>612</sup>). Or, face à ce caractère restrictif de la convention d'arbitrage, l'arbitre a souvent à trancher la question par voie d'interprétation.

Ainsi, certaines clauses stipulent que « tout désaccord survenant sur l'interprétation ou sur l'exécution des clauses et conditions de la présente convention seront tranchés par voie d'arbitrage<sup>613</sup> ». Or la qualité rédactionnelle de cette clause est de nature à créer des difficultés d'application, certainement dans le cas où l'arbitre, appelé à interpréter le contrat principal, se heurterait à une question relative à la validité de ce dernier. La difficulté revêt plus d'importance lorsque l'une des parties, qui tend à paralyser le déroulement de l'arbitrage, soulève cette question à titre préalable tout en invoquant l'incompétence du tribunal arbitral en la matière<sup>614</sup>.

---

<sup>610</sup> La clause type du règlement d'arbitrage de la CNUDCI vise « tout litige, controverse ou réclamation, né du présent contrat ou se rapportant au présent contrat ou à une contravention au présent contrat, à sa résolution ou à sa nullité ». Celle de la CCI englobe « tous les différends découlant du présent contrat », ou « tous différends nés de ou se rattachant au présent contrat » ; V. à cet égard E. GAILLARD, « Quelques observations sur la rédaction des clauses d'arbitrage CIRDI », Rec. Penant 1987. 291.

<sup>611</sup> MEZGENNI (A.), « Convergence et harmonisation du droit et de la pratique de l'arbitrage commercial international, A propos de 35 clauses », RTD 1981. 35.

<sup>612</sup> La question est soumise au droit applicable au contrat de fond litigieux. D'une manière générale, « les arbitres retiendront leur compétence pour connaître de telles demandes lorsque les termes de la convention d'arbitrage sont suffisamment larges pour que l'on puisse constater la volonté des parties de les englober dans les différends susceptibles d'être tranchés en application de la clause prévue au contrat. Tel sera le cas par exemple lorsque la clause vise tous les différends susceptibles de s'élever « à l'occasion de l'exécution du présent contrat » ou « en relation avec le présent contrat », V. sur la question FOUCHARD (Ph.), GAILLARD (E.), GOLDMAN (B.), op. cit., n°524 ; JDI, 1986. 1102, obs. Y. Derains.

<sup>613</sup> FOUCHARD (Ph.), op. cit., n°100.

<sup>614</sup> En pratique, arbitres et juges ont estimé que ces clauses admettent implicitement la compétence de l'arbitre pour connaître la question de validité du contrat principal.

Dans d'autres cas, la convention d'arbitrage limite la compétence de l'arbitre au seul contentieux de l'exécution du contrat principal et n'apporte aucune indication sur le contentieux d'interprétation du même contrat. Face à cette omission, la pratique arbitrale est allée vers une interprétation extensive de pareilles stipulations, en estimant que statuer sur l'exécution du contrat principal implique nécessairement l'interprétation de la volonté des parties afin de déterminer leurs obligations réciproques<sup>615</sup>.

La maladresse de rédaction peut atteindre le seuil de la pathologie en limitant la compétence du tribunal arbitral au seul contentieux d'interprétation du contrat principal, sans pour autant lui accorder aucun pouvoir pour connaître les différends relatifs à l'exécution de ce contrat. Face à cette situation, les juridictions étatiques, appelées à se prononcer sur la question, ont estimé que, dans ces types d'hypothèses, les parties ont délibérément voulu limiter la compétence du tribunal arbitral. Ce dernier n'a pas à sanctionner l'inexécution des obligations contractuelles par les contractants<sup>616</sup> en prononçant la résiliation du contrat.

**526.** La difficulté de délimitation de l'étendue des pouvoirs de l'arbitre s'accroît lorsque l'arbitre se trouve face à un groupe de contrats ayant un même objet et que certains d'entre eux seulement comportent une clause d'arbitrage. Or, la question qui se pose consiste à savoir si la volonté des parties va dans le sens de soumettre l'ensemble contractuel à l'arbitrage. A ce titre, il a été écrit qu'il faudrait distinguer entre trois hypothèses :

\*Si la clause compromissoire ne figure que dans le contrat de base qui sert de fondement pour le montage contractuel, on peut dire que les parties ont entendu soumettre l'intégralité des différends relatifs à cet ensemble contractuel à l'arbitrage selon les mêmes modalités déterminées dans le contrat de base.

\*Si les parties reproduisent textuellement, dans tous les contrats connexes, la même clause compromissoire, et à défaut d'accord entre elles, la pratique arbitrale est allée vers le sens de reconnaître au même tribunal arbitral une compétence générale pour statuer sur les différends y afférant<sup>617</sup>.

---

<sup>615</sup> Cass. com., 13 mars 1978, Rev. Arb., 1979. 339, note Ph. FOUCHARD.

<sup>616</sup> Paris, 25 janvier 1972, Quijano Agüero, RA 1973. 153, obs. Ph. Fouchard.

<sup>617</sup> V. la sentence CCI n°5989, Yearbook 1990. 74.

\*Si les parties intègrent dans certains contrats, à l'exclusion d'autres, une clause compromissoire, l'arbitre sera tenu d'interpréter la volonté des parties, pour vérifier si elles ont entendu lui soumettre tous les litiges relatifs à l'ensemble contractuel ou non.

Ces questions acquièrent de l'importance lorsque, appelé à interpréter un contrat principal, l'arbitre est amené à se référer aux contrats annexes afin de déterminer les obligations des parties. Or, la sentence rendue, sur le fondement d'une clause compromissoire d'un contrat, et qui se prononcerait sur des questions relevant d'un autre contrat, pourrait faire l'objet d'une demande en annulation sur la base de l'article 1502-1°.

**527.** Par ailleurs, la détermination de l'étendue de la convention d'arbitrage par voie d'interprétation se pose également lorsque les parties ont conclu successivement plusieurs contrats et seuls les contrats antérieurs comportent une clause d'arbitrage. Face à un tel problème, la pratique arbitrale estime que s'il existe une véritable courant d'affaires important et régulier entre les parties, il faut en déduire l'existence d'une volonté pour que cette clause puisse être considérée incluse dans les contrats postérieurs. Cependant, « lorsqu'en dépit de la pratique habituelle des parties, un contrat antérieur contient une clause attributive de compétence aux juridictions étatiques ou une clause compromissoire différente des précédentes, ce choix nouveau exclut, à lui seul, que la clause antérieure puisse être considérée comme implicitement reconduite <sup>618</sup> ».

## **§2 – La compétence de l'arbitre d'interpréter la convention d'arbitrage sous le contrôle des juridictions étatiques**

**528.** L'origine contractuelle de la mission de l'arbitre fait dépendre ses pouvoirs de la convention d'arbitrage. De ce fait, lorsque l'arbitre est saisi d'une question déterminée, il doit au préalable vérifier si elle entre dans les limites de sa compétence. Une vérification qui peut déboucher sur un acte d'interprétation de la convention d'arbitrage lorsque ses termes sont une source de confusion et d'ambiguïté.

---

<sup>618</sup> FOUCHARD (Ph.), GAILLARD (E.) et GOLDMAN (B.), *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996. n° 523.

**529.** La compétence de l'arbitre d'interpréter la convention d'arbitrage est une application du principe de compétence – compétence (A). Mais cette compétence n'est pas souveraine. En effet elle est exercée sous le contrôle des juridictions étatiques (B).

### **A – Compétence de l'arbitre d'interpréter la convention d'arbitrage : une application du principe de compétence- compétence**

**530.** Conformément au principe de compétence-compétence, le tribunal arbitral est compétent pour interpréter la convention d'arbitrage en vertu de laquelle il est saisi. C'est ce qui ressort clairement de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 7 février 2002 où il a été énoncé qu'« en vertu du principe de "compétence- compétence", le tribunal arbitral est compétent, sous le contrôle de la Cour d'appel saisie d'un recours en annulation, pour interpréter la convention d'arbitrage en vertu de laquelle il est saisi<sup>619</sup> ».

**531.** Le pouvoir de l'arbitre de statuer sur sa propre compétence est reconnu par la quasi- totalité des législations nationales sur l'arbitrage<sup>620</sup> ainsi que par les principales conventions internationales et les règlements d'arbitrage<sup>621</sup>.

**532.** Le principe de compétence-compétence trouve son fondement dans le fait que si « l'arbitre dont la compétence est contestée par l'une des parties n'avait pas le pouvoir de l'apprécier, ce problème devrait être porté devant le juge étatique et par conséquent, paralyserait la mise en place de l'arbitrage. C'est « un souci évident d'efficacité (qui) commande de lutter contre ce contentieux parasite, instrument commode de manœuvres dilatoires<sup>622</sup> ».

---

<sup>619</sup> Paris, 7 février 2002, Rev. Arb., 2002. 2. 413, note, Ph. FOUCHARD.

<sup>620</sup> Articles 1466 du Nouveau Code de procédure civile français ; Article 23 de la loi espagnole du 5 décembre 198 ; Article 1697 du Code judiciaire belge ; Article 178 III alinéa 3 d la loi fédérale suisse ; Article 61 du Code de l'arbitrage tunisien ; Article 785 du Nouveau Code procédure civile libanais ; Article 22 de la loi égyptienne sur l'arbitrage.

<sup>621</sup> Article 5 alinéa 3 de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international signée à Genève le 21 avril 1961 dispose que « sous réserve des contrôles judiciaires ultérieurs prévus par la loi du for, l'arbitre, dont la compétence est contestée, ne doit pas se dessaisir de l'affaire, il a le pouvoir de statuer sur sa propre compétence et sur l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage ou du contrat dont cette convention fait partie » ; Article 17 du règlement de la Commission économique pour l'Europe du 10 mai 1963 ; Article 41 de la Convention de Washington du 14 octobre 1966 ; Article 16 de la loi-type de la CNUDCI, adoptée le 21 juin 1985 ; Article 24 de la Convention arabe d'Amman de 1987.

<sup>622</sup> FOUCHARD (Ph.), Op. cit, Rev. Arb., 2000.99.

**533.** En vertu de ce principe, le tribunal arbitral saisi a le pouvoir de se prononcer sur l'existence et l'étendue de son investiture et d'interpréter par conséquent la convention d'arbitrage lorsque cette appréciation se heurte à une maladresse de rédaction.

**534.** L'arbitre dont la compétence est contestée ne doit pas se dessaisir de l'affaire, et doit se prononcer sur l'existence et sur les limites de son investiture. De ce fait, « ni le juge d'appui, ni le juge de droit commun, saisi du fond du litige (art. 1458 NCPC), ou d'une demande principale en annulation ou en constatation de la validité de la convention d'arbitrage, n'est donc compétent pour statuer sur l'existence du pouvoir juridictionnel de l'arbitre <sup>623</sup> ».

Cette affirmation n'est que la conséquence logique de l'effet positif et de l'effet négatif que produit la convention d'arbitrage. En effet, « l'effet positif de la règle de compétence-compétence est de permettre aux arbitres de statuer sur leur propre compétence (...). Cependant, l'effet négatif du principe de compétence-compétence est tout aussi important. Il consiste à permettre aux arbitres non de statuer seuls sur leur compétence, mais de statuer les premiers sur leur compétence. Il impose donc aux juridictions étatiques qui pourraient être appelées à en connaître (à l'occasion du contentieux de la mise en place du tribunal arbitral ou en raison de la saisine des juridictions étatiques motif pris de l'absence ou de la nullité de la convention d'arbitrage) de ne pas se prononcer sur le fond des questions qui commandent la compétence des arbitres avant que ceux-ci n'aient eu l'occasion de le faire <sup>624</sup> ».

**535.** Le juge étatique n'est pas compétent pour se prononcer avant l'arbitre sur la compétence de ce dernier. Cependant, il faut relever que l'effet négatif de la convention d'arbitrage n'est pas largement admis par les législations nationales sur l'arbitrage ainsi que et par les conventions internationales. Cet effet négatif a été reconnu essentiellement par le droit français de l'arbitrage et pas la convention de Genève de 1961 <sup>625</sup>.

---

<sup>623</sup> FOUCHARD (Ph.), note sous Paris, 7 février 2002, Rev. Arb., 2002. 421.

<sup>624</sup> FOUCHARD (Ph.), GAILLARD (E.) et GOLDMAN (B.), Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, 1996. n°660.

<sup>625</sup> GAILLARD (E.) « L'effet négatif de la compétence-compétence », Etudes en l'honneur de J.F. POUDRET, Pub. Univ. Lausanne 1999. 387.

**536.** La tendance dominante en droit conventionnel et comparé consiste à permettre aux juridictions étatiques d'apprécier l'existence et la validité de la convention d'arbitrage sans attendre que les arbitres aient eu l'occasion de se prononcer eux-mêmes sur la question.

### **B- Le contrôle de l'interprétation de la convention d'arbitrage**

**537.** Le principe de compétence- compétence ne signifie pas que l'arbitre statue seul sur sa compétence d'une manière exclusive. En effet, « si la compétence de l'arbitre est prioritaire, elle n'est pas exclusive<sup>626</sup> ». La sentence rendue par l'arbitre sur la question est soumise à un contrôle ultérieur que le juge d'annulation ou de l'exécution est habilité à exercer.

Saisie d'un recours en annulation de la sentence ou en infirmation de la décision accordant l'exequatur sur la base de l'article 1502-1° du Nouveau code de procédure civile, la Cour d'appel est compétente pour contrôler et apprécier si l'arbitre a bien interprété la convention d'arbitrage. Ceci a été énoncé clairement dans l'arrêt rendu dans l'affaire ALFAC en 2002 : « (...) le tribunal arbitral est compétent, sous le contrôle de la Cour d'appel saisie d'un recours en annulation, pour interpréter la convention d'arbitrage en vertu de laquelle il est saisi<sup>627</sup> ». Ainsi que l'a justement relevé un arrêt rendu le 16 juin 1988, « l'appréciation par lui faite de son pouvoir juridictionnel n'est pas souveraine ; elle est soumise au contrôle de la cour saisie d'un recours en annulation<sup>628</sup> ».

**538.** La doctrine est favorable au contrôle étatique de l'interprétation de la convention d'arbitrage faite par l'arbitre. Elle trouve que ce contrôle « est évidemment nécessaire ; il est le contrepoids légitime des pouvoirs considérables - mais provisoires- reconnus aux arbitres pour juger de leur propre compétence<sup>629</sup> ». Ce contrôle « est d'autant plus légitime, en droit français, que (ce) système (...), ne connaît qu'une exception au principe de compétence-

---

<sup>626</sup> FOUCHARD (Ph.), Op. cit. Rev. Arb., 2000.101.

<sup>627</sup> Paris, 7 février 2002, Rev. Arb., 2002. 2. 413, note, Ph. FOUCHARD..

<sup>628</sup> Paris, 16 juin 1988, Rev. Arb., 1989. 309, note CH. JARROSSON.

<sup>629</sup> FOUCHARD (Ph.), note sous Paris, 7 février 2002, Rev. Arb., 2002. 422.

compétence de l'arbitre : la constatation par le juge étatique de la nullité manifeste de la clause compromissoire invoquée en défense alors que l'arbitre n'est pas encore saisi <sup>630</sup>».

**539.** L'interprétation de la convention d'arbitrage est d'une importance considérable car c'est à la lumière de cette interprétation que l'arbitre s'arrête sur l'existence et sur l'étendue de son investiture. Par conséquent, il existe toujours un risque que l'arbitre se déclare à tort compétent pour régler le litige en général et pour interpréter le contrat principal en particulier. Ou de procéder à tort à une extension du champ d'application de la convention d'arbitrage par rapport aux matières visés ou par rapport aux personnes liées par la convention d'arbitrage.

Ainsi, dans un arrêt inédit de la Cour d'appel de Paris, le recours en annulation formé à l'encontre d'une sentence arbitrale rendue par la Chambre arbitrale de Paris a été rejeté. Après un contrôle très approfondi de l'interprétation faite par les arbitres, la Cour a approuvé l'extension de la clause compromissoire à un accord complémentaire car les éléments de fait et de droit révélait l'existence des liens économiques étroits entre les accords qualifiés de « phases successives » et de « composantes indissociables » d'une même opération et d'un seul ensemble contentieux.

**540.** Dans l'exercice de son contrôle, la Cour d'appel n'est pas liée par les constatations de fait ou de droit retenues par le tribunal arbitral. La Cour de cassation française a précisé qu'aucune limitation n'est apportée au pouvoir du juge étatique « de rechercher en droit et fait tous les éléments concernant les vices en question (énumérés par l'article 1502 NCPC )<sup>631</sup>» .

Dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 16 juin 1988, il a été déclaré que « l'appréciation par le tribunal arbitral de son pouvoir juridictionnel à l'égard d'une des parties n'est pas souveraine, elle est soumise au contrôle de la Cour d'appel saisie d'un recours en annulation. Un tel pouvoir de contrôle reconnu à la Cour en application de l'article 1502-1° N.C.P.C. dans l'hypothèse où les arbitres retiennent leur compétence, ne saurait, à peine de déséquilibre des garanties offertes aux plaideurs, lui être refusé dans le cas où les arbitres se sont déclarés incompetents ; pour exercer ledit contrôle, la Cour se trouve tenue de rechercher tous les éléments de droit et fait permettant d'apprécier la portée de la convention

---

<sup>630</sup> FOUCHARD (Ph.), Op. cit. Rev. Arb., 2000.101. le juge étatique peut, s'il relève que la clause d'arbitrage est manifestement nulle, à retenir sa compétence pour statuer au fond du litige, sans avoir à renvoyer la question à un tribunal arbitral qui, par hypothèse, n'est pas encore constitué.

<sup>631</sup> Cass. civ. 6 janvier 1987, JDI 1987. 638, note B. GOLDMAN.

d'arbitrage et d'en déduire les conséquences sur la conformité de la mission conférée au tribunal arbitral <sup>632</sup>».

**541.** La Cour d'appel a le droit de revenir sur l'interprétation de la convention d'arbitrage faite par le tribunal arbitral. La jurisprudence française sanctionne le non respect de la volonté des parties. S'il s'avère que cette interprétation a débouché sur une violation de l'article 1502 NCPC, la sentence encoure l'annulation ou le refus d'exequatur.

Force est de constater que l'interprétation de la convention d'arbitrage est « exercice périlleux » en ce sens que « amené à définir les limites du champ d'application de celle-ci, l'arbitre qui pêcherait par excès de libéralisme se punirait lui-même en se mettant en risque de voir sa sentence annulée pour avoir statué en l'absence de convention d'arbitrage ou en dépassant l'objet de celle-ci <sup>633</sup>».

**542.** L'existence d'une convention d'arbitrage qui accorde à l'arbitre la mission d'interpréter le contrat principal est, certes, une condition indispensable mais, elle est insuffisante. Encore faut-il qu'il existe un contrat principal à interpréter.

## **SECTION II – L'EXISTENCE D'UN ACCORD DE VOLONTES PRINCIPAL A INTERPRETER**

**543.** Saisi d'un litige relatif à l'interprétation d'un contrat de commerce international, l'arbitre est tenu, dans un premier temps, de vérifier l'existence d'une convention d'arbitrage lui attribuant la mission de régler cette question litigieuse. Cependant, la mise en œuvre de la mission interprétative confiée à l'arbitre nécessite l'existence d'un contrat principal à interpréter. Cette exigence est de nature à relativiser le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport à la convention principale (§1).

---

<sup>632</sup> Paris, 16 juin 1988, Rev. Arb., 1989. 309.

<sup>633</sup> Pour plus de développement voir, V. KEUTGEN, « L'interprétation de la convention d'arbitrage », In Liber Amicorum Commission Droit et Vie des Affaires, Bruxelles, Bruyant, 1998. 345.

**544.** Le cadre juridique de l'existence du contrat de commerce international se caractérise par la prédominance du consensualisme. La forme du contrat n'est qu'une manière d'extérioriser l'échange des consentements des parties. Et par conséquent elle n'est soulevée qu'au regard de la preuve de l'existence du contrat. (§2).

### **§1 – Une exigence qui relativise l'autonomie de la convention d'arbitrage**

**545.** Pour pouvoir interpréter le contrat principal objet du litige, l'arbitre saisi doit préalablement être investi de cette mission. Seulement, cette condition n'est pas suffisante car l'effectivité de la mission confiée à l'arbitre dépend de l'existence d'un contrat à interpréter. A travers l'analyse de cette question pratique, nous tenons à démontrer que le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage n'est pas absolu.

#### **A – l'identification du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal**

**546.** Le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal préconise que la convention d'arbitrage a une existence propre, indépendante de la convention principale.

Ce principe est reconnu en droit comparé<sup>634</sup> et dans les principaux règlements d'arbitrage<sup>635</sup>. Il est également consacré par le droit français où il est considéré comme étant une règle matérielle du droit français de l'arbitrage international<sup>636</sup>.

---

<sup>634</sup> Article 1697 du Code judiciaire belge du 4 juillet 1972, l'article 1053 du Code de procédure civile néerlandais dans sa version de 1986 ; l'article 178 de la loi suisse relative au droit international privé de 1987...

<sup>635</sup> Article 21 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, Article 8 du Règlement de la CCI.

<sup>636</sup> L'arrêt Gosset est le premier arrêt qui a consacré le principe d'autonomie de la clause compromissoire. Cass. civ., 7 mai 1963. D. 1963. 545 : « en matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans le cadre juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles, qui ne sont pas alléguées en la cause, une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une invalidité de cet acte ».

En vertu du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage, l'existence, la validité et le sort de la convention d'arbitrage ne dépendent pas du sort du contrat principal. Ce principe commande également que la convention d'arbitrage n'est pas nécessairement régie par le même droit applicable au contrat principal.

Par conséquent, les prétentions relatives à la nullité ou la résolution du contrat principal ne sauraient emporter la disparition de la convention d'arbitrage et n'ont aucune influence sur la compétence de l'arbitrage de statuer sur sa propre compétence. Néanmoins, ces enseignements théoriques doivent être relativisés.

## **B- La relativisation du principe**

**547.** L'indépendance de la convention d'arbitrage par rapport à la convention principale telle qu'elle ressort du principe d'autonomie, n'est pas totale.

D'abord, l'autonomie matérielle de la clause compromissoire a été critiquée par une partie de la doctrine en ce sens que cette autonomie trouve sa limite dans l'existence en la forme d'un contrat principal qui la contient<sup>637</sup>.

D'autre part, et en traitant la question de l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport à la convention principale à la lumière de l'objet de la présente étude, nous ne pouvons que confirmer le caractère relatif de cette autonomie. En effet, le détachement de la convention d'arbitrage à l'égard du contrat principal n'est pas total car, en l'absence d'une convention de fond, l'arbitre ne trouve de matière sur laquelle il peut se prononcer. Certes, sa compétence de statuer sur l'existence et sur les limites de sa compétence n'est point atteinte. Mais, à quoi bon être compétent si cette compétence ne trouve pas de terrain pour s'y exercer ?

---

<sup>637</sup> V. SANDERS (P.), « L'autonomie de la clause compromissoire », Etudes Eisemann. op. cit., n°31.

Par la convention d'arbitrage, les parties manifestent leur volonté commune de soumettre les problèmes liés à l'exécution et à l'interprétation de leur convention principale à l'arbitrage. Or, une telle volonté restera lettre morte et sans issue si un tel contrat n'existe pas. En d'autres termes, la volonté des parties, telle qu'elle ressort de la convention d'arbitrage, constitue le fondement primordial à l'existence de la mission interprétative de l'arbitre. Mais la mise en œuvre effective de cette compétence n'a lieu que s'il existe un contrat principal à interpréter.

Force est de constater que l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport à la convention de fond n'intervient qu'au niveau de son régime juridique pour la protéger. Mais, l'existence du contrat principal est une condition préalable au plein effet de la convention d'arbitrage.

**548.** Il est à observer que si l'existence du contrat principal est nécessaire à l'exercice de la mission interprétative de l'arbitre en particulier et de sa compétence de régler le litige au fond en général, toujours est-il qu'elle n'influe pas sur la compétence du tribunal arbitral pour juger de son investiture. Ce dernier demeure compétent pour vérifier le fondement et délimiter le contenu de son investiture alors même que seraient alléguées l'inexistence et l'invalidité de du contrat principal. Mais, si les prétentions soulevées sont manifestement fondées, l'arbitre devra étendre le sort du contrat principal à la convention d'arbitrage.

## **§2 - Le cadre juridique de l'existence du contrat de commerce international**

**549.** La formation du contrat de commerce international est présidée par la primauté du consensualisme sur le formalisme.

### **A – L'existence informelle d'un accord de volontés**

**550.** La naissance des engagements conventionnels sur le plan international témoigne de la prédominance du consensualisme sur le formalisme. La forme n'est qu'un outil

d'extériorisation de l'échange de volontés des parties et n'est point conçue comme une condition de validité<sup>638</sup>.

La primauté du consensualisme en droit du commerce international trouve son fondement dans des intérêts pratiques. En effet, le consensualisme est « parfaitement adapté aux besoins de simplicité et de rapidité du commerce, il assure le respect de la bonne foi, en interdisant aux esprits chicaniers de remettre en cause la parole librement donnée, sous prétexte de l'inobservation, pour l'expression de celle-ci, d'une quelconque formalité. C'est pourquoi il convient particulièrement aux opérations les plus courantes, comme à celles qui sont réalisées entre des parties qui sont depuis longtemps en relation d'affaires<sup>639</sup> ».

**551.** L'absence d'exigence de la forme écrite a été relevée par les auteurs qui ont étudié des formes particulières de contrats internationaux. Ainsi, M. DILOY qui a consacré une étude au contrat d'agence commerciale en droit international, observe que « la rédaction d'un écrit n'est pas en principe nécessaire. D'ailleurs, la Convention de Rome du 19 juin 1980 ne précise pas selon quelle forme doit être passé un contrat international. Selon l'article 9, un contrat est valable en la forme s'il satisfait aux conditions de la loi du pays dans lequel il a été conclu ou de la loi qui le régit au fond<sup>640</sup> ».

**552.** En se basant sur l'article 11 de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises qui dispose que « le contrat de vente n'a pas à être conclu ni constaté par écrit et n'est soumis à aucune condition de forme », M. HEUZE relève que dès que l'échange de consentement a été fait entre les parties, le contrat est formé, même si aucun support écrit n'est dressé pour matérialiser cet accord<sup>641</sup>.

---

<sup>638</sup> Sous réserve des exigences de formes qui peuvent éventuellement être retenues par la législation nationale applicable au contrat. En principe, la loi qui régit la forme du contrat est celle du lieu de conclusion de la convention ( la règle *Locus regit actum*). Mais il est reconnu aujourd'hui que les parties peuvent décider d'appliquer les dispositions de la loi qui régit le fond.

<sup>639</sup> HEUZE (V.), Traité des contrats, la vente internationale de marchandises, droit uniforme, L.G.D.J., 2000.n° 199. p. 180.

<sup>640</sup> DILOY (Ch.), Le contrat d'agence commerciale en droit international, Thèse paris, LGDJ 2000. n° 128. 116. Il est à noter que chaque Etat est libre d'exiger éventuellement une forme écrite. Ainsi, si en France et dans les autres Etats membres de la Communauté européenne, le contrat d'agence commerciale n'est pas soumis à l'exigence de l'écrit, dans d'autres pays, tels que l'Egypte, le Liban, Birmanie, l'écrit demeure une condition de validité du contrat.

<sup>641</sup> HEUZE (V.), Traité des contrats, la vente internationale de marchandises, droit uniforme, L.G.D.J., 2000.n° 198. p. 179.

Mais, d'un autre côté il ajoute que l'article 11 de la convention de Vienne ne fait pas obstacle à l'application des règles de forme étatiques « ayant pour objet autre chose que cette simple constatation de l'expression des consentements des contractants ».

De surcroît, « la rédaction d'un contrat en bonne et due forme (...) n'est pas une condition d'existence de liens contractuels, mais un élément de la mise en œuvre de ces liens <sup>642</sup>».

**553.** L'analyse de la jurisprudence arbitrale internationale révèle que, les arbitres admettent l'existence d'engagements contractuels dès lors qu'il existe une volonté univoque des parties en ce sens. C'est ce qui ressort de la sentence arbitrale rendue dans l'affaire 2291 en 1975. Dans cette affaire, l'arbitre était appelé à fixer le prix du transport et de l'emballage d'un laminoir de France en Afrique. Le contrat a été conclu verbalement entre les parties. Dans ces conditions, il déclara que « les parties n'ayant pas pris la précaution de rédiger un contrat formel, il convient d'interpréter leurs volontés et leurs engagements à partir de leurs écrits, et en fonction des principes généraux du droit et de l'équité qui doivent régir les transactions commerciales internationales <sup>643</sup>».

**554.** Pour s'arrêter sur l'existence d'un engagement contractuel, les arbitres analysent chaque élément qui peut témoigner de l'existence d'une volonté univoque de former un contrat. C'est dans ce cadre que M. OSMAN place la question de l'existence du contrat de commerce international sur le terrain de l'interprétation. A ce titre, il observe que « la formation des contrats internationaux résulte, en principe, du seul échange des consentements des parties, s'opérant oralement voire même tacitement. C'est dire que la recherche par les arbitres de l'existence d'un accord de volontés en la matière résulte toujours de la recherche de la commune intention des parties : la formation du contrat international est avant tout un problème d'interprétation et de recherche de la réelle et commune volonté des négociateurs <sup>644</sup>».

---

<sup>642</sup> DERAIS (Y.), note sous sentence CCI n° 5065 rendue en 1986, Clunet 1987. 1047.

<sup>643</sup> Sentence CCI n° 2291 rendue en 1975, Clunet 1976. 989.

<sup>644</sup> OSMAN (F.), Les principes généraux de la lex mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, L.G.D.J., 1992. 84.

**555.** Si la pratique arbitrale consolide la prédominance du consensualisme pour ce qui est de l'existence du contrat de commerce international, il n'en demeure pas moins que les arbitres refusent d'admettre abusivement l'existence d'engagements contractuels dès lors que le prétendu accord de volontés en question n'est pas univoque.

**556.** En appréciant la question préalable de l'existence du contrat de commerce international, les arbitres s'abstiennent de procéder à une contractualisation d'actes et de documents qui sont insuffisants à attester l'existence d'un accord de volonté principal. En effet, « la recherche de la commune et réelle intention des parties ne doit pas conduire à remettre en cause la présomption de compétence professionnelle pesant sur les parties à un contrat international<sup>645</sup> ».

C'est dans ce contexte que les arbitres du commerce international ont fait preuve, dans certaines affaires, d'une certaine réticence à l'égard de certains engagements dont l'existence ne leur paraissait pas évident. Sans être exhaustif, on cite le cas de la sentence arbitrale rendue dans l'affaire n° 3131 en 1979 (Affaire Norsolor) où les arbitres ont refusé d'admettre l'existence d'un contrat définitif car ils estiment qu'« un simple accord de principe, c'est à dire un engagement contractuel de faire une offre de poursuivre une négociation en cours afin d'aboutir à la conclusion d'un contrat dont l'objet n'est encore déterminé que de façon partielle et en tout cas insuffisante pour que le contrat soit formé<sup>646</sup> ».

Dans cette même perspective, les arbitres statuant dans un différend irano-américain en 1985, ont refusé de reconnaître l'existence d'un contrat car aucun élément n'établissait l'existence d'une manifestation de volonté claire. Ainsi, le tribunal arbitral a déclaré que « bien que les discussions entre (les parties) aient abouti à un stade plutôt avancé, il n'y a pas suffisamment de preuve qu'elles aient débouché sur la conclusion d'un contrat<sup>647</sup> ».

**557.** La pratique arbitrale se réfère très souvent au contexte des relations établies entre les parties lors de l'échange des pièces attestant leur consentement. C'est le cas de la sentence CCI rendue dans l'affaire n° 5477. Le litige opposait une société américaine à une société italienne. Les deux parties ont conclu un accord-cadre en vertu duquel la société italienne

---

<sup>645</sup> OSMAN (F.), Les principes généraux de la lex mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, L.G.D.J., 1992. 92.

<sup>646</sup> Sentence CCI rendue dans l'affaire Norsolor n° 3131, rendue en 1979, Rev. Arb., 1983. 528.

<sup>647</sup> Sentence n° 180 rendue le 26 avril 1985, Yearbook 1986, Vol.XI, P. 325 et s.

s'est engagée à produire et vendre certains biens à la société américaine. Suite à un litige survenu entre les deux parties, la société italienne a saisi le tribunal arbitral pour demander réparation du préjudice qu'elle a subi du fait de la rupture de l'accord par son adversaire. La société américaine a soulevé l'inexistence d'un engagement contractuel en présentant comme argumentation de base que même les obligations relatives aux prix à payer et à la quantité des marchandises à produire et à livrer n'ont pas été fixées.

Dans cette affaire, le tribunal a reconnu l'existence d'un engagement contractuel et a déclaré que « *The tribunal is not willing to hold that the contract was empty of contractual force as regards the placing of orders. It considers that (defendant) in addition to agreeing to place initial orders (...), by necessary implication undertook an obligation to make an effort in good faith to satisfy a legitimate expectation on the part of (the claimant) would have a non-exclusive right to manufacture the existing models so long as market demand for them continued to exist and a fair opportunity to manufacture such new models, capable of being manufactured by (claimant) as (defendant) decided to introduce* <sup>648</sup> ».

**558.** Pour attester l'existence d'un contrat et procéder à son interprétation, les arbitres exigent l'existence d'un accord de base clair et univoque car cet accord témoigne d'un véritable engagement de contracter. Or, la question en pratique est loin d'être évidente notamment lorsqu'il s'agit d'un contrat complexe qui a fait l'objet d'innombrables négociations et où les parties ont échangé plusieurs lettres d'intention <sup>649</sup>. Cette difficulté « est exacerbée par le fait que le passage de la phase des simples pourparlers au contrat définitif n'est pas aisé à déterminer <sup>650</sup> ».

---

<sup>648</sup> Sentence CCI n° 5477 rendue en 1988, Clunet 1988. 1205, Obs. G.A. ALVAREZ.

<sup>649</sup> Il s'agit de documents qui « jalonnent la phases précontractuelle ». La doctrine distingue entre deux catégories de lettres d'intention : les lettres d'intention à effets provisoires (dites aussi les accords de négociation) d'une part et les lettres d'intention à effets définitifs (dites également les accords préliminaires). Les premières sont des accords de négociation qui mettent à la charge des parties une obligation contractuelle de négocier. Elles produisent des effets provisoires en ce sens qu'elles donnent naissance à une obligation de négociation qui disparaît avec la rupture des pourparlers et ce abstraction faite que les négociations seront finalisées par la conclusion du contrat ou non. En revanche, les lettres d'intentions à effets définitifs (ou accords préliminaires) engagent les parties définitivement et ce abstraction faite de l'issue des négociations. V. SCHMIDT (J), « Les lettres d'intention », Rev. dr. Aff. Int., 2002. n°34. 257.

<sup>650</sup> OSMAN (F.), Op. cit., 92.

**559.** La pratique arbitrale distingue nettement l'accord de base de l'accord de principe (ou de négociation). Alors que dans le second, les parties s'engagent « à faire une offre de poursuivre une négociation en cours afin d'aboutir à la conclusion d'un contrat dont l'objet n'est encore déterminé que de façon partielle et en tout cas insuffisante pour que le contrat soit formé <sup>651</sup>», dans le premier « les parties y affirment leur engagement de conclure ultérieurement une ou plusieurs conventions dont l'objet est de fixer le régime ainsi que le contenu de leurs obligations (...), et se promettent des prestations déterminées aux termes d'engagements fermes et effectifs de conclure un ou plusieurs contrats d'application <sup>652</sup>».

**560.** Les arbitres du commerce international accordent une importance considérable à l'existence d'un accord entre les parties sur les éléments essentiels pour en déduire l'existence d'un contrat. Cette démarche a été adoptée dans d'innombrables sentences arbitrales où l'une des parties a soulevé l'inexistence d'une convention principale pour dénier la compétence de l'arbitre. C'est le cas de la sentence rendue sous l'égide de la CCI dans l'affaire n°5056<sup>653</sup>. Il s'agissait d'un différend qui a opposé deux sociétés pakistanaïses (défenderesse) et une partie libanaïse (demandeur). Les premières ont invoqué l'inexistence du contrat sous prétexte qu'il n'était pas signé mais simplement paraphé.

Le problème central que l'arbitre unique siégeant dans cette affaire a tenté de résoudre consistait à savoir « si le fait que ce document fut seulement paraphé et tout à fait délibérément non signé dans sa forme définitive, signifie que les parties n'avaient pas l'intention d'établir un contrat formel qui les aurait liées, c'est à dire en d'autres termes, que leur relations étaient '' *subject to contract*'' ». A la lumière des circonstances de fait, l'arbitre a retenu l'existence d'un engagement contractuel et a déclaré que « quand les parties souhaitent qu'un document définitif et formel soit rédigé, elles peuvent ou non placer les négociations préalables, les documents préliminaires sous la condition exprimée par la clause '' *subject to contract*'', par laquelle elles expriment formellement leur intention de ne pas créer de liens juridiques entre elles jusqu'à la signature du document final. Cette intention peut être aussi révélée par leur conduite. Il ne semble pas qu'ici ce fut le cas ». Et ajoute que « le fait de parapher avait pour objet de montrer ce qui avait été décidé entre les parties. Il n'y

---

<sup>651</sup> Sentence CCI rendue dans l'affaire Norsolor n° 3131, rendue en 1979, Rev. Arb., 1983. 528.

<sup>652</sup> OSMAN (F.), Op. cit., 92.

<sup>653</sup> Sentence CCI n° 5065 rendue en 1986, Clunet 1987. 1041, Obs. Y. DERAÏNS.

eut pas d'accord exprès ou implicite comme quoi il n'y aurait aucun lien juridique entre les parties jusqu'à ce que la version définitive du contrat fût signé ».

Force est de constater que pour retenir l'existence d'un engagement contractuel, la pratique arbitrale accorde une importance considérable à l'existence d'un accord de volontés clair portant sur les éléments essentiels dans l'esprit des parties<sup>654</sup>. Cette recherche se fait à la lumière des principes généraux du droit de commerce international « et en particulier le principe de bonne foi. Ces principes exigent, au nom de la justice, que toutes les parties prennent en considération l'intention commune de chacune d'entre elles, telle que révélée par les circonstances de la négociation et l'exécution ultérieure de tout accord apparent<sup>655</sup>».

**561.** Le consensualisme constitue le principe de base qui préside à l'existence du contrat international. Cependant, la pratique révèle que ce principe présente des inconvénients qui exposent les opérateurs du commerce international à plusieurs risques en l'occurrence le fait que l'une des parties soulève l'inexistence du contrat pour paralyser le déroulement de l'instance arbitrale. C'est dans ces circonstances que la question de la preuve de l'existence du contrat présente toute son importance.

## **B- La preuve de l'existence du contrat**

**562.** En principe, la preuve de l'existence du contrat de commerce international se fait par tout moyen et ce sous réserve des exigences impératives de la loi applicable au contrat. En effet, la doctrine estime que le système juridique ayant vocation à régler le différend entre les plaideurs doit être celui qui régit cette question litigieuse.<sup>656</sup>

---

<sup>654</sup> C'est en se basant sur cet élément que le tribunal arbitral siégeant dans l'affaire n° 487 rendue le 30 avril 1986 a refusé d'admettre l'existence d'un contrat entre les parties car aucun accord n'a été porté sur les éléments déterminants. V. Yearbook 1987. Vol. XII. 350.

<sup>655</sup> Sentence CCI n° 5065 rendue en 1986, Clunet 1987. 1042, Obs. Y. DERAÏNS.

<sup>656</sup> FONGARO (E.), La loi applicable à la preuve en droit international privé, L.G.D.J 2004. 12 ; V. DEZE (J.), Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile, Thèse Toulouse 1980. 465.

**563.** Généralement, la matière est régie le principe d'autonomie de la volonté. Et la jurisprudence « autorise les parties à conclure des accords de preuve qui, en matière commerciale, peuvent prévoir des restrictions aux dispositions libérales de la loi <sup>657</sup> ».

**564.** La liberté de la preuve de l'existence du contrat de commerce international a été confirmée par les juridictions étatiques. C'est le cas de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 10 février 1981 qui témoigne d'une telle reconnaissance : « en matière commerciale, la preuve du contrat et partant, de la clause compromissoire qui s'y trouve insérée, peut être rapportée par tous moyens <sup>658</sup> ».

**565.** L'observation de la jurisprudence arbitrale révèle que les arbitres n'hésitent pas à régler la question de la preuve en se référant aux règles a-nationales. Ainsi, dans une affaire relative à un différend irano-américain, les parties ont conclu un contrat verbal. Pour régler la question, les arbitres ont mis l'accent sur un principe général du droit du commerce international en vertu duquel « il est universellement admis par les systèmes de droit nationaux que la preuve de l'existence d'un engagement contractuel oral peut se faire en apportant la preuve d'une exécution partielle (...). Un tel principe doit être considéré comme un principe général de droit <sup>659</sup> ».

Chaque élément univoque qui suffit à rapporter l'existence d'un engagement contractuel est retenu par les arbitres. Ainsi, la jurisprudence arbitrale repose sur tous les documents échangés qui reflètent l'existence d'une véritable intention réelle de s'engager <sup>660</sup>. Elle accorde également une importance considérable à l'existence d'une exécution partielle du contrat.

Et d'une façon générale, les arbitres tiennent compte des circonstances pertinentes et de l'attitude adoptée par les parties pour conclure à l'existence d'un contrat principal. Et si la

---

<sup>657</sup> DE LY (F.), « Les clauses d'interprétation dans les contrats internationaux », Rev. dr. Aff. Int 2000. 6. 730 ; Cass. 8 nov. 1989, Bull. Cass. 1989. 342.

<sup>658</sup> Paris, 10 février 1981, Clunet 1982. 283.

<sup>659</sup> Sentence n° 255 rendue le 26 avril 1985, Yearbook 1986, Vol. XI, p. 332 et s.

<sup>660</sup> Il faut opérer une distinction entre la notion de contrat et la notion de document contractuel. La notion de document contractuel est plus large que celle du contrat. Elle renferme non seulement le contrat mais également les documents qui conduisent à sa conclusion. Le contrat comporte les éléments essentiels de l'opération juridique alors que le document contractuel peut ne comporter que les éléments accessoires qui sont insuffisants à établir l'existence d'une convention. V. GHESTIN (J.), Traité de droit civil, La formation du contrat, 3e. éd. L.G.D.J. 1993, n°4.p.3.

preuve n'est pas rapportée, ils refuseront systématiquement de reconnaître l'existence de l'engagement contractuel. C'est le cas de la sentence n° 180 où le tribunal arbitral a déclaré que « bien que les discussions entre les (parties) aient abouti à un stade plutôt avancé, il n'y a pas suffisamment de preuves qu'elles aient débouché sur la conclusion d'un contrat <sup>661</sup> ».

**566.** Il est à observer qu'une fois l'existence du contrat a été prouvée, la question de la preuve se poursuit tout au long du procès. En effet, puisque l'interprétation du contrat soulève une divergence entre les plaideurs sur son contenu, les parties sont amenées à rapporter les éléments qui attestent leurs prétentions respectives au regard de la portée et des effets du contrat en cas d'ambiguïtés ou de lacunes. En effet, « la question de l'interprétation du contrat au sens large ne peut être limitée aux effets que les juges et les arbitres attribuent au contrat, mais englobe également la question de la manière dont les parties doivent prouver le contenu de leur contrat <sup>662</sup> ».

---

<sup>661</sup> Sentence n° 180 rendue le 27 décembre 1985, Yearbook 1986, Vol. XI. 326.

<sup>662</sup> DE LY (F), « Les clauses d'interprétation dans les contrats internationaux », Rev. dr. Aff. Int 2000. 6. 729.

## Conclusion du chapitre

**567.** La convention d'arbitrage accorde au tribunal arbitral le pouvoir de rendre une décision qui tranche un litige. Elle détermine les questions litigieuses que l'arbitre est autorisé à examiner. La rédaction inopérante de la convention d'arbitrage peut paralyser le déroulement de l'instance arbitrale. En effet, la maladresse qui accompagne l'extériorisation de la volonté des parties de soumettre le litige à l'arbitrage est très souvent invoquée pour dénier l'existence de la convention d'arbitrage et pour contester par conséquent la compétence de l'arbitre saisi.

Pour faire face à de telles contestations, la pratique arbitrale n'hésite pas à sauver la convention d'arbitrage par voie d'interprétation, ceci en mettant en œuvre des principes généraux de droit, en l'occurrence l'interprétation de bonne foi et le principe de l'effet utile.

**568.** Une fois que les difficultés soulevées par rapport à l'existence de la convention d'arbitrage ou par rapport à son étendue sont surmontées, se pose le problème de l'existence du contrat principal. Une exigence qui est de nature à relativiser le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage dans la mesure où l'effectivité de la volonté de soumettre le litige à l'arbitrage dépend de l'existence d'un contrat principal. Cette existence est présidée par le principe du consensualisme. La forme n'acquiert son importance que sur le terrain de la preuve.

## **CHAPITRE II**

### **LA SURVENANCE D'UNE DIVERGENCE DES VOLONTES**

**569.** La saisine du tribunal arbitral est cantonnée à la survenance d'un litige qui oppose les contractants. Conscients de l'ambiguïté du contrat qu'elles ont conclu, les parties se heurtent à une exécution paralysée par des difficultés de décodage des stipulations contractuelles. Les divergences surgissent entre les contractants lorsque le contrat, en raison de son ambiguïté, « se dérobe à sa fonction fondamentale : celle d'instruire les parties, dans leur propre langage, sur les normes qu'elles se font donner pour régler leurs conduites présentes et futures <sup>663</sup> ».

**570.** Avant d'entamer une analyse sur les manifestations des divergences qui amènent les parties à confier le sort de leurs prétentions à un tribunal arbitral (Section II) , il convient d'aborder une question préliminaire qui nous permet de jeter un regard sur les facteurs qui conduisent à ces divergences (Section I).

#### **SECTION I – LES SOURCES DES DIVERGENCES DE VOLONTES**

**571.** A la lumière d'un certain nombre de contrats internationaux conclus par différentes entreprises tunisiennes, il y a lieu d'observer que l'insuffisance, la complexité, l'imprécision et la contradiction des dispositions contractuelles sont dues soit à des facteurs d'ordre objectif (§1), soit à des considérations subjectives (§2).

---

<sup>663</sup> IVAINER (T.), « L'ambiguïté dans les contrats », D. Chr., 1976. 157.

## §1 - Les éléments objectifs générateurs de mésentente

**572.** De nombreuses raisons objectives peuvent troubler les contractants lors de la conclusion du contrat de commerce international et les amener ultérieurement à s'expliquer devant un tribunal arbitral afin de déterminer leurs droits et obligations respectifs.

**573.** Ces raisons se ramènent à un environnement économique, juridique et relationnel qui, malheureusement, imprègne la conclusion de la majeure partie des contrats internationaux. Au premier chef, il faut s'arrêter sur la longueur des négociations et la lenteur des pourparlers qui entourent la conclusion de certains contrats de commerce international.

En effet, de nombreuses réunions préparatoires peuvent avoir lieu, au cours desquelles d'innombrables projets et documents, parfois inutiles, ne faisant qu'approfondir les contradictions entre les dispositions, sont échangés entre les parties. Cette lenteur s'accompagne généralement d'une certaine « euphorie qui règne...lors de la signature du contrat <sup>664</sup> » et amène les parties à « accepter n'importe quoi <sup>665</sup> ».

**574.** Dans certains contrats de longue durée, il est parfois difficile de prévoir d'une manière précise toutes les circonstances et les éventuels événements qui peuvent paralyser l'exécution normale du contrat dans le futur. En effet, « la perpétuelle mouvance des données techniques et économiques<sup>666</sup> » peut expliquer l'omission d'intégrer dans le champ contractuel des événements futurs qui sont de nature à affecter la relation contractuelle. D'autant plus que « définir le présent est ardu. Définir l'avenir paraît impossible<sup>667</sup> ».

**575.** Amenées à suivre les innovations technologiques et le cours du développement mondial, certaines entreprises du tiers monde se trouvent confrontées à de nouvelles figures contractuelles caractérisées par une certaine complexité technique. La conclusion de tels

---

<sup>664</sup>MEZGENNI (A.), « Convergence et harmonisation du droit et de la pratique de l'arbitrage commercial international a propos de 35 clauses », RTD., 1981. 35.

<sup>665</sup>FOUCHARD (Ph.), op. cit., n°100.

<sup>666</sup>HORSMAN (G.), « L'interprétation des contrats internationaux », Op. cit., n°129.

<sup>667</sup>Idem, n° 132.

contrats avec des opérateurs professionnels débouche parfois sur des difficultés de compréhension des dispositions contractuelles lors de l'exécution du contrat.

**576.** Les difficultés demeurent particulièrement nombreuses en raison de l'absence d'une conception internationale uniforme du contrat. Alors que les anglo-américains s'intéressent aux données techniques et aux exigences de l'environnement économiques qui sous-tendent le contrat, les systèmes romaniste et germanique mettent l'accent sur l'abstrait au détriment du concret. « Or, le monde économique est et doit être attentif aux lois de la physique, de la chimie, des sciences exactes...Le concret l'a d'autant plus facilement emporté dans le domaine international qu'une réglementation juridique, logique et cohérente, y fait défaut <sup>668</sup>».

Néanmoins, chacune de ces deux conceptions a ses inconvénients. Le pragmatisme qui caractérise le système anglo-américain (et qui préside à leur comportement lors des négociations et rédaction des contrats internationaux) les pousse à décrire longuement les détails techniques au détriment de la clarté du contrat. Tout comme l'ambiguïté, due à l'excès des données et des détails, le manque d'informations et l'insuffisance des éléments concrets ; qui caractérisent certains contrats fidèles à la tradition romaine et germanique ; représente une autre cause des divergences qui peuvent naître entre les contractants lors de l'exécution du contrat.

**577.** Par ailleurs, l'absence d'un langage technique international unifié peut également expliquer les distorsions fréquentes qui affectent certains contrats internationaux. D'autant plus que certains domaines sont monopolisés par une langue bien déterminée et nécessitent une maîtrise des termes techniques. On vise spécialement le domaine des affrètements qui s'est « anglicisé » aussi bien dans le fond que dans la forme. Il est dominé par les usages, vocabulaire de la flotte anglaise. Le problème est cependant relatif à l'utilisation des termes génériques, brefs et que ne peuvent être interprétés que par des spécialistes. On peut citer à titre d'exemple : « safe berth », « safe ports », « FIO, SHE, SHI, ETA... ».

**578.** Le droit choisi par les parties, pour régir leur relation contractuelle, peut parfois être source de divergences ultérieures en raison de son caractère ambigu ou inachevé. Or,

---

<sup>668</sup> HORSMAN (G.), op. cit., n° 130.

comment atteindre la clarté et la précision des dispositions contractuelles dans un environnement juridique qui lui-même est obscur<sup>669</sup>. Dans cette hypothèse, l'arbitre procédera à l'interprétation des dispositions légales du droit choisi avant de les transposer au contrat objet du litige.

**579.** Outre ces éléments objectifs générateurs de mésentente, les contractants sont, le plus souvent, directement responsables de l'imprécision des clauses du contrat qui les lie.

## **§2- Les éléments subjectifs générateurs de mésentente**

**580.** L'étude des raisons subjectives de l'imprécision des dispositions contractuelles peut être menée à un double niveau. Dans un premier temps, il faut partir de la configuration interne de chaque entreprise contractante. Et ce, avant de mettre l'accent sur une dimension plus large qui absorbe le comportement relationnel des contractants.

**581.** D'abord, à l'échelle individuelle, on souligne une réalité déplorable, celle de la mauvaise coordination entre les services juridiques et les services techniques de certaines entreprises. En raison de l'absence de collaboration, le contrat rédigé par les premiers peut ne pas tenir compte de certaines données qualifiées de primordiales par les seconds<sup>670</sup>. La mauvaise intégration du juriste dans l'entreprise correspond à une vision regrettable qui consiste à dire que « le juriste est appelé trop tard parce que, selon certains dirigeants, il est toujours appelé trop tôt <sup>671</sup> ».

**582.** Par ailleurs, faute de compétences nécessaires dans les services juridiques, certaines difficultés d'exécution des contrats sont dues à la méconnaissance ou la

---

<sup>669</sup> Une partie de la doctrine situe le débat par rapport à l'obscurité, voir l'inexistence du droit du commerce international. A ce titre, certains auteurs estiment que ce droit « naît lentement de tout et de rien, d'usage, de pratiques, de contrats, de sentences... », v. sur ce point, BREDIN (J.-D.), « La loi du juge, le droit des relations économiques internationales », Etudes offertes à B. Goldman, p 16.

<sup>670</sup> La société italo-tunisienne d'exploitation pétrolière a perdu des milliers de dollars en raison d'une maladresse de rédaction faite par le service juridique à propos de la détermination des spécificités techniques de certains matériels.

<sup>671</sup> V. HORSMAN (G.), Op. cit., 130.

connaissance insuffisante du droit choisi. Le problème s'accroît en raison de la mauvaise coordination des stipulations contractuelles par rapport au droit choisi.

**583.** En matière des chartes-parties, le problème se pose avec plus d'acuité. D'abord, les chartes sont le plus souvent rédigées par des courtiers qui n'ont pas une formation juridique pointue pour la rédaction de tels actes. « Les chartes rédigées en français sont souvent une adaptation primaire du style et des formules anglaises<sup>672</sup> ». Ainsi, on trouve des fautes de français dans la charte au voyage de navire pétrolier, tels que « portée utile » pour « port utile », « des formules de la mer » pour « fortune de la mer », « le navire devra charger ou décharger le long d'allèges » pour « charger dans des allèges le long du bord »...

**584.** Lors de la négociation du contrat, les parties s'intéressent à la signature de l'acte et n'accordent pas d'importance à la définition de leurs droits et obligations respectifs. Elles estiment que cette détermination est :

« -inutile eu égard aux relations existant déjà entre elles ainsi qu'en raison de leurs connaissances et appréciations respectives ;

-dangereuse et nuisible car la mise au point d'une telle détermination exacte et précise pourrait retarder, voire empêcher la conclusion même du contrat ;

-défavorable dans la mesure de l'espoir de tirer avantage et profit de ces imprécisions et insuffisances<sup>673</sup> ».

**585.** En matière des chartes-parties, les armateurs et les affréteurs font preuve de négligence et ne lisent pas les chartes qu'ils signent « pas plus qu'un particulier ne lit ses polices d'assurance ou un touriste les clauses des billets de passage<sup>674</sup> ». Selon eux, le courtier peut les éclairer sur toutes les questions relatives à la charte.

**586.** Ce qui est sans doute le plus surprenant, c'est que l'ambiguïté peut être sciemment voulue par les parties. C'est le cas des armateurs et affréteurs qui demandent au courtier de ne pas préciser certaines formules du contrat et les laisser obscures<sup>675</sup>.

---

<sup>672</sup> LECLERC (J.), « Les clauses volontairement ambigus des chartes-parties », DMF 1975. 707.

<sup>673</sup> HORSMANS (G.), op.cit., n°128.

<sup>674</sup> LECLERC (J.), op. cit., n°707.

<sup>675</sup> V. Infra. section II de ce chapitre.

**587.** Par ailleurs, même unis par un contrat commun et un projet unique, les contractants ne sont pas forcément animés d'un sentiment fusionnel par rapport à leur relation contractuelle . Chaque partie entretient une conception personnelle du contrat dans son ensemble et une vue individualiste des droits et obligations. Au cours de la négociation, chaque contractant tend à obtenir la meilleure part au détriment de l'autre.

**588.** La psychologie moderne témoigne de la fragilité et la précarité de la commune intention des parties. Or, comment confier à l'arbitre la mission de chercher l'intention commune des parties, si dès le départ, on est face à « des intentions particulières, le plus souvent antagonistes<sup>676</sup> » ? Ce conflit d'intérêts s'illustre par des contradictions, complexités et insuffisance des stipulations contractuelles.

## **SECTION II – LES MANIFESTATIONS DES DIVERGENCES DE VOLONTES**

**589.** Les divergences qui surgissent entre les parties lors de l'exécution du contrat international sont dues à l'ambiguïté qui peut affecter le contrat. L'ambiguïté peut s'illustrer soit dans l'imprécision (§1), soit dans la confusion du contrat (§2) .

### **§1 - L'imprécision du contrat de commerce international**

**590.** Les contrats internationaux peuvent être imprécis, soit parce qu'ils sont rédigés en termes généraux et abstraits, soit par la méconnaissance et la négligence des contractants (aussi bien professionnels que profanes) de certaines pratiques récemment développées dans le commerce international. Cette carence peut être totale (absence de précision) ou partielle (précisions insuffisantes).

---

<sup>676</sup> IVAINIER (T.),op.cit.,n° 157.

**591.** Généralement, la carence résulte soit du contenu imprécis du contrat, soit de sa rédaction laconique.

### **A- Un contenu imprécis**

**592.** Un contrat peut être qualifié d'imprécis dès lors que le contenu des obligations réciproques des parties n'est pas assez défini. L'imprécision peut également s'illustrer dans une appréhension incomplète des situations possibles.

**593.** Les parties peuvent, sciemment ou involontairement, omettre d'apporter des précisions ou même des indications sur leurs obligations réciproques. Ces omissions peuvent concerner soit l'identification des personnes tenues à respecter les dispositions contractuelles, soit la détermination de la nature ou des délais d'exécution des obligations.

Parfois, ce silence n'est pas de nature à créer des divergences entre les contractants, notamment dans le cas où ces derniers entretiendraient des relations d'affaires usuelles. Néanmoins, la difficulté s'accroît lorsque les parties n'ont pas déterminé explicitement le droit applicable au contrat pour régir cette question. Dans cette hypothèse, l'arbitre s'attache à dégager l'intention des parties ou déterminer, librement, le droit applicable au fond du litige. Les décisions de justice et sentences arbitrales abondent sur ce point.<sup>677</sup>

**594.** Il est fréquent que le droit choisi par les parties s'avère lui-même incomplet et, par conséquent, il est « inapproprié<sup>678</sup> » à l'économie du contrat.

Dans la sentence ARAMCO, le tribunal arbitral a appliqué le droit musulman hanbalite à une partie du litige et a estimé que « ce droit doit être complété par les principes généraux du droit, les usages suivies dans l'industrie du pétrole et les données de la science juridique pure lorsque certains droits privés ne paraissaient pas être assurés de manière indubitable par le droit en vigueur en Arabie Saoudite »<sup>679</sup>.

---

<sup>677</sup>V. supra, Chapitre I du titre II de la première partie.

<sup>678</sup> Ce concept est employé par BATTIFOL (H.), « La loi appropriée au contrat, le droit des relations économiques internationales », Etudes offertes à B. Goldman, n°9. Il a estimé que le concept de loi inappropriée doit être remplacé par le concept du droit en devenir : « Si la justice ... veut que prévale un système moins développé que les autres ... le juge exercera ses pouvoirs en construisant le système étranger ». v. Chapitre I du Titre I de la première partie.

<sup>679</sup> HORMANS (G.), op.cit., n° 135; Sentence ARAMCO 23 août 1958, Rev. Crit. Dr. Int. Pr. 1963. 272.

**595.** Dans certaines hypothèses, l'omission affecte l'identification des différentes parties liées par le contrat. Ceci se justifie en matière de contrats dont l'exécution se caractérise par une pluralité d'intervenants ( entrepreneur, maître d'ouvrage, sous-traitants, lotisseur...) ou dans les contrats concluent par les multinationales et dont l'exécution atteint ses différentes filiales implantées dans le monde entier.

Dans une affaire, opposant une société la société libanaise « L. et B. Cassia Associés », une personne morale pakistanaise (Board of control for cricket in Pakistan) et une société ayant son siège dans l'Emirat de Sharjah (la société Pia), relative à l'exécution d'un contrat d'architecte ayant pour objet l'extension du stade de Karachi. Ledit contrat était non daté, non signé et ne comportait aucune indication sur les parties : il ne contenait que leurs initiales en bas de page<sup>680</sup>.

**596.** En droit maritime, certaines clauses sont incomplètes car elles ne précisent pas les droits et les obligations des parties lors de l'exécution du contrat. On peut citer à titre d'exemple, la clause « safe port » en vertu de laquelle, l'affréteur ne doit envoyer le navire que dans des ports « sûrs ». Or dans une affaire inédite commentée par Monsieur LECLERC, une société française avait affrété un navire, le Texas-City pour un voyage au Maroc. Cependant, le contrat ne contenait aucune indication sur les ports déclarés « safe ». Une fois le navire entré dans le port de Mogador, il commence son chargement alors qu'un avis de tempête était signalé. Voulant absolument protéger le navire, le capitaine décida de partir, mais « en sortant talonne sur les rochers où il se fait des avaries graves ». Dans cette affaire, la carence de la clause était à la source d'un litige relatif à la détermination de la partie responsable des dégâts causé au navire<sup>681</sup>.

Les clauses de partage des responsabilités à l'égard des tiers sont fréquemment imprécises, notamment dans les contrats d'affrètement. Ainsi, si la répartition des obligations de l'armateur et de l'affréteur sont claires dans la charte « Baltime<sup>682</sup> », elle ne l'est pas pour le capitaine<sup>683</sup>.

---

<sup>680</sup> V. JDI 1992.I. 168. obs. E. Loquin.

<sup>681</sup> LECLERC (J.), op. cit., n°719.

<sup>682</sup> C'est la charte couramment employée en Europe.

<sup>683</sup> Il n'est pas indiqué que le capitaine représente l'affréteur à l'égard des chargeurs.

De même, la carence du contrat peut être due à l'absence totale soit des « données chiffrées<sup>684</sup> » (telles qu'une unité de mesure, dimension, date, montant), soit des données techniques de la convention (spécification de la marchandise).

Malgré leur importance, les parties prêtent peu d'attention aux délais d'exécution des obligations et leur contrat ne comporte aucune précision sur ce point. La nécessité de ces données se vérifie lorsqu'il s'agit de déterminer les intérêts de retard dans la livraison des marchandises (contrat de vente) ou dans la livraison de l'ouvrage construit (contrats clé en main). Or certaines chartes-parties (ex :Lutélia, Iron) ne contiennent aucune précision sur les délais dans lesquels l'affréteur devra charger et décharger le navire ainsi que les taux des indemnités journalières à payer en cas de non respect de ces délais. Cette imprécision volontaire s'explique comme suit : « si les frets ont baissé, l'armateur invoquera le vague usage qui veut que les indemnités de détention soit le double des surestaries ; si les frêts ont haussé considérablement, il demandera à être couvert de sa perte réelle. L'affréteur, de son côté, pense toujours au moment de la signature de la charte qu'il tiendra ses délais (..). Mais s'il est en retard et que les frets ont considérablement haussé. Elle lui permet conserver le navire à sa disposition en offrant de payer seulement le double des surestaries<sup>685</sup>. Néanmoins, en raison de l'opposition des intérêts, c'est l'arbitre qui est tenu d'interpréter l'« intention commune » des parties.

Dans d'autres hypothèses, les parties se contentent de fixer des délais approximatifs. Ainsi, on trouve des clauses qui mentionnent que la livraison aura lieu « dès que possible ». Une autre tendance rédactionnelle est de nature à rendre les délais d'exécution approximatifs : elle consiste à faire accompagner les circonstances d'exécution d'un adjectif flou, incertain et abstrait, tels que sous-traitance « à titre précaire », accomplir « momentanément », exiger un transport « prompt » de marchandises.

Il faut reconnaître que cette pratique est fréquente dans les contrats internationaux de longue durée où les parties laissent volontairement des lacunes car « elles ne sont pas en mesure de fixer certains éléments dont la connaissance n'est pas immédiatement

---

<sup>684</sup> MALLEVILLE (M.H), Etude pratique de l'interprétation des contrats, Etudes jurisprudentielles, Thèse Rouen, P. 84.

<sup>685</sup> LECLERC (J.), op. cit., n°719.

indispensable<sup>686</sup> ». Les parties optent volontairement pour l'approximation dans les contrats d'affrètement au voyage. En effet, « c'est sciemment qu'une des parties, affréteur ou armateur, sinon les deux, demande au courtier de ne pas préciser telle ou telle formule (...) ; le contrat d'affrètement apparaît souvent, sous l'apparence rigidité de ses clauses, comme un contrat ouvert dont chacune des signataires se réserve « *in pectore* » de faire valoir telle ou telle interprétation de celle-ci quand des circonstances malheureuses rendent le contrat trop onéreux pour lui<sup>687</sup> ».

Cette approximation nécessite une interprétation pour trois raisons :

\*D'abord, l'absence d'une date précise rend aléatoire l'exécution de l'obligation.

\*Ensuite, elle peut rendre incertaine la résolution de plein droit du contrat.

\*Enfin, elle accentue la difficulté de déterminer les cas d'inobservation des délais prévus.

Il arrive que les parties omettent de préciser les lieux d'exécution du contrat ou se limitent à une indication approximative, ce qui crée la plupart du temps des divergences entre elles. On trouve dans les chartes-parties les formules suivantes :

\* « le navire pourra faire escale dans n'importe quel port, DE naviguer sans pilote, DE remorquer... ».

\* « il est à ce jour convenu ... que le dit navire... se rendra à...ou aussi près de là... »

\* « l'affréteur ne doit renvoyer le navire que dans un port sûr », or la notion de « safe » est vague<sup>688</sup>.

Face à de telle imprécision et approximations voulues, les arbitres tendent à évaluer les données et les formules insuffisantes afin de donner plein effet au contrat. Parfois, les approximations ne sont pas trop vagues et peuvent être aisément quantifiées par les interprètes. Mais dans d'autres hypothèses, les approximations sont tellement aléatoires qu'elles ne peuvent pas être facilement interprétées.

---

<sup>686</sup> LEDOUBLE (D.), L'entreprise et le contrat, 1980, Litec. 94.

<sup>687</sup> LECLERC,(J.) op. cit., n°704.

<sup>688</sup>Idem. 704.

Généralement, dans ce cas là, arbitres et juges « leur refuse(nt) toute valeur <sup>689</sup> ». Ainsi la clause qui exige de l'affréteur une « célérité habituelle » a été jugée « générale et sans pertinence ».

**597.** Par ailleurs, le contenu imprécis des clauses contractuelles peut résulter de l'absence ou de l'insuffisance des prévisions. Il arrive que les parties ne prévoient pas assez ou ne prévoient pas toutes les situations susceptibles de survenir dans le futur et qui sont de nature à entraver ou à retarder l'exécution du contrat (cessation de paiement de l'un des contractants, cas de force majeur).

**598.** Par leur méconnaissance de la pratique du commerce international, certaines parties n'insèrent pas dans leurs contrats des clauses et des références qui peuvent orienter et faciliter le travail de l'arbitre interprète. Il s'agit du préambule, des listes de définitions, de l'emploi d'énumérations limitatives ou exemplatives, des clauses d'interprétation<sup>690</sup> telles que : les clauses de qualification, les clauses de définition et de classement du contrat, clauses d'accord complet, clauses d'intitulés, clauses de définition, clauses de langue, clauses de non modification orale, clauses de non-renonciation, clauses de comblement des lacunes, clauses de bonne foi.

Le préambule d'un contrat tend à expliquer l'historique, les raisons du contrat et à préciser les objectifs poursuivis et les finalités recherchées. L'arbitre peut déterminer les droits et les obligations des parties à la lumière du préambule car il donne une idée sur les circonstances de la conclusion du contrat et sur les prévisions des parties.

**599.** Certains contrats internationaux omettent d'insérer une liste des définitions précisant le sens de certains mots ou de certains concepts utilisés dans le contrat. Les parties contractantes « entendent éviter ainsi les discussion sur le sens et la portée de certains termes et bénéficiers, à leur usage contractuel, d'une définition précise qui est d'interprétation stricte et littérale<sup>691</sup> ».

---

<sup>689</sup> MALLEVILLE (M.H), op. Cit., P. 92.

<sup>690</sup> V. le numéro 6 de la revue de droit des affaires internationales 2000.

<sup>691</sup> HORSMANS (G.), op. Cit., n°137.

**600.** Les parties contractantes peuvent également omettre de recourir à la technique des énumérations limitatives ou exemplatives. Ces énumérations ont pour objet la limitation des obligations réciproques des parties et orienter l'arbitre interprète dans son travail.

**601.** Par ailleurs, l'imprécision du contrat peut être dû, non seulement à l'absence ou à l'insuffisance d'informations, mais également à une défaillance de rédaction.

## **B- formulation imprécise**

**602.** Pour extérioriser clairement une pensée et matérialiser pleinement une volonté, encore faut-il employer des termes précis qui sont susceptibles de traduire l'intention commune des parties. Néanmoins, la formulation de certains contrats internationaux engendre des problèmes de compréhension lors de leur exécution.

**603.** Dans certaines hypothèses, la difficulté de compréhension n'est pas due à une absence ou insuffisance d'informations. Elle trouve son origine dans une défaillance lors de la rédaction du contrat. Autrement dit, ce n'est pas parce que les parties n'ont pas, ou n'ont pas assez, exprimé leur volonté commune que des divergences peuvent survenir. Mais parce qu'elles n'ont pas bien exprimé cette volonté.

**604.** Il existe des termes flous, abstraits et qui revêtent plusieurs significations. Par mégarde, les parties ne les insèrent pas là où il faut. Leur mauvaise manipulation crée une difficulté de compréhension. Ceci se vérifie dans plusieurs hypothèses :

Les parties insèrent, parfois, dans leurs contrats un terme à signification courante pour définir une situation juridique déterminée. Ainsi, un contrat de vente internationale stipule que la marchandise doit être « rendue » dans la ville de l'acheteur. La question qui s'est posée consiste à savoir si le vendeur qui a pris une mesure conservatoire, car une partie de la marchandise a été arrêté à la frontière en raison d'une prohibition d'exportation, a respecté ses engagements ou non<sup>692</sup>.

---

<sup>692</sup> Com. 16 octobre 1972, Bull. IV. 52. 238.

Dans d'autres hypothèses, les contractants déforment un terme juridique ou technique car elles l'utilisent pour désigner une situation de fait. On peut citer un exemple tiré du transport maritime : la notion « navire arrivé au port » est très vague. Les parties peuvent l'insérer pour désigner, à tort, l'arrivée du navire au quai ou son entrée dans la limite géographique du port. Cependant, selon les juges anglais, ce terme désigne techniquement que le navire est entré dans la zone commerciale du port<sup>693</sup>.

Certains termes, même pris dans un sens technique et en dehors de toute phrase, demeurent vagues et nécessitent une précision. Ainsi, en droit maritime, la notion de « safe ports » et « unsafe ports », pour désigner un port sûr, est d'autant plus vague que « le caractère sûr s'entend non seulement au point de vue nautique mais aussi au point de vue politique<sup>694</sup> ».

De surcroît, un terme du contrat peut ,à lui seul, être imprécis et engendrer une divergence parce qu'il est impropre à donner une signification claire, ou parce qu'il recouvre plusieurs sens d'un système juridique à un autre. Naturellement, les difficultés de compréhension deviennent plus sérieuses lorsqu'un même contrat est rédigé en plusieurs langues.

Une convention peut également être jugée imprécise en raison de l'emploi de certains adverbes et adjectifs, ou en raison de sa construction grammaticale incorrecte (emploi marginal du singulier, du pluriel, du futur, de l'inconditionnel...).

**605.** Si l'imprécision du contrat, en raison de l'insuffisance des informations et des prévisions, constitue une manifestation de l'ambiguïté du contrat international, il n'en demeure pas moins que l'obscurité du contrat, en raison de l'excès d'information, en est une autre.

---

<sup>693</sup> Chambre des Lords 2 juin 1960, LLR., 1960. 62.

<sup>694</sup> WAROT (J.), Le droit maritime français, 1960. 323.

## §2 – La confusion et l’obscurité du contrat de commerce international

**606.** Un contrat est obscur dès lors que les parties y introduisent, excessivement, des informations multiples et les formulent maladroitement, de telle manière que le sens à leur attribuer ne fait pas l’unanimité. En réalité, l’excès d’information, à lui seul, ne constitue pas une cause de divergence entre les parties. Néanmoins, lorsque cet excès est accompagné d’une maladresse de rédaction le contrat est affecté par une ambiguïté compromettante.

**607.** Si cette forme d’ambiguïté est répandue dans les contrats internationaux, c’est parce que les parties sont animées par un souci majeur : il s’agit de la nécessité de pallier la complexité de l’opération par une multiplicité de stipulations. Selon elles, le moindre détail est important.

Cette tendance est fréquente dans les contrats internationaux conclus par les britanniques et les américains. Les anglo-américains accordent une importance considérable au concret. Ils ont pris l’habitude de « décrire longuement et en détail » les différentes données chiffrées, techniques et juridiques. Ainsi, « les exemples foisonnent et vont des simples conditions et techniques agricoles au conditionnement et à la conservation des produits jusqu’aux exigences sophistiquées des constructions d’ensembles industriels et technologies de pointe <sup>695</sup> ».

Monopolisé par la tradition britannique, le commerce maritime est illustration de ce pragmatisme inutile. Ainsi, « Les britanniques préfèrent procéder par énumération en précisant la pensée par l’évocation de cas concrets. Ce style concret appliqué à des documents juridiques conduit inévitablement à la répétition des termes dans la phrase et de phrases dans le corps du texte <sup>696</sup> ».

**608.** L’examen d’un certain nombre de contrats internationaux, obscurs, conclus par des entreprises tunisiennes nous permet de déduire que l’ambiguïté d’un contrat se profile à divers degrés. Elle peut aller d’une simple discordance à une profonde contradiction. En effet,

---

<sup>695</sup> HOSMANS (G.), op. cit., n° 131.

<sup>696</sup> LECLERC (J.), op. cit., n° 705.

l'excès d'information « se manifeste par des énoncés de l'acte exprimant une pluralité de versions, discordantes ou contraires, de la commune volonté des parties<sup>697</sup> ».

**609.** Ces discordances et ces contradictions guettent, non seulement, le contenu du contrat international, mais également, l'ensemble des documents contractuels qui concourent à la réalisation d'une même transaction commerciale internationale.

### **A - Ambiguïté du contrat de commerce international pris isolément**

**610.** Un contrat est équivoque dès lors que son contenu est dépourvu d'harmonie et engendre une confusion dans l'esprit du lecteur (les parties, l'arbitre, le juge). L'absence d'harmonie peut profiler tout au long du contrat et affecter les dispositions contractuelles à plusieurs niveaux.

**611.** Le survol des sentences arbitrales, qui ont tenté de décoder et de déchiffrer l'ambiguïté du contrat, nous permet de dire que les discordances et les contradictions peuvent être ramenées à plusieurs catégories.

**612.** L'ambiguïté peut affecter deux clauses d'un même contrat, ayant un même objet, claires en elles-mêmes, mais leur confrontation donne lieu à des significations discordantes ou totalement antinomiques et rend, par conséquent, équivoque le sens et la portée du contrat<sup>698</sup>.

Parfois, les divergences entre les clauses contractuelles, rapprochées ou combinées, ne sont pas de nature à affecter le contrat d'une certaine équivoque. Ainsi, deux clauses qui, pour déterminer les qualifications et les spécificités d'une marchandise, emploient des synonymes, n'ont rien d'équivoque dès lors que les indications concordent.

---

<sup>697</sup> IVAINER (T.), op. cit, n°153.

<sup>698</sup> Sentence rendue, par le C. d'arbitrage de la chambre de commerce extérieur de RDA, le 11 juillet 1977, Yaerbook 1978. 210.

Le conflit de sens entre deux clauses rapprochées peut s'illustrer par une simple différence de sens que l'arbitre tente de concilier. Ces différences peuvent concerner le droit choisi par les parties, les durées d'exécution du contrat, les modalités de paiement. On peut citer l'exemple d'un contrat international (contrat de location de moteur de fond) conclu par une Société Italo- Tunisienne d'Exploitation pétrolière et une société américaine Baker Hughes Inteq. Alors que l'article 5 énonce que le prix de location des équipements sera payé par SITEP 60 jours à partir de la réception des factures, l'article 5 bis, il a été indiqué que cette dernière payera le prix des matériels une fois la livraison est faite. La question consiste à savoir si la réception des facture est concomitante à la livraison des équipements ou pas<sup>699</sup>.

Néanmoins, la tâche est beaucoup plus difficile lorsque l'arbitre est amené à interpréter deux clauses ayant un sens opposé. La contradiction entre les stipulations contractuelles n'existe que si une stipulation réfute le contenu de l'autre. Tel est le cas d'un contrat international qui, dans son article 19-6 prévoit un arbitrage selon les principes généraux de droit, tandis que l'article 25 soumet l'accord aux lois syrienne. Dés lors, l'arbitre ne sait pas s'il doit trancher le différend en droit ou en équité.

Généralement, l'équivoque naît de l'insertion d'une clause manuscrite dans un contrat imprimé ou dactylographié, sans vérifier l'ampleur que peut avoir cette clause ajoutée sur l'harmonie du contrat. En effet, « souvent, les clauses ajoutées, dont le rôle est de compléter ou de préciser les clauses imprimées, ne sont pas mieux rédigées ou ne sont pas mises en harmonie avec celles-ci... Sans doute quand, soit l'affréteur, soit l'armateur exige l'insertion au contrat d'une condition qui n'existe pas dans le pro forma imprimé, le courtier rédige-t-il une modification du pro forma en conséquence, sous la forme d'une clause ajoutée<sup>700</sup> ».

L'ambiguïté peut naître de la combinaison des clauses générales et les clauses spéciales du contrat. Cette ambiguïté se manifeste dans une discordance entre les stipulations contractuelles, notamment en matière de détermination des modalités d'exécution du contrat. Ainsi, il a été jugé que dans un contrat de transport, la clause imprimée générale du connaissement stipulant que « le fret doit être payé par le réclamateur dès le débarquement de marchandise à moins qu'il n'ait été payé d'avance au port de chargement », se distingue de la clause plus précise qui prévoit le règlement du fret à « San Francisco », port de chargement.

---

<sup>699</sup> Sentence inédite.

<sup>700</sup> MALLEVILLE (M.H), op. Cit., P. 92.

Or, le fret n'ayant pas été réglé lors du chargement, il s'agit de savoir si le destinataire doit le payer en vertu de la clause générale ou être dispensé en vertu de la clause spéciale<sup>701</sup>.

**613.** Par ailleurs, l'ambiguïté peut guetter une phrase du contrat en raison de sa mauvaise rédaction ou en raison de l'antinomie de ses termes.

La maladresse de rédaction ou la mauvaise construction de la phrase peut découler de l'absence de concordance entre les temps, d'une manipulation inadéquate de la ponctuation (virgule, trait d'union), des conjonctions de coordinations (et/ ou). Ainsi, une charte-partie qui exige de « charger une cargaison complète de sucre, molasse et/ou autres types de marchandises autorisées par la loi permet, par la liaison fâcheuse « et/ou » , plusieurs combinaisons rendant incertain le contenu de la cargaison : sucre et molasses et autres ; sucre et molasses ou autres ; sucre ou molasses ou autres<sup>702</sup>.

De toute évidence, la contradiction entre les sens des mots d'une même phrase trouve son origine dans la méconnaissance des termes techniques et juridiques liées à la transaction en question<sup>703</sup>.

En outre, et s'agissant d'un contrat international, c'est la mauvaise traduction des mots qui en est la principale cause. A titre d'exemple, on peut se référer au commerce maritime qui s' « est anglicisé » et la majeure partie des termes techniques employé sont en anglais. Or, si par exemple deux entreprises francophones, en concluant un contrat de transport maritime, traduisent incorrectement certains mots techniques, elle seront au rendez-vous avec la confusion. D'autant plus qu'un même terme peut avoir des significations différentes selon les systèmes juridiques. Tel est le cas du terme « *Shipment before 30 nov* » qui signifie dans le système en anglais le transport maritime des marchandises tandis que dans le système américain, il est défini comme étant le transport ferroviaire. De même, le terme « *peril of war* » est compris différemment dans le système anglais et suédois<sup>704</sup>.

---

<sup>701</sup> V. SIMON, « Essai d'interprétation des clauses obscures ou ambiguës des chartes-parties », DMF. 1976.430.

<sup>702</sup> MALLEVILLE (M.H), op. cit., n°44.

<sup>703</sup> V. supra : Section I du présent chapitre.

<sup>704</sup> JERBI (S.), L'interprétation du contrat (en arabe), Tunis 1999, n°134.

**614.** Par ailleurs, l'ambiguïté peut affecter les documents qui matérialisent une même transaction commerciale.

### **B- Ambiguïté du contrat de commerce international situé dans ensemble contractuel : un champ contractuel équivoque**

**615.** La complexité des transactions commerciales internationales amène les contractants à entreprendre des négociations multiples. La longueur des pourparlers est généralement accompagnée par une pluralité de documents contractuels qui précèdent la conclusion du contrat. En effet, « une unité industrielle d'un milliard de francs suppose l'établissement de cent milles plans qu'il serait impossible d'incorporer au contrat <sup>705</sup> »

**616.** L'absence d'harmonie entre les différents documents contractuels peut être une source de problèmes lors de l'exécution du contrat.

**617.** L'équivoque qui guette les documents contractuels provient soit d'une rédaction échelonnée soit d'une maladresse rédactionnelle.

Généralement rédigées à des époques différentes, les différents pièces qui matérialisent la convention peuvent se contredire. L'équivoque peut naître entre un protocole et une convention relative à la constitution d'une filiale commune entre deux sociétés à propos du financement de celle-ci. Chacune des sociétés doit fournir la moitié des sommes nécessaires au financement. Cependant, alors que le protocole indique que ces sommes sont versées sous forme d'une augmentation de capital, la convention de société commune prévoit que la forme du financement additionnel doit être précisée par des résolutions ultérieures d'actionnaires, c'est à dire les deux sociétés. Ainsi, les deux documents se contredisent en ce qui concerne les modalités de répartition du financement de la filiale<sup>706</sup>.

---

<sup>705</sup> LE TOURNEAU (Ph.), « Quelques aspects de l'évolution des contrats », Mélanges P. RAYNAUD, Dalloz, 1985. 30.

<sup>706</sup> DEL MARMOL (Ch.) et MARTRAY (L.), « L'importance et l'interprétation du contrat (dans ses relations avec l'arbitrage commercial international), Revue de droit international et de droit comparé (Belgique) 1980. n° 2. p.158.

En outre, l'équivoque peut être due à une incohérence entre ce que prévoit le contrat principal et ce qu'affirment les documents concomitants à son exécution. Une convention peut faire l'objet de plusieurs rectifications et aménagements entrepris par les parties. Ces rectifications peuvent rompre l'harmonie des écrits matérialisant la convention si elles ne prennent pas en considération la volonté commune des parties.

**618.** Par ailleurs, un contrat est généralement accompagné de plusieurs documents accessoires qui ont pour objet l'explication des données existantes dans la convention principale. « Or ces pièces ne font pas toujours corps avec le contrat car elles ne sont pas regroupées eu sein d'un document unique mais figurent dans un autre écrit fréquemment appelé annexe<sup>707</sup> ».

**619.** Dans certains cas, la réalisation d'une transaction commerciale internationale nécessite la conclusion de plusieurs contrats (contrat clé en main). Le plus souvent, la multiplicité des conventions relatives à une même opération constitue une source de divergence en raison de l'absence de coordination entre elles.

**620.** A l'absence de coordination entre les documents matérialisant une même opération s'ajoute un problème spécifique aux contrats internationaux : celui de la disparité des langages. Or l'équivoque peut naître dès lors que un même contrat est rédigé simultanément en plusieurs langues ou, monolingue au départ, est traduit incorrectement dans une autre langue (original en anglais, la traduction en arabe). Pour surmonter les équivoques qui peuvent naître de cette disparité, les contractants recourent le plus souvent à une langue unique « véhiculaire » (généralement l'anglais).

**621.** Face à ces différents hypothèses d'équivoque et d'imprécision, l'arbitre international tend à arracher le contrat aux incertitudes. Il dispose à cet égard d'une flexibilité considérable qui est mise en œuvre sous le contrôle des juridictions étatiques.

---

<sup>707</sup> MALLEVILLE, op. cit., n°53.

## Conclusion du chapitre

**622.** La formation du contrat de commerce international repose sur l'existence d'un échange de consentements des parties contractantes. Cet échange témoigne de leur volonté commune de conclure le contrat. L'extériorisation de cette volonté peut être une source de divergence lors de l'exécution du contrat.

Ces divergences se ramènent essentiellement à l'absence d'une conception internationale uniforme du contrat ainsi qu'à la complexité des négociations donnant lieu à l'échange d'innombrables projets qui ne font qu'approfondir les contradictions. De même, l'absence d'une formation complète du rédacteur du contrat tant sur le plan juridique que technique peut également expliquer les distorsions fréquentes qui affectent certains contrats internationaux.

**623.** L'interprétation du contrat soulève un problème de compréhension des stipulations contractuelles qui paralysent l'exécution du contrat. Les désaccords qui surgissent trouvent généralement leur origine dans l'ambiguïté qui affectent les dispositions contractuelles. Cette ambiguïté s'illustre soit dans l'imprécision soit dans la confusion des clauses contractuelles engendrées par la qualité rédactionnelle défailante.

## Conclusion du titre

**624.** Tout au long de ce titre nous avons mis l'accent sur les conditions de mise en œuvre de la compétence interprétative de l'arbitre du contrat de commerce international. Ces conditions tournent autour d'un élément majeur qui est la volonté des parties.

**625.** Bien que cette convention dispose d'une autonomie, son effectivité nécessite l'existence d'un contrat principal à interpréter. Cette volonté incarnée dans la convention d'arbitrage constitue une condition primordiale à l'existence de la compétence de l'arbitre. Cependant, et bien que cette convention dispose d'une autonomie, son effectivité nécessite l'existence d'un contrat principal à interpréter.

L'existence d'un accord de volonté principal est une condition au plein effet de la convention d'arbitrage dans la mesure où, en l'absence du premier, cette dernière risque de rester lettre morte faute de matière sur laquelle les arbitres pourront se prononcer.

**626.** La volonté des parties, qui constitue la pierre angulaire de la formation du contrat dans un premier temps, est génératrice d'un problème lors de l'exécution de la transaction en raison d'un désaccord dû à la mauvaise extériorisation de cette volonté. Un désaccord que l'arbitre est appelé à surmonter sous le contrôle des juridictions étatiques.

## **TITRE II**

### **LE CONTRÔLE DE L'EXERCICE DE LA MISSION INTERPRETATIVE DE L'ARBITRE**

**627.** Une fois que la sentence arbitrale interprétant le contrat de commerce international est rendue, se pose la question de son insertion dans les ordres juridiques étatiques. C'est au moment de cette insertion que le contrôle étatique trouve naturellement à s'exercer. Pour pouvoir donner effet à la sentence rendue par des juges privés, un contrôle portant sur son contenu et les conditions dans lesquelles elle a été rendue est mis en œuvre, conformément aux voies de recours ouvertes, par l'Etat en question.

**628.** L'intervention du juge étatique s'effectue soit à l'occasion d'une demande de reconnaissance et d'exequatur, soit lors d'un recours en annulation. En droit français de l'arbitrage, ce contrôle est exercé par la Cour d'appel qui, pour les sentences rendues à l'étranger, peut refuser de leur donner effet et qui, pour les sentences rendues en France en matière d'arbitrage international, peut les annuler conformément à l'article 1502 du NCPC.

Le contrôle étatique de l'interprétation arbitrale du contrat de commerce international ne se fait qu'au regard des griefs énoncés par l'article 1502 du NCPC (Chapitre II). Aucun autre grief que ceux visés par cet article ne peut être opposé à la sentence. Partant de cette liste limitative, le grief de dénaturation, qui n'y figure pas, ne saurait constituer une cause d'annulation ou de refus d'exequatur d'une sentence arbitrale (Chapitre I).

## CHAPITRE I

### L'IRRECEVABILITE DU GRIEF DE DENATURATION DU CONTRAT

**629.** La dénaturation constitue le grief attaché, par excellence, à l'interprétation du contrat. Elle est conçue comme étant une trahison de la volonté des parties en ce sens qu'elle « a pour effet de substituer par le fait du juge qui l'imposera aux parties, un autre rapport d'obligations que celui qu'elles ont effectivement voulu. Sous cette forme, la dénaturation se ramène non seulement à une négation de la volonté des parties, mais à une trahison de cette volonté par le fait même de la substitution d'une obligation à une autre, douée d'une force peut-être accrue<sup>708</sup> ».

**630.** *A priori* rien ne paraîtrait devoir mettre obstacle à ce que le grief de la dénaturation soit admis en matière d'arbitrage à l'instar du droit commun, d'autant plus que l'arbitre statue comme le fait une juridiction de fond. Cependant, cette transposition n'a pas été faite car, de son côté, la jurisprudence française a rejeté ce grief en matière d'arbitrage tant interne qu'international. Une jurisprudence qui a été consolidée par la législation en vigueur.

**631.** Dans un souci de progresser avec le lecteur dans l'analyse des enjeux et fondements du principe du rejet du grief de dénaturation (Section I) ainsi que de son étendue (Section II), il paraît plus logique de partir, à titre liminaire, de l'examen de la notion de la dénaturation.

---

<sup>708</sup> ROBERT (J.), Note sous CA de Paris, 18 juin 1974, Rev. Arb., 1975. 192.

## SECTION PRELIMIAIRE : LA NOTION DE DENATURATION

**632.** Dans le langage courant, la dénaturation c'est la méconnaissance de la substance. En droit, cette notion signifie l'altération du sens clair et précis d'un acte, en attribuant à ses clauses une portée qu'elle ne comporte pas ou en substituant « à une chose, qui par essence, est exacte, une autre qui ne peut donc être qu'inexacte <sup>709</sup> ».

La dénaturation implique l'interprétation d'une stipulation claire et précise. Pour s'arrêter sur l'existence d'une interprétation dénaturante, le critère retenu est celui de la clarté. En effet, on estime qu'une clause qui est claire et précise n'a pas besoin d'être interprétée car faire autrement conduit l'interprète à donner un sens autre que celui voulu par les parties.

**633.** L'expression « clause claire et précise » est fréquemment utilisée par les juges et les arbitres. Ils la définissent généralement comme étant toute clause qui est dépourvue d'équivoque, de confusion <sup>710</sup>, qui ne suscite aucun doute sur l'intention des parties et qui ne peut prêter à aucune contestation <sup>711</sup>.

Mme MALEVILLE a fait un inventaire des clauses claires et précises. Il s'agit surtout des clauses injustes, brutales ou vagues. Elle explique que d'un côté, la généralité des expressions utilisées dans un contrat n'est pas automatiquement une source d'ambiguïté. De même, une stipulation déséquilibrée et injuste ne rend pas forcément le contrat imprécis. Cet auteur y ajoute que les clauses catégoriques renfermant « une affirmation irréfutable qui empêche toute extension ou restriction », ainsi que les expressions techniques et courantes qui sont accessibles à un contractant profane.

Cependant, il est à observer que doctrine et jurisprudence sont unanimes à admettre le caractère relatif de la notion de clarté et précision. Cette relativité est due au fait qu'il n'existe pas un critère objectif de la clarté. En effet, une clause peut être claire en soi mais cette clarté est susceptible d'être faussée du moment où « elle a dans la pensée des parties une portée

---

<sup>709</sup> MALEVILLE (M.H.), *Pratique de l'interprétation des contrats*, Etudes jurisprudentielles, Thèse Rouen 1991. 145. 126.

<sup>710</sup> Sentence CCI n° 3894 en 1981, *Clunet* 1982. 987, note Y. DERAÏNS.

<sup>711</sup> Sentence de la Chambre arbitrale maritime de Paris n° 590 rendu le 30 octobre 1985, *D.M.F.* 1986. 378.

toute à fait différente <sup>712</sup>» ou altérée par les circonstances et la manière avec laquelle l'expression est formulée.

**634.** Par ailleurs, la dénaturation se distingue de la mauvaise interprétation en ce sens que la première implique l'altération du sens d'une disposition claire et précise tandis que la mauvaise interprétation est « un mal jugé ». Les deux notions se rapprochent quant à leur nature mais, elles diffèrent au niveau de leur intensité. En effet, on considère que, « dans les deux cas, il y a erreur ; toutefois, seule l'erreur grave est sanctionnée par la Cour de cassation <sup>713</sup> ».

**635.** La dénaturation peut s'illustrer dans plusieurs cas de figures. Ainsi, l'interprète peut dénaturer un contrat en dépassant ou en limitant ses termes clairs et précis. Le dépassement des termes du contrat se fait soit par addition d'un élément au contrat (une virgule, un terme ...), soit par extension de la convention. Quant à la limitation des termes du contrat, elle se manifeste soit dans l'omission d'un de ses élément en négligeant la lecture de l'ensemble de l'acte, soit dans la restriction de la portée de la convention.

**636.** Si la dénaturation constitue en droit commun l'un des moyens les plus fréquemment soulevés et s'apparente à une arme que la Cour suprême se réserve pour censurer les interprétation abusives et arbitraires, sa prise en compte a été exclue en matière d'arbitrage. Cette exclusion a été opérée, dans un premier temps, par la jurisprudence et ensuite consolidée par la législation en vigueur.

---

<sup>712</sup> IVAINER, « La lettre et l'esprit de la loi des parties », J.C.P 1983. I. 3023.

<sup>713</sup> MALEVILLE (M.H.), Pratique de l'interprétation des contrats, Etudes jurisprudentielles, Thèse Rouen 1991. 145. 127 ; v. JERBI (S.), L'interprétation du contrat, CPU 1999. 307 et s.

## **SECTION I- L'EXCLUSION DU GRIEF DE LA DENATURATION : ENJEU ET FONDEMENTS**

**637.** Dans la quasi-totalité des systèmes judiciaires, la Cour de cassation représente l'autorité suprême qui assure le contrôle du respect du contrat par les juges du fond. Certes, ces derniers disposent d'un pouvoir souverain pour interpréter les conventions mais, cette souveraineté est contrebalancée par le contrôle exercé par la Cour de cassation.

En effet, la prohibition faite aux juges du fond de dénaturer les clauses claires et précises constitue la limite à ne pas franchir .

**638.** La dénaturation constitue en droit commun l'un des moyens les plus fréquemment soulevés et qui conduit à censurer l'interprétation en attaquée. Cependant, cette censure pour l'interprétation déformante est loin d'être admise en matière d'arbitrage.

Avant de s'engager au cœur de l'analyse des fondements de l'exclusion du grief de dénaturation par l'arbitre (§2), il convient d'examiner ce principe au préalable (§1).

### **§1- Le principe de l'exclusion**

**639.** C'est la Cour de cassation française qui a énoncé le principe de l'exclusion du grief de dénaturation par l'arbitre. Le refus de la Haute juridiction d'exercer un contrôle des dénaturations relativement aux documents soumis aux arbitres nous rappelle la position de cette même juridiction à l'égard de la dénaturation faite par les juges du fond. En effet, pendant une longue période du XIX siècle, la Cour suprême a refusé de censurer les interprétations dénaturantes faites par les juges de fait (A).

**640.** Par ailleurs, si à l'état actuel, la jurisprudence française est unanime sur le principe du rejet du grief de la dénaturation en matière d'arbitrage, il n'en demeure pas moins que cette reconnaissance n'a vu le jour qu'à la suite d'une rude controverse entre la Cour de cassation française et la Cour d'Appel de Paris (B).

## A- Le rejet du contrôle de la dénaturation : l'histoire qui se refait

**641.** Pendant une longue période du XIX siècle, la Cour de cassation française « soucieuse de ne pas entrer dans le fait abandonné au juge du fond, s'est refusée d'accueillir la dénaturation <sup>714</sup> ». De ce fait, les juges du fond bénéficiaient d'un très large pouvoir en matière d'interprétation des contrats et ils ne se trouvent en violation de l'article 1134 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil que « lorsqu' ayant souverainement fixé le sens de la convention, ils refusent de l'appliquer <sup>715</sup> ».

Ce principe a été clairement affirmé dans plusieurs arrêts. Ainsi, en 1808, la Cour déclare qu'elle ne contrôle plus la mauvaise interprétation des contrats et déclare que « lorsque l'unique tort des juges consiste à n'avoir pas saisi le véritable sens de ses clauses, cette violation du contrat n'offre pas le caractère d'une violation de la loi (...); Il n'y a pas moyen de cassation <sup>716</sup> ».

On repère la même prise de position dans un autre arrêt en date du 22 novembre 1865<sup>717</sup> où la Cour a énoncé que « l'interprétation d'un contrat, si erronée qu'elle pût être, ne constituait qu'un mal jugé » et par conséquent échappe à son contrôle.

**642.** Ce n'est qu'à partir de 1827 que la Cour de cassation française commence à manifester un certain changement dans sa prise de position initiale. Ainsi, elle déclare que « lorsque des conventions sont claires et précises, il n'est pas permis aux juges de dispenser l'une des parties (...) d'exécuter des conventions en supposant aux parties une intention contraire au sens littéral des clauses du contrat ... <sup>718</sup> ».

Et il a fallu attendre l'année 1872 pour que la Cour de cassation française fasse un revirement jurisprudentiel en employant pour la première fois le mot « dénaturation ». La chambre civile a énoncé : « vu l'article 1134 du Code civil : Attendu qu'aux termes de cet

---

<sup>714</sup> ROBERT (J.), « La dénaturation par l'arbitre, réalités et perspectives », Rev. Arb. 1982. 406.

<sup>715</sup> MALEVILLE (M.H.), Pratique de l'interprétation des contrats, Etudes jurisprudentielles, Thèse Rouen 1991. 126.

<sup>716</sup> Ch. Réunies 2 fév. 1808, S. 1808.1.183, Conclusions MERLIN.

<sup>717</sup> Req. 22 novembre 1865, D.P 1866.1.108.

<sup>718</sup> Cass. 28 janvier 1827, cité par MALEVILLE (M.H.), Pratique de l'interprétation des contrats, Etudes jurisprudentielles, Thèse Rouen 1991. 126.

article les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ; qu'il n'est pas permis aux juges, lorsque les termes de ces conventions sont clairs et précis, de dénaturer les obligations qui en résultent et de modifier les stipulations qu'elles renferment <sup>719</sup>».

**643.** Si le grief de dénaturation a été admis en droit commun et qu'aujourd'hui la Cour de cassation n'hésite plus à censurer les interprétations dénaturantes, elle a maintenu son refus d'admettre le même grief en matière d'arbitrage. Un refus qui n'a pas été bien accueilli par la Cour d'appel de Paris.

### **B- L'exclusion du contrôle de la dénaturation, source d'une controverse jurisprudentielle**

**644.** Le rejet du grief tiré de la dénaturation commise par l'arbitre est un principe applicable non seulement en matière d'arbitrage international, mais également en matière d'arbitrage interne.

Certes, le propos essentiel de cette étude souhaite se concentrer sur la question de l'irrecevabilité du grief de dénaturation en matière d'arbitrage international, Cependant et afin de ne pas mener une étude superficielle, nous tenons à survoler la position de la jurisprudence à l'égard de l'arbitrage interne, dans le but de mieux saisir le principe général.

**645.** La Cour d'Appel de Paris a retenu le grief de dénaturation en matière d'arbitrage interne dans deux arrêts rendus le 18 juin 1974 ( arrêts Diefenbacher) qui statuaient au titre l'un de l'opposition à exequatur et l'autre de l'appel en nullité<sup>720</sup>. Dans cette affaire, la société Diefenbacher a concédé en 1964 à une autre société allemande Herbold une licence exclusive de fabrication sur des brevets dont elle était propriétaire. En 1966, la société Diefenbacher a concédé à la société belge O.C.P une licence exclusive d'exploitation des mêmes brevets pour le monde entier tout en s'engageant vis à vis de cette dernière « à ne pas renouveler, étendre, prolonger, ni remplacer » son accord de 1964 avec la société Herbold. Toutefois, la société Diefenbacher a passé avec Herbold un accord en date du 19 avril 1966

---

<sup>719</sup> Civ. 15 avril 1872, D.P., 1872. I. 176.

<sup>720</sup> CA de Paris, 18 juin 1974, Rev. Arb., 1975. 179, Note J. ROBERT.

portant résiliation des contrats antérieurs et lui concédait le droit d'exploiter librement les brevets ou dépôts de brevets mentionnés dans le contrat de fabrication de 1964. Or, en 1967, la société Diefenbacher a passé un nouveau accord avec O.C.P (qui n'emporte pas abrogation du premier) par lequel la première s'engageait à donner à cette dernière une licence exclusive d'exploitation et de fabrication pour tous pays des brevets dont elle disposait, et ce moyennant le paiement d'une somme au comptant et la stipulation d'une redevance sur le prix de vente. Ayant pris connaissance de la convention conclue entre Diefenbacher et Herbold, O.C.P a saisi le tribunal arbitral en vertu d'une clause compromissoire figurant au contrat de 1967 demandant à titre principal le remboursement de la somme payée par lui au comptant en vertu de ce contrat.

L'arbitre désigné a rejeté la demande de la société O.C.P au motif de ce que l'accord du 19 avril 1966 conclu entre Diefenbacher et Herbold restreignait les droits de celle-ci, par substitution d'une licence non exclusive à la licence exclusive que cette dernière tenait de son contrat de 1964. La sentence rendue a été attaquée par O.C.P, simultanément par la voie de l'opposition à exequatur et celle de l'appel- nullité. Par son premier arrêt, la Cour a estimé que l'opposition à exequatur était mal fondée car l'arbitre a statué conformément à sa mission. Et par le second arrêt rendu au titre de l'appel- nullité, elle a tenu pour dénaturante l'interprétation faite le tribunal arbitral et a décidé par conséquent d'annuler la sentence : « Attendu que le juge d'appel en nullité n'a pas à apprécier la valeur des motifs figurant dans une sentence arbitrale fussent-ils erronés ; que, d'autre part, l'arbitre a indiqué clairement pourquoi il estimait que Diefenbacher n'avait pas méconnu l'obligation qu'il avait contracté à l'égard de la société O.C.P dans l'acte du 4 avril 1966 ; il a en effet précisé que la convention passée avec Herbold le 19 avril 1966 restreignait les droits de la convention du 28 février 1964 dont l'existence était connue de sa co-contractante ; (...) ; Attendu que l'interprétation des actes qui lui sont soumis rentre dans le pouvoir souverain d'appréciation de l'arbitre appelé à statuer en dernier ressort ; que la dénaturation doit cependant entraîner la nullité du jugement arbitral, car une telle dénaturation constitue au même titre qu'une absence ou une contradiction de motifs, une violation des règles impératives qui gouvernent en droit français l'administration de la justice, que celle-ci soit rendue par des juges publics ou privés ; Attendu que l'arbitre a admis que Diefenbacher avait pu, le 10 avril 1966, conclure un nouvel accord avec Herbold, alors que dans sa convention du 4 avril 1966 avec la société O.C.P appelante, il s'était engagé à « ne pas renouveler, étendre, prolonger ni remplacer » l'accord du 28 février 1964 qu'il a passé avec le dit Herbold ; Qu'il a ainsi décidé, parce que selon

lui, le contrat du 13 avril 1966 retraignait les droits que Herbold tirait de la première convention ; Attendu que cette dernière appréciation rentrait dans le pouvoir de l'arbitre qui a comparé les deux contrats et estimé souverainement que la substitution à une licence exclusive de fabrication pour la République Fédérale d'Allemagne d'une licence d'exploitation comportant la vente exclusive mais affranchie de toute limite territoriale impliquait une réduction des droits du licencié ; Mais attendu que l'auteur de la sentence qui avait préalablement énoncé que les termes du protocole du 4 avril 1966 étaient clairs et insusceptibles d'interprétation les a cependant dénaturés en admettant qu'ils autoriseraient un remplacement expressément prohibé par la convention, quelle qu'ait été la portée économique du contrat de remplacement ; Que pour ce motif la sentence doit être annulée (...) ».

Dans cet arrêt, la Cour a motivé la dénaturer qu'elle sanctionnait comme constituant « au même titre qu'une absence ou contradiction de motifs, une violation des règles impératives qui gouvernent en droit français l'administration de la justice ». Or, sur cette assimilation il a été écrit que « la contradiction de motifs est sanctionnable parce qu'équivalant à l'absence de motifs, elle laisse comme celle-ci ouverte la porte à l'arbitraire du juge. Et par la même, l'absence ou la contradiction de motifs constitue la violation d'une règle essentielle, puisque destinée à assurer la garantie des justiciables contre l'arbitraire des juges. Or, la dénaturer constitue un fait incontestablement plus grave, en ce que non seulement elle réalise effectivement l'arbitraire que laissait seulement ouvert l'absence ou la contradiction de motifs, mais un arbitraire étendu à la substitution d'une obligation à une autre <sup>721</sup> ».

La position ainsi adoptée n'a pas été très bien accueillie par la Cour de Cassation française qui, par son arrêt en date du 17 novembre 1976, a pris le contre pied de l'affirmation du principe retenu par la Cour d'appel en déclarant :

« Attendu qu'en vertu de ce texte (1023 c. pr. civ) l'appel d'une sentence arbitrale est exceptionnellement recevable, nonobstant toute clause d'amiable composition ou de renonciation à l'appel, lorsqu'il tend à faire prononcer la nullité de la sentence en raison de la violation par les arbitres des règles qui se rattachent à l'ordre public ou aux droits de la

---

<sup>721</sup> ROBERT (J.), Note sous CA de Paris, 18 juin 1974, Rev. Arb., 1975. 192 et s.

défense ; que cette exception ne s'étend pas à une dénaturation des documents soumis aux arbitres (...);

Attendu que, à la suite d'un différend entre la Soc. O.C.P., d'une part, le sieur Dieffenbacher et la Soc. en commandite Wilhem Dieffenbacher, d'autre part, une sentence arbitrale a rejeté la demande de la soc. O.C.P.; aux motifs que « Dieffenbacher » n'a pas violé le protocole de la convention et la convention passés par lui avec O.C.P.;

Attendu que l'arrêt attaqué a annulé cette sentence, en retenant que son auteur, qui avait préalablement énoncé que les termes du protocole du 4 av.1966 étaient clairs et insusceptibles d'interprétation, les avait cependant dénaturés en admettant qu'ils autorisaient un remplacement (d'une convention avec la firme Herbold) expressément prohibé par la convention ; en quoi la cour d'appel a violé le texte susvisé. Par ces motifs casse...<sup>722</sup>».

Dans cet arrêt, la Cour de cassation a formulé une distinction entre la dénaturation par l'arbitre d'un document du procès et la dénaturation de la sentence arbitrale par la Cour d'appel. Ainsi, elle estime que la sentence arbitrale ne doit pas être dénaturée dans ses termes clairs et précis par le juge saisi, contre cette sentence, d'un appel- nullité ou d'une opposition à ordonnance d'exequatur. Cette dénaturation donnerait ouverture à cassation. Cependant, la Cour de cassation refuse de censurer la dénaturation par les arbitres d'un document du procès, notamment le contrat litigieux. Ce qui signifie, en raccourci, que la Cour de cassation ne considère pas le grief de dénaturation d'un document du procès comme étant d'ordre public.

De ce fait, « si la sentence arbitrale a interprété un contrat et que la Cour d'appel, dans son arrêt, a rapporté exactement l'interprétation retenue et en respecte le sens clair et précis, le grief de dénaturation est ipso facto exclu, quelle que soit la valeur de l'interprétation adoptée par les arbitres<sup>723</sup>».

Il est à observer que la position adoptée par la Cour de cassation française dans l'arrêt rapporté a été fortement critiquée. En effet, cet arrêt « sera certainement accueilli avec déception par les spécialistes de l'arbitrage, parce qu'il met fin –au moins pour un temps – à l'espoir qu'avait fait naître l'arrêt de la Cour de Paris, frappé de pourvoi (...). Sans doute

---

<sup>722</sup> Civ. 2è, 17 nov. 1976, D. 1977. 577, note BORE.

<sup>723</sup> BORE (J.), note sous Civ. 2è, 17 nov. 1976, D. 1977. 577.

l'arrêt rapporté a-t-il le mérite de rappeler opportunément que l'appel nullité ne s'identifie pas au recours en cassation et que comparaison n'est pas raison, mais beaucoup d'auteurs et de praticiens regretteront que, par fidélité aux origines du grief de dénaturation, il n'est pas reconnu à l'interdiction de dénaturer la caractère d'un principe général d'ordre public, d'une règle élémentaire dans le code des bonnes mœurs jurisprudentielles<sup>724</sup>».

La position adoptée par la Cour de cassation française n'était pas encore en mesure de faire changer d'avis la Cour d'appel sur la question. Persévérant dans sa jurisprudence, la Cour d'appel de Paris a maintenu avec force son point de vue en tenant pour recevable le grief de dénaturation (quoi que non fondé dans l'affaire en question) commis par l'arbitre, et ce dans un arrêt rendu le 20 décembre 1977<sup>725</sup>.

Dans cet arrêt, la Cour d'appel a considéré que la dénaturation est constitutive d'un excès de pouvoir : « si la règle qui prescrit au juge de faire assurer le respect de la volonté privée des parties ne présente pas un caractère d'ordre public, en revanche, le manquement de l'arbitre à son office lorsque spécialement chargé par elles d'interpréter leurs actes, il trahit leur commune intention- exprimée en termes clairs et précis, excluant tout pouvoir d'interprétation- constitue de sa part un excès de pouvoir donnant ouverture à l'appel - nullité ».

Ce n'est qu'à l'occasion de l'arrêt Fougerolle (qui statue à l'égard d'une sentence étrangère)<sup>726</sup> que la Cour d'appel de Paris a cessé sa résistance et décide de s'aligner sur la position de la Cour de cassation. Dans cette affaire, il s'agissait d'un accord conclu en 1975 entre la société Fougerolle (société de droit français) et la Banque du Proche-Orient (société de droit libanais) qui prévoyait que cette dernière apporterait à la première société son concours « en vue de l'obtention et de la bonne exécution d'un éventuel contrat » pour la construction d'un hôpital militaire à Damas, et ce moyennant le versement d'une rémunération par la société Fougerolle. L'article 2 du dit accord prévoyait que le contrat deviendrait nul de plein droit au cas où le contrat pour la construction de l'hôpital ne serait pas mis en vigueur avant une certaine date (prévue pour le 30 juin 1976). Le 27 mai 1976, le ministère de la défense de la République arabe syrienne a conclu un contrat « pour la

---

<sup>724</sup> BORE (J.), note sous Civ. 2<sup>e</sup>, 17 nov. 1976, D. 1977. 577 et 580.

<sup>725</sup> Paris, 20 décembre 1977, Rev. Arb. 1978. 501, note ROLAND-LEVY.

<sup>726</sup> Paris, 12 juin 1980, Rev. Arb., 1981. 292, note COUCHEZ.

livraison clé en main » de l'hôpital militaire avec la société Fougerolle, étant précisé que la validité de ce contrat était subordonnée à la promulgation d'un acte législatif. Laquelle promulgation n'intervient que le 27 décembre 1976.

Ayant demandé le versement de la rémunération prévue, la banque du Proche-Orient s'est heurtée à un refus de la société Fougerolle au motif que le dit accord est caduc compte tenu de la date de la promulgation. Saisis par la banque, les arbitres ont décidé que « le contrat n'avait été mis en vigueur que le 27 décembre 1976, ce qui rendait applicable l'article 2 susvisé de l'accord de 1975, mais ils ont cependant estimé que cet article ne prévoyait qu'une résiliation de plein droit, produisant seulement des effets pour l'avenir, et qu'en l'espèce, l'accord avait été « valablement conclu et exécuté pendant une période de douze mois ». Une fois que la sentence a été déclarée exécutoire, la société Fougerolle a formé deux recours le premier « une tierce opposition » à l'ordonnance d'exequatur (laquelle fut accueillie) et le second une opposition à la dite ordonnance (qui fut rejetée). En saisissant la Cour d'appel de Paris, cette dernière a estimé que ni la tierce opposition ni l'opposition ne pouvaient être accueillies. Rejoignant la Cour suprême, la Cour d'appel de Paris affirme que « la dénaturation par les arbitres de la convention qui leur a été soumise ne peut être examinée à l'occasion d'une tierce opposition formée contre l'ordonnance d'exequatur d'une sentence arbitrale étrangère ».

Reçue avec déception, certains auteurs regrettent « la disparition de la résistance qu'avait manifesté la juridiction parisienne sur le point considéré <sup>727</sup> ».

**646.** De son côté, la Cour de cassation française a maintenu sa jurisprudence excluant tout contrôle de dénaturation commise par l'arbitre en matière d'arbitrage international. Ceci est clairement énoncé dans les arrêts rendus par la première chambre et la deuxième chambre civile.

Pour sa part, la première chambre civile a rendu deux arrêts confirmant cette prise de position. Le premier arrêt est rendu le 11 décembre 1979 (arrêt *Electronica*). En l'espèce, la société française SCF fournissait à la société italienne *Electronica* des tubes électroniques que cette dernière incorporait dans le matériel qu'elle fabriquait.. Le 31 mai 1965, les deux

---

<sup>727</sup> COUCHEZ , Note sous Paris, 12 juin 1980, Rev.Arb., 1981. 302.

sociétés ont conclu un contrat de licence et d'assistance technique valable pour une période de dix ans et ce dans le but de permettre à la société italienne de fabriquer elle-même les tubes électroniques au lieu de les importer et ce moyennant une redevance de 1% sur le prix de vente du matériels produit par la société Electtronica et de 10% sur le prix de vente des tubes fabriqués par celle-ci. Cependant, la société italienne ne put, faute de moyens financiers, entreprendre la production envisagée et continua à importer des tubes électroniques sans pour autant verser à la société française ses redevances prévues. La société Electtronica a décidé de se fournir de tubes électroniques auprès d'une entreprise américaine. Dès lors la société française réclama ses redevances mais la société italienne refuse de les lui avancer. Un litige est né entre les deux parties et en vue d'une clause compromissoire, le tribunal arbitral fut saisi. Ce dernier a retenu la responsabilité de la société italienne. La société Electtronica a fait appel de la sentence en vue de prononcer sa nullité pour contrariété à l'ordre public et aux droits de la défense, mais, la Cour d'appel l'a déboutée de sa demande. Saisie, la Cour de cassation a déclaré que « la dénaturation par les arbitres de la convention à eux soumise ne peut être examinée à l'occasion de l'appel d'une sentence arbitrale qui, en raison de la renonciation par les parties à l'appel aux fins de réformation de la sentence, doit se limiter au contrôle de la violation éventuelles par les arbitres des règles d'ordre public ou des droits de la défense <sup>728</sup> ».

Le second arrêt qui a marqué la position de la première chambre civile en matière d'arbitrage international c'est l'arrêt Arkjbaief rendu le 10 mars 1981. Cet arrêt rappelle que le contrôle de la juridiction française sur la sentence étrangère se fait « au seul regard de la conception française de l'ordre public international et qu'ainsi elle n'a pas à reprendre l'examen des contrats litigieux ni même à vérifier l'absence de dénaturation des conventions par l'arbitre <sup>729</sup> ».

De son côté, la deuxième chambre civile a consolidé le principe de l'exclusion de la dénaturation en matière d'arbitrage dans deux arrêts. Le premier est rendu le 28 avril 1980 « Inex Film ». Le second arrêt est l'arrêt Fougerolle rendu le 9 décembre 1981.

---

<sup>728</sup> Cass. civ 1 ère ch. 11 décembre 1979, Rev. Arb., 1982. 419 et s.

<sup>729</sup> Cass. civ 1 ère ch. 10 mars 1980, Rev. Arb., 1982. 429.

Dans l'arrêt *Inex Film*, la deuxième chambre civile a énoncé : « Attendu que les sociétés *Inex Film* et *Inter Export* font grief à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré irrecevable leur appel tendant à l'annulation d'une sentence arbitrale rendue en dernier ressort dans le litige les opposant à la société *Universal pictures*, alors que la Cour d'appel n'aurait pu, sans dénaturer elle-même une clause claire et précise du contrat liant les parties, décider que les arbitres ne l'avaient pas dénaturée en prétendant l'interpréter ; Mais attendu que si l'appel d'une sentence arbitrale rendue en dernier ressort est exceptionnellement recevable lorsqu'il tend à en faire prononcer la nullité en raison de la violation par les arbitres de l'ordre public ou des droits de la défense, cette exception ne s'étend pas au cas où une dénaturation des documents soumis aux arbitres est alléguée ; d'où il suit que par ces motifs substitués, l'arrêt est légalement justifié <sup>730</sup> ». Dans cet arrêt la Cour de cassation a repris pratiquement la même motivation que celle avancée dans l'arrêt *Diefenbacher*.

Cet arrêt n'a pas été largement admis par la doctrine. En effet, plusieurs auteurs ont critiqué cette jurisprudence car ils estiment qu'elle accorde aux arbitres une très large liberté lui permettant de trahir impunément la volonté des parties. Ainsi, M. VIATTE a écrit dans son commentaire de cet arrêt : « on ne peut qu'enregistrer cette jurisprudence, maintenant bien affirmée, tout en regrettant que la Cour de cassation n'ait pas montré la même audace que celle dont elle avait fait preuve en 1876. Il était plus facile de censurer un véritable abus de pouvoir des arbitres à l'occasion d'une voie de recours non prévue par la loi mais qu'il avait fallu inventer pour assurer un minimum d'exactitude aux jugements arbitraux, que d'ajouter un nouveau cas d'ouverture à cassation à ceux définis par les textes. (...). Les arbitres pourront donc impunément trahir les conventions. Les parties qui ont recours à l'arbitrage doivent prendre ce risque <sup>731</sup> ».

Quant à l'arrêt *Fougerolle* <sup>732</sup>, la deuxième chambre civile a rejeté le pourvoi formulé contre la décision rendue par la Cour d'appel de Paris en date du 12 juin 1980. Dans cette arrêt il a été clairement énoncé que « la recevabilité de l'appel- nullité nonobstant renociation ne s'étend pas aux cas où sont simplement allégués une dénaturation des documents soumis aux arbitres, ou une contradiction des motifs de la sentence ».

---

<sup>730</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup> Ch. 28 avril 1980, *Gaz.Pal.*, 1980. II. 490, note VIATTE ; *Rev. Arb.*, 1982. 424.

<sup>731</sup> VIATTE (J.), Note sous Cass. civ. 2<sup>ème</sup> Ch. 28 avril 1980, *Gaz.Pal.*, 1980. II. 490.

<sup>732</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup> Ch. 9 décembre 1981, *Rev. Arb.*, 1982. 183, note COUCHEZ.

**647.** Dans son étude consacrée à la dénaturation par l'arbitre, M. ROBERT, a écrit que « si telle est la jurisprudence au regard de la dénaturation qui serait commise par l'arbitre, il faut maintenant souligner que la Cour de cassation tient pour recevable le grief de dénaturation lorsqu'il met en cause l'interprétation des conventions et documents faite non plus par l'arbitre, mais cette fois-ci par la Cour d'appel. La première chambre civile, saisie du grief, a, très classiquement, décidé que la stipulation contractuelle supposait de la part de la Cour d'appel une interprétation dont la nécessité excluait toute dénaturation. (...) Le rôle de la Cour d'appel est ici sensiblement différent de celui de l'arbitre. Si la Cour d'appel est intervenue au titre du contrôle de la sentence, son office ne mettra pas en cause le fond du litige. Si elle est intervenue comme juge d'appel, le problème se trouve ramené au cas général de la dénaturation par le juge du fond<sup>733</sup> ».

**648.** Il est à noter que la position de la jurisprudence française, face au grief de la dénaturation commis par l'arbitre, a été adoptée dans le cadre de la législation antérieure au décret du 12 mai 1981. Cette position n'a pas changé, même dans le cadre de la législation en vigueur. En, effet, les fondements présentés par les juges étatiques pour établir leur prise de position ont trouvé motifs à se maintenir en l'état actuel des textes en vigueur.

## **§2 – Fondements du principe de l'exclusion du grief de la dénaturation en matière d'arbitrage**

**649.** Les arrêts ci –dessus rapportés ont été rendus avant le décret de mai 1981. La Cour de cassation, suivie par la suite par la Cour d'appel de Paris, a bâti sa position relative à l'exclusion du grief de dénaturation sur un certain nombre d'arguments (A).

**650.** En l'Etat actuel de la législation française sur l'arbitrage, rien n'a changé dans la mesure où les fondements présentés par les juges étatiques, pour établir leur prise de position sur la question, ont trouvé motifs à se maintenir (B.).

---

<sup>733</sup> ROBERT (J.), « La dénaturation par l'arbitre, réalités et perspectives », Rev. Arb. 1982. 413.

## **A – Les fondements de l'exclusion du grief de la dénaturation sous l'empire de la législation ancienne**

**651.** La Cour de cassation et la Cour d'appel ont avancé un certain nombre d'arguments. Bien que ceux-ci soient en partie communs à l'arbitrage interne qu'international, il faut certainement distinguer chacune des deux matières.

**652.** Dans l'arbitrage interne, il ressort qu'« alors qu'il est confirmé que l'appel –nullité était à l'époque ouvert chaque fois qu'il était invoquée une violation de l'ordre public ou des droits de la défense, cette faculté ne s'étend pas à l'invocation d'une dénaturation par l'arbitre de documents du litige (...). Parce que les parties renoncent fréquemment à l'appel ou donnent de même à l'arbitre un pouvoir d'amiable compositeur, il ne conviendrait pas que la barrière ainsi posée puisse se trouver débordée à la faveur d'un grief de dénaturation <sup>734</sup>».

**653.** L'explication de l'exclusion de la dénaturation en droit interne telle qu'elle a été avancée vaut également en matière internationale. Mais, il y a un argument plus explicite qui a été clairement énoncé par la Cour suprême et la Cour d'appel de Paris, qu'il faudrait mettre en exergue. En effet, il a été retenu que ni la dénaturation ni la contradiction des motifs ne sont d'ordre public international.

Dans ce cadre, M. ROBERT a écrit, « de la sorte, si la dénaturation doit n'être jamais d'ordre public, mais traduit seulement la sanction de l'obligation de respecter la volonté privée, a fortiori elle n'est pas d'ordre public international. Mais, même si elle doit se ramener à une contradiction de motifs, celle-ci n'est pas d'avantage d'ordre public international. Si enfin le refus d'admission qui frappe la dénaturation par l'arbitre procède d'une volonté profonde de ne pas remettre en cause le litige au fond tel que jugé par l'arbitre, alors l'assimilation est complète entre la matière interne et internationale <sup>735</sup>».

---

<sup>734</sup> ROBERT (J.), « La dénaturation par l'arbitre, réalités et perspectives », Rev. Arb. 1982. 414.

<sup>735</sup> ROBERT (J.), « La dénaturation par l'arbitre, réalités et perspectives », Rev. Arb. 1982. 414 et s.

**654.** Don son analyse de l'exclusion du grief de dénaturation par l'arbitre, Mme MALEVILLE a ramené l'exclusion du grief de dénaturation en matière d'arbitrage au fait que le contrôle de dénaturation commise par l'arbitre ne peut être exercé par la Cour de cassation puisque la sentence arbitrale n'est pas susceptible de pourvoi en cassation conformément à l'article 1481 du Nouveau Code de procédure civile.

**655.** Les motifs avancés par la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation pour expliquer l'exclusion du grief de la dénaturation commise par l'arbitre trouvent un terrain propice à se maintenir sous l'empire de la législation en vigueur.

### **B – Les fondements de l'exclusion du grief de la dénaturation sous l'empire de la législation en vigueur**

**656.** La position adoptée par la jurisprudence a été consacrée par le Nouveau Code de procédure civile. Ainsi, il a été écrit que « quoiqu'il en soit, le pouvoir réglementaire vient de consacrer la position adoptée par la Cour suprême. Le décret n° 80-354 du 14 mai 1980, destiné à s'intégrer dans le Nouveau Code de procédure civile et qui contient une nouvelle réglementation de l'arbitrage indique limitativement, dans son article 44 les cas dans lesquels une sentence en dernier ressort peut être annulée à la suite du recours qu'il institue, la dénaturation par l'arbitre des preuves qui lui sont soumises, ne figure pas dans l'énumération. Les arbitres pourront donc impunément trahir les conventions. Les parties qui ont recours à l'arbitrage doivent prendre ce risque <sup>736</sup>».

**657.** Le Nouveau Code de procédure civile a fixé les cas d'ouverture d'un recours en annulation d'une manière limitative. L'étude des articles 1484 et 1502 nous permet de déduire que le grief de dénaturation ne figure pas dans la liste des voies de recours. M. DE BOISSESON estime que seuls les vices les plus graves qui peuvent entacher la sentence arbitrale ont été prévus. Selon lui, « cet objectif ne peut être atteint qu'avec une certaine prudence. Il faut éviter que la sentence puisse être annulée sous n'importe quel prétexte. Cette prudence se révèle, en filigrane, dans les solutions données par la jurisprudence la plus

---

<sup>736</sup> VIATTE (J.), Note sous Cass. Civ., 28 avril 1980, Gaz. Pal., 1980. I. 490.

récente, qui n'accepte d'annuler que les atteintes flagrantes aux droits de la défense ou à des règles d'ordre public. Mais elle se manifeste aussi dans le refus de sanctionner une sentence qui aurait dénaturé un acte soumis à l'arbitre <sup>737</sup>».

En droit interne, l'article 1484 du Nouveau Code de procédure civile a prévu six cas d'ouverture du recours en annulation de la sentence :

- a- l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expirée
- b le tribunal arbitral a été régulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné
- c- l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui a été conférée
- d- l'arbitre n' a pas respecté le principe de la contradiction
- e- la sentence est entachée d'un vice entraînant sa nullité en vertu de l'article 1480
- f - l'arbitre a violé une règle d'ordre public

De son côté l'article 1502 du Nouveau Code de procédure civile énumère cinq cas d'ouverture du recours en annulation contre la sentence arbitrale. Il s'agit de :

- a- l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expirée
- b- le tribunal arbitral a été régulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné
- c- l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui a été conférée
- d-le principe de la contradiction n'a pas été respecté
- e- la reconnaissance ou l'exécution de la sentence sont contraires à l'ordre public

**658.** En se basant sur les articles 1484 et 1502, la jurisprudence est plus certaine pour ce qui concerne le contrôle de la dénaturation. Ainsi, elle considère que le grief de dénaturation ne fait pas partie de ceux que l'on peut invoquer au titre des articles 1484 et 1502. Elle est constante à dire que ces articles doivent être interprétés restrictivement en rappelant que l'énumération est précédée des termes « il (le recours en annulation) n'est ouvert que dans les cas suivants ... <sup>738</sup>».

---

<sup>737</sup> DE BOISSESON (M.), Le droit français de l'arbitrage interne et international, JOLY, n° 468.

<sup>738</sup> V. JARROSSON (Ch.), note sous Paris, 16 juin 1988, Rev. Arb., 1989. 320.

Le caractère limitatif des motifs de recours à l'encontre de la sentence arbitrale a été fortement confirmé à plusieurs reprises. A ce titre on cite pour exemple les arrêts suivants :

Le premier arrêt en date du 15 février 1996 est rendu par la Cour d'appel de Paris pour qui « il convient d'apprécier le bien –fondé du recours en annulation par référence exclusive aux articles 1502 et suivants NCPC <sup>739</sup> ». Le second arrêt est rendu le 14 juin 2001 par la même juridiction qui annonce que « le régime interne ou international de l'arbitrage détermine notamment celui des voies de recours à l'égard des sentences qu'il n'appartient pas aux parties de modifier, fût-ce par accord exprès conformément à l'article 12 NCPC ; la qualification de l'arbitrage, interne ou international, et par suite la détermination des voies de recours ouvertes, est fonction, non de la volonté des parties, mais de la nature des relations économiques qui en sont à l'origine <sup>740</sup> ».

Dans le même sens, la Cour de cassation française a retenu que « l'office de la Cour d'appel, saisie en vertu des articles 1502 et 1504 NCPC est limité à l'examen des vices énumérés par ces textes <sup>741</sup> ».

**659.** Il est à noter que le caractère restrictif des motifs de recours à l'encontre de la sentence doit être relativisé. En effet, la position des juridictions françaises qui consiste à refuser d'admettre d'autres cas de recours que ceux qui sont expressément mentionnés est critiquable car bien que les griefs recevables pour demander l'annulation de la sentence arbitrale sont énumérés limitativement, chacun de ces griefs peut absorber, à lui seul, plusieurs cas d'ouverture d'un recours contre la sentence. En d'autres termes, seule l'énumération est limitative mais chaque motif énoncé peut être lu d'une manière extensive. Ainsi, il a été souligné qu'il n'est pas « nécessaire que le vice allégué soit expressément mentionné dans cet article pour constituer un cas d'ouverture d'annulation : il suffit qu'il soit compris, au besoin implicitement <sup>742</sup> ».

---

<sup>739</sup> Paris, 15 février 1996, Rev. Arb., 2001. 808.

<sup>740</sup> Paris, 14 juin 2001, Rev. Arb., 2001. 810, note, Y. DERAÏNS.

<sup>741</sup> C. Cass., 2 décembre 1993, Rev. Arb., 1994.130.

<sup>742</sup> BELLET(P.), note sous C. Cass., 2 décembre 1993, Rev. Arb., 1994.130.

En effet, dans certaines législations nationales, le principe du contradictoire ne constitue pas un motif indépendant d'ouverture d'un recours à l'encontre de la sentence arbitrale, et malgré cela il est considéré comme faisant partie de règles procédurales ayant un caractère d'ordre public<sup>743</sup>. Le même raisonnement est valable pour les droits de la défense. C'est pour cette raison que le silence de l'article 1502 sur le grief de dénaturation n'est pas, à lui seul, un fondement convaincant. Le fondement réel de l'exclusion de ce grief par les juridictions françaises se situe sur un autre plan.

**660.** En réalité, l'exclusion du grief de dénaturation trouve sa justification essentielle dans l'interdiction faite aux juges de toucher au fond des sentences. En effet, l'analyse de la jurisprudence française révèle que le juge de contrôle refuse catégoriquement de contrôler l'interprétation des actes litigieux par les arbitres. Ce refus trouve son fondement dans la prohibition qui est faite au juge étatique de réviser au fond la sentence arbitrale. En effet, les juridictions françaises tiennent pour acquis les éléments de fait ou de droit retenus par le tribunal arbitral<sup>744</sup>.

Dans ce contexte, il n'est pas surprenant que les juridictions françaises refusent de sanctionner la dénaturation du contrat commise par l'arbitre. C'est la conséquence logique du refus de contrôler l'interprétation des actes litigieux faite par l'arbitre<sup>745</sup>. En effet, la jurisprudence est constante à dire que « l'annulation d'une sentence arbitrale pour cause de violation par l'arbitre d'une règle d'ordre public ne s'étend pas au cas où est seulement alléguée la dénaturation des documents soumis à l'arbitre<sup>746</sup> ».

**661.** Le refus de contrôler l'interprétation est manifeste au point de refuser d'établir tout rapprochement entre la dénaturation et la violation de l'ordre public international. En effet, il est acquis que « le motif de nullité tiré de la dénaturation des éléments de fait soumis à l'appréciation du tribunal arbitral, à supposer cette dénaturation établie, ne constitue pas une violation de l'ordre public entraînant la nullité de la sentence<sup>747</sup> ».

---

<sup>743</sup> v. Chapitre II du présent titre.

<sup>744</sup> v. les développements de cette question dans le chapitre II du présent titre.

<sup>745</sup> v. Chapitre I du présent titre.

<sup>746</sup> Paris, 8 juin 1984, Rev. Arb., 1984. 516, note JARROSSON.

<sup>747</sup> Paris, 20 avril 2000, Rev. Arb., 2001. 806, note, Y. DERAÏNS.

On retrouve cette même formulation dans un autre arrêt de la Cour d'appel de Paris où elle déclare que « la dénaturation d'une convention par les arbitres, à la supposer établie, ne constitue pas une violation de l'ordre public entraînant la nullité de la sentence » et elle ajoute que « l'inanité du moyen proposé démontre le caractère purement dilatoire du recours ; ce comportement caractérise une faute de nature à faire dégénérer en abus le droit d'agir en justice, et justifie que soit indemnisé le préjudice qui en résulte <sup>748</sup> ».

**662.** Il est à observer que même si le fondement relatif à la prohibition de réviser au fond les sentences arbitrales a été fortement critiqué par la doctrine, en ce qu'il retreint l'effectivité et l'efficacité du contrôle de la sentence notamment au regard de l'ordre public, la jurisprudence est constante à le rappeler. Une constance qui demeure justifiée par la « cohérence juridique ». C'est ce qui a été avancé par BELLET qui voit que « l'obstination avec laquelle, déjà bien avant la réforme de l'arbitrage, la Cour suprême s'était opposée à l'admission du grief de dénaturation à l'égard des arbitres, s'explique donc, non pas seulement par la crainte d'une multiplication des recours, mais par des raisons de pur droit, la cohérence juridique. La Cour ne pouvait pas, à la fois interdire aux Cours d'appel chargées de contrôler la validité des sentences, de toucher au fond des litiges, et permettre à ces juridictions de rechercher si les décisions des arbitres étaient entachées de dénaturation <sup>749</sup> ».

**663.** Après avoir déterminé les fondements de l'exclusion du grief de dénaturation commise par l'arbitre, il convient de s'arrêter sur la portée de cette exclusion.

---

<sup>748</sup> Paris, 5 novembre 1985, Rev. Arb., 1987. 81, note B.M.

<sup>749</sup> BELLET(P.), note sous C. Cass., 2 décembre 1993, Rev. Arb., 1994.131.

## **SECTION II – PORTEE DE L'EXCLUSION DU GRIEF DE LA DENATURATION**

**664.** L'étude de la portée de l'exclusion du grief de la dénaturation implique forcément l'analyse de l'étendue de ce principe, autrement dit de son champ d'application (§1).

**665.** Par ailleurs, il faut noter que le principe de l'exclusion du grief de dénaturation commise l'arbitre introduit par la jurisprudence et reconnu par la législation en vigueur n'a pas été largement admis par la doctrine. En effet, une partie de cette doctrine a tenté d'interpréter la législation en vigueur afin de trouver des substituts pour pallier l'exclusion du grief de dénaturation (§2).

### **§1 – L'étendue du principe de l'exclusion de la dénaturation**

**666.** La dénaturation ne constitue pas un grief recevable en matière d'arbitrage. Cette exclusion est valable aussi bien pour l'arbitrage interne qu'international (A). La sentence arbitrale rendue par l'arbitre amiable compositeur ou par l'arbitre de droit (B), et qui contient une interprétation dénaturante des actes litigieux (C), ne peut pas être attaquée sur la base de la dénaturation.

#### **A - Le principe de l'exclusion et la nature d'arbitrage**

**667.** Le rejet du grief de la dénaturation des voies de recours ouverts à l'encontre de la sentence arbitrale est valable aussi bien en matière d'arbitrage interne qu'international.

En effet, d'abord, la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation ont retenu ce principe indépendamment de la nature d'arbitrage. Certes, les arrêts rendus en matière interne et qui ont énoncé le principe de l'exclusion de la dénaturation par l'arbitre des documents du litige sont moins nombreux que ceux rendus en matière internationale, mais ceci ne modifie en rien l'idée de principe.

En outre, nous avons exposé dans les développements précédents que les raisons du refus du grief de dénaturation par l'arbitre sont, pour partie communes à l'arbitrage interne et international.

Ensuite, le grief de dénaturation ne figure pas dans la liste des voies de recours fixée par les articles 1484 et 1502 du Nouveau Code de procédure civile respectivement relatifs au droit de l'arbitrage interne et international.

**668.** Qu'elle soit commise par un arbitre statuant en droit ou statuant en amiable composition, la dénaturation n'est pas sanctionnée au titre des griefs énoncés par l'article 1502 du N.C.P.C.

### **B- Le principe de l'exclusion de la dénaturation et qualité de l'arbitre**

**669.** Il ressort de la jurisprudence hostile à accueillir le grief de la dénaturation en matière d'arbitrage, que cette exclusion est constante abstraction faite de la qualité de l'arbitre qui a commis l'interprétation dénaturante : statuant en droit ou en amiable compositeur, le principe demeure valable.

**670.** Si on se réfère aux arrêts qui affirment le principe de l'exclusion du grief de la dénaturation, nous pouvons constater que le juge de contrôle ne met pas l'accent sur la qualité de l'arbitre lorsqu'il se prononce sur la question de la dénaturation en ce sens qu'il utilise la notion d'arbitre d'une manière générale sans s'arrêter sur sa qualité. C'est le cas de l'arrêt Dieffenbacher rendu le 17 novembre 1976 où, bien que l'arbitre qui a rendu la sentence attaquée statuait en équité, la Cour a mis en exergue l'exclusion du grief de la dénaturation sans s'arrêter sur la qualité de l'arbitre : « si (...) l'appel d'une sentence arbitrale est exceptionnellement recevable, nonobstant toute clause d'amiable composition de renonciation à l'appel, lorsqu'il tend à faire prononcer la nullité de la sentence à raison de la violation par les arbitres des règles qui se rattachent à l'ordre public ou aux autres droits de la défense, cette exception ne s'étend pas à la dénaturation des documents soumis aux arbitres<sup>750</sup> ».

---

<sup>750</sup> Cass. Civ., 17 nov. 1976, Rev.Arb., 1977. n°3. 281.

De même, l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 12 juin 1980 a énoncé d'une manière générale que « la dénaturation par les arbitres de la convention qui leur a été soumise ne peut être examinée ... ».

**671.** Si le principe de l'exclusion du grief de la dénaturation s'applique aussi bien à l'arbitre statuant en droit qu'en équité, la question qui se pose consiste à savoir quels sont les documents qui rentrent dans le champ d'application de ce principe.

### **C- Les documents objet de l'exclusion**

**672.** La jurisprudence étatique est constante pour refuser de sanctionner une sentence qui aurait dénaturé « un acte soumis à l'arbitre <sup>751</sup> ». La question qui s'impose consiste à déterminer les pièces qui sont interprétées par l'arbitre sans que cette interprétation, fut elle dénaturante, ne soit sanctionnée.

**673.** Pour trouver la réponse, il faudrait se pencher sur les arrêts de la Cour de cassation ainsi que ceux de la Cour d'appel de Paris qui ont mis en exergue le principe de l'exclusion du grief de la dénaturation.

A la lumière de cette analyse, nous constatons que les arrêts utilisent plusieurs expressions pour désigner les documents susceptibles d'être « impunément » dénaturés par l'arbitre. Parfois, ils parlent « de documents soumis aux arbitres <sup>752</sup> ». Dans d'autres arrêts, on trouve l'expression « la dénaturation des contrats litigieux », ou également la dénaturation « des conventions par l'arbitre <sup>753</sup> ».

**674.** La généralité des notions utilisées nous permet de déduire qu'hormis la différence des expressions utilisées, l'exclusion du grief de la dénaturation s'étend aux documents soumis à l'arbitre à l'occasion du litige et plus précisément à tout acte qui peut refléter l'intention des parties. En effet, lorsqu'on parle de dénaturation, on vise essentiellement le

---

<sup>751</sup> Une expression utilisée par DE BOISSESON (M.), *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, JOLY, n° 468.

<sup>752</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup> Ch. 28 avril 1980, *Gaz. Pal.*, 1980. II. 490, note VIATTE ; *Rev. Arb.*, 1982. 424.

<sup>753</sup> Cass. civ 1 ère ch. 10 mars 1980, *Rev. Arb.*, 1982. 429 ; Cass. civ 1 ère ch. 11 décembre 1979, *Rev. Arb.*, 1982. 419 et s.

sens clair voulu par les contractants. Par conséquent tout acte qui traduit ce sens entre dans le champ d'application du principe de l'exclusion du grief de la dénaturation par l'arbitre.

**675.** Sans être exhaustif, il s'agit d'abord, des contrats et des conventions conclus par les parties. Ainsi que les conclusions, pièces, documents de toutes sortes qui sont échangés entre elles.

En outre, la dénaturation peut également porter sur les documents et pièces « qui n'ont aucun caractère directement contractuel ». C'est le cas des procès-verbaux, cahiers de charges, rapports d'expertise<sup>754</sup>.

Dans son article sur la dénaturation par l'arbitre, M. ROBERT a restreint l'étendue du principe de l'exclusion du grief de la dénaturation par l'arbitre des documents qui lui sont soumis. Selon lui, « la seule exception, sans doute bien rare, tiendrait à la dénaturation d'un document lui-même d'ordre public international (traité, droit communautaire, etc)<sup>755</sup> ».

**676.** Nous avons expliqué dans les développements précédents que l'arbitre peut être amené à interpréter le droit applicable au fond. En effet, il arrive souvent que le droit en question soit une source d'ambiguïté que l'arbitre tient à soulever afin de trouver la solution au litige.

Cette interprétation se fait, selon M. TALAUD<sup>756</sup>, conformément aux règles interprétatives retenues dans le système juridique du droit applicable au fond. Mais, le risque de dénaturer le sens clair des textes, quoiqu'il se concrétise rarement, existe.

Lorsque l'arbitre dénature les normes juridiques qui ont un caractère d'ordre public et que cette dénaturation aboutit à une solution qui heurte l'ordre public, cette dénaturation est sanctionnée. Dans cette hypothèse, la sanction est infligée non pour sanctionner l'interprétation dénaturante en soi-même, mais, pour réprimer la contrariété à l'ordre public que produit cette dénaturation<sup>757</sup>.

---

<sup>754</sup> ROBERT (J.), « La dénaturation par l'arbitre, réalités et perspectives », Rev. Arb. 1982. 409.

<sup>755</sup> ROBERT (J.), « La dénaturation par l'arbitre, réalités et perspectives », Rev. Arb. 1982. 416.

<sup>756</sup> THALAUD, L'arbitre source de droit, Thèse Orléans 1996.

<sup>757</sup> V. Chapitre II du présent titre.

**677.** Il est à observer que la dénaturation de la convention d'arbitrage par l'arbitre n'entre pas dans le champ d'application du principe de l'exclusion du grief de dénaturation par l'arbitre car en dénaturant la convention, c'est le fondement des pouvoirs de l'arbitre qui est mis en jeu. De ce fait, la sentence risque d'être annulée car en dénaturant le compromis ou la clause compromissoire, l'arbitre risque de se trouver face à l'un des cas d'ouverture d'un recours en annulation contre la sentence qui consiste dans le fait de statuer sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée ou de statuer sans se conformer à la mission qui lui a été conférée.

Cette idée a été largement analysée par M. BORE qui a opéré une distinction entre la dénaturation du compromis et des autres documents du procès. Selon lui « Si l'appel-nullité se distingue du recours en cassation, il se distingue aussi de l'opposition à ordonnance d'exequatur de la sentence arbitrale, qui est une autre voie de nullité, qu'organise l'art. 1028 c.pr.civ., dans les cas qu'il énumère limitativement. Cette opposition a pour objet essentiel d'assurer le respect par les arbitres du compromis d'arbitrage, qui constitue la base même de leur pouvoir juridictionnel et qui en définit l'étendue. Et l'art. 1928-1 sanctionne, notamment par le refus de l'opposition, toute violation des termes du compromis, c'est à dire toute méconnaissance des stipulations contenues dans la convention des parties . Il est manifeste que cette ouverture permet de faire censurer par le juge d'opposition, non seulement toute la méconnaissance des limites du litige définies par le compromis (dénaturation des termes du litige), mais encore toute violation d'une clause claire et précise du compromis. Par la même, le juge de l'opposition exerce le contrôle du refus d'application et celui de la dénaturation du compromis, sous l'autorité de la Cour de cassation, qui vérifie si son appréciation a été correcte. C'est donc exclusivement dans le cadre de l'appel-nullité et pour les documents du procès autres que le compromis d'arbitrage que l'admission du grief de dénaturation fait difficulté <sup>758</sup>».

**678.** Déplorant le rejet de la dénaturation comme moyen d'annulation de la sentence arbitrale ou de refus d'exequatur, une partie de la doctrine a tenté d'interpréter la législation en vigueur afin de trouver des substituts pour pallier l'exclusion du grief de dénaturation.

---

<sup>758</sup> BORE (J.), Note sous Cass. civ., 17 nov. 1976. Dalloz Sirey 1977. I. 578.

## §2 – Les palliatifs proposés par la doctrine

**679.** Une partie de la doctrine a fortement critiqué le principe de l'exclusion du grief de dénaturation par l'arbitre. Plusieurs écrits ont manifesté leur regret de rejeter ce grief et certains auteurs reprochent à la Cour de cassation française de ne pas avoir montré la même audace dont elle avait fait preuve en 1876.

Ainsi, il a été observé que « la jurisprudence consacrée (...) ne manquera pas, si elle se maintient, de susciter des difficultés pratiques, lorsque les parties se trouvent face d'une sentence arbitrale qui a méconnu de façon flagrante les stipulations claires et précises d'une convention ou le contenu d'un document de preuve. Aussi faut-il s'interroger sur les substituts que pourrait comporter le grief de dénaturation actuellement écarté. Si ce grief leur est refusé, à quel substitut peuvent-elles se raccrocher. Il leur faudra choisir entre plusieurs ouvertures, comme sur un menu à la carte, selon la nature du vice qui infecte la sentence entreprise<sup>759</sup> ».

De même, la consécration par le Nouveau code procédure civile de cette jurisprudence, en ne faisant pas figurer la dénaturation par l'arbitre parmi les cas d'ouverture d'un recours en annulation contre la sentence, constitue selon les opposants de ce rejet une voie pour les arbitres de trahir impunément les conventions des parties<sup>760</sup>.

**680.** C'est dans ce cadre que certains auteurs ont essayé de trouver le moyen permettant de pallier le rejet du grief de dénaturation par l'arbitre en proposant d'autres griefs qui peuvent selon eux se rapprocher de la dénaturation. A ce titre plusieurs palliatifs ont été proposés. Certains auteurs essaient de trouver un rapprochement entre le contrôle de la motivation et la dénaturation (A) d'autres mettent l'accent sur le grief du non respect de sa mission par l'arbitre comme étant une manière de contourner le rejet de la dénaturation (B).

---

<sup>759</sup> BORE (J.), Note sous Cass. civ., 17 nov. 1976. Dalloz Sirey 1977. I. 579.

<sup>760</sup> VIATTE (J.), note sous Cass. civ., 28 avril 1980, GAZ. Pal., 1980. II. 490.

## A – La dénaturation et le contrôle de la motivation

**681.** Le rapprochement entre la dénaturation et le contrôle de la motivation a été mis en exergue par le Doyen Marty qui voyait qu' «en constatant qu'il n'y a pas de clarté et de précision en soi, la Cour de cassation autorise le juge du fait à s'éloigner du sens évident d'une clause uniquement s'il en donne des raisons admissibles (...). Elle n'exclut pas qu'il puisse y avoir lieu à interprétation malgré une clarté apparente <sup>761</sup> ». Il ajoute que « dans la censure pour dénaturation une cassation pour absence de motifs sérieux et faisant ainsi directement de ce grief une sanction de l'obligation de motiver<sup>762</sup> ». Selon cette théorie, « le juge du fond, même en présence d'un acte clair, aurait le pouvoir de rechercher quelle a été la commune intention des parties une interprétation divergente, pourvu que celle-ci s'appuie sur des motifs sérieux <sup>763</sup> ».

**682.** A priori ,cette théorie n'a pas été suivie par la Cour de cassation. Bien qu'elle procède à un contrôle de la motivation, elle retient le critère de la clarté de l'acte pour s'arrêter sur l'existence de la dénaturation. Ainsi, elle estime que « l'acte doit être appliqué et n'autorise aucune interprétation, quelle que soit la valeur des motifs invoqués ; inversement, lorsque l'acte est ambigu, l'interprétation, même contestable, qu'en donne le juge du fond, est souveraine et exclut par sa nécessité, toute dénaturation, quelle que soit la valeur des motifs avancés pour la justifier<sup>764</sup> ».

Cependant, il est à observer qu'une partie de la doctrine trouve que la fidélité de la Cour de cassation au critère de l'acte clair n'exclut pas le rattachement du grief de dénaturation au contrôle de la motivation. Dans cette optique , il a été écrit qu' « en censurant ou non la dénaturation des contrats, la Cour de cassation surveille en réalité la motivation de l'interprétation. Cependant, elle apprécie souplement la justification de l'interprétation afin d'assurer une certaine équité au sein des conventions. Le juge altère une convention toutes les

---

<sup>761</sup> MARTY (G.), « La distinction du fait et du droit », Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait, Toulouse Sirey, 1929. 149.

<sup>762</sup> MARTY (G.), « La distinction du fait et du droit », Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait, Toulouse Sirey, 1929. 321.

<sup>763</sup> MARTY (G.), « La distinction du fait et du droit », Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait, Toulouse Sirey, 1929. 321.

<sup>764</sup> Cass. civ., 23 février 1970, Bull. civ. III, n°151, p. 112.

fois qu'il ne justifie pas pertinemment la nécessité de l'interpréter ou qu'il se contredit en l'interprétant<sup>765</sup> ».

**683.** Les enseignements du Doyen Marty ont influencé certains auteurs qui préconisent que la dénaturation présente une parenté certaine avec l'absence de motifs (I), la contradiction de motifs (II) et l'insuffisance du motifs (III).

### **I – Le défaut de motifs**

**684.** Une partie de la doctrine a vu dans l'absence de motifs un grief auquel le litigant peut se référer pour pallier l'exclusion de la dénaturation.

L'obligation de motiver implique pour le juge ou l'arbitre de mettre en lumière les raisons qui l'ont conduit à se déterminer dans un sens plutôt que dans un autre. De ce fait, cette obligation permet aux parties, non seulement de s'assurer que l'acte juridictionnel n'est pas un acte purement arbitraire, mais également « de se rendre compte de la manière dont leur litige a été tranché par le juge en qui elles ont placé leur confiance. Et cet aspect pédagogique de la sentence n'est pas négligeable. Certes, énoncer les motifs d'une décision, c'est inévitablement prendre le risque de l'exposer à la critique, à l'esprit de chicane. Mais globalement, la partie qui a succombé est plus naturellement portée à exécuter spontanément la sentence, ou en tout cas à s'abstenir d'exercer tout recours inutile, si elle connaît les raisons de son échec<sup>766</sup> ».

Le rapprochement entre l'absence de motif et la dénaturation a été souligné par M. BORE qui a écrit : « l'obligation de motiver ayant, de jurisprudence constante, un caractère d'ordre public, le défaut de motifs peut être utilisé sous deux formes, au lieu et place de dénaturation. Il peut être utilisé tout d'abord, sous sa forme classique du défaut de réponse à conclusions, dans deux cas : en cas de dénaturation des conclusions elles-mêmes et en cas de dénaturation par omission d'un document du procès, spécialement d'un document contractuel

---

<sup>765</sup> MALEVILLE (M.H.), Pratique de l'interprétation des contrats, Etudes jurisprudentielles, Thèse Rouen 1991. 145.

<sup>766</sup> ORTSCEIDT(J.), Note sous CA. Paris 25 mars 2004, Rev. Arb., 2004. n°3. 675.

(...). En outre, il est une forme de dénaturation, la dénaturation par omission, qui s'accompagne d'un défaut de réponse à conclusions, chaque fois que l'une des parties a invité le juge à appliquer la clause claire sur laquelle il a omis de se prononcer. A défaut de pouvoir invoquer la dénaturation de l'acte, la partie pourra donc soulever un grief de défaut de réponse à conclusions et faire censurer sur cette base, la sentence arbitrale, pour violation de l'obligation de motiver les jugements <sup>767</sup>».

Cependant après avoir proposé la possibilité de se baser sur le défaut de réponse aux conclusions, M. BORE reconnaît que cette « possibilité peut surprendre de prime abord, si l'on sait que quelques arrêts de la première chambre civile ont proclamé l'incompatibilité des griefs de défaut de réponse aux conclusions et de dénaturation des conclusions, le motif qui déforme les conclusions constituant en quelque sorte une réponse - incorrecte sans doute mais néanmoins présente dans la décision - aux écritures prétendument délaissées <sup>768</sup>». A l'état actuel, cette jurisprudence est constante et l'arrêt rendu le 31 Janvier 2002 en donne un très bon exemple. En effet, la Cour y déclare que « le grief tiré du défaut de réponse à des chefs de conclusion n'entre dans aucun cas d'ouverture du recours en annulation <sup>769</sup>».

**685.** Il est à noter que, la proposition de remplacer le grief de dénaturation, qui est irrecevable, par le grief d'absence de motifs n'est pas fiable notamment en matière d'arbitrage international. En effet, le Nouveau code de procédure civile ne requiert la motivation de la sentence qu'en matière d'arbitrage interne. Le manquement par l'arbitre à l'obligation de motiver, reconnue d'ordre public, emporte la possible annulation de la sentence.

L'exigence de motivation n'est pas formulée en matière d'arbitrage international. Une sentence arbitrale ne serait pas, de ce seul fait, contraire à la conception française de l'ordre public international et insusceptible de reconnaissance ou d'exécution en France. Ce n'est que si la loi applicable à la procédure ou la convention d'arbitrage requérait la motivation ou si l'absence de motivation dissimulait une violation des droits de la défense que les juridictions françaises sanctionneraient l'absence de motivation par l'annulation de la sentence <sup>770</sup>.

---

<sup>767</sup> BORE (J.), Note sous Cass. civ., 17 nov. 1976. Dalloz Sirey 1977. I. 580.

<sup>768</sup> Idem. 580.

<sup>769</sup> Cass. civ. 31 janvier 2002, Bull. civ., II, n°9.

<sup>770</sup> V. Chapitre II du présent titre.

**686.** A ce premier palliatif proposé s'ajoute un second qui est relatif à la contradiction des motifs.

## **II- La contradiction de motifs**

**687.** Aux termes d'une jurisprudence qui n'est plus établie de nos jours<sup>771</sup>, la contradiction des motifs constitue un défaut de motifs dans la mesure où les motifs contradictoires se détruisent et s'annihilent réciproquement. De ce fait, l'absence de motifs, assimilée à la contradiction de motifs, « était sanctionné tant dans l'arbitrage interne qu'en matière d'arbitrage international. En ce dernier domaine, dès lors, la contrariété de motifs dans la sentence ne pouvait être fustigée que s'il était démontré que la procédure d'arbitrage relevait d'une loi exigeant l'obligation de motivation<sup>772</sup> ».

En analysant le lien entre la dénaturation et la contradiction de motifs, Mme MALEVILLE estime que « la Cour de cassation rapproche plus rarement la dénaturation de la contradiction de motifs. (...) Puisque la Cour de cassation exige des juges du fond une interprétation motivée, le pouvoir d'interprétation dépend de la capacité des juges du fond à convaincre la Cour de cassation des imperfections du contrat. Ce pouvoir sera exclu toutes les fois que l'équivoque n'est pas assez pertinente, que la clarté d'une clause est manifeste. Toutefois, sous prétexte de contrôler la motivation des décisions des juges du fond, la Cour de cassation fait prévaloir ses mobiles, orientant ainsi la clarté selon ses propres objectifs<sup>773</sup> ».

De son côté, le Doyen Marty voit que le lien entre la dénaturation et la contradiction de motifs est très manifeste dans la mesure où il considère que « la dénaturation est la fille de la contradiction de motifs, puisqu'elle consiste à faire ressortir la contradiction existante entre le document clair et précis<sup>774</sup> ».

---

<sup>771</sup> V. Revirement fait par la Cour d'appel de Paris en date du 1 novembre 2000, Rev. Arb., 2001. n°4. 742 et s.

<sup>772</sup> LECUYER (H.), note sous CA Paris, 1 novembre 2000, Rev. Arb., 2001. n°4. 742 et s.

<sup>773</sup> MALEVILLE (M.H.), Pratique de l'interprétation des contrats, Etudes jurisprudentielles, Thèse Rouen 1991. 145.

<sup>774</sup> MARTY, « La distinction du fait et du droit », Thèse Toulouse 1929. 321.

**688.** Influencés par ce rapprochement, certains auteurs voient dans le grief de contradiction de motifs un support qui peut suppléer l'exclusion du grief de dénaturation en matière d'arbitrage. Ainsi, il a été écrit que « la sentence qui statue en droit et dénature une convention claire et précise, commet une contradiction ou une insuffisance de motifs et devrait encourir l'annulation (...) parce qu'elle viole une règle d'ordre public <sup>775</sup> ».

Dans la même optique, M. BORE souligne dans un premier temps que « la différence qui sépare les deux ouvertures et que la contradiction de motifs suppose que l'incompatibilité des motifs résulte de la sentence elle-même, alors que la dénaturation n'apparaît que par la comparaison de l'arrêt attaqué et de la pièce dénaturée chaque fois que l'arrêt n'a pas intégralement cité la teneur de celle-ci ». Puis il rajoute que « cette différence n'est pas cependant insurmontable, puisque (...) pour affranchir cette distance, il faut admettre que la seule référence de la sentence à un document du procès, suffit à intégrer à la décision attaquée le document sur lequel le juge prétend se fonder et à établir ainsi une contradiction interne de la décision <sup>776</sup> ».

**689.** Néanmoins, le palliatif relatif à la contradiction de motif ne peut être retenu surtout suite au revirement jurisprudentiel qui rompt avec la jurisprudence traditionnelle reconnaissant au juge du contrôle de la régularité de la sentence le pouvoir de sanctionner la contradiction de motifs.

En effet, par un arrêt rendu le 16 novembre 2000, la Cour d'appel de Paris confirme le revirement jurisprudentiel de la Cour de cassation qui a clairement énoncé : « attendu qu'hors les cas, définis par l'article 1502 du Nouveau code de procédure civile, de violation du principe de la contradiction ou de l'ordre public international, le contenu de la motivation de la sentence arbitrale échappe au contrôle du juge de la régularité de la sentence ; que le moyen fondé sur une contradiction de motifs de la décision arbitrale était donc irrecevable, de sorte que l'arrêt attaqué se trouve légalement justifié <sup>777</sup> ».

---

<sup>775</sup> MALEVILLE (M.H.), *Pratique de l'interprétation des contrats, Etudes jurisprudentielles*, Thèse Rouen 1991. 145. 130.

<sup>776</sup> BORE (J.), Note sous Cass. civ., 17 nov. 1976. *Dalloz Sirey* 1977. I. 580.

<sup>777</sup> CA Paris, 1 novembre 2000, *Rev. Arb.*, 2001. n°4. 730, note LECUYER (H.)

L'arrêt de la Cour d'appel susvisé reprenait la position adoptée par la Cour de cassation. Dans cette affaire, la société de droit français Fleury Michon a signé, le 12 juillet 1993, avec Pacific Dunlop Limited, une société de droit australien, un contrat de licence d'informations technique et de marque de fabrique, par lequel Fleury Michon concédait les licences à PDL et lui assurait des services d'assistance et de maintenance en contrepartie de paiement d'acomptes et de redevances. Ce contrat, conclu pour une durée de vingt ans, était soumis au droit français. Le premier août 1995, un contrat de licence de raison commerciale d'une durée initiale de vingt ans, automatiquement reconduit pour d'autres périodes de cinq ans sauf préavis de résiliation. Le contrat était soumis au droit français et tout litige devait être réglé par une procédure d'arbitrage tenue à Paris. En 1995, alors qu'une usine avait été construite et que certains produits sous licence avaient été lancés sur le marché, PDL a décidé de vendre l'ensemble de sa division agroalimentaire. Puis Fleury Michon a été avisée qu'en l'absence de vente à bref délai, les activités de plats cuisinés réfrigérés seraient arrêtées et liquidées. Elles ont été interrompues le 30 avril 1996. Fleury Michon a alors engagé la procédure d'arbitrage conformément aux contrats pour demander le paiement du solde des acomptes, de redevance et des dommages-intérêts. Le tribunal arbitral a rendu une sentence que Fleury Michon a attaquée pour demander son annulation. Elle reproche aux arbitres d'avoir fait une interprétation erronée et que leur appréciation était fondée sur une contradiction de motifs. Lequel grief était rejeté par la Cour d'appel qui s'est aligné sur la position de la Cour de cassation qui a rompu avec la jurisprudence classique en rejetant le contrôle de la contradiction de motifs.

Désormais, la jurisprudence est constante pour décrocher « la contradiction de motifs du défaut de motifs, le second pouvant être sanctionné (aux conditions habituellement requises en matière d'arbitrage international), la première ne pouvant jamais l'être, le moyen en formulant le grief étant irrecevable<sup>778</sup> ».

Force est de constater que le grief de contradiction de motifs ne peut servir de palliatif à l'exclusion de la dénaturation.

---

<sup>778</sup> LECUYER (H.), note sous CA Paris, 1 novembre 2000, Rev. Arb., 2001. n°4. 744 .

**690.** Par ailleurs, un autre palliatif a été proposé par la doctrine hostile au principe de l'exclusion du grief de dénaturation par l'arbitre. Il s'agit du grief d'insuffisance de motifs.

### **III- L'insuffisance de motifs**

**691.** Certains auteurs essaient de trouver un substitut au grief de dénaturation car ils estiment que rejeter ce grief ouvre la voie devant l'arbitre à méconnaître impunément la volonté des parties. Le grief d'insuffisance de motifs a été proposé en ce sens que selon ces auteurs, « il est possible, par le biais de l'obligation de motiver, de censurer un arrêt entaché de dénaturation d'un écrit ».

Le grief d'insuffisance de motifs a été surtout proposé par M. BORE<sup>779</sup> et Mme MALEVILLE<sup>780</sup> qui sous l'influence du Doyen Marty et à la lumière de certains arrêts de la Cour de cassation estiment que celle-ci « admet l'interprétation souveraine d'un contrat dès lors que l'arrêt comporte -des motifs suffisants- ou -est régulièrement motivé-<sup>781</sup> ».

**692.** Cependant, ce palliatif n'est pas convaincant car, d'un côté ces deux auteurs se sont limités à faire la proposition sans l'argumenter et sans procéder à un développement clair la-dessus. Et d'un autre côté, en survolant les arrêts rendus par le juge de contrôle de la régularité de la sentence arbitrale, on peut dire qu'il n'existe aucun arrêt faisant le rapprochement entre les deux griefs.

**693.** Outre le rapprochement entre la motivation dans ses trois volets et la dénaturation, un autre palliatif a été proposé. Il s'agit du grief d'excès de pouvoir.

---

<sup>779</sup> BORE (J.), Note sous Cass. civ., 17 nov. 1976. Dalloz Sirey 1977. I. 580.

<sup>780</sup> MALEVILLE (M.H.), Pratique de l'interprétation des contrats, Etudes jurisprudentielles, Thèse Rouen 1991. 145. 130.

<sup>781</sup> MALEVILLE (M.H.), Pratique de l'interprétation des contrats, Etudes jurisprudentielles, Thèse Rouen 1991. 145. 130. 145.

## B- La dénaturation et l'excès de pouvoir

**694.** Le rapprochement entre la dénaturation et l'excès de pouvoir se manifeste dans le fait que le juge ne dispose d'aucun pouvoir pour interpréter une clause claire. Par conséquent, en interprétant une stipulation claire, le juge méconnaît l'étendue de ses pouvoirs.

Le lien entre la dénaturation et l'excès de pouvoir a été souligné par M. BORE qui écrit qu' « en attribuant aux parties des conventions qu'elles n'ont pas passées, des déclarations qu'elles n'ont pas faites, le juge usurpe une personnalité qui n'est pas la sienne et commet un excès de pouvoir <sup>782</sup>».

Dans la même perspective, Mme MALEVILLE a souligné que le recours en annulation contre une sentence est ouvert chaque fois où l'arbitre statue sans se conformer à la mission qui lui a été confiée. Or, l'arbitre qui interprète une clause claire trahit l'intention commune des parties exprimée en termes clairs, ce qui constitue un excès de pouvoir.

**695.** Certes, l'article 1502 – 3° a fait du dépassement du pouvoir par l'arbitre un moyen pour demander l'annulation de la sentence. Cependant, la question qui se pose consiste à savoir si l'interprétation dénaturante d'un acte clair peut être ramenée à ce grief.

C'est la Cour d'appel de Paris qui a pris le soin de répondre par la négative à cette question et consolidée en ceci par la Cour suprême. Ceci a été fait dans l'arrêt Fougerolle rendu le 20 décembre 1993. Dans cette affaire et à la suite du différend qui est né entre la société Fougerolle et la société libanaise Butec, une sentence arbitrale a été rendue le 28 mars 1990 condamnant la première à verser à son adversaire une somme d'argent à titre d'honoraires.

La société Fougerolle a saisi la Cour d'appel de Paris, pour obtenir l'annulation de la sentence sur la base des articles 1502 et 1504 NCPC et ce tout en accusant le tribunal arbitral d'avoir dénaturé le sens clair du contrat qu'elle a conclu avec son adversaire. Par un arrêt en date du 12 avril 1991, la Cour d'appel a déclaré l'irrecevabilité du grief de dénaturation parce

---

<sup>782</sup> BORE (J.), Note sous Cass. civ., 17 nov. 1976. Dalloz Sirey 1977. I. 579.

qu'il n'est pas prévu par l'article 1502 et ne pouvait pas être assimilé à une violation de la mission arbitrale. La société Fougerolle a alors saisi la Cour de cassation en invoquant l'article 1502-3. La Cour suprême a rendu son arrêt le 20 décembre 1993 où elle déclare que « Attendu que la société Fougerolle reproche à l'attaqué (Paris 12 avril 1991) d'avoir rejeté son recours en annulation de cette sentence sur le fondement de l'article 1502-3, du nouveau Code de procédure civile, alors, selon le moyen, d'une part, que les arbitres ne se sont pas conformés à leur mission en dénaturant la clause sur les honoraires, et alors, d'autre part, que la Cour d'appel n'a pas répondu à ses écritures dénonçant les contradictions et insuffisances des motifs de la sentence quant au calcul des honoraires de la société Butec ;

Mais attendu, d'abord, que l'office de la Cour d'appel, saisie en vertu des articles 1502 et 1504 du nouveau Code de procédure civile, est limité à l'examen des vices énumérés par ces textes ; que la Cour d'appel a exactement énoncé que la dénaturation des documents contractuels par les arbitres ne saurait être assimilée à la violation par ceux-ci de leur obligation de se conformer à leur mission<sup>783</sup> ».

**696.** La position adoptée par la Cour d'appel de Paris, suivie en cela par la Cour de cassation, est critiquable car, bien que l'article 1502 du NCPC énumère limitativement les cas d'ouverture du recours contre la sentence, rien n'empêche à ce que chacun des griefs énumérés expressément comprend d'autres motifs de recours. En effet, le grief du non respect par l'arbitre de sa mission est « riche d'un potentiel d'extension que les autres n'ont pas<sup>784</sup> ». Certains auteurs considèrent que « son contenu est vaste et son champ d'application difficile à déterminer par avance<sup>785</sup> ».

En déclarant que « la dénaturation des documents contractuels par les arbitres ne saurait être assimilée à la violation par ceux-ci de leur obligation de se conformer à leur mission » ,l'arrêt Fougerolle a , selon BELLET, « tranché le problème comme Alexandre le Grand, jadis, a tranché le nœud gordien. Il a fallu au moins rappeler, (...) en quoi consistait la mission des arbitres et pourquoi ils avaient respecté celle-ci<sup>786</sup> ».

---

<sup>783</sup> C. Cass., 2 décembre 1993, Rev. Arb., 1994. 1. 127. note, P. BELLET.

<sup>784</sup> JARROSON (Ch.), note sous Paris, 16 juin 1988, Rev. Arb., 1989. 320.

<sup>785</sup> BELLET(P.), note sous C. Cass., 2 décembre 1993, Rev. Arb., 1994.130 ; FOUCHARD (Ph.), JDI, 1982. 415.

<sup>786</sup> BELLET(P.), note sous C. Cass., 2 décembre 1993, Rev. Arb., 1994.131.

**697.** Le refus des juridictions françaises d'admettre le grief de dénaturation est tellement manifeste qu'elle n'accepte pas toute tentative de substitution ou de rapprochement de ce grief avec l'un des moyens de recours énoncés par l'article 1502 NCPC, que ce soit directement ou indirectement. C'est ce que trace l'arrêt rendu le 26 octobre 2000 par la Cour d'appel de Paris<sup>787</sup>. En l'espèce, la partie requérante tentait d'obtenir une révision au fond de la sentence. Elle reprochait au tribunal arbitral d'avoir donné « à une clause dénuée d'ambiguïté du contrat litigieux un sens absolument incompatible avec son sens véritable, qui ne lui paraissait pas équitable, alors que les deux parties étaient d'accord sur ce sens, et sans donner à TSA la possibilité de faire valoir ses arguments à l'encontre d'une telle interprétation » et elle avance qu'en agissant ainsi, « le tribunal arbitral avait violé le principe de la contradiction en ne soumettant par l'interprétation qu'il retenait au débat contradictoire ».

Fidèle au principe de l'interdiction de réviser au fond de la sentence, la Cour n'hésite pas à refuser le grief invoqué car il « cherche en réalité à obtenir un contrôle de la dénaturation des documents soumis aux arbitres et une révision au fond de la sentence interdits au juge de l'annulation ». C'est pour cette raison qu'elle annonce qu'« en utilisant les règles générales d'interprétation des contrats du droit ivoirien applicable, en notamment celles quasiment universelles relatives à la recherche de l'intention réelle des parties et à la bonne foi dans l'exécution des contrats, pour déterminer si les faits invoqués justifiaient l'application d'une des clauses du contrat, le tribunal arbitral n'a pu violer le principe de contradiction, ces règles étant obligatoirement dans le débat dès lors que les parties s'opposaient sur l'application de la clause contractuelle concernant la résiliation du contrat ».

---

<sup>787</sup> Paris, 26 octobre 2000, Rev. Arb., 2001. 1. 202.

## Conclusion du chapitre

**698.** Les juridictions françaises refusent catégoriquement d'annuler une sentence arbitrale ou d'en refuser l'exequatur sur la base de la dénaturation. Partant du caractère limitatif de la liste des griefs permettant l'annulation ou le refus d'exequatur des sentences arbitrales et de la prohibition de réviser au fond les sentences, l'exclusion de la dénaturation constitue une constante de cette jurisprudence. Toute tentative de trouver un substitut à ce grief est vouée à l'échec.

**699.** Si le premier argument relatif au caractère limitatif de cette liste est critiquable, le second argument est plus significatif. En effet, certes, le rejet de la dénaturation limite le contrôle étatique, mais cette position est justifiée par « la cohérence juridique » dans la mesure où l'exclusion de la dénaturation comme étant une cause d'annulation ou de refus d'exequatur de la sentence n'est qu'un mal nécessaire et une conséquence logique du principe de la prohibition de réviser au fond de la sentence.

**700.** De surcroît, l'exclusion totale de la dénaturation limite les possibilités de contrôler l'interprétation du contrat de commerce international au regard des griefs énoncés par l'article 1502 NCPC.

## **CHAPITRE II**

### **LES GRIEFS RECEVABLES**

**701.** Le droit français de l'arbitrage subordonne l'annulation ou le refus d'exequatur des sentences arbitrales aux seules hypothèses prévues par l'article 1502 NCPC. Ces causes tiennent à l'absence, la nullité ou l'expiration de la convention d'arbitrage, à l'irrégularité de la composition du tribunal arbitral ou la désignation de l'arbitre unique, au non respect par le tribunal arbitral de sa mission, à la violation du principe de la contradiction et à la contrariété de la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence à l'ordre public international.

**702.** L'objet de ce chapitre est d'analyser les chances d'annuler une sentence arbitrale interprétant un contrat de commerce international, ou d'en refuser l'exequatur, sur la base des griefs énoncés par l'article 1502 NCPC. Dans cette analyse, seuls les trois derniers griefs énoncés par cet article dans ses paragraphes 3, 4° et 5° seront visés car ces griefs se rapportent au contrôle étatique de l'exercice de la compétence interprétative de l'arbitre.

Nous étudierons respectivement, le grief du non respect de sa mission par l'arbitre (Section I), le grief de non respect du principe de la contradiction (Section II) et le grief de la violation de l'ordre public (Section III).

#### **SECTION I – LE NON RESPECT DE SA MISSION PAR L'ARBITRE**

**703.** Généralement, le non respect de sa mission par le tribunal arbitral est le grief le plus souvent invoqué. Entendu d'une manière restrictive, le contrôle du respect par l'arbitre de sa mission n'implique pas la révision au fond de la sentence. Une fois soulevé, ce grief invite le juge du contrôle à vérifier si l'arbitre s'est ou non conformé à la mission qui lui était confiée, sans pour autant vérifier le bien-fondé de la sentence.

Avant d'analyser les hypothèses dans lesquelles l'arbitre interprète peut se voir reprocher le non respect de sa mission (§1), il faut dans un premier lieu examiner les diverses formes que peut emprunter ce grief (§2).

## §1 – Nomenclature des cas du non respect de sa mission par le tribunal arbitral

**704.** La partie insatisfaite de la sentence arbitrale peut invoquer le grief énoncé par l'article 1502 -3 tout en reprochant à l'arbitre d'avoir méconnu l'étendue des demandes qui lui ont été formulées. La méconnaissance par l'arbitre de l'étendue des demandes formées par les parties implique qu'il a statué *infra petita* ou *ultra petita* .

En outre, la méconnaissance par l'arbitre de sa mission ne concerne pas seulement le fond du litige mais également les règles procédurales choisies par les parties.

Statuer *infra petita* signifie que l'arbitre n'a pas statué sur un des chefs de la demande. Ce grief peut résulter soit d'une mauvaise appréciation par l'arbitre de l'étendue de sa compétence qui consiste à minimiser la portée de la convention d'arbitrage soit, d'une omission ou d'un refus délibéré de statuer.

Par ailleurs, les arbitres peuvent se voir reprocher le fait de n'avoir pas respecté leur mission lorsqu'ils ont statué *ultra petita*, ce qui signifie que le tribunal arbitral a excédé ses pouvoirs juridictionnels. Autrement dit, les arbitres ont statué sur des demandes qui n'ont pas été formulées par les parties.

Il est à observer que « le fait, pour les arbitres, de se fonder sur des moyens ou des arguments qui n'ont pas été avancés par les parties ne constitue pas une méconnaissance de leur mission <sup>788</sup>».

Dans leur analyse de l'article 1502-3, certains auteurs préconisent que le juge du contrôle sanctionne, au nom de ce grief, non seulement la méconnaissance de l'étendue des demandes formulées par les parties mais également, le dépassement des pouvoirs conférés par

---

<sup>788</sup> FOUCHARD (Ph.), GAILLARD (E.) et GOLDMAN (B.), Traité de l'arbitrage commercial international, Litec 1996. 956.

celle-ci au tribunal arbitral<sup>789</sup>. Le dépassement des pouvoirs par le tribunal arbitral s'illustre dans une irrégularité procédurale ou matérielle.

L'irrégularité procédurale correspond à la méconnaissance d'une procédure choisie par les parties. Cependant, seules les irrégularités qui traduisent une contrariété à l'ordre public international ou une violation des droits de la défense sont sanctionnées.

**705.** Faute de pouvoir invoquer le grief de dénaturation en<sup>790</sup> matière d'arbitrage, qui est un grief naturellement attaché à la question d'interprétation, l'appelant essaye de trouver dans le grief du dépassement de sa mission par le tribunal arbitral le moyen pour que le juge étatique puisse sanctionner l'arbitre en refusant de donner effet à sa sentence.

## **§2- L'interprétation du contrat et le grief du non respect de sa mission par le tribunal arbitral**

**706.** Investi d'une mission d'interpréter le contrat, l'arbitre du commerce international a fait preuve d'une œuvre créatrice en ce sens qu'il a fait de cette technique un moyen pour consolider son pouvoir normatif en dégagant des principes généraux à la lumière d'un travail de rapprochement entre les différents systèmes juridiques.

**707.** L'interprétation arbitrale du commerce international, telle que nous l'avons présentée, ne se limite pas à la recherche de la volonté des parties. L'arbitre manifeste une tendance, quoiqu'elle demeure timide, à faire de l'utile et du juste deux vecteurs principaux qui orientent la détermination des droits et des obligations réciproques des parties. Cette optique de l'interprétation peut paraître pour certains requérants une déviation du rôle de l'arbitre interprète, ce qui les amènent à attaquer les sentences arbitrales sur la base du grief du non respect de sa mission par le tribunal (A).

---

<sup>789</sup> FOUCHARD (Ph.), GAILLARD (E.) et GOLDMAN (B.), *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec 1996. 956.

<sup>790</sup> nous n'allons pas reprendre dans ce chapitre la question des tentatives opérées par la doctrine pour pouvoir pallier à l'exclusion du grief de dénaturation. En effet, il s'agit d'analyser la recevabilité des recours formulés à l'encontre des sentences interprétant des contrats internationaux sur la base de l'article 1502-3.

**708.** Par ailleurs, pour pouvoir soumettre toute les facettes de l'interprétation des actes litigieux par les arbitres au contrôle étatique, on a pu remarquer que les demandes d'annulation ou de refus d'exequatur essaient de ramener le débat sur le terrain de la motivation en ce sens qu'il arrive que les recourant reprochent aux arbitres le fait d'interpréter le contrat litigieux sans respecter l'obligation de motiver la sentence dans tous ses aspects (B).

### **A – La méconnaissance par l'arbitre de sa mission interprétative**

**709.** A la lumière des sentence rendues, on peut dire que la question de méconnaissance par les arbitres de leur mission interprétative s'est posée essentiellement dans trois hypothèses. D'abord, l'application du droit désigné par les parties. Ensuite, la détermination du droit applicable au contrat. Et enfin, le pouvoir modérateur de l'arbitre.

**710.** S'agissant de l'application du droit désigné par les parties, les arbitres peuvent se voir reprocher de ne pas avoir respecté leur mission lorsqu'ils ont méconnu leur obligation d'appliquer le droit applicable choisi par les parties<sup>791</sup>.

Dans les développements précédents, nous avons démontré que les parties peuvent librement désigner le droit applicable à leur transaction<sup>792</sup>. Cette désignation peut être faite soit d'une manière tacite ou explicite. Dans l'une ou l'autre hypothèse, l'arbitre est tenu de respecter la volonté des parties quant au droit désigné par celle-ci.

Le choix des parties quant aux normes applicables sera toujours suivi dès lors qu'il est exprimé de manière certaine, de telle sorte qu'aucun ne plane sur la question. Ainsi, il a été énoncé qu' « Attendu que le tribunal arbitral tire de l'acte de mission l'entier de ses pouvoirs et de sa compétence et qu'au contraire d'un tribunal de l'ordre judiciaire, il est lié par la volonté des parties lorsque celles-ci s'expriment de façon concordante<sup>793</sup> ».

---

<sup>791</sup> DERAIS (Y.), « L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international », Rev. Arb., 1986. 3. 396 et s.

<sup>792</sup> V. Chapitre I du titre I de la première partie.

<sup>793</sup> Sentence CCI n°1581 rendue en 1971, JDI. 1974.887.

Le non respect par l'arbitre de la volonté des parties quant au choix du droit applicable, lorsque ce choix est manifesté d'une manière claire et sans équivoque, accentue le risque d'annulation de la sentence.

En effet, une sentence qui écarte le droit étatique choisi par les parties et qui le remplace par un autre droit national risque d'être annulée sur la base de l'article 1502-3. Le même sort est réservé à la sentence qui aurait rattaché le contrat à des règles transnationales tandis que la volonté des parties d'appliquer un droit étatique était claire et précise.

Il est à noter que si le droit désigné par les parties s'inspire des droits étrangers, les arbitres peuvent y recourir sans prendre le risque d'être attaqué pour avoir méconnu sa mission. En effet, « c'est dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation que les arbitres procèdent à la recherche des sources et contenu de la loi déclarée applicable par les parties <sup>794</sup> ». C'est dans cette perspective que la Cour d'appel de Paris a rejeté le recours en annulation formé à l'encontre d'une sentence sur la base de l'article 1502-3. Dans cette affaire, on reprochait au tribunal arbitral d'avoir déterminé le contenu du droit égyptien, désigné par les parties, à la lumière des dispositions du droit français. Or, la Cour d'appel de Paris a observé que le tribunal ne s'est référé au droit français qu'après avoir constaté que le droit égyptien lui-même s'en était inspiré. Partant, de ce constat, la Cour d'appel a estimé que les arbitres n'ont pas méconnu leur mission et ils ont appliqué le droit égyptien <sup>795</sup>.

**711.** Ensuite, la question de la détermination du droit applicable par l'arbitre peut être rapprochée par les parties au grief du dépassement du pouvoir. Mais, la recevabilité de ce grief n'est pas toujours évidente.

La sentence n'encourt pas l'annulation pour la seule raison que l'arbitre procède de lui-même à déterminer le droit applicable en l'absence d'un choix par les parties car, le rattachement du contrat à un ordre juridique est une obligation primordiale et préalable à tout règlement du litige par l'arbitre, et ce même si les parties n'ont pas formulés de demandes sur la question <sup>796</sup>.

---

<sup>794</sup> FOUCHARD (Ph.), GAILLARD (E.) et GOLDMAN (B.), *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec 1996. 961.

<sup>795</sup> CA de Paris, 10 mars 1988, *Rev. Arb.*, 1989. 269, note FOUCHARD.

<sup>796</sup> V. Chapitre I du titre I de la première partie.

**712.** Le dépassement de mission a été très souvent invoqué pour reprocher à l'arbitre d'avoir désigné des normes juridiques sans que cette désignation ne soit conforme à sa qualité d'arbitre de droit ou d'amiable compositeur.

**713.** S'agissant, de l'arbitre amiable compositeur, certains recours en annulation ont été formés à l'encontre des sentences rendues par les arbitres amiable compositeur pour le seul motif que ces arbitres ont méconnu leur mission en appliquant des règles de droit au lieu de fonder leur décision sur l'équité.

Dans l'arbitrage en amiable composition, l'arbitre a pour mission de statuer en équité. Par conséquent, l'interprétation du contrat doit être orientée vers la recherche d'une solution équitable. Mais, est-ce que ceci signifie que l'arbitre ayant cette qualité est tenu d'écarter impérativement l'application des règles juridiques ? Est ce que l'équité serait le seul vecteur à suivre dans la recherche de la volonté commune des parties ?

La réponse ne peut être que négative. L'arbitre amiable compositeur peut légitimement faire appel à la norme juridique s'il estime que cette norme exprime parfaitement l'équité. Cette idée a été défendue par plusieurs auteurs qui considèrent que « le pouvoir de juger en équité donné aux amiables compositeurs n'est qu'une faculté et qu'ils peuvent admettre que la plus stricte équité consiste à appliquer seulement les règles du droit <sup>797</sup> ». De ce fait, ces auteurs estiment qu'il ne peut être fait grief à l'amiable compositeur d'avoir statué en droit.

Plusieurs considérations ont été à la base de ces idées. Ainsi, il a été avancé que « l'équité ne forme pas à elle seule un système suffisamment complet et élaboré pour résoudre dans leur intégralité tous les litiges. Cette considération explique que l'amiable compositeur ne peut éluder complètement le droit et qu'il est irréaliste de lui interdire de s'y référer. C'est seulement lorsque l'application du droit sera jugée inopportune ou inéquitable que le correctif de l'équité interviendra <sup>798</sup> ».

---

<sup>797</sup> ROBERT, Arbitrage civil et commercial, 4<sup>éd.</sup>, Dalloz. n°161 ; LOQUIN (E.), L'amiable composition et droit comparé et international, Paris 1980.240.

<sup>798</sup> LOQUIN (E.), L'amiable composition et droit comparé et international, Paris 1980. 242.

Régulièrement investis des pouvoirs d'amiable composition, la jurisprudence admet que les arbitres peuvent valablement se référer aux usages de commerce international ou aux règles de droit s'ils se sont assurés que leur application conduit bien à une solution équitable.

Ce libéralisme que manifeste la jurisprudence est présent dans plusieurs arrêts rendus par la Cour d'appel de Paris. L'arrêt du 15 mars 1984 en illustre un bon exemple dans la mesure où il a été clairement énoncé que « si en conférant les pouvoirs d'amiables compositeurs, les parties ont entendu dispenser les arbitres d'appliquer strictement les règles de droit, il n'en demeure pas moins que le tribunal arbitral avait la faculté de se référer à ces règles dans la mesure où il les jugeait propres à donner au litige la solution la plus juste <sup>799</sup> ».

Dans cette affaire, la Cour a refusé d'annuler la sentence car « en l'espèce les arbitres n'ont à aucun moment indiqué que la sentence était exclusivement fondée sur les textes -du droit suédois dont les arbitres avaient observé le respect par la partie venderesse dont la responsabilité était recherchée- mentionnés pour expliquer et justifier l'attitude de la venderesse à un moment déterminé ».

En l'état actuel des choses, la sentence rendue par les amiables compositeurs ne peut être critiquée sur la base de l'article 1502-3 que s'il est établi qu' « ils se sont crus à tort tenus de ne pas exercer leurs pouvoirs d'équité ou qu'ils ont délibérément refusé d'exercer ces pouvoirs <sup>800</sup> ».

**714.** S'agissant des arbitres investis de la mission de statuer en droit, la question du dépassement de leur mission s'est posée lorsque ces derniers choisissent de statuer en équité.

Certains auteurs préconisent que lorsque l'arbitre a pour mission de statuer en droit, il ne peut s'évader de la règle de droit. Qu'elle soit d'origine étatique ou transnationale, la norme juridique doit constituer le fondement de la solution donnée au litige. Certes, il peut se référer aux usages du commerce international. Mais, selon eux, « la référence aux usages ne

---

<sup>799</sup> Paris, 15 mars 1984, Rev. Arb. 1985. 285, note LOQUIN.

<sup>800</sup> FOUCHARD (Ph.), GAILLARD (E.) et GOLDMAN (B.), Traité de l'arbitrage commercial international, Litec 1996. 959.

doit pas conduire à la dénaturation d'un arbitrage en droit en un arbitrage en amiable composition<sup>801</sup> ».

Une partie de la doctrine semble très hostile à l'idée que l'arbitre statuant en droit puisse fonder la solution sur l'équité. Selon elle, cette solution doit être exclusivement reliée à une norme juridique. Il est strictement interdit pour l'arbitre de faire un glissement vers l'équité que ce soit d'une manière directe ou indirecte.

Ainsi, il a été écrit : « l'arbitre en droit peut-il se référer au devoir de loyauté sans dénaturer sa mission et prendre le risque que l'on considère qu'il a statué en équité ? Tout dépend sans doute du sens qu'il donne au terme et des conséquences qu'il en tire. Si la loyauté n'est qu'un autre mot pour désigner la bonne foi, la première peut sans doute être assimilée à la seconde, et l'on reste dans l'arbitrage en droit. En revanche, si l'appel à la loyauté est le moyen d'écarter la règle de droit pour lui substituer l'équité, ou pour créer une obligation nouvelle à la charge de l'une des parties, ou pour supprimer une obligation existante, l'arbitre sort du domaine de l'arbitrage en droit pour entrer dans celui de l'amiable composition (la question est même de savoir s'il s'agit toujours d'un arbitrage)<sup>802</sup> ».

Cette exclusion totale de l'équité du domaine de l'arbitrage en droit est critiquable car, la mission de l'arbitre qui statue en droit est identique à celle du juge étatique. Or, le juge fait appel très souvent à l'équité notamment pour interpréter le contrat. Cette référence trouve généralement son fondement dans une délégation explicite de la loi. C'est le cas de l'article 1135 du Code civil qui dispose « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». Par conséquent, l'arbitre en droit qui interprète le contrat par référence à l'équité ne fait qu'appliquer le droit.

De son côté, la jurisprudence sanctionne, certes, le dépassement de pouvoir par l'arbitre, mais, elle considère également que le simple fait pour les arbitres, devant statuer en droit, de se référer à l'équité n'est pas un motif suffisant pour annuler la sentence sur la base de l'article 1502-3. Cette référence est d'autant plus légitime lorsque l'arbitre ne fait qu'appliquer les prescriptions du droit applicable au contrat.

---

<sup>801</sup> PAILLUSEAU (J.), L'arbitrage en droit ou en amiable composition, J.C.P 1999, n°3. 25.

<sup>802</sup> PAILLUSEAU (J.), L'arbitrage en droit ou en amiable composition, J.C.P 1999, n°3. 26.

**715.** Nous tenons à préciser que la distinction entre l'arbitrage en droit et l'arbitrage en amiable composition sur la base de la référence à l'équité paraît injustifiée. En effet, le recours à l'équité n'est pas une exclusivité pour l'arbitre amiable compositeur. Certes, ce dernier cherche dans la norme juridique, qu'elle soit d'origine étatique ou transnationale, « une racine à son sentiment du juste », mais également, l'arbitre en droit cherche l'équité qu'il va par la suite justifier par la règle de droit. De ce fait, on se demande « s'il n'y avait en réalité aucune distinction entre ces deux formes d'arbitrage! <sup>803</sup> ».

Ce constat a été relevé dans un colloque sur l'arbitrage en 1984 où il a été observé : « quelle est la démarche des juges étatiques dans leur délibéré ? C'est d'abord l'équité qu'ils recherchent. Pénétrant dans leur Chambre du conseil, après avoir entendu les avocats, ils se réunissent. Chacun d'eux suggère la solution qui lui paraît supportable par chacune des parties, la solution qui lui paraît équitable ; ils recherchent d'abord cette solution équitable et ensuite seulement ils vérifient si elle est compatible avec les règles de droit. Or, les règles de droit sont tellement multiples, tellement incertaines, tellement contradictoires parfois, que leur foisonnement, loin de réduire le juge esclave, contribue à son émancipation, lui laissant le choix. D'ailleurs, lorsque sur la solution équitable l'accord est fait, par prudence, les juges peuvent encore rechercher la motivation qui échappera au contrôle de la Cour de cassation... Finalement, amiable composition et application de la loi me paraissent alors se rejoindre et se confondre. Je n'irai pas jusqu'à dire l'équité c'est le droit <sup>804</sup> ».

Il ressort de ce qui précède que lorsque l'arbitre statuant en droit interprète le contrat par référence à l'équité et utilise même le terme « équité » dans sa sentence, ce n'est pas pour autant que cette sentence peut être annulée. Ce qui compte c'est que cette référence repose sur l'application d'une règle de droit. Les juges du contrôle sont constants à affirmer que l'annulation de la sentence ou le refus d'exequatur n'est fait que s'il est établi que les arbitres de droit aient effectivement usurpé les pouvoirs d'amiables compositeurs. Ainsi, plusieurs recours en annulation ont été formulés à l'encontre des sentences rendues par des arbitres n'ayant pas la qualité d'amiable compositeur et ce sur la base du grief du dépassement de mission pour avoir exercé un pouvoir modérateur. Un pouvoir que certains prétendent le réserver à l'amiable composition au nom de l'équité.

---

<sup>803</sup> PAILLUSEAU (J.), L'arbitrage en droit ou en amiable composition, J.C.P 1999, n°3. 28.

<sup>804</sup> Le premier président VASSOGNE, Colloque du 12 janvier 1984, Rev. Arb. 1984. 277.

**716.** La troisième situation dans laquelle les arbitres peuvent se voir reprocher de ne pas avoir respecté leur mission est celle dans laquelle les arbitres exercent un pouvoir modérateur.

Nous avons démontré dans les développements précédents que la doctrine est quasiment unanime à voir dans l'interprétation un remède au déséquilibre né d'une rigueur contractuelle. Adoptant cette position, les arbitres du commerce international n'hésitent pas, au nom de l'interprétation de bonne foi, à ramener le contrat à ses dimensions équitables lorsqu'ils constatent une certaine aberration dans les stipulations contractuelles. Or, c'est cette interprétation régulatrice qui a été très souvent attachée à l'article 1502-3.

**717.** S'agissant des arbitres statuant en droit, leur tendance à modérer les obligations contractuelles nées d'un contrat soumis à l'interprétation demeure très timide en ce sens que dans certaines sentences<sup>805</sup> on ressent une certaine hésitation de leur part à tempérer la rigueur contractuelle ils s'interdisent même « de réajuster équitablement les contrats internationaux à défaut de consentement mutuel des contractants<sup>806</sup> ».

Lorsque l'arbitre en droit exerce un pouvoir modérateur sur la base d'un fondement légal, en ce sens que le droit applicable au contrat lui attribue la possibilité de tempérer la rigueur des obligations contractuelles par voie d'interprétation, la partie insatisfaite de la sentence ne peut ne agir sur la base de l'article 1502-3 et prétendre que l'arbitre a usurpé les pouvoirs de l'arbitre amiable compositeur.

**718.** Lorsque l'arbitre statue en qualité d'amiable compositeur, le fait d'attaquer la sentence sur la base de l'article 1502-3 pour reprocher à l'arbitre son pouvoir modérateur devient difficile à constater.

Le fait d'invoquer le grief énoncé par l'article 1502-3 implique la preuve que l'arbitre a dépassé la mission qui lui a été confiée. Or, lorsqu'il s'agit d'un arbitre amiable compositeur, ce sont les parties qui lui ont accordé le pouvoir de statuer sur la base de l'équité. Et cette base justifie le pouvoir modérateur de l'arbitre.

---

<sup>805</sup> Sentences n° 512 du 11 avril 1932, Sentence n°510 du 18 février 1932 citées par FOUCHARD (Ph.), *L'arbitrage commercial international*, 1965. T.II. 438.

<sup>806</sup> MALEVILLE (M.H.), *Pratique de l'interprétation des contrats*, Etudes jurisprudentielles, Thèse Rouen 1991. n° 518.

La jurisprudence s'est ralliée à cette idée. Ainsi, elle considère qu'en stipulant l'amicable composition, les parties ont renoncé « aux effets et aux bénéfices de la règle de droit (et elles perdent) la prérogative d'en exiger la stricte application <sup>807</sup> ». De ce fait, les arbitres reçoivent le pouvoir « de modifier ou de modérer les conséquences des stipulations contractuelles dès lors que l'équité ou l'intérêt commun bien compris des parties l'exige <sup>808</sup> ».

La Cour d'appel semble très réticente à admettre le grief du dépassement du pouvoir par l'arbitre amiable compositeur lorsqu'il procède à une modération de la rigueur contractuelle. Elle considère que la mission d'amicable compositeur a pour fondement la renonciation des parties contractantes à se prévaloir d'une exécution stricte des droits qu'elles tiennent du contrat. Cette prise de position s'illustre dans plusieurs arrêts. C'est le cas de l'arrêt rendu le 28 novembre 1996 où la Cour a déclaré que « la clause d'amicable composition est une renonciation conventionnelle aux effets et au bénéfice de la règle de droit, les parties perdant la prérogative d'en exiger la stricte application et les arbitres recevant corrélativement le pouvoir de modifier ou de modérer les conséquences des stipulations contractuelles dès lors que l'équité ou l'intérêt commun bien compris des parties l'exige <sup>809</sup> ».

La jurisprudence reconnaît à l'arbitre amiable compositeur un certain nombre de prérogatives. A ce titre elle admet non seulement le fait que l'arbitre amiable compositeur puisse modérer les conséquences des stipulations contractuelles mais également, elle lui reconnaît le pouvoir de modifier les effets du contrat en écartant au besoin l'application de certains droits nés de la convention. C'est ce qui ressort de l'arrêt rendu le 12 mars 1985 où la Cour déclare que les arbitres amiable compositeurs « ont la faculté de s'écarter de l'application stricte non seulement des dispositions du droit, mais encore des clauses contractuelles <sup>810</sup> ».

Dans la même perspective, l'arrêt rendu le 4 novembre 1997 annonce clairement que « la mission d'amicable compositeur, qui a pour fondement la renonciation des parties à se prévaloir d'une exécution stricte des droits qu'elles tiennent du contrat donne à l'arbitre le pouvoir notamment de modérer les effets du contrat dans la recherche d'une solution juste et

---

<sup>807</sup> Paris, 28 novembre 1996, Rev. Arb., 1997. 380, note E. LOQUIN.

<sup>808</sup> Paris, 28 novembre 1996, Rev. Arb., 1997. 380, note E. LOQUIN.

<sup>809</sup> Paris, 28 novembre 1996, Rev. Arb., 1997. 381, note E. LOQUIN.

<sup>810</sup> Paris 12 mars 1985, Rev. Arb., 1985. 299, note E. LOQUIN.

conforme à l'équité en écartant au besoin l'application de certains droits nés de la convention, sous réserve de ne pas en modifier l'économie en substituant aux obligations contractuelles des obligations nouvelles ne répondant pas à l'intention commune des parties<sup>811</sup>».

En outre, la Cour d'appel refuse d'annuler la sentence sur la base de l'article 1502-3 si la partie insatisfaite de la sentence reproche à l'arbitre amiable compositeur d'avoir écarté l'application des clauses contractuelles qui ne reproduisent pas des règles d'ordre public.

Dans un autre sens, les arbitres investis des pouvoirs d'amiable composition peuvent refuser de modérer l'application de certaines clauses contractuelles sans qu'ils risquent d'être attaqués pour avoir statué *infra petita*<sup>812</sup>.

Il est à noter que le libéralisme que manifeste la Cour d'appel de Paris à l'égard de l'arbitre amiable compositeur n'est pas sans limite. En effet, elle estime que l'arbitre statuant en équité ne peut modifier l'économie du contrat en substituant aux obligations contractuelles des obligations nouvelles ne répondant pas à l'intention commune des parties<sup>813</sup>.

**719.** Le contrôle du respect par l'arbitre de sa mission ne doit pas conduire à contrôler la manière dont les arbitres statuent au fond, et ce sous la seule réserve du respect des exigences de la conception française de l'ordre public international. En effet, toute erreur commise par l'arbitre, même si elle est grossière, n'est pas une cause d'annulation ou de refus d'exequatur de la sentence.<sup>814</sup>

**720.** Dans certaines affaires, où il est question de demander l'annulation ou le refus d'exequatur d'une sentence arbitrale, il arrive que les requérants placent le débat sur le terrain de la motivation en reprochant à l'arbitre interprète d'avoir méconnu l'exigence de la motivation, que ce soit dans son existence ou dans sa pertinence. Une reproche qui ne garantit pas automatiquement l'annulation ou le refus d'exequatur de la sentence.

---

<sup>811</sup> Paris, 4 novembre 1997, Rev. Arb., 1998. 704, note Y. DERAÏNS.

<sup>812</sup> BOISSESON (M.), Le droit français de l'arbitrage interne et international, éd. GLN JOLY. 839.

<sup>813</sup> Paris, 4 novembre 1997, Rev. Arb. 1998. 704 et s, note Y. DERAÏNS.

<sup>814</sup> FOUCHARD (Ph.), GAILLARD (E.) et GOLDMAN (B.), Traité de l'arbitrage commercial international, Litec 1996. 958.

## **B – L'interprétation et la méconnaissance des exigences de la motivation de la sentence**

**721.** Nous avons vu dans les développements précédents qu'en interprétant le contrat, l'arbitre du commerce international procède à la recherche de la volonté commune des parties. Cette recherche aboutit à la détermination du contenu du contrat et à apprécier sa licéité en s'arrêtant sur le sort qu'il faudrait lui réserver, et ce à la lumière des règles du droit applicable et des exigences de l'ordre public international.

Or, la question qui se pose consiste à savoir si dans l'exercice de cette mission, l'arbitre est obligé de préciser les motifs qui ont guidé son raisonnement. Est ce qu'il est tenu par exemple de justifier le choix du droit applicable en cas de silence des parties sur la question ou également devrait-il mettre l'accent sur les raisons qui l'ont amené à préférer une interprétation à une autre ?

Et si la réponse est par l'affirmative, ces motifs doivent –ils être pertinents ? Autrement dit, est ce que la sentence arbitrale encoure l'annulation lorsqu'elle est dépourvue de motifs ou lorsque ces motifs sont impertinents ?

**722.** Avant de procéder à répondre à ces questions, il faudrait dans un premier temps s'arrêter sur la notion de l'obligation de motivation et d'analyser son importance dans l'élaboration de la sentence arbitrale.

## I – La notion de motivation

**723.** La motivation constitue une garantie fondamentale de bonne justice en ce sens qu'elle implique pour le juge l'obligation de « vérifier la pertinence de son raisonnement et permet au justiciable de savoir si les arguments qu'il a présenté ont été bien compris <sup>815</sup> ».

Certains auteurs voient que « la motivation n'est pas seulement le signe du respect du droit de savoir du justiciable, mais aussi celui d'une amorce du droit de contester <sup>816</sup> ». Par conséquent, « si le justiciable est convaincu, le jugement aura une plus grande autorité morale <sup>817</sup> ».

**724.** La majeure partie de la doctrine rattache la motivation aux droits de la défense dans sa conception extensive <sup>818</sup>. Ce rattachement part de l'idée que la procédure est au service du justiciable et doit lui permettre de s'assurer que le juge a statué concrètement sur le bien fondé de sa prétention. De ce fait, elle permet au justiciable de vérifier la rationalité du jugement.

C'est dans cette perspective que M. OUERFELLI ajoute que « le principe du respect des droits de la défense impose à tout juge de veiller à ce que chacune des parties puisse prendre connaissance des prétentions de son adversaire et de ses moyens de preuve. Il serait sans utilité pratique si le juge n'était pas tenu d'en prendre lui-même connaissance. L'effectivité de ce devoir pour le juge et pour l'arbitre est assurée par l'obligation de mentionner dans leur décision les faits de l'espèce, un résumé des prétentions des parties, ainsi que les motifs de fait et de droit de la décision <sup>819</sup> ».

---

<sup>815</sup> LOROY (J.), « La force du principe de motivation », In La motivation, Association Henri Capitant Limoges 1998, LGDJ. 36.

<sup>816</sup> GRIMALDI (M.), « Ouverture des travaux », in La motivation, Trav. de l'Assoc. Henri Capitant (journées nationales), t.III, Colloque de Limoges (1998), LGDJ 2000.2 ; OUERFELLI (A.), « Le contrôle de motivation des sentences arbitrales en droit tunisien », note sous C. Cass. tu., 23 fev. 2000, Rev. Arb., 2001. n°3. 599.

<sup>817</sup> LOROY (J.), « La force du principe de motivation », In La motivation, Association Henri Capitant Limoges 1998, LGDJ. 36.

<sup>818</sup> V. Conclusions du commissaire au gouvernement Corneille sur l'arrêt Tery du 20 juin 1913, S. 1920. 313 ; MOTULSKY (H.), « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », In Mélanges ROUBIER. 175.

<sup>819</sup> OUERFELLI (A.), « Le contrôle de motivation des sentences arbitrales en droit tunisien », note sous C. Cass. tu., 23 fev. 2000, Rev. Arb., 2001. n°3. 603.

725. En raison de l'importance de la motivation en tant que garantie d'une bonne justice, la majeure partie des systèmes juridiques considèrent que l'obligation de motivation est d'ordre public. Est-ce que cette qualification est transposable en matière d'arbitrage international ?

## II – L'obligation de motiver la sentence arbitrale internationale

726. Les droits nationaux ne sont pas unanimes pour imposer la motivation à l'arbitre. Et dans un même système juridique, il arrive que l'obligation de motivation ne soit imposée que pour l'arbitre statuant dans les affaires mettant en jeu les intérêts du commerce interne seulement. C'est le cas du droit français de l'arbitrage où la motivation de la sentence est une obligation qui incombe à l'arbitre en matière d'arbitrage interne. Cependant, le décret du 12 mai 1981 ne prévoit aucune règle matérielle imposant aux arbitres l'obligation de motiver lorsque l'arbitrage met en jeu les intérêts du commerce international.

727. De son côté, le droit anglais « impose aux arbitres d'exposer les motifs de leurs décisions (*art. 52 de l'Arbitration Act de 1996*), après avoir retenu pendant des décennies une solution permettant le défaut de motivation (*idem pour le droit indien : v. G.K Watara, The arbitration and conciliation law of India, éd. The Indian Council of Arbitration, New Delhi, 1999. 32 et 33*)<sup>820</sup> ».

728. En droit tunisien, les dispositions communes du Code de l'arbitrage sont muettes à propos de la motivation. Cependant, la lecture de l'article 30 de ce code, relatif à l'arbitrage interne, dispose que « (...) la sentence doit comporter toutes les indications exigées par l'article 123 du Code de procédure civile et commerciale, sous réserve des dispositions de l'article 14 du Code l'arbitrage, relatives aux arbitres amiables compositeurs ». Or, l'article 123 du Code procédure civile et commerciale cité dispose que « tout jugement doit contenir (...) 5- les motifs en fait et en droit ». La Cour d'appel de Tunis affirme que, l'arbitre est tenu de motiver sa sentence et que « l'exception prévue à l'article 30 ne signifie pas que l'amiable compositeur est dispensé de l'obligation de motivation. Elle signifie plutôt qu'il

---

<sup>820</sup> OUERFELLI (A.), « Le contrôle de motivation des sentences arbitrales en droit tunisien », note sous C. Cass. tu., 23 fev. 2000, Rev. Arb., 2001. n°3. 601.

n'est pas tenu de donner « des motifs en droit » pour sa décision. Il est seulement tenu de donner des motifs, pas nécessairement « en droit »<sup>821</sup>.

Contrairement au droit français de l'arbitrage, l'article 75 du Code d'arbitrage tunisien, relatif à l'arbitrage international, impose expressément la motivation des sentences : « (...) 2- la sentence arbitrale doit être motivée, sauf si les parties en conviennent autrement, ou s'il s'agit d'une sentence rendue par accord des parties conformément à l'article 15 du présent code ».

**729.** Partant du silence du décret du 12 mai 1981 sur la question de l'obligation de motivation, la jurisprudence considère que les parties disposent en la matière d'une liberté entière pour décider si l'arbitre est tenu ou non de l'obligation de motivation. Ce choix peut se manifester par une mention dans la convention d'arbitrage ou par référence à une loi de procédure ou à un règlement d'arbitrage qui exige la motivation de la sentence par l'arbitre.

Lorsqu'il n'existe aucune indication sur la question de motivation dans le règlement d'arbitrage ou la loi de procédure désignés par les parties, certains auteurs préconisent qu'« il y a lieu de rechercher si une présomption peut être posée en faveur ou à l'encontre de l'exigence de motivation <sup>822</sup>».

De son côté, la Cour d'appel de Paris estime qu'en l'absence de stipulation contraire, la sentence doit être motivée. Ceci a été énoncé clairement dans un arrêt rendu le 16 juin 1988 dans une affaire qui opposait la société Suisse Oil d'une part et la société Petrograb et la République du Gabon d'autre part. Il s'agissait d'une convention d'achat et de vente de pétrole brut (conclue le 15 novembre 1979) entre la République du Gabon (venderesse) d'une part et d'autre part la société Suisse Oil Corporation (société des Iles Caïman acheteur) et ce pour une durée de 10 ans renouvelables. A la suite d'une baisse du prix du pétrole, l'exécution de la dite convention a mis les parties en divergence d'intérêts. Le tribunal arbitral a été saisi. Ce dernier a reconnu la responsabilité des deux parties à la fois : 70% à la charge de la République du Gabon et 30% à la charge de la société Suisse Oil. Insatisfaites de la

---

<sup>821</sup> CA de Tunis, arrêt n° 42 du 6 juillet 1999, arrêt inédit cité par OUERFELLI (A.), op. cit., 601 qui ajoute que la solution retenue par la Cour d'appel de Tunis « rejoint celle du législateur suisse, pour qui la sentence arbitrale contient : les motifs de fait, de droit et, le cas échéant, d'équité (art. 33-e du Concordat du 27 août 1969 sur l'arbitrage ».

<sup>822</sup> FOUCHARD (Ph.), GAILLARD (E.) et GOLDMAN (B.), Traité de l'arbitrage commercial international, Litec . 1996. 775.

sentence rendue, un recours en annulation à été formulé devant la Cour d'appel de Paris au motif que la sentence est entachée du défaut de motivation par absence, défaut de pertinence et contradiction des motifs.

La cour a déclaré que « dès lors qu'il n'était pas établi que dans le silence du règlement de la Cour d'arbitrage de la CCI, les parties ou les arbitres aient entendu se référer à une loi de procédure dispensant de l'obligation de motivation, une telle obligation s'imposait aux arbitres <sup>823</sup> ». En commentant l'arrêt, M. JARROSSON estime que « la norme est l'obligation de motiver. Cela correspond à l'attente légitime des parties et ne peut recevoir d'exception que si les parties ont choisi une loi dispensant les arbitres de cette obligation ou si elles se sont exprimées spécialement dans ce sens <sup>824</sup> ».

**730.** La jurisprudence est constante à dire qu'en matière internationale, une sentence qui n'est pas motivée n'est pas, de ce seul fait, contraire à la conception française de l'ordre public international. Cette affirmation a été clairement énoncée dans plusieurs arrêts. On peut illustrer à titre énonciatif l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 25 mars 1983. Dans cet arrêt, il a été déclaré que « l'arbitre étant dispensé de motiver sa sentence par le règlement d'association américaine d'arbitrage et par les règles de procédure qu'il a eu à appliquer et s'agissant d'un arbitrage international régi quant à sa procédure par une loi étrangère, le défaut de motifs n'est pas en lui-même contraire à l'ordre public au sens du droit international privé français, dès lors que le mutisme de la sentence ne dissimule pas une solution au fond incompatible avec l'ordre public ainsi entendu <sup>825</sup> ».

Dans la même perspective l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 29 novembre 1990 énonce qu' « en conséquence du caractère international, le défaut de motifs allégué ne peut être sanctionné qu'autant que les vices qui affectent la motivation seraient de nature à heurter l'ordre public international <sup>826</sup> ».

---

<sup>823</sup> Paris 16 juin 1988, Rev. arb., 1989. 309, note JARROSSON.

<sup>824</sup> JARROSSON, note sous Paris 16 juin 1988, Rev. arb., 1989. 309.

<sup>825</sup> CA de Paris, 25 mars 1983, Rev. Arb., 1984. 363, note J. ROBERT.

<sup>826</sup> CA de Paris, 29 novembre 1990, Rev. Arb., 1991. 659, note J. PELLERIN.

**731.** Le défaut de motivation ne constitue pas en soi un cas d'ouverture d'annulation de la sentence en matière internationale. L'exigence de motivation ne s'impose que lorsque la loi régissant la procédure ou la convention d'arbitrage requiert la motivation. Ceci a été retenu dans un arrêt rendu le 28 juin 1988 où la Cour d'appel de Paris a affirmé que « si dans le cadre de l'arbitrage international, l'absence de motivation ne heurte pas nécessairement l'ordre public, il en est différemment si la procédure d'arbitrage relève d'une loi exigeant l'obligation de motivation. L'arbitre, tenu expressément en vertu de la convention d'arbitrage, d'indiquer les motivations de ses conclusions se devait d'expliquer dans le corps de sa sentence les raisons de son choix entre les thèses opposées par les parties<sup>827</sup> ».

Partant de cette idée, la Cour d'appel de Paris estime que le demandeur qui conteste la motivation est tenu de « démontrer que la procédure d'arbitrage relevait d'une loi exigeant l'obligation de motivation<sup>828</sup> ».

**732.** En outre, le juge de contrôle n'hésite pas à annuler la sentence si l'absence de motivation dissimule une atteinte aux droits de la défense. Ce principe a été clairement retenu dans plusieurs arrêts. A titre d'exemple on cite l'arrêt rendu en date du 18 mars 1980 où il a été énoncé que « s'agissant d'un arbitrage international régi quant à sa procédure par une loi étrangère, le défaut de motifs n'est pas en lui-même contraire à l'ordre public au sens du droit international privé français, dès lorsque le mutisme de la sentence ne dissimule pas une solution de fond incompatible avec l'ordre public ainsi entendu ou une atteinte aux droits de la défense. Les juges du fond ayant constaté que, s'il était allégué que l'absence de motivation avait permis au tiers arbitre d'éluder l'application du droit français applicable au fond, il n'était pas soutenu que les règles dont il se serait prétendument écarté, en une matière qui relève essentiellement de la volonté des parties, présenteraient un caractère d'ordre public, ont ainsi légalement justifié le rejet (...) <sup>829</sup> ».

**733.** Lorsque la motivation est exigée, ceci ne signifie pas que les raisons retenues par le tribunal arbitral doivent être fondées en fait ou en droit. Par conséquent, même si les motifs sont erronés ou impertinents, le juge du contrôle considère que l'arbitre a satisfait à son obligation de motivation.

---

<sup>827</sup> Paris, 28 juin 1988, Rev. Arb., 1989. 328, note J. PELLERIN.

<sup>828</sup> Paris, 6 mai 1988, Rev. Arb., 1989. 94, note E. LOQUIN.

<sup>829</sup> Cass. civ., 18 mars 1980, Rev. Arb., 1980. 496, note E. MEZGER.

Cette optique se justifie par la règle selon laquelle le contrôle de l'existence de la motivation ne doit pas déboucher sur un contrôle au fond. C'est ce qui ressort de l'arrêt rendu par la Cour de cassation française en date du 22 janvier 1975 où elle déclare que « Attendu que selon, les énonciations de l'arrêt attaqué, Milton Stern, qui avait obtenu par contrat de Dame Veuve Czerefkow, dite Grès, la concession exclusive de l'importation et de la distribution des parfums Grès aux Etats-Unis d'Amérique et au Canada, et la société Milton Stern, ont, en vertu de la clause compromissoire insérée dans le contrat de concession, saisi les arbitres qui avaient reçu pouvoir d'amiables compositeurs, de difficultés qui les opposaient à dame Grès ; que celle-ci a, au cours de la procédure d'arbitrage, soutenu la nullité du contrat, incluant celle de la clause compromissoire et l'incompétence des arbitres pour connaître de cette nullité ; que l'acte définissant la mission des arbitres, signé par Milton Stern et approuvé par la Cour d'arbitrage conformément au règlement de la chambre de commerce internationale, invitait les arbitres à résoudre en premier lieu la question de savoir si le fait par dame Grès d'arguer le contrat de nullité enlevait toute compétence aux arbitres pour statuer sur la validité de la clause compromissoire incluse en ce contrat ; que le tribunal arbitral a dit « n'y avoir lieu de statuer sur la compétence pour juger de la nullité du contrat... », la question de cette nullité ne lui ayant été posée par aucune des parties » et a fixé à une date qu'il indiquait la comparution de celle-ci pour l'exposé de leurs moyens de fond, reconnaissant par là même en compétence ; que dame Grès a formé contre cette sentence un appel tendant à en constater la nullité ; que l'arrêt attaqué, constatant que l'arbitrage, bien qu'intéressant le commerce international, était régi par la loi française qui était celle du pays où s'était déroulée la procédure, a, par application de cette loi, déclaré recevable ledit appel tendant à l'annulation de la sentence mais qu'il l'a rejeté au fond et refusé de prononcer cette annulation ;

Attendu qu'il est reproché à la Cour d'appel d'avoir ainsi décidé, en considérant comme motivée la sentence attaquée devant elle, alors que, d'une part, selon le pourvoi, les arbitres auraient dû, non seulement rappeler les thèses en présence, mais encore exposer le raisonnement qui soutenait leur décision et que la Cour d'appel n'aurait donc pu déclarer suffisant, au regard de cette obligation d'ordre public de motiver la sentence, le simple visa par celle-ci « des documents renforçant les prétentions respectives des parties », alors que, d'autre part, l'arrêt attaqué n'aurait pu, en rappelant la règle de l'autonomie de la clause compromissoire en matière d'arbitrage commercial international, couvrir à cet égard la défaillance de la sentence arbitral qui n'avait nullement invoqué cette règle pour justifier la

compétence des arbitres en l'espèce, et alors enfin que l'arrêt attaqué, en disant que dame Grès n'avait pas contesté la validité de la convention litigieuse, aurait dénaturé les conclusions, présentées devant la juridiction arbitrale, par lesquelles ladite dame faisait valoir la nullité originelle du contrat pour vice du consentement et le fait que cette nullité s'étendait à la clause compromissoire,

Mais attendu, d'abord, que s'agissant d'une sentence arbitrale soumise à la loi française, la Cour d'appel a relevé que le motif donné par les arbitres, « la question de nullité n'ayant pas été posée par aucune des parties », s'il était erroné, satisfaisait à l'obligation qui leur était faite de motiver leur sentence ; qu'il suit de là que, contrairement aux griefs des deux premières branches, d'une part, elle ne s'est pas satisfaite du seul visa « des documents renforçant les prétentions respectives des parties », et, d'autre part, elle n'avait pas à exiger des arbitres qu'ils eussent rappelé la règle de l'autonomie de la clause compromissoire pour justifier leur compétence ; qu'enfin la Cour d'appel qui a analysé et interprété les conclusions présentées devant elles, elle ne s'est pas référée aux termes des conclusions devant les arbitres que vise le grief de la troisième branche et n'a donc pu dénaturé ses conclusions ; qu'ainsi le moyen mal fondé en ses deux premières branches, manque en fait sur le troisième <sup>830</sup>».

La même affirmation a été reprise dans un arrêt rendu récemment où la Cour d'appel de Paris estime que le juge de l'annulation ne s'assure pas de l'exactitude de la motivation en ce sens que son contenu échappe à son contrôle, mais seulement « de ce que l'arbitre a, d'une part, matériellement motivé sa sentence et, d'autre part, qu'il l'a fait au regard des points litigieux soulevés par les parties. Pour ne pas apparaître comme un acte arbitraire, il ne suffit pas, en effet, que la sentence comporte un motif. Sans doute, le bien fondé de la décision de l'arbitre échappant au contrôle du juge, celui-ci n'exige pas que la motivation de la sentence soit pertinente, c'est-à-dire qu'elle révèle qu'il a été correctement statué sur les prétentions respectives des parties en application de la règle de droit appropriée <sup>831</sup>».

**734.** Si le juge ne contrôle pas l'exactitude et la pertinence de la motivation, il n'en demeure pas moins qu'il exige que le motif formulé par l'arbitre soit un motif adéquat, c'est-à-dire en relation avec l'objet du litige.

---

<sup>830</sup> Rev. Arb., 1975. 310 et s, note E. MEZGER.

<sup>831</sup> Paris, 7 avril 1994, Rev. Arb., 1996. 57 ; Paris, 28 novembre 1996, Rev. Arb., 1997. 380, note E. LOQUIN ; Paris, 27 juin 2002, Rev. Arb., 2003. 428, note C. LEGROS.

De ce fait, « même si l'arbitre n'est pas tenu de suivre les parties dans le détail de leur argumentation respective, lorsqu'il choisit de s'exprimer, il ne peut pas dire n'importe quoi pour justifier formellement sa décision. (...) Pour cette raison, techniquement, le motif inintelligible, celui qui ne permet pas de saisir la pensée de l'arbitre, ne devrait pas être considéré comme constituant un motif adéquat. Dans cette situation particulière, la motivation existe mais elle est incompréhensible. Elle n'est donc pas, matériellement au moins, en rapport avec les termes du débat fixés par les prétentions respectives des parties. Il peut sûrement exister un lien logique entre cette motivation et l'objet du litige dans le for intérieur de l'arbitre. Toutefois, celui-ci n'a pas voulu l'exprimer et le juge de l'annulation ne devrait pas procéder à une recherche divinatoire pour tenter de sauver la sentence. Celle-ci devrait purement et simplement être annulée <sup>832</sup>».

**735.** La Cour d'appel de Tunis s'est ralliée à cette position en estimant que le contrôle du juge sur le contenu de la sentence ne doit pas être strict. Il n'a pas à rechercher si cette motivation est ou non pertinente convaincante ou conforme à la loi. Selon elle, le juge d'annulation n'exerce qu'un contrôle externe et formel de la sentence <sup>833</sup>.

**736.** En outre, les juridictions françaises, suivies en cela par les juridictions qui relèvent d'autres systèmes judiciaires nationaux <sup>834</sup>, sont constantes à dire que si le tribunal arbitral n'a pas l'obligation de soumettre au préalable l'argumentation juridique qui étaye sa motivation à la discussion des parties, il doit cependant respecter le principe du contradictoire <sup>835</sup>. Cependant, le tribunal arbitral n'est pas tenu de soumettre au préalable le raisonnement juridique qui étaye sa motivation au débat contradictoire <sup>836</sup>.

**737.** Par ailleurs, la Cour d'appel de Paris a longtemps affirmé qu'« une contrariété de motifs de la sentence ne pourrait être retenue comme contraire à l'ordre public international que s'il est démontré que la procédure d'arbitrage relève d'une loi exigeant l'obligation de motivation <sup>837</sup> ».

---

<sup>832</sup> ORTSCHIEDT (J.), note sous, Paris 25 mars 2004, Rev. Arb., 2004. 676 et s.

<sup>833</sup> CA de Tunis, 10 février 1998, Rev. de la jurisp. et de la législation juin 1998. 143.

<sup>834</sup> BEN MANSOUR (H.), L'ordre public et le contrôle étatique des sentences rendues en matière d'arbitrage international, Mémoire D.E.A, 2001.Tunis II.

<sup>835</sup> C. cass. 14 mars 2006, Rev. Arb., 2006., 483.

<sup>836</sup> CA Paris, 18 septembre 2003, Rev. Arb., 2004. 2 312 et s, note J-B. RACINE ; v. Infra.

<sup>837</sup> CA de Paris 6 mai 1988, Rev. Arb., 1989. 83 et s, note E. LOQUIN.

Cette affirmation a été critiquée par plusieurs auteurs qui n'ont pas hésité à avouer leur total désaccord avec la formule énoncée par la Cour d'appel de Paris sur la question de contradiction de motifs. C'est le cas de M. LOQUIN qui estime que « autant le droit français de l'arbitrage admet l'absence de motivation, autant cette absence de motivation ne laisse pas l'arbitraire s'imposer. Même en l'absence de motif, la partie intéressée peut toujours démontrer qu'une violation de l'ordre public international se dissimule derrière l'absence de motivation. *A fortiori*, le même contrôle s'impose lorsque la sentence est motivée, et cela malgré la possibilité de ne pas motiver. Or la contrariété de motifs n'est pas seulement une absence de motivation. Elle est un vice fondamental qui affecte la sentence et qui nous paraît contraire à l'ordre public international français. Elle témoigne en effet de l'absence de tout lien logique entre la décision des arbitres et les raisons qui ont fondé cette décision. Ce n'est pas seulement la forme de la sentence qui est défectueuse, mais aussi le fond de la décision qui peut être qualifié d'arbitraire. La contradiction dans les raisons de la décision des arbitres pourrait, de la même manière et pour les mêmes raisons, si elle était démontrée, contrarier l'ordre public international, dans le cadre d'une sentence non motivée. La motivation n'est que la mise en forme des raisons logiques qui ont fondé la décision de l'arbitre. Que ces raisons soient illogiques, elles affectent de la même façon la validité de la sentence motivée ou non motivée. La seule différence est que, dans le premier cas, la motivation révèle l'arbitraire de la décision, alors que dans le deuxième cas, l'absence de motifs le dissimule et qu'il convient alors, derrière le défaut de motivation, de prouver les défauts du raisonnement des arbitres <sup>838</sup> ».

**738.** Hormis l'avis d'une partie de la doctrine, l'idée selon laquelle la contradiction des motifs constitue un défaut de motifs dans la mesure où les motifs contradictoires se détruisent et s'annihilent est, désormais, battue en brèche<sup>839</sup>. En effet, étant donné que « la possibilité de contrôler l'harmonie et l'homogénéité des motifs peut conduire le juge de l'annulation (...) à dériver vers une révision au fond<sup>840</sup> », la jurisprudence française, suivie en cela par la jurisprudence tunisienne, vient d'abandonner le contrôle de la contradiction de motifs des sentences arbitrales.

---

<sup>838</sup> LOQUIN (E.), note sous CA de Paris 6 mai 1988, Rev. Arb., 1989. 95 et s.

<sup>839</sup> V. Revirement fait par la Cour d'appel de Paris en date du 1 novembre 2000, Rev. Arb., 2001. n°4. 742 et s.

<sup>840</sup> OUFELLI (A.), « Le contrôle de motivation des sentences arbitrales en droit tunisien », note sous C. Cass. tu., 23 fév. 2000, Rev. Arb., 2001. n°3. 603.

En effet, la contradiction de motif ne constitue plus de nos jours un grief recevable et ce à la suite d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 16 novembre 2000 qui a clairement énoncé qu' « attendu qu'hors les cas, définis par l'article 1502 du Nouveau code de procédure civile, de violation du principe de la contradiction ou de l'ordre public international, le contenu de la motivation de la sentence arbitrale échappe au contrôle du juge de la régularité de la sentence ; que le moyen fondé sur une contradiction de motifs de la décision arbitrale était donc irrecevable, de sorte que, l'arrêt attaqué se trouve légalement justifié <sup>841</sup> ».

**739.** Même si la jurisprudence est constante à estimer que le défaut de motivation ne constitue pas en soi un cas d'ouverture d'annulation de la sentence en matière internationale, l'exigence de motivation s'imposant seulement lorsque la loi qui régit la procédure ou la convention d'arbitrage requiert la motivation, l'analyse de la jurisprudence arbitrale internationale révèle que la quasi-totalité des sentences sont motivées y compris quand le droit applicable à la procédure n'exige pas la motivation.

A travers l'analyse des sentences arbitrales, qui ont abordé des problèmes relatifs à l'interprétation du contrat de commerce international, on peut s'arrêter sur le fait que les arbitres sont soucieux de démontrer les raisons qui ont guidé leurs raisonnements, abstraction faite de la loi applicable à la procédure. Ainsi, la sentence arbitrale rendue en 2001, et où il était question d'interpréter la volonté des parties quant au droit applicable au contrat, énonce que « Les contrats conclus entre les parties et sur lesquels est fondée la présente procédure sont muets en ce qui concerne la loi qui doit s'appliquer au fond. (...). Le litige a des liens avec plusieurs lois nationales, toutes pouvant jouer un rôle pertinent. (...) Le tribunal arbitral remarque que la défenderesse ne s'est pas prononcée sur la loi applicable. La défenderesse n'a jamais avancé, dans le cadre du présent arbitrage ni dans les échanges de correspondance entre les parties que la loi du pays de la défenderesse devrait s'appliquer. (...). Bien que les contrats ne contiennent pas de clause désignant la loi applicable, ils font référence aux usages du commerce international. Un article de chacun des contrats, relatif au prix que l'acquéreur doit verser dispose que les INCOTERMS de 1990 s'appliqueront. De même, un article des contrats dispose, pour ce qui est des cas de force majeure, que la clause des RUU 500 sera applicable. Il apparaît donc que les parties ont, dans une large mesure, convenu de soumettre leur relation aux usages du commerce, reconnus tels que les INCOTERMS, ou les Règles et

---

<sup>841</sup> CA Paris, 1 novembre 2000, Rev. Arb., 2001. n°4. 730, note LECUYER (H.)

usages uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU) publiées par la CCI. Le tribunal arbitral considère qu'en faisant référence à la fois aux INCOTERMS et aux RUU 500, les parties ont montré leur volonté que leurs contrats soient régis par les coutumes et usages du commerce international<sup>842</sup> ».

Force est de constater que les chances d'annuler une sentence interprétative sur la base de la méconnaissance des exigences de la motivation ne sont pas garanties.

**740.** Outre le grief du non respect de sa mission par l'arbitre, il arrive que la partie insatisfaite de l'interprétation du contrat retenue par le tribunal arbitral invoque également le non respect du contradictoire.

## **SECTION II – LE NON RESPECT DU CONTRADICTOIRE<sup>843</sup>**

**741.** La contradiction suppose que chaque partie ait été mise en mesure de faire valoir ses prétentions de fait et de droit, de connaître les prétentions de son adversaire et de les discuter. Ce principe revêt une importance considérable dans le déroulement du procès. Comme l'écrit le doyen Cornu, « la contradiction enveloppe le litige sous toutes ses faces. Non : elle l'innerve en toutes ses actions de procédure, de fait et de droit. Elle est le procès même<sup>844</sup> ».

---

<sup>842</sup> Clunet 2001. 4. 1165, note E.J.

<sup>843</sup> Mme Le Professeur KESSEDJIAN souligne que « depuis la réforme de la procédure civile en France, le principe du contradictoire est devenu le principe de la contradiction (...). Existe-il une différence de contenu entre les deux expressions ? (...) La réforme a, en réalité, marqué la reconnaissance plus globale d'un principe par l'utilisation du substantif plutôt que de l'adjectif substantivé parce qu'il a la valeur de définition », v. « Principe de la contradiction et arbitrage », Rev. Arb., 1995. 3. 389. De notre part, nous utilisons les deux expressions sans opérer aucune distinctions entre elles puisque le vocabulaire juridique Capitant nous dit qu'elles sont synonymes.

<sup>844</sup> CORNU (G.), « Les principes directeurs du procès civil », In Etudes offertes à P. BELLET, Paris, LITEC 1991. 83.

**742.** Le principe de la contradiction est étroitement lié aux droits de la défense au point de confondre les deux notions. Certains arrêts, par contre, continuent à les traiter comme étant deux principes distincts. C'est le cas de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 14 octobre 1993 qui s'exprime ainsi : « Considérant que le principe de la contradiction n'a pas été violé, pas plus que les droits de la défense <sup>845</sup> ». De son côté, la doctrine est divisée <sup>846</sup>. La majeure partie soutient que le principe fondateur est celui des droits de la défense dans lequel est contenu le principe de la contradiction <sup>847</sup>.

**743.** Le survol des différentes législations nationales révèle que le principe de la contradiction est universellement reconnu. En effet, tous les systèmes juridiques et conventions internationales en matière judiciaire ou relatives à l'arbitrage font du respect de la contradiction l'un des éléments fondamentaux du contrôle de la validité des sentences arbitrales (§1).

**744.** L'objet de cette étude consiste à s'arrêter sur les règles contenues dans le principe de la contradiction que l'arbitre, appelé à interpréter le contrat de commerce international, est tenu de respecter (§2).

### **§1 – La consécration du principe de la contradiction**

**745.** La consécration du principe du contradictoire varie d'un système juridique à un autre. En effet, certains droits nationaux font du non respect de la contradiction un motif à part égal d'annulation ou du refus d'exequatur de la sentence. Cependant, d'autres législations nationales se contentent de rattacher la violation du contradictoire au grief de l'atteinte à l'ordre public international.

---

<sup>845</sup> CA de Paris, 14 octobre 1993, Rev.Arb., 1994. 446, note E. LOQUIN.

<sup>846</sup> KESSEDJIAN (C.), « Principe de la contradiction et arbitrage », Rev. Arb., 1995. 3. 390.

<sup>847</sup> BOLARD (G.), « Les juges et les droits de la défense », In Etudes offertes à P. BELLET, Paris Litec 1991. 49.

**746.** Le droit français de l'arbitrage fait une référence directe au principe de la contradiction comme étant un motif distinct d'annulation de la sentence ou de refus d'exequatur. Bien qu'il soit critiqué, le choix de la législation française de mentionner distinctement la contradiction trouve sa justification dans la qualification donnée par la Cour de cassation à ce principe comme étant « un principe supérieur indispensable au déroulement du procès<sup>848</sup> ».

**747.** La consécration directe du principe de la contradiction, adoptée par le droit français de l'arbitrage, a été suivie par d'autres systèmes juridiques. C'est le cas de la loi espagnole sur l'arbitrage : son article 21 dispose que « la procédure arbitrale devra toujours se conformer aux dispositions de cette loi et sera assujettie aux principes essentiels d'audition, du contradictoire et d'égalité entre les parties ».

**748.** Au contraire, en droit tunisien, il n'existe aucune disposition explicite qui consacre nommément le principe du contradictoire. Cependant, l'absence d'une telle référence expresse ne signifie pas pour autant que le droit tunisien de l'arbitrage international ignore ce principe. En effet l'article 69 du Code de l'arbitrage tunisien dispose que « (...) 2- les parties doivent recevoir dans un délai suffisant notification de tout acte de procédure à accomplir par le tribunal arbitral. 3- Toutes les conclusions, pièces ou informations qu'une partie fournit au tribunal arbitral doivent être communiquées aux autres parties. Doit également leur être communiqué tout rapport d'expertise ou moyen, sur lequel le tribunal arbitral pourrait se baser pour rendre sa sentence ».

A lecture de cet article, on peut facilement s'arrêter sur l'absence d'une désignation explicite du principe de la contradiction. Néanmoins, l'allusion que fait ledit article à l'obligation de notification des actes de procédures et au devoir de communication des informations qui s'impose aussi bien aux parties qu'au tribunal arbitral, nous permet de dire qu'il existe une reconnaissance du principe de la contradiction en droit tunisien de l'arbitrage.

---

<sup>848</sup> Cass. civ., 5 février 1991, Rev. Arb., 1991. 625, note L. IDOT.

Par ailleurs, la question qui a été débattue sur la scène doctrinale tunisienne consiste à savoir si le non respect du principe de la contradiction peut constituer un motif d'annulation ou refus d'exequatur de la sentence arbitrale. Ce débat doctrinal est dû au fait que le code de l'arbitrage est muet sur ce point en ce sens que les articles 78 et 81, qui énoncent limitativement la liste des griefs pouvant être invoqués à l'appui d'un recours en annulation ou à l'encontre d'une demande d'exequatur, n'évoquent pas la principe de la contradictoire.

La majeure partie de la doctrine tunisienne<sup>849</sup> reconnaît que le principe du contradictoire fait partie de l'ordre public procédural. Cette affirmation part du fait que les articles 78 et 81 du Code de l'arbitrage tunisien énoncent que le non respect de l'ordre public international constitue un motif d'annulation ou de refus d'exequatur de la sentence arbitrale. Le législateur tunisien n'a pas voulu faire de l'atteinte à l'ordre public international et du non respect du principe de la contradiction deux griefs séparés. La seule référence au grief de la violation de l'ordre public international peut suffire pour admettre que le non respect du contradictoire constitue en droit tunisien un motif d'annulation ou de refus d'exequatur de la sentence. Cette solution n'est pas isolée. En effet, d'autres lois sur l'arbitrage optent pour ce même choix. La loi type de la CNUDCI, ainsi que la loi néerlandaise visent la contradictoire par l'exigence d'un respect des règles fondamentales de procédure ou des droit de la défense.

**749.** Hormis les différences dans les formulations de consécration du principe de la contradiction entre les différentes lois relatives à l'arbitrage, l'unanimité est quasi-totale en ce qui concerne l'existence d'un recoupement de ce principe avec l'ordre public international : la contradiction constitue l'une des exigences de l'ordre public procédural.

L'affirmation de ce recoupement est énoncée dans plusieurs arrêts rendus par la Cour d'appel de Paris, c'est le cas de l'arrêt rendu le 27 novembre 1987 où il a été déclaré que « le fait pour un tribunal arbitral d'ouvrir, lors de l'audience des plaidoiries, un débat contradictoire afin d'être mieux éclairé sur certains points litigieux et pour, les représentants des parties, d'avoir participé sans élever d'objections audit débat, respecte les notions fondamentales de la contradictions selon la conception française de l'ordre public. (...). L'arbitre amiable compositeur, s'il n'est pas assujetti aux règles de procédure et de forme, est

---

<sup>849</sup> MEZGHENI (A.), Commentaire du Code de droit international privé, CPU 1999. 70 et s ; BEN MANSOUR (H.), L'ordre public et le contrôle étatique des sentences rendues en matière d'arbitrage international, Mémoire D.E.A Tunis II 2001. 23.

néanmoins tenu de respecter les principes directeurs du procès, spécialement le principe de la contradiction toujours applicable à l'instance arbitrale<sup>850</sup> ».

**750.** Force est de constater que le non respect de la contradiction constitue un motif suffisant pour annuler la sentence arbitrale ou en refuser l'exequatur. La question qui se pose consiste à savoir qu'elles sont les exigences procédurales inhérentes au principe du contradictoire, qu'un arbitre, investi d'une mission d'interpréter un contrat de commerce international, devrait respecter ?

## **§2 – L'interprétation du contrat et le respect de la contradiction**

**751.** Le principe de la contradiction touche les différentes phases de la procédure, il intervient au moment de l'introduction de l'instance, au cours de l'instance, lors des débats oraux et au moment de l'élaboration de la sentence arbitrale.

**752.** Notre étude ne s'intéressera pas à l'analyse de toutes les composantes du principe du contradictoire. Elle se bornera à mettre en lumière les règles procédurales qui doivent être respectées lors de l'interprétation du contrat de commerce international.

**753.** En interprétant le contrat, l'arbitre est amené à soulever un certain nombre de points qui sont relatifs au contenu du contrat et de son sort. Tout au long de sa démarche l'arbitre est tenu de respecter le principe du contradictoire, en invitant les parties à commenter tout moyen de fait ou de droit qu'il soulève d'office et sur lequel il pourra se baser pour rendre sa sentence. Cette règle évoque essentiellement le problème relatif à l'application des règles de droit soulevées d'office par l'arbitre ainsi que celle de la requalification et la preuve de l'illicéité de la transaction litigieuse.

**754.** Lorsque le tribunal arbitral soulève d'office l'application d'un droit étatique ou a-étatique autre que celui au regard duquel les parties ont présenté leurs explications, il est tenu d'inviter les parties à commenter ce moyen.

---

<sup>850</sup> Paris, 27 novembre 1987, Rev. Arb., 1989. 62, note G. COUCHEZ.

En l'absence de désignation de la loi applicable par les parties, l'arbitre dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour rattacher le contrat à un système juridique qu'il juge approprié. La mise en œuvre de cette liberté devrait-elle être limitée par le respect nécessaire du principe du contradictoire ? En d'autres termes, est-ce que l'arbitre est tenu de prévenir les parties des règles de droit qu'il compte appliquer au litige, et ce afin que ces règles soient discutées contradictoirement ?

Pour certains, la réponse est par la négative car la règle de droit est connue de tous. Par conséquent, le tribunal arbitral n'est pas obligé de soumettre les normes qu'il doit appliquer au débat contradictoire. Cependant, cette position a été critiquée car elle ne prend pas en considération la spécificité de l'arbitrage international.

Si le dépassement de l'exigence de soumettre les règles de droit applicables au litige au débat contradictoire est plus ou moins possible par la référence à l'adage « nul n'est censé ignorer la loi », il serait injuste de transposer ce raisonnement en matière d'arbitrage international. En effet, « du fait même de l'atationalité des procédures d'arbitrage internationales, l'adage *da mihi factum, dabo tibi jus* est impropre à définir le rôle respectif des parties et du juge dans l'instance arbitrale.

De surcroît, la multiplication de sources informelles et de ce qu'il est désormais convenu d'appeler le droit mou ou le non droit, qui serait néanmoins applicable aux opérations du commerce international, entraîne une plus grande incertitude dans la solution des litiges et une difficile appréciation de l'influence exacte que ces sources peuvent exercer sur le tribunal arbitral dans le processus de réflexion pour parvenir à la décision finale <sup>851</sup>».

L'arrêt de la Cour d'appel de Paris rendu en date du 6 avril 1995 est une illustration de cette orientation en matière des moyens de droit soulevés d'office par l'arbitre et du respect du principe du contradictoire. En l'espèce, l'arbitre a appliqué l'article 84 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises et il a fixé le taux d'intérêt Libor, « un an » sans que le tribunal n'a entendu les parties sur ce point. Saisi d'un recours en annulation contre la sentence, la Cour d'appel de Paris a prononcé son annulation partielle.

---

<sup>851</sup> KESSEDJIAN (C.), « Principe de la contradiction et arbitrage », Rev. Arb., 1995. 3. 404.

Les juges de contrôle n'hésitent pas à vérifier s'il s'agit d'un moyen relevé d'office par l'arbitre ou si la règle en question « faisait nécessairement partie du débat ». Dans cette dernière hypothèse, le tribunal arbitral n'est pas tenu de prévenir les parties. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation française en approuvant la position adoptée par la Cour d'appel de Paris<sup>852</sup> dans l'affaire Société générale pour l'industrie c/ Ewbank & Partners Ltd. Dans cette affaire, on reprochait à l'arbitre d'avoir violé le principe de la contradiction pour s'être fondé sur des dispositions du droit suisse qu'aucune des parties n'avait invoqué. Or la Cour a estimé que « pour avoir été choisi par les parties pour régir les contrats et pour avoir été expressément rappelé dans l'acte de mission, le droit suisse faisait nécessairement partie du débat ». Et elle rajoute que « la demanderesse ayant rappelé tant dans sa requête d'arbitrage que dans l'acte de mission que les accords litigieux étaient régis par le droit suisse, elle ne saurait se plaindre quand il a été fait application au litige du droit déterminé par les parties, même si par la suite elle s'est abstenue de présenter des observations sur ce point ».

La Cour d'appel de Paris est constante à affirmer que le tribunal arbitral est dispensé de provoquer un débat spécifique sur la règle de droit qu'il compte appliquer lorsque la norme invoquée « a un caractère si général qu'elle était nécessairement dans le débat de façon implicite<sup>853</sup> ».

Cette règle a été énoncée dans l'arrêt rendu en date du 25 novembre 1993 en ce qui concerne le principe d'exécution de bonne foi des contrats. Il s'agissait d'un recours en annulation dirigé contre une sentence arbitrale ayant à statuer sur la résiliation d'un contrat. L'application par les arbitres du principe d'exécution de bonne foi des contrats était contestée. On reprochait au tribunal d'avoir rendu une sentence en relevant d'office, sans respecter le principe de la contradiction, la violation de l'obligation de coopération. La Cour a rejeté le grief formulé en relevant : « ne viole pas le principe de la contradiction le tribunal arbitral en se référant au principe d'exécution de bonne foi des conventions -d'ordre public vraiment international- lequel était nécessairement dans le débat<sup>854</sup> ».

---

<sup>852</sup> Paris, Rev. Arb., 1993. 664, note D. BUREAU.

<sup>853</sup> FOUCHAR (Ph.), GAILLARD (E.) et GOLDMA (B.), Traité de l'arbitrage commercial international, Litec 1996. 964.

<sup>854</sup> Paris, 25 novembre 1993, Rev. Arb., 1994. 4. 731, note BUREAU.

Dans cette perspective, la Cour d'appel de Paris a statué dans l'affaire *écho* par son arrêt rendu en date du 3 juin 1993 où elle a déclaré : « considérant que les dispositions contractuelles sont nécessairement dans le débat ; que l'arbitre n'a, dès lors, pas violé le principe de la contradiction en rappelant les droits conférés à l'une des parties par le contrat à l'appui de sa réponse à un grief donné contre l'autre partie <sup>855</sup> ».

**755.** Par ailleurs, en interprétant le contrat, l'arbitre peut être amené à requalifier le contrat litigieux. Or, la requalification opérée par le tribunal arbitral ne doit pas être faite au mépris du débat contradictoire. Et la Cour d'appel de Paris n'hésite pas à contrôler si l'arbitre a respecté le principe du contradictoire lorsqu'il s'est prononcé sur la question. Ainsi, dans un arrêt rendu le 25 novembre 1997, la Cour déclare que « ne viole pas le principe du contradictoire l'arbitre qui se borne à restituer aux actes litigieux leur exacte qualification pour appliquer la règle de droit résultant de celle-ci, du moins si cette requalification trouve son assise dans les faits tels qu'appréciés et soumis aux débats par les parties <sup>856</sup> ».

**756.** Lorsque l'arbitre statue sur l'illicéité de la transaction litigieuse, la question de la preuve de cette illicéité acquiert une importance considérable. Il appartient à la partie qui invoque l'illicéité de prouver « le caractère illicite des agissements de son adversaires <sup>857</sup> » tout en laissant la possibilité à ce dernier d'alimenter le débat en mettant à la disposition de l'arbitre tous les éléments de preuve qui démentent les allégations de son contractants <sup>858</sup>.

**757.** Bien que si l'administration de la preuve ne constitue pas en droit français une composante du contradictoire <sup>859</sup>, la doctrine estime que l'administration de la preuve est une question qui ne peut être « absente des préoccupations du juge lorsqu'une partie allègue qu'une sentence a violé le principe de la contradiction, car l'arbitre aurait rejeté sa demande de production d'une pièce jugée essentielle mais que l'adversaire se serait refusé à produire <sup>860</sup> ».

---

<sup>855</sup> Paris, 3 juin 1993, Rev. Arb., 1995. 468.

<sup>856</sup> Paris, 25 novembre 1997, Rev. Arb., 1998. 690.

<sup>857</sup> COURT DE FONTMICHEL (A.), L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international, Thèse Paris II. 324.

<sup>858</sup> Sentence CCI n° 8891 rendue en 1998, JDI 2000. 1076, Obs. D.H : "(...) selon les règles ordinaires concernant le fardeau de la preuve, il appartient à la partie qui soulevant l'illicéité de la prouver (...)".

<sup>859</sup> La Cour d'appel de Paris reconnaît à l'arbitre un pouvoir souverain d'apprécier « le caractère essentiel ou non de la production de certains éléments de preuve ». Cette liberté reconnue à l'arbitre en la matière constitue dans d'autres systèmes juridiques une violation de la contradiction. C'est le cas des Etats-Unis et du Royaume-Uni où l'administration de la preuve fait partie de la contradiction.

<sup>860</sup> KESSEDJIAN (C.), « Principe de la contradiction et arbitrage », Rev. Arb., 1995. 3. 395.

**758.** L'analyse de la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris nous permet de s'arrêter sur une orientation bien ancrée dans la pratique de cette juridiction, qui consiste à mener un contrôle très pointu des mesures prises par les arbitres, pour permettre aux parties de discuter toutes les pièces contradictoirement. En effet, elle « contrôle, *in concreto*, si chaque pièce ou non fait l'objet d'une discussion contradictoire. Elle vérifie également les conditions dans lesquelles la partie contestante a eu connaissance de la pièce litigieuse et si elle avait le temps d'en discuter avant que le tribunal arbitral ne rende sa sentence. Si elle avait le temps matérielle pour répliquer<sup>861</sup> ».

Cette orientation jurisprudentielle repose sur une idée de base que la Cour d'appel de Paris est constante à affirmer. Selon elle, « le principe de la contradiction impose que chaque partie soit mise en demeure de débattre contradictoirement des faits de la cause (et ) que rien de ce qui sert à fonder le jugement de l'arbitre ne doit échapper au débat contradictoire des parties<sup>862</sup> ». Le principe de la contradiction implique que tout document qui est porté à la connaissance du tribunal arbitral doit être communiqué à l'autre partie.

**759.** Force est de constater qu'en interprétant le contrat, l'arbitre procède à la recherche de la volonté réelle et commune des parties. Cette recherche ne peut être faite que sur la base d'éléments de fait et de droit. Chaque élément que le tribunal arbitral prend pour base pour donner son interprétation du contrat doit faire l'objet d'un débat contradictoire.

Par conséquent, le respect du principe du contradictoire par l'arbitre implique le respect de l'égalité des parties. Chaque partie doit être mise en mesure de présenter son argumentation et de faire valoir ses prétentions en soumettant ses éléments de preuve et ses réponses tout en se voyant attribuer le même délai que son adversaire pour pouvoir organiser la défense de ses intérêts.

---

<sup>861</sup> KESSEDJIAN (C.), « Principe de la contradiction et arbitrage », Rev. Arb., 1995. 3. 401.

<sup>862</sup> Paris, 14 octobre 1993, citée par BEN MANSOUR (H.), L'ordre public et le contrôle étatique des sentences rendues en matière d'arbitrage international, Mémoire D.E.A Tunis II 2001. 30.

**760.** Conscients que les voies permettant le contrôle étatique de l'interprétation du contrat sont très réduites, les requérants n'hésitent pas à placer le débat sur le terrain du non respect de l'ordre public international. Une voie qui n'est pas forcément garantie.

### **SECTION III – LE NON RESPECT DE L'ORDRE PUBLIC**

**761.** La convention de New York du 6 juillet 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, qui prévoit dans son article V.2. b, la possibilité pour l'Etat requis de refuser la reconnaissance ou l'exécution de la sentence étrangère au cas où cette reconnaissance ou cette exécution « serait contraire à l'ordre public » du dit Etat, c'est à dire l'ordre public interne.

De son côté, la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international du 21 juin 1985 prévoit en ses articles 34.2. b.ii et 36.1.b.ii, la possibilité d'annuler une sentence ou d'en refuser la reconnaissance ou l'exécution, si cette reconnaissance ou cette exécution sont contraires à l'ordre public de l'Etat dans lequel elle a été rendue.

**762.** Toutefois, l'ordre public visé par l'article 1502-°5, c'est l'ordre public international et non pas interne. Le droit français de l'arbitrage n'est pas isolé dans son exigence de contrôler la conformité la sentence arbitrale à l'ordre public international. La quasi totalité des législations nationales ont fait de la violation de cet ordre public un motif valable justifiant l'annulation ou le refus d'exequatur de la sentence arbitrale.

**763.** L'étude du contrôle de l'interprétation du contrat au regard de l'ordre public international (§2) ne peut être menée si on n'a pas au préalable déterminé la notion d'ordre public international (§1).

## §1 - Notion d'ordre public international

**764.** La notion d'ordre public interne n'est pas la même que celle de l'ordre public international. En matière interne, cette notion couvre l'ensemble des règles du droit étatique auxquelles les parties ne peuvent déroger. En d'autres termes, il s'agit de toutes les règles impératives. En matière internationale, l'ordre public « s'entend de la conception française de l'ordre public international <sup>863</sup> » c'est-à-dire qu'il comprend « l'ensemble des règles et des valeurs dont l'ordre juridique français ne peut souffrir la méconnaissance, même dans les situations à caractère international <sup>864</sup> »

**765.** La Cour d'appel de Paris est constante à ne pas tenir compte des règles d'ordre public interne de l'Etat français ou des règles d'ordre public interne d'un Etat étranger français, lorsque le recours est formulé à l'encontre de la sentence sur la base de l'article 1502-5. Ainsi, elle n'hésite pas à affirmer dans plusieurs arrêt que « la violation de l'ordre public interne- à la supposer établie- ne constitue pas un cas d'ouverture à l'appel de la décision accordant l'exécution en France d'une sentence arbitrale étrangère, l'article 1502-5 ne visant que le cas où la reconnaissance ou l'exécution de cette sentence sont contraires à l'ordre public international<sup>865</sup> ».

**766.** Les juridictions françaises n'annulent la sentence ou n'en refusent l'exequatur que si la solution adoptée heurte la conception française de l'ordre public international. Ainsi, le seul ordre public au regard duquel la Cour d'appel est tenue d'apprécier la régularité de la sentence est l'ordre public au sens du international privé français. En effet, « il n'entre pas dans la mission du juge français de l'annulation d'examiner la conformité de la sentence aux règles d'ordre public du droit étranger applicable au litige <sup>866</sup> ».

**767.** La notion de l'ordre public international ayant été brièvement cernée, la question se pose de savoir quelle est la portée du contrôle de l'interprétation arbitrale du contrat de commerce international au regard de l'ordre public ?

---

<sup>863</sup> Paris, 15 février 1996, Rev. Arb. 2001. 812, note Y. DERAÏNS.

<sup>864</sup> Paris, 14 juin 2001, Rev. Arb., 2001. 810, note Y. DERAÏNS.

<sup>865</sup> Paris, 12 mars 1985, Rev. Arb., 1985. 299, note E. LOQUIN.

<sup>866</sup> Parsi, 21 mars 1986, Rev. Arb., 1991. 350, note JH.M et C.V.

## §2- La portée du contrôle de l'interprétation du contrat de commerce international au regard du respect de l'ordre public

**768.** En interprétant le contrat, l'arbitre du commerce international dispose d'une flexibilité et d'une souveraineté qui sont respectées par le juge étatique. Ce respect se concrétise dans la position adoptée par les juridictions françaises qui consiste à refuser de contrôler l'interprétation du contrat et à restreindre ce contrôle à la solution consacrée par la sentence en limitant l'annulation ou le refus d'exequatur aux cas où cette solution heurte l'ordre public.

**769.** Le juge étatique s'abstient de contrôler l'interprétation du contrat faite par les arbitres, mais, du moment où il s'avère que cette interprétation débouche sur une solution qui transgresse l'ordre public, la sentence est annulée. Une position, qui bien que justifiée par la prohibition de réviser au fond les sentences arbitrales, a divisé la doctrine française entre partisans et opposants.

Pour les premiers<sup>867</sup>, le contrôle de l'ordre public doit être limité. Selon eux, « l'office du juge ne doit pas entraver l'efficacité (des) sentences, et donc se limiter à s'assurer que leur exécution n'emporterait pas, de façon évidente, et sans examen du fond du droit, une atteinte grave aux valeurs fondamentales du for<sup>868</sup> ». Certains d'entre eux ne voient pas de mal à abandonner tout contrôle de la conformité des sentences arbitrale à l'ordre public.

Cependant, les partisans<sup>869</sup> de la conception « maximaliste » critiquent « la jurisprudence française actuelle en lui reprochant de s'en tenir à un contrôle formel faisant prévaloir l'apparence sur la réalité, en s'interdisant, au nom du principe de prohibition de la révision au fond, de remettre en cause le raisonnement des arbitres et les qualifications par

---

<sup>867</sup> DERAIS (Y.), Chronique de la jurisprudence française, Rev.Arb., 2001. 805 ; Clay (T.), note sous Paris, 18 novembre 2004, D. 2005. 3058 ; RADICATI DI BROZOLO, « L'illicéité qui crève les yeux : critère de contrôle des sentences arbitrales au regard de l'ordre public international », Rev. Arb., 2005. 530.

<sup>868</sup> DELANOY (L.C.) « Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation: trois constats, trois propositions », Rev. Arb., 2007. 2. 177.

<sup>869</sup> BOLLEE (S.), note sous Paris, 18 novembre 2004, Rev. crit. DIP, 2006. 111 ; LOQUIN. E, note sous Cass. civ., 3 juin 1998, Rev. Arb., 1999. 71 ; MAYER (P.), « La sentence contraire à l'ordre public au fond », Rev. Arb., 1994. 630 ; RACINE (J.B.) L'arbitrage commercial international et l'ordre public, LGDJ 1999. 437.

eux retenues, quand bien même il en résulterait, dans la solution même des sentences, une violation de l'ordre public interne ou international <sup>870</sup> ».

**770.** Tout en plaçant la question sur le terrain de l'interprétation du contrat de commerce international, et dans un souci de progresser avec le lecteur dans la découverte de la position adoptée par les juridictions françaises en la matière, il nous paraît plus opportun de partir de l'examen du refus de ces juridictions de contrôler l'interprétation du contrat par l'arbitre (A) avant de démontrer que, si le contrôle du respect de l'ordre public opéré par le juge étatique ne porte pas sur l'interprétation, il n'en demeure pas moins qu'il s'exerce sur la solution sur laquelle débouche cette interprétation (B).

### **A- Le refus de contrôler l'interprétation du contrat**

**771.** Le contrôle de la sentence effectué par le juge étatique au regard du respect de l'ordre public est un contrôle limité. Le principe qui oriente ce contrôle est celui de la prohibition de la révision au fond des sentences.

En effet, la prohibition de réviser au fond la sentence implique l'impossibilité de sanctionner les erreurs de fait ou de droit commises par l'arbitre. Etant donné que le contrôle étatique de la sentence ne doit pas déboucher sur une révision au fond, le juge se limite à vérifier si l'arbitre a mis en œuvre les dispositions impératives et que la solution retenue dans la sentence n'est pas contraire à l'ordre public, sans que cette vérification n'implique l'appréciation du bien fondé de la décision arbitrale.

**772.** Partant de cette démarche, le juge de contrôle refuse d'apprécier l'interprétation ou de vérifier la qualification des actes litigieux par les arbitres ainsi que la pertinence du raisonnement juridique par lequel le tribunal arbitral s'est prononcé sur les questions dont il était saisi<sup>871</sup>.

---

<sup>870</sup> DELANOY (L.C.) « Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation: trois constats, trois propositions », *Rev. Arb.*, 2007. 2. 177.

<sup>871</sup> Cass. civ., 3 octobre 2006, *Rev. Arb.*, 2007. 98 ; 14 novembre 2006, *Rev. Arb.*, 2007. 89 et s.

S'agissant de l'interprétation du contrat, le juge de contrôle s'abstient de vérifier que l'arbitre a correctement interprété le contrat principal objet du litige. Cette position a été adoptée par la Cour d'appel de Paris même avant la réforme du droit français de l'arbitrage de 1981. Ainsi, dans un arrêt rendu en date du 12 décembre 1978, la Cour a manifestement déclaré son refus de se prononcer sur l'interprétation faite par le tribunal arbitral d'une clause relative à la qualité de la marchandise vendue. Elle a délibérément énoncé que « à supposer que l'interprétation donnée de cette clause soit contraire à l'ordre public (...), la nullité de la sentence ne pourrait être prononcée que dans la mesure où la solution adoptée sur le fond par les arbitres heurterait elle-même l'ordre public ; étant observé que le juge d'appel n'a pas à apprécier le caractère exact ou convaincant des motifs retenus par la juridiction arbitrale à l'appui de sa décision <sup>872</sup> ».

Dans ce contexte, il n'est pas surprenant que les juridictions françaises refusent de sanctionner la dénaturation du contrat commise par l'arbitre. C'est la conséquence logique du refus de contrôler l'interprétation des actes litigieux faite par l'arbitre <sup>873</sup>. En effet, la jurisprudence est constante à dire que « l'annulation d'une sentence arbitrale pour cause de violation par l'arbitre d'une règle d'ordre public ne s'étend pas au cas où est seulement alléguée la dénaturation des documents soumis à l'arbitre <sup>874</sup> ».

On retrouve cette formulation dans d'innombrables arrêts de la Cour d'appel de Paris. A ce titre on cite l'arrêt rendu en date du 20 mai 1994. Le recours a été formulé par la requérante à l'encontre de la sentence arbitrale au motif que le tribunal arbitral a donné effet à un contrat illicite et par conséquent il a violé l'ordre public international français. La Cour s'est prononcée sur la question en estimant que « l'annulation d'une sentence pour cause de violation par les arbitres d'une règle d'ordre public ne s'étend pas au cas où est alléguée la dénaturation des actes soumis aux arbitres et (...) le contrôle de la Cour d'appel, saisie d'un recours en annulation (...) ne porte pas sur la qualification que les arbitres ont souverainement donnée des conventions liant les parties <sup>875</sup> ».

---

<sup>872</sup> Paris, 12 décembre 1978, Rev. Arb., 1979. 372, Note BOITARD.

<sup>873</sup> V. Chapitre I du présent titre.

<sup>874</sup> Paris, 8 juin 1984, Rev. Arb., 1984. 516, note JARROSSON.

<sup>875</sup> Paris, 20 mai 1994, Rev. Arb., 1994. 397.

L'arrêt rendu le 20 avril 2000 est significatif de l'attitude de la jurisprudence française au regard de la dénaturation commise par l'arbitre dans le cadre de son contrôle du respect de l'ordre public. Dans cet arrêt elle a déclaré que « le motif de nullité tiré de la dénaturation des éléments de fait soumis à l'appréciation du tribunal arbitral, à supposer cette dénaturation établie, ne constitue pas une violation de l'ordre public entraînant la nullité de la sentence<sup>876</sup> ».

**773.** En outre, le refus de contrôler l'interprétation faite par l'arbitre ne concerne pas seulement l'interprétation des contrats mais également l'interprétation de la loi applicable. En effet, la jurisprudence est constante à considérer « qu'une erreur d'interprétation de la loi applicable au litige ne peut être en soi considérée comme une violation de l'ordre public<sup>877</sup> ».

**774.** Au surplus, en refusant d'apprécier l'interprétation du contrat faite par l'arbitre, le juge étatique s'abstient de contrôler la qualification du contrat retenue par l'arbitre. Ce refus s'est consacré dans l'arrêt rendu dans l'affaire Société SICA Veradour. Il s'agit d'un contrat de vente et de commercialisation de conserves de maïs conclu entre la société SICA Veradour d'une part et les établissements Larroche d'autre part. Suite à la résiliation du dit contrat par la société SICA Veradour, le tribunal arbitral a été saisi. Ce dernier a estimé que la rupture du contrat était sans motif. La SICA Veradour a attaqué la sentence par un recours en annulation en invoquant la contrariété de la sentence à l'ordre public en ce sens que le tribunal arbitral a qualifié faussement le contrat principal alors qu'il s'agissait, selon elle, d'un contrat de vente et d'intégration agricole qui, en l'absence de détermination du prix, devait être déclaré nul conformément à la loi du 6 juillet 1964. Chose que l'arbitre n'a pas faite. La Cour d'appel a rejeté le recours. La Cour de cassation a alors été saisie. Celle-ci a décidé que « le contrôle de la Cour d'appel, saisie d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale (...), doit porter non sur la qualification que les arbitres ont donné de la convention liant les parties, même s'il est prétendu que celle-ci est régie par des dispositions d'ordre public, mais sur la solution donnée au litige, l'annulation n'étant encourue que dans la mesure où cette solution heurte l'ordre public<sup>878</sup> ».

---

<sup>876</sup> Paris, 20 avril 2000, Rev. Arb., 2001. 809, note Y. DERAÏNS.

<sup>877</sup> THALAUD, L'arbitre source de droit, Thèse Orléans 1996. 138.

<sup>878</sup> Cité par RACINE (J.B.), L'arbitrage international et l'ordre public, Thèse Nice 1997. 544.

La même formule a été reprise dans d'autres arrêts rendus récemment, c'est le cas de l'arrêt rendu le 14 décembre 2001 où la Cour d'appel de Paris a déclaré qu' « une sentence arbitrale encourt l'annulation lorsque l'arbitre a violé une règle d'ordre public, le contrôle de la Cour doit porter non sur la qualification que les arbitres ont donnée de la convention liant les parties, même s'il est prétendu que celle-ci est régie par des dispositions d'ordre public, mais sur la solution donnée au litige, l'annulation n'étant encourue que dans la mesure où cette solution heurte l'ordre public<sup>879</sup> ».

**775.** Tout en refusant de contrôler l'interprétation des contrats par l'arbitre, les juridictions françaises tiennent pour acquis les éléments de fait ou de droit retenus par le tribunal arbitral. Elles « s'abstiennent délibérément de vérifier qu'une règle d'ordre public éventuellement applicable a été correctement appliquée aux faits de l'espèce<sup>880</sup> ». C'est dans ce contexte que les juridictions françaises refusent de contrôler l'appréciation que les arbitres ont faite des droits des parties au regard des dispositions d'ordre public invoquées. Ceci est clairement énoncé dans l'arrêt rendu le 24 octobre 1994 à propos de l'affaire *Lebanese traders distributors et consultants LTDC c/ société Reynolds*. Il s'agissait d'un litige né à la suite de la conclusion d'un contrat entre la société *Lebanese traders* et la société suisse *Reynolds Tobacco International* en 1977 aux termes duquel *Reynolds* désignait *LTDC* comme son représentant exclusif pour la promotion des ventes de ses cigarettes importées au Liban par la Régie<sup>881</sup> « ou à tout autre compte au Liban dont les achats sont faits directement auprès de *Reynolds* et conformément aux lois et règlements relatifs aux cigarettes à leur vente et distribution au Liban ». En 1989, *LTDC* a saisi le tribunal arbitral au motif que la société *Reynolds* « avait rompu le contrat pour avoir vendu des cigarettes à des contrebandiers en sachant que ces cigarettes seraient importées illégalement au Liban et y seraient vendues et que ces ventes réduiraient les ventes de cigarettes à la Régie ». Le tribunal arbitral a décidé que la société *Reynolds* doit payer à *LTDC* une somme d'argent au titre de dommages et intérêts. La société *LTDC* a formé un recours en annulation de cette sentence au motif que celle-ci est contraire à l'ordre public international « en ce qu'elle repose sur l'affirmation - subversive pour tout ordre juridique- que les violations de la règle d'ordre public international de prohibition de la contrebande échappent à toute sanction si les parties à un contrat n'ont

---

<sup>879</sup> Paris, 14 décembre 2000, *Rev.Arb.*, 2001. 809. note Y. DERAÏNS.

<sup>880</sup> Y. DERAÏNS, *Chronique de la jurisprudence française*, *Rev.Arb.*, 2001. 816.

<sup>881</sup> Selon la loi libanaise, tous les produits de base de tabac doivent être vendus par l'intermédiaire de la Régie co-intéressée libanaise des tabacs tombacs, fonctionnant sous le contrôle du ministère libanais des finances. Les fabricants étrangers sont obligés de vendre les cigarettes à la Régie, qui les revend à des grossistes patentés.

visé que les ventes légales et n'ont rien stipulé en ce qui concerne les ventes prohibées ». La Cour d'appel de Paris a rejeté le recours en décidant que « (...) le contrôle de la Cour d'appel, exclusif de tout pouvoir de révision au fond de la décision arbitrale, doit porter, non sur l'appréciation que les arbitres ont faite des droits des parties au regard des dispositions d'ordre public invoquées, mais sur la solution donnée au litige, l'annulation n'étant encourue que si son exécution heurte l'ordre public. Un tribunal arbitral a pu, par son interprétation souveraine du contrat, considérer que, quand bien même une partie se serait livrée à l'activité illicite de contrebande, cela ne créait aucun droit au profit de son cocontractant dont la demande était rejetée ; une telle solution n'implique ni la licéité de la contrebande, ni le refus de la sanctionner, et ne heurte pas l'ordre public international qui ne trouve donc pas matière à application<sup>882</sup> ».

Dans la même perspective, l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 16 octobre 2003 a précisé que « l'appréciation de l'ordre public international doit être concrète, le contrôle de la Cour d'appel devant porter non sur l'appréciation que les arbitres ont faite des droits des parties au regard des dispositions d'ordre public, mais sur la solution donnée au litige<sup>883</sup> ».

Pour justifier sa position, la jurisprudence invoque un même fondement qui est relatif à la prohibition de la révision au fond de la sentence arbitrale. Ce principe a été fortement retenu dans plusieurs arrêts de la Cour d'appel de Paris qui, a maintes reprises a affirmé que « le contrôle de la sentence par le juge de l'annulation s'effectue dans les limites de ses pouvoirs, c'est à dire sans révision au fond de la décision arbitrale<sup>884</sup> » ou également que « les critiques du recourant portent sur le mal jugé de la sentence dont la révision est interdite au juge de l'annulation<sup>885</sup> ».

On retrouve la même affirmation dans l'arrêt rendu le 22 janvier 2004 qui déclare que « les arbitres s'étant prononcés sur l'application, l'interprétation des dispositions impératives libyennes invoquées par une partie et sur leurs conséquences sur la validité des marchés, la Cour d'appel ne saurait être invitée à juger à son tour des questions auxquelles cette partie estime que le tribunal arbitral n'a pas donné une solution satisfaisante, dès lors que la Cour n'est pas saisie par la voie d'un appel, mais d'un recours en annulation qui l'empêche de

---

<sup>882</sup> Paris, 27 octobre 1994, Rev. Arb. 1994. 4. 709 et s.

<sup>883</sup> Paris, 16 octobre 2003, Rev. Arb., 2004. 861, L. JEAGER.

<sup>884</sup> Paris, 14 octobre 1993, Rev. Arb., 1994. 164 ; Paris, 27 octobre 1994, Rev. Arb., 1994. 709.

<sup>885</sup> Paris, 1<sup>er</sup> mars 2007, Rev. Arb., 2007. 143.

connaître du fond et de dire si les arbitres ont bien ou mal jugé ou de sanctionner les contradictions de motifs<sup>886</sup> ».

**776.** La position adoptée par le juge de contrôle et qui consiste à refuser d'apporter une appréciation sur les interprétations et les qualifications faites par les arbitres a été fortement critiquée. Prenant part dans cette critique, M. DELANOY préconise qu'il est inconcevable que les rédacteurs du Nouveau Code de procédure civile, en prévoyant le grief du non respect de l'ordre public en tant que motif d'annulation ou de refus d'exequatur de la sentence, « aient entendu limiter ce cas d'ouverture aux seules violations expresses ou littérales (et donc manifestes ou flagrantes) d'une telle règle, à l'exclusion des violations engendrées par une erreur préalable d'interprétation ou de qualification, pour n'envisager que des situations exclusives de mauvaise foi. Une telle limitation serait contraire à la raison d'être de ce cas d'ouverture<sup>887</sup> ».

Déplorant l'inefficacité du contrôle du respect de l'ordre public, une partie de la doctrine estime que la position du juge de contrôle, en ce qui concerne le refus d'appréciation de l'interprétation et de la qualification des actes litigieux sous prétexte de la prohibition de la révision au fond de la sentence arbitrale, révèle « une véritable démission des juges en ce qui concerne le contrôle du respect par les arbitres de politiques jugées essentielles par l'Etat<sup>888</sup> ».

Pour cette raison, certains auteurs estiment qu'« il est justifiable et souhaitable que le principe de l'absence de révision au fond du litige puisse s'effacer derrière l'impérieuse nécessité du respect de l'ordre public international<sup>889</sup> ».

A ce titre, M. DELANOY ajoute que « la prohibition de la révision au fond des sentences ne saurait en aucun cas s'opposer à l'exercice effectif du contrôle de leur conformité à l'ordre public, quand bien même il faudrait pour cela procéder à un réexamen de certains points de fait et de droit, dès lors qu'il ne s'agit pas de statuer à nouveau sur le litige primaire, ni même de vérifier si les arbitres l'ont convenablement tranché, mais seulement de

---

<sup>886</sup> Paris, 22 janvier 2004. Rev. Arb. 2004. 2. 446.

<sup>887</sup> DELANOY(L.C.) « Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation: trois constats, trois propositions », Rev. Arb., 2007. 2. 190.

<sup>888</sup> SERAGLINI (Ch.), « L'affaire Thalès et le non usage immodéré de l'exception d'ordre public », Gaz. Pal. 21-22 octobre 2005. note 6.

<sup>889</sup> LOQUIN (E.), RTD com. 2005. 265.

s'assurer que la solution inscrite dans la sentence, si elle devait recevoir exécution en France, ne contreviendrait pas à l'ordre public, interne ou international selon les cas <sup>890</sup>».

777. Hormis les critiques adressées aux juridictions françaises, celle-ci n'ont pas déraillé de leur trajectoire. Elles estiment que le contrôle du respect de l'ordre public ne doit pas porter sur l'interprétation mais se limiter à la solution sur laquelle débouche cette interprétation.

## **B- Le contrôle de la solution du litige**

778. Le contrôle exercé par le juge étatique porte sur la conformité de la sentence à l'ordre public. S'il constate que la solution contenue dans la sentence viole l'ordre public et que cette violation revêt certaines caractéristiques, il refuse de donner effet à la sentence en prononçant son annulation ou en rejetant son exécution.

### **I – Les éléments de la solution à apprécier**

779. Si les juridictions françaises refusent de contrôler l'interprétation faite par les arbitres des actes litigieux et de sanctionner par conséquent la dénaturation commise par ces derniers, il n'en demeure pas moins qu'elles essaient de trouver le juste équilibre entre la prohibition de réviser au fond la sentence arbitrale et de contrôler l'ordre public. Cet équilibre consiste dans le fait de limiter le contrôle à la solution adoptée dans la sentence et de prononcer l'annulation de cette dernière dès lors que cette solution heurte l'ordre public.

---

<sup>890</sup> DELANOY L.C. « Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation: trois constats, trois propositions », Rev. Arb., 2007. 2. 203.

Cette option se concrétise dans d'innombrables arrêts de la Cour d'appel de Paris. A ce titre on cite l'arrêt rendu le 14 décembre 2001 où la Cour a déclaré qu' « une sentence arbitrale encoure l'annulation lorsque l'arbitre a violé une règle d'ordre public, le contrôle de la Cour doit porter (...) sur la solution donnée au litige, l'annulation n'étant encourue que dans la mesure où cette solution heurte l'ordre public<sup>891</sup> ».

**780.** La pratique suivie par les juridictions françaises consiste à effectuer un contrôle sur les éléments de droit de la sentence sans que ce contrôle ne soit assorti à la base d'un examen de la pertinence du raisonnement de l'arbitre. Cette démarche a été clairement énoncée dans les arrêts rendus respectivement le 20 avril et le 15 juin 2000 où la Cour d'appel de Paris précise que « le contrôle du respect des règles d'ordre public (...) doit être mené à partir des éléments de fait ou de droit retenus par les arbitres dans leur sentence, compte tenu de ce qui a été plaidé devant eux <sup>892</sup> ».

**781.** Nous avons vu précédemment que l'interprétation du contrat de commerce international implique automatiquement le rattachement de ce contrat à un ordre juridique. Or, cette désignation peut déboucher sur l'interprétation du choix des parties ou en cas d'absence de choix par celles-ci, nécessite le comblement de cette lacune par l'arbitre en désignant le droit applicable. Cette désignation est présidée par la liberté autant au niveau de la méthode de rattachement suivie qu'au niveau du droit applicable<sup>893</sup>.

Dans ce contexte, il est à noter que le contrôle des éléments de droit de la sentence n'autorise par le juge à examiner la pertinence du choix du droit applicable par l'arbitre. Ce contrôle a pour objectif de vérifier si l'application de ce droit débouche sur une solution au fond qui heurte l'ordre public international. Cette idée a été clairement développée par M. DERAIS qui écrit que « le contrôle du juge ne porte pas généralement sur l'application au fond du litige d'une règle de droit plutôt que d'une autre. (...) Il se peut bien entendu, que le contenu du droit appliqué par l'arbitre heurte l'ordre public international du pays où l'exécution de la sentence est recherchée et que cette incompatibilité suscite un refus

---

<sup>891</sup> Paris, 14 décembre 2000, Rev.Arb., 2001. 809. note Y. DERAIS.

<sup>892</sup> Paris, 2 avril et 15 juin 2000, Rev. Arb. 2001. 815, note Y. DERAIS.

<sup>893</sup> V. Chapitre I du titre I de la première partie.

d'exequatur. Mais ce n'est pas le choix du droit qui est alors en cause, ce sont ses solutions au fond <sup>894</sup>».

**782.** En contrôlant les éléments de droit de la sentence, le juge vérifie si l'arbitre a tenu compte des règles impératives dont la méconnaissance aboutit à une solution qui heurte l'ordre public international. On retrouve cette idée dans l'arrêt rendu en date du 5 avril 1990 où la Cour déclare que « la sentence rendue en France peut être annulée lorsque son exécution est contraire à l'ordre public international, ce qui est notamment le cas lorsque le tribunal a violé une règle d'ordre public international et a consacré une solution qui heurte cet ordre public <sup>895</sup>».

**783.** La méconnaissance d'une règle impérative n'entraîne pas à elle seule la contrariété de la sentence à l'ordre public. C'est uniquement si le résultat de la sentence est contraire à l'ordre public que la sentence sera annulée ou se verra refuser l'exécution forcée.

Dans le même esprit, M. THALAUD écrit que « le contrôle de l'ordre public ne peut pas être le moyen pour le juge national de sanctionner en soi la méconnaissance de la loi applicable, dans un contexte de suppression du recours en révision de la sentence. En revanche, l'exception d'ordre public est le moyen de sanctionner la méconnaissance des impératifs défendus par la loi de police <sup>896</sup>».

Dans son étude sur l'ordre public international, M. Racine estime que l'examen de la solution du litige implique que le juge contrôle les éléments de droit et de fait de la solution. S'agissant des éléments de droit, « le contrôle de la sentence doit (...) porter, soit sur l'application par l'arbitre d'une règle ou d'un principe d'ordre public, soit sur la mauvaise application de celle-ci. En premier, le juge du contrôle doit vérifier que l'arbitre a ou n'a pas appliqué une règle d'ordre public. Si une telle règle est applicable selon les règles de rattachement du for, sa non application par l'arbitre engendre donc une contrariété à l'ordre public. En second lieu, le contrôle porte sur la bonne ou la mauvaise application de l'ordre public par l'arbitre. Au préalable, il faut considérer qu'une règle ou un principe d'ordre public

---

<sup>894</sup> DERAIS (Y.), « L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international », Rev. Arb., 1986. 3. 378.

<sup>895</sup> Paris, 5 avril 1990, Rev. Arb., 1992. 110, note H. SYNDET.

<sup>896</sup> THALAUD, L'arbitre source de droit, Thèse Orléans 1996. 139.

a été jugée applicable par l'arbitre. Mais une fois l'applicabilité sera admise, l'arbitre se voit sanctionné s'il a mal appliqué la règle en question<sup>897</sup> ».

Force est de constater que l'arbitre porterait atteinte à l'ordre public international en méconnaissant une règle d'ordre qui est applicable à la cause. C'est l'arrêt rendu par la Cour de cassation française en date du 5 janvier 1999 qui exprime clairement la démarche suivie par le juge de contrôle en ce qui concerne l'examen du respect par l'arbitre des règles d'ordre public. Dans cet arrêt la Cour déclare que « Considérant qu'en matière d'arbitrage international, la méconnaissance par l'arbitre d'une règle de droit communautaire porte atteinte à la conception française de l'ordre public international dès lors que la règle méconnue est impérative et effectivement applicable en la cause ; que, dès lors, la Cour, saisie d'un recours en annulation, doit vérifier d'une part que l'arbitre n'a pas fait produire effet à un contrat contraire aux dispositions d'ordre public du droit de la concurrence et d'autre part que, en statuant comme il l'a fait, il n'a pas violé l'une des règles d'ordre public (...). Mais considérant que l'arbitre - en relevant que :

-Gallay n'avait argué la nullité du contrat qu'à l'expiration de sa période de validité, après avoir soutenu pendant toute son exécution qu'il était valable,

-le contrat n'entraînait pas les restrictions dénoncées par Gallay et qu'en particulier rien dans la convention n'empêchait cette société premièrement de rechercher des clients hors des seuls territoires où elle fabriquait les produits sous licence, deuxièmement d'entrer en concurrence sur le plan de la recherche et du développement et troisièmement de continuer, après l'expiration du contrat, de fabriquer et de vendre ses propres produits et de se trouver ainsi en concurrence,

-aucune preuve n'était apportée que le contrat avait un impact perceptible sur la concurrence (...)

a pu sans méconnaître les règles d'ordre public (...), décider que le contrat était valable au regard de cette réglementation impérative ».

**784.** L'interprétation du contrat peut déboucher sur la détermination du sort du contrat. C'est le cas lorsqu'en recherchant l'intention commune des parties, l'arbitre décèle une contrariété aux règles impératives nécessitant l'annulation du contrat<sup>898</sup>.

---

<sup>897</sup> RACINE (J.B.), L'arbitrage international et l'ordre public, Thèse Nice 1997. 555.

<sup>898</sup> V. Chapitre II du titre II de la première partie.

Dans cette optique, la Cour d'appel de Paris déclare que « le pouvoir reconnu, en matière d'arbitrage international, à l'arbitre d'apprécier la licéité d'un contrat au regard des règles relevant de l'ordre public international et d'en sanctionner l'illicéité en prononçant en particulier sa nullité, implique, dans le cadre d'un recours en annulation fondé sur la contrariété de la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence arbitral à l'ordre public international (article 1502-5 NCPC), un contrôle de la sentence, par le juge de l'annulation, portant en droit ou en fait sur tous les éléments permettant notamment de justifier l'application ou non de la règle d'ordre public international et dans l'affirmative, d'apprécier, au regard de celle-ci, la licéité du contrat<sup>899</sup> ».

**785.** L'arbitre peut, en mettant en œuvre une règle d'ordre public, commettre une erreur dans son application. Cette erreur ne constitue une cause d'annulation de la sentence ou d'un refus d'exequatur que si elle conduit à une contrariété de la solution à l'ordre public. En effet, « l'arbitre a le droit de se tromper et ce n'est pas parce qu'il s'est trompé qu'il faut annuler sa sentence<sup>900</sup> ». Ainsi, l'erreur commise par l'arbitre en annulant un contrat en réalité licite n'aboutit *ipso facto* pas à une contrariété à l'ordre public. En revanche, lorsqu'il donne effet à une convention illicite, cette solution est de nature à heurter l'ordre public.

**786.** Par ailleurs, la question qui s'est posée consiste à savoir si le contrôle de la solution de la sentence implique l'obligation pour le juge d'examiner les éléments de fait de la sentence.

**787.** Certains auteurs, sont favorables à un tel examen. C'est le cas de M. RACINE qui estime que « pour que le contrôle soit effectif, le juge étatique doit se substituer en entier à l'arbitre dans l'appréciation tant du droit qu du fait. Il ne s'agit pas de prôner un retour à la révision au fond. En réalité, l'appréciation de la conformité du résultat de la sentence à l'ordre public passe nécessairement par l'attribution au juge de pouvoirs assez étendus<sup>901</sup> ».

---

<sup>899</sup> Paris, 30 septembre 1993, cité par DELANOY L.C. « Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation: trois constats, trois propositions », *Rev. Arb.*, 2007. 2. 186.

<sup>900</sup> GOLDMAN (B.), « Conclusions », In *compétition an arbitration law*, cité par Racine (J.B.), *op. cit.*, 554.

<sup>901</sup> RACINE (J.B.), *L'arbitrage international et l'ordre public*, Thèse Nice 1997. 555.

Dans le même sens, SERAGLINI estime que « pour que le contrôle soit véritablement effectif, il ne doit pas se borner à un examen en droit, mais porter sur les faits soumis à l'arbitre<sup>902</sup> ». C'est dans cette perspective qu'une grande partie de la doctrine prêche le contrôle de la qualification ainsi que de l'interprétation des conventions par les arbitres. Ainsi, il a été écrit « le contrôle du respect par l'arbitre de l'ordre public implique un examen de tous les éléments de fait et de droit dont dépendent l'application ou la non application de la règle d'ordre public pertinente, ce qui impose un contrôle de l'interprétation comme de la qualification de la convention litigieuse<sup>903</sup> ».

**788.** Pour justifier l'appel à un contrôle total de la conformité de la sentence à l'ordre public et qui par conséquent passe naturellement par un examen des éléments de fait de la sentence, ce courant doctrinal se base d'abord sur l'arrêt rendu dans l'affaire des Pyramides et ensuite sur l'arrêt rendu dans l'affaire Westman.

Dans le premier arrêt rendu le 6 janvier 1987, la Cour de cassation déclare que « si la mission de la Cour d'appel, saisie en vertu des articles 1502 et 1504 du nouveau code de procédure civile, est limitée à l'examen des vices énumérés par ces textes, aucune limitation n'est apportée au pouvoir de cette juridiction de rechercher en droit et en fait tous les éléments concernant les vices en question<sup>904</sup> ».

Le second arrêt est l'arrêt Westman rendu en 1993. Dans cette affaire y afférente, il s'agit d'un contrat conclu entre la société European Gas Turbines et la société Westman ayant pour objectif la conclusion d'un contrat en Iran. Le tribunal arbitral a reconnu la validité de ce contrat. Devant la Cour d'appel de Paris, saisie d'un recours en annulation, la société European Gas Turbines invoquait la violation de l'ordre public dans la mesure où « la décision donnait effet à un contrat ayant pour cause et pour objet l'exercice d'un trafic d'influence ou le versement d'un pot –de-vin ». Pour répondre à ces allégations, la Cour déclare que « le contrôle de la sentence, par le juge de l'annulation, porte en droit ou en fait sur tous les éléments permettant notamment de justifier l'application ou non de la règle

---

<sup>902</sup> SERAGLINI (Ch.), « Lois de police et justice arbitrale internationale, cité par DERAÏNS (Y.), Chronique de la jurisprudence française, Rev. Arb., 2001. 4 818.

<sup>903</sup> LOQUIN(E.), note sous Cass. civ. 3 juin 1999, Rev. Arb., 1999. 71.

<sup>904</sup> Cass. civ., 6 janvier 1987, Rev. Arb., 1987. 469, note Ph. LÉBOULANGER.

d'ordre public international et dans l'affirmative, d'apprécier, au regard de celle-ci, la licéité du contrat <sup>905</sup>».

**789.** Il est certain que l'effectivité du contrôle de l'ordre public implique la reconnaissance au juge du pouvoir de vérifier si les arbitres ont correctement statué au regard de l'ordre public. Cette idée a été soutenue par les Professeurs FOUCHARD, GAILLARD et GOLDAMN qui voient que « la nature du contrôle exercé commande de conclure à la totalité d'appréciation des circonstances de la cause tant en fait qu'en droit, des juridictions chargées de l'exercer <sup>906</sup>».

**790.** Cependant, en l'état actuel, la prohibition de réviser au fond les sentences arbitrales demeure un principe fortement appliqué par les juridictions françaises. Ce principe empêche toute possibilité de revoir les éléments de fait de la sentence. A ce titre M. DERAÏNS voit que l'arrêt Westman susvisé n'est qu'un arrêt isolé car la pratique jurisprudentielle actuelle continue à refuser la révision au fond la sentence. Une pratique qui, même si pour certains est insatisfaisante, demeure justifiée car elle témoigne d'une « approche mesurée de la jurisprudence française, qui exprime sa confiance dans les constatations de l'arbitre dans l'exercice du contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public <sup>907</sup>».

**791.** Il ressort de ce qui précède que le contrôle exercé par le juge étatique porte sur la conformité de la sentence à l'ordre public. S'il constate que la sentence viole l'ordre public et que cette violation revêt certaines caractéristiques, il refuse de donner effet à la sentence en prononçant son annulation ou en rejetant son exécution.

---

<sup>905</sup> Paris, 30 septembre 1993, Rev. Arb., 1994. 359, note BUREAU.

<sup>906</sup> FOUCHARD (Ph.), GAILLARD (E.) et GOLDMAN (B.), Traité de l'arbitrage commercial international, op. cit., 939.

<sup>907</sup> DERAÏNS (Y.), Chronique de la jurisprudence française, Rev. Arb., 2001. 820.

## II - L'appréciation de l'atteinte à l'ordre public

792. Le juge de contrôle ne doit annuler la sentence arbitrale ou en refuser l'exequatur que s'il s'avère que la solution inscrite dans la sentence viole l'ordre public. Cette violation doit être flagrante, effective et concrète.

C'est dans l'affaire des Grands Moulins de Strasbourg que l'exigence d'une atteinte concrète et effective à l'ordre public international fut formulée expressément : « ne saurait être contraire à l'ordre public international tel que conçu en France, l'exécution d'une sentence (...) attribuant des montants compensatoires à la Compagnie Continentale (...) sans porter atteinte concrètement et effectivement, dans ce cas particulier, (...) résultats recherchés et aux objectifs poursuivis par une réglementation interne public ; qu'en effet seule une atteinte ainsi caractérisée, abstraction faite (...) la violation purement formelle de cette réglementation apporterait un désordre (...) important dans l'équilibre monétaire et économique recherché et (...) contraire à la conception française de l'ordre public international<sup>908</sup> ».

L'exigence du caractère flagrant, effectif et concret de la violation de l'ordre public constitue une constante dans la jurisprudence française. Ceci s'illustre dans d'innombrables arrêts. A ce titre on peut citer l'exemple de l'arrêt rendu par la Cour de Cassation le 21 mars 2000 dans une affaire qui opposait « La violation de l'ordre public international, au sens de l'article 1502-5 NCPC, s'apprécie au moment de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence, doit être flagrante effective et concrète<sup>909</sup> ».

Dans une autre affaire, la Cour d'appel de Paris était saisie d'une demande d'annulation d'une sentence arbitrale au motif que l'exécution de la dite sentence est contraire à l'ordre public international dans la mesure où, en refusant de sanctionner le caractère illicite de la convention principale et en donnant effet à un contrat constitutif d'une infraction, dont la cause est immorale et illicite, l'ordre public international a été transgressé. La Cour a rejeté ce raisonnement car la demanderesse n'a pas démontré d'une violation flagrante, effective et concrète de l'ordre public par la solution retenue dans la sentence. Elle déclare que « la Cour,

---

<sup>908</sup> Versailles, 2 octobre 1989, Rev. Arb., 1990. 115, note L. IDOT.

<sup>909</sup> C. Cass., 21 mars 2000, Rev. Arb., 2001. 805, note. Y. DERAÏNS.

juge non du litige mais de la régularité de la sentence, apprécie librement toutes les circonstances relative à la violation alléguée de l'ordre public international français dans la limite des éléments en droit et en fait retenus par les arbitres compte tenu de ce qui a été plaidé devant eux <sup>910</sup>».

Dans la même perspective, l'arrêt rendu récemment par la Cour d'appel de Paris énonce que « s'il est exact qu'au titre de l'article 1502 NCPC la cour d'appel exerce son pouvoir de contrôle sur les cas énumérés par cet article en recherchant en droit et fait, et sans aucune limitation, tous les éléments concernant l'existence des cas d'ouverture, s'agissant de la violation de l'ordre public international, la cour, qui n'est pas juge du procès, mais de la sentence, n'exerce cette fois sur celle-ci qu'un contrôle intrinsèque puisque seule sa reconnaissance ou son exécution est examinée au regard de la compatibilité avec l'ordre public international au moment de sa présentation au juge. En l'absence de toute démonstration par l'appelante d'une violation flagrante, effective et concrète de l'ordre public international, il n'existe aucune raison de tenir pour insignifiant ce qui a été jugé par le tribunal arbitral aux termes d'une instruction, et y substituer la propre appréciation de la cour <sup>911</sup>».

**793.** Selon la doctrine, l'exigence d'une violation flagrante, effective et concrète de l'ordre public n'est pas « innocente ». Chaque adjectif a un objectif bien déterminé : « le premier concerne la perception de la violation de l'ordre public, le deuxième ses effets et le troisième sa matérialité <sup>912</sup>».

D'abord, la caractère flagrant de la violation implique que la transgression de l'ordre public doit être commise « sous les yeux du juge qui la constate ». De ce fait, « lorsque la question a été soumise à l'arbitre, ceci implique que la sentence contienne les ingrédients de la violation et les porte à la connaissance de l'autorité de contrôle. La solution susceptible de heurter l'ordre public est alors celle donnée à un litige dont les éléments constitutifs sont délimités par les constatations de fait de l'arbitre et son appréciation des droits des parties <sup>913</sup>».

---

<sup>910</sup> Paris 20 juin 2002, Rev. Arb., 2002. 2. 971 et s, note J- B. RACINE.

<sup>911</sup> Paris, 23 mars 2006, Rev. Arb., 2007. 100 et s.

<sup>912</sup> Derains (Y.), note sous Paris, 14 décembre 2000, Rev. Arb., 2001. 4. 819.

<sup>913</sup> Derains (Y.), note sous Paris, 14 décembre 2000, Rev. Arb., 2001. 4. 819.

Ensuite le caractère effectif de la violation de l'ordre public international signifie que la transgression « doit se traduire dans une action qui heurte l'ordre public. Ainsi (...) l'arbitre qui déclare à tort illicite un contrat qui ne l'était pas ne consacre pas une solution contraire à l'ordre public, même si, ce faisant, il procède à une mauvaise application de la règle d'ordre public<sup>914</sup> ».

Enfin, pour que la violation soit concrète, il faut qu'elle se matérialise dans une solution contraire à l'ordre public. En analysant le caractère concret de la violation de l'ordre public, M. RACINE écrit que « l'appréciation concrète de l'atteinte à l'ordre public a deux conséquences : en premier lieu, la violation par l'arbitre d'une règle d'ordre public n'entraîne pas ipso facto une contrariété à l'ordre public. Il faut, en outre, une violation substantielle de la règle en question. Ainsi, la mauvaise application ou la non application d'une règle d'ordre public n'est pas sanctionnée en tant que telle. C'est le résultat concret auquel aboutit la décision de l'arbitre qui doit être examiné. Et le résultat concret est contraire à l'ordre public si les objectifs de la règle transgressée sont contrariés. En second lieu, l'application par l'arbitre d'une loi étrangère abstraitement contraire à l'ordre public du for ne conduit à une contrariété de la sentence à l'ordre public que si le résultat de l'application de cette loi est intolérable<sup>915</sup> ».

**794.** Il ressort de ce qui précède qu'en raison du refus de contrôler l'interprétation du contrat, les chances d'annulation ou du refus d'exequatur de la sentence sur la base de l'article 1502-5 sont plus ou moins faibles en ce sens que la sanction n'est infligée que si la solution sur laquelle débouche l'interprétation du contrat de commerce international viole l'ordre public international d'une manière flagrante, concrète, effective. Des exigences qui réduisent la garantie d'obtenir gain de cause sur le terrain de l'interprétation.

---

<sup>914</sup> Derains (Y.), note sous Paris, 14 décembre 2000, Rev. Arb., 2001. 4. 819.

<sup>915</sup> RACINE (J.B.), L'arbitrage international et l'ordre public, Thèse Nice 1997. 530.

## Conclusion du chapitre

**795.** Les demandes d'annulation des sentences arbitrales interprétant un contrat de commerce international n'aboutissent pas automatiquement. Les chances d'obtenir gain de cause sont subordonnées à la preuve de l'existence d'un grief énoncé par l'article 1502 NCPC, ce qui est parfois difficile à établir.

**796.** Ainsi, lorsque le grief du non respect par l'arbitre de sa mission est soulevé, le juge du contrôle se borne à vérifier si l'arbitre s'est ou non conformé à la mission qui lui était confiée, sans pour autant apprécier le bien-fondé de la sentence.

**797.** De même, seules les irrégularités procédurales, qui traduisent une contrariété à l'ordre public international ou une violation des droits de la défense, sont sanctionnées. Or, soucieux de l'efficacité de leurs sentences, les arbitres se montrent de plus en plus déterminés à respecter ces exigences. Une détermination qui affaiblit les chances d'annuler la sentence sur cette base.

**798.** En outre, le contrôle de la sentence effectué par le juge étatique au regard du respect de l'ordre public est un contrôle limité dans la mesure où le juge étatique n'exerce un contrôle que sur la solution sur laquelle débouche l'interprétation opérée par l'arbitre. Et il ne refuse de donner effet à la sentence attaquée que s'il constate une transgression effective et concrète des exigences d'ordre public.

## Conclusion du titre

**799.** Les juridictions françaises manifestent un refus à l'égard des demandes d'annulation formulées à l'encontre des sentences arbitrales sur la base du grief de la dénaturation. Ce refus a été justifié par la prohibition qui leur est faite de réviser au fond la sentence ainsi que par le caractère limitatif des griefs énoncés par l'article 1502 du Nouveau Code de procédure civile.

Cependant, ce refus n'implique pas l'absence de tout contrôle étatique de l'exercice de la mission interprétative par l'arbitre. En effet, les irrégularités qui sont prévues par l'article 1502 du Nouveau Code de procédure civile constituent les vecteurs essentiels qui guident les juges étatiques dans leur contrôle.

**800.** A la lumière des griefs qui sont généralement soulevés par les requérants à l'encontre d'une sentence arbitrale interprétant un contrat de commerce international, nous pouvons dire que les chances d'obtenir gain de cause en la matière demeurent tributaires de l'existence d'une irrégularité flagrante qui implique un dépassement de pouvoir par l'arbitre ou le non respect d'une règle matérielle ou procédurale d'ordre public.

## Conclusion de la partie

**801.** L'interprétation arbitrale du contrat de commerce international fait l'objet d'un double contrôle.

**802.** Le premier contrôle qui porte sur l'existence de la compétence interprétative de l'arbitre est opéré en premier lieu par l'arbitre lui-même, avant d'être poursuivi par les juridictions étatiques.

L'arbitre procède à la vérification de l'existence d'une convention d'arbitrage qui lui attribue la mission d'interpréter le contrat litigieux. Une vérification qui peut parfois déboucher sur l'interprétation de cette convention afin d'en fixer l'étendue. Cet auto-contrôle, qui trouve son fondement dans le principe de la compétence –compétence, est exercé d'une manière préalable à l'interprétation du contrat de commerce international.

**803.** Saisies d'une demande de reconnaissance et d'exequatur ou d'une demande d'annulation de la sentence, les juridictions étatiques opèrent un contrôle, non seulement sur l'existence de la compétence de l'arbitre, mais également sur l'exercice de sa mission interprétative.

Si, en interprétant le contrat litigieux, l'arbitre échappe à tout reproche inhérent à la dénaturation des conventions qui lui sont soumises, il n'en demeure pas moins que la solution sur laquelle débouche l'interprétation entreprise ne doit pas comprendre une irrégularité matérielle ou procédurale justifiant l'annulation de la sentence en question.

## Conclusion générale

**804.** Si nous avons pu, avec cette modeste étude, mettre en lumière les singularités qui caractérisent les méthodes adoptées par la pratique arbitrale pour interpréter le contrat de commerce international, certes nous ne prétendons pas avoir résolu toutes les questions attachées à la matière, mais au moins, aurons nous juste l'illusion d'avoir fait oeuvre utile.

**805.** Traduisant un dynamisme et une flexibilité remarquables, les méthodes suivies par la jurisprudence arbitrale témoignent d'une volonté certaine des arbitres du commerce international de se dégager de l'emprise des droits nationaux et de forger un corps de normes qui ne prennent en considération que les impératifs du commerce international.

**806.** La volonté des arbitres de se dégager de l'emprise des droits nationaux ne doit pas être comprise comme étant une volonté délibérée de heurter les exigences d'ordre public des systèmes juridiques étatiques. Tout en ayant un esprit différent de celui de la justice étatique, l'arbitrage est une institution, où l'arbitre demeure avant tout un juge qui veille à respecter les impératifs étatiques. Ceci s'est vérifié dans la présente recherche où on a pu démontrer que l'arbitre n'hésite pas à annuler le contrat litigieux lorsqu'il décèle une irrégularité constitutive d'une illicéité.

**807.** Les principes généraux consacrés par les arbitres en matière d'interprétation empruntent certes largement aux solutions retenues par les systèmes étatiques dans la mesure où la méthode suivie pour les élaborer revendique le lien de filiation. Mais en tout état de cause, il ne s'agit pas de simples directives dépourvues de juridicité et d'esprit innovateur. Ce sont de véritables règles juridiques universelles qui ont une portée autre que celle qui leur est attachée dans les systèmes de droit nationaux.

Les directives suivies pour interpréter le contrat de commerce international sont l'oeuvre d'un travail créateur en ce sens qu'elles sont forgées par la jurisprudence arbitrale grâce à un travail d'uniformisation qui absorbe les principes adoptés par les grandes familles de systèmes juridiques. Trouvant, ainsi, leur origine essentiellement dans les systèmes de droit étatique, les principes d'interprétation du contrat forgés par la pratique arbitrale ne heurtent

nullement les règles nationales. Elles contribuent à instaurer une certaine harmonie entre les solutions dégagées par les différents systèmes juridiques étatiques.

**808.** Faisant de la bonne foi et de l'effet utile (découlant lui-même de la bonne foi) des principes de base d'interprétation du contrat, les arbitres du commerce international se sont résolus à faire du contrat interprété un instrument d'échange juste et utile. Mais, nous avons remarqué que si les principes généraux nationaux dégagés en la matière ont permis de résoudre la majorité des difficultés que suscite la complexité de certains contrats internationaux, les arbitres témoignent encore d'une certaine réticence, qui à notre sens est infondée, à l'égard de la théorie de l'imprévision. Le but est de trouver une solution plus pratique que juridique, solution de nature à éviter que les difficultés d'interprétation ne provoquent la rupture des relations contractuelles.

**809.** L'interprétation du contrat de commerce international est une opération complexe qui n'implique pas seulement la détermination du contenu du contrat litigieux. Des questions préalables doivent être résolues par l'arbitre avant de procéder à l'accomplissement de sa mission. D'abord, l'arbitre se voit astreint, afin de réserver une bonne fin à sa sentence, de statuer sur l'existence d'un fondement à cette mission. Un travail qui le conduit dans certaines hypothèses à interpréter la convention d'arbitrage afin d'en déterminer l'étendue. Ensuite, le rattachement de la transaction litigieuse à un ordre juridique, notamment en cas d'absence de choix opéré par les parties de la *lex contractus*, ne fait qu'alourdir la tâche de l'arbitre.

**910.** Le débat doctrinal qui s'est porté sur l'étendue du contrôle opéré par les juridictions étatiques sur la sentence arbitrale est d'une intensité considérable. Les reproches portent essentiellement sur l'exclusion du grief de dénaturation et sur le refus de contrôler l'interprétation du contrat en limitant ce contrôle à la solution sur laquelle débouche le travail opéré. Ces reproches ne sont pas fondés car la position des juridictions étatiques adoptée en la matière n'est qu'une application de la loi (le Code de procédure civile) et elle témoigne de la cohérence de la méthode suivie pour contrôler les sentences arbitrales.

# **BIBLIOGRAPHIE**

## **A - BIBLIOGRAPHIE EN FRANCAIS ET EN ANGLAIS**

### **I- OUVRAGES GENERAUX, TRAITES ET MANUELS**

**AUBRY et RAU**, Cours de droit civil français, T6 par PONSARD et DEJEAN DE LA BATIE, édition 1975.

**BATIFFOL et LAGARDE**, Droit international privé, T2. L.G.D.J. Paris 1993.

**BEL HADJ HAMOUDA (A.)**, Le contrat-Cours polycopié. Fac de droit de Tunis 1986.

**BEN ABDERRAHMAN (D.)**, Le droit allemand des conditions générales des contrats dans les ventes commerciales franco-allemandes, L.G.D.J 1985.

**CAPITANT (H.)**, Vocabulaire juridique, 1936. 397.

**CHARFI (M.)**, Introduction au droit, CERES. 3ème éd. 1997.

**CORNU (G.)**, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, Paris PUF 1987.

**DAVID et PUGSLEY et GRIVART DE KERSTRAT**, Les contrats en droit anglais, L.G.D.J. 1985.

**DEBY-GERARD (F.)**, Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux, Dalloz Paris 1973.

**DEMOGUE**, Traités des obligations en général, T4, 5, 6, et 7, 1932/1933.

**Dictionnaire JOLY**, Pratique des contrats internationaux, Paris GLN Ed. 2<sup>e</sup> éd. 1989.

**DUTILLEUL ET DELEBERQUE**, Contrats civils et commerciaux, Dalloz Delta 1996.

**ENGEL (P.)**, Traités des obligations en droit suisse, NEUCHATEL 1973.

**EZZINE (M.)**, Théorie générale des obligations, Le contrat, Tunis 1993 (en arabe).

**FARJAT (G. )**, L'ordre public économique, J.G.D.J. 1963. 472.

**FERRY (C.)**, La validité des contrats en droit international privé, Paris L.G.D.J 1989.

**FROMONT et RIEG**, Introduction au droit allemand, T1, CUJAS 1977.

**FONGARO (E.)**, La loi applicable à la preuve en droit international privé, L.G.D.J 2004.

**GAUDEMET**, Théorie générale des obligations 1937.

**GHESTIN et GOUBEAUX**, Traité de droit civil, T1, Introduction générale, 2<sup>ème</sup> éd., 1993.

**GESTIN**, Traité de droit civil, T2, Le contrat –formation, 3<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J 1993.

**GOLDMAN (B.) et LYON - CAEN (A.)**, Droit commercial européen, 4<sup>ème</sup> éd. 1983.

**HACHEM (M.E)**, Leçons de droit international privé, CUP. 1997.

**HEUZE (V.)**, La vente internationale de marchandises, droit uniforme, L.G.D.J. 2000.

**JACQUET (J.M)**, Le contrat international, Dalloz Connaissance du droit 2èd. 1999.

**LARROUMET**, Droit civil, Les obligations, T3, Economica 1986.

**LOUSSOUARN (Y.)**, Droit du commerce international, avec la collaboration de J.B Bredin, Paris, Sirey 1969.

**MALAUURIE (PH.) et AYNES (L.)**, Droit civil-les obligations, CUJAS 1998.

**MELLOULI**, Introduction à l'étude du droit, IORT Tunis 2000.

**MEZGHENI (A.)**,  
Droit international, Etats nouveaux et relations privées internationales. CERES, Université de Droit d'Economie et de gestion, Tunis III.  
Commentaires du Code de Droit International privé. CPU 1999.

**NIBOYET**, Traité de droit international français, Paris Sirey 1950, t.VI. n°1981.

**OPPETIT (B.)**, Droit du commerce international, Textes et documents, Collection Thémis 1977.

**PERLEMAN (Ch.)**, Logique juridique et nouvelle rhétorique, 1979, Paris, Dalloz.

**PILLET (A.)**, Traité pratique de droit international privé, Sirey.

**PLANIOL et RIPERT**, Traité pratique de droit civil français, T6 par EISENMAN 1952.

**ROBERT**, Arbitrage civil et commercial, 4éd., Dalloz.

**ROBERT ET MOREAN**, L'arbitrage, 1983.

**RODIERE**, Droit maritime, 8<sup>ème</sup> éd., 1979 Dalloz.

**WEILL TERRE et LEQUETTE**, Les obligations, 6<sup>ème</sup> éd., 1996.

**WITZ**, Le droit privé allemand, 1992 LITEC.

## II- OUVRAGES SPECIAUX

**BEN MARZOUK (T.)**, Les échanges internationaux, théorie et pratique, Centre de recherche et d'étude administratives 1994 .

**BRABANT (A.)**, Le contrat international de construction, BRUYANT, Bruxelles 1981.

**BUCHER (A.)**, Le nouvel arbitrage international en Suisse, Ed. Helbing et Lichtenhan 1988.

**COIPEL (N.)**, La convention d'arbitrage et l'élection du for en droit international privé.

**CREPIN (S.)**, Les sentences arbitrales devant le juge français, L.G.D.J 1995.

**DAVID (R.)**, Le droit du commerce international : Réflexions d'un comparatiste sur le droit international privé, Paris- Economica 1987.

**DE BOISSESON (M.)**, Le droit français de l'arbitrage interne et international, Economica Ed. GLN Joly 1990.

**DE CALLATAY (E.)**, Etudes sur l'interprétation des conventions, 1947 LGDJ Paris.

**DE LA COLETTE (J.)**, Les contrats de commerce internationaux, Paris 1996.

**DILOY (C.)**, Le contrat d'agence commercial en droit international, L.G.D.J 2000.

**EISENMAN (F.)**, Usages de la vente commerciale internationale, Incoterms, 1972.

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

**FOUCHARD, GAILLARD et GOLDMAN**, Traité de l'arbitrage commercial, LITEC DELTA, 1996.

**GAVALDA (C.), DE LEYSSAC (C.)**, L'arbitrage, Paris Dalloz 1993.

**GLAVINIS (P.)**, Le contrat international de construction, Joly 1993.

**GOUIFFES (L.) et TAIVALKOSKI (P.) et GIRARD (P.) et MERCARELLI (G.)**, Recherches sur l'arbitrage en droit international et comparé, LGDJ 1997.

**GYLENTDECKER (P.)**, L'étude de cas en commerce international : questions pratiques raisonnées, Paris 1990 .

**HAMID**, L'arbitrage dans les pays arabes, Economica 1988.

**HAHN (D.)**, L'arbitrage commercial international en Suisse face aux règles de concurrence la CEE, Genève 1983.

**HEUZE (V.),**

-La réglementation française des contrats internationaux, Etude critique des méthodes , éd. GLN Joly 1990.

-Traité des contrats, la vente internationale de marchandises, droit uniforme, L.G.D.J., 2000.n° 199. p. 180.

**HOMAYOON (A.),** Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation, une théorie critique des sources du droit des relations transnationales, LGDJ 2005.

**JACQUET (J.M.),** Principe d'autonomie et contrats internationaux, Paris Economica 1983.

**JALUZOT (B.),** La bonne foi dans les contrats, étude comparative de droit français, allemand et japonais, Dalloz. 2001.

**KAHN (Ph.) et KESSEDIAN (Cath.),** L'illicite dans le contrat international, Litec 1996

**KAHN (Ph.),** La vente commerciale internationale. Sirey 1961.

**KASSIS (A.) :**

-Problèmes de base de l'arbitrage en droit international et en droit comparé L.G.D.J 1987.

-Réflexion sur le règlement d'arbitrage de la chambre de commerce internationale : Les déviations de l'arbitrage institutionnel L.G.D.J 1959 .

-Théorie générale des usages de commerce, L.G.D.J 1984.

-Le nouveau droit européen des contrats, L.G.D.J 1993.

**KLIOUBI (S.),** L'interprétation des contrats commerciaux, Le Caire 1988.

**LABARTHE (F.),** La notion de document contractuel, L.G.D.J Tome 241.

**LECLERC (F.),** La protection de la partie faible dans les contrats internationaux, Bruyant 1995.

**LOPEZ SANTA MARIA (J.),** Les systèmes d'interprétation des contrats, 1968 Paris.

**LOQUIN (E.),** L'amicable composition en droit comparé et international Contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial, LITEC 1980.

**MASCALA (C.) et SAINT ALAY-HOUIN,** Les contrats civils et commerciaux, L.G.D.J. 1996

**MEZGHENI (A.),** Commentaire du Code de droit international privé, CPU 1999.

**MOTULSKY (H.),** Etudes et notes sur l'arbitrage, Paris Dalloz 1974.

- MUSTILL (M.J.), BOYD (S.L.)**, Commercial Arbitration, 2ème édition Butterworths 1989.
- NAJJAR (N.)**, L'arbitrage dans les pays arabe face aux exigences du commerce international, L.G.D.J 2004.
- OPPETIT (B.)**, Théorie de l'arbitrage, Paris PUF 1998.
- OSMAN (F.)**, Les principes généraux de la lex mercatoria Contribution à l'étude d'un ordre juridique a-national L.G.D.J 1992.
- PFERSMAN (O.)**, Raisonement juridique et interprétation, Paris 2001.
- PHILIPPE (D.)**, Changements de circonstances et bouleversements de l'économie contractuelle, Bruyant, 1986.
- POMMIER (J.C.)**, Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel, Paris Economica 1992, Collection droit civil.
- REDFERN (A.), MARTIN (H.) et HUNTER (M.)**, Droit et pratique de l'arbitrage commercial international : Traduction de l'anglais E. Robine, L.G.D.J 1994.
- RENE (D.)**, L'arbitrage dans le commerce international, Economica 1982.
- RIGAUX (E.)**, Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel, Economica 1992.
- RIEG**, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique français et allemand, L.G.D.J .1961.
- SAROT (J.)**, La jurisprudence de la Cour d'arbitrage, Bruxelles Bruylant 1990.
- SANTI ROMANO**, L'ordre juridique, Paris, Dalloz 1975.
- SIMLER (Ph.)**, La nullité partielle des actes juridique, Paris L.G.D.J.
- TNNAGHO**, De l'obligation judiciaire, L.G.D.J 1965.
- TRUONG ( C.Q.C)**, Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI, LITEC 2002.
- WAROT (J.)**, Le droit maritime français, 1960. 323.

### **III- THESES ET MEMOIRES**

- ABDEL GAWAD (M.)**, La force obligatoire du contrat en droit musulman et la théorie de l'imprévision en droit civil, Thèse Paris, 1957.
- ALISSE**, L'obligation de renseignements dans les contrats, Thèse Paris II.

**AMAYED (Ch.)**, La juridicité des règles du commerce international, Mémoire de D.E.A, 1988 Faculté de Droit Tunis I.

**AUBERT** , Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, Préface FLOUR, L.G.D.J 1970.

**AYED (N.)**, Autonomie et sécurité juridique dans l'arbitrage international d'après le code de l'arbitrage de 1993, Mémoire de D.E.A, Faculté des sciences juridiques politiques et sociales Tunis II.

**BAGBAG (M.)**, De la déclaration de volonté, source d'obligation dans le Code des obligations et des contrats (Essai d'une théorie générale), Thèse Faculté de Droit et des sciences politiques de Tunis 1993.

**BARBIERI**, Vers un nouvel équilibre contractuel. Recherche d'un nouveau équilibre des prestations dans la formation et l'exécution d'un contrat. Thèse Toulouse 1981/ 1982.

**BARREYERE**, L'évolution et la crise du contrat, Thèse Bordeaux 1937.

**BECQUART**, Les mots à sens multiples en droit civil français, Thèse Lille, PUF. 1928.

**BELAID (S.)**, Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge, Thèse Tunis 1973.

**BEN AMMOU**, Les pouvoirs de la Cour de cassation, Thèse Tunis 1996.

**BEN CHAKER LARBI (A.)**, Le droit applicable au fond du litige dans les sentences arbitrales de la chambre du commerce internationale, Mémoire de D.E.A, Université de Tunis I 1987.

**BEN MABROUK (B.)**, La loi applicable aux contrats de vente internationale des produits non ferreux : exemple de Comino, Mémoire de DESS Tunis II 1992.

**BEN MANSOUR (H.)**, L'ordre public et le contrôle étatique des sentences rendues en matière d'arbitrage international, Mémoire D.E.A Tunis II 2001. 23.

**BEN ROMDHAN (M.)**, Aspects juridiques des exportations des vins tunisiens, Mémoire de D.E.S.S, Université de Tunis I 1977.

**BEN THAYER (S.)**, L'aléa et le contrat, Mémoire de D.E.A, Université de Tunis I 1992.

**BLANCHIN (C.)**, L'autonomie de la clause compromissoire un modèle pour la clause attributive de juridiction ? , Mémoire de D.E.A, Paris II.

**BESSON (CH.)**, La force obligatoire et les changements de circonstances, Thèse Lausanne 1955.

**BORELLO**, La justice contractuelle dans le droit anglais des contrats, Thèse Paris 1984.

**BOON (J. A.) et GOFFIN (R.)**, Le contrat « clé en main », Paris, Masson 1980.

**BOSSHART(F.)**, L'interprétation des contrats, Thèse Genève 1939.

**BUZGHAIA (A.)**, Le principe d'autonomie de la clause d'arbitrage, Essai d'interprétation de la jurisprudence française, thèse 1988.

**CLAY (T.)**, L'arbitre, thèse, Paris 2001.

**CABRILLAC**, L'acte juridique conjonctif, L.G.D.J 1990.

**CHABAS**, De la déclaration de volonté en droit civil français, SIREY 1931.

**CHEDLY (L.)**, Arbitrage commercial international et ordre public transnational, Thèse 2001 Tunis II.

**DARAPORN TECHAKUMPHU**, L'interprétation du contrat en droit français et en droit thaïlandais, Thèse Aix Marseille 1981.

**DE FONTMICHEL (C.-A.)**, L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international, Thèse éd. Panthéon –Assas. 2004.

**DELAGRANGE (E.G)**, L'intervention du juge dans les contrat, SIREY 1933.

**DELEBERCQUE**, Les clauses allégeant les obligations dans les contrats, Thèse Aix Marseille 1981.

**DEREUX**, L'interprétation des actes juridiques privés, Thèse Paris 1905.

**DESGORGES (R.)**, La bonne foi dans le droit des contrats, Thèse Paris II 1992.

**DESSENS**, La notion d'équité, Thèse Toulouse 1934.

**DIENER**, Le silence et le droit, Thèse Bordeaux I 1975.

**DILOY (Ch.)**, Le contrat d'agence commercial en droit international, Thèse paris, LGDJ 2000.

**EL GAMMAL (M.M)**, L'adaptation du contrat aux circonstances économiques, Etude comparée du droit français et du droit de la R.A.U, L.G.D.J 1967.

**EL GOHARY (M.)**, L'arbitrage et les contrats commerciaux à long terme, Thèse, Rennes 1982.

**EL GHOUL (M.)**, L'intervention du Premier Président de la Cour d'Appel de Tunis en matière d'arbitrage international, Mémoire de DEA, Tunis 1993.

**EL KADI (O.)**, L'arbitrage international entre le droit musulman et le droit positif français et égyptien, Thèse Paris 1984.

**E. DE GAUDIN DE LAGARANGE**, L'intervention du juge dans les contrats, Thèse Montpellier 1935.

- EUDIER MARTIN (F.)**, *Ordre public substantiel et office du juge*, Thèse Rouen 1994.
- FILALI (O.)**, *Les principes généraux de la Lex Mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Thèse Dijon 1991.
- GHARBI (H.)**, *La protection de l'investisseur étranger à travers la jurisprudence de la C.I.J et C.I.R.D.I : étude comparative*, Mémoire de D.E.A, Université de Tunis I 1996. T 818
- GAUGIER**, *De l'interprétation des actes juridiques*, Paris 1898.
- GENY**, *Méthodes d'interprétation et sources de droit privé positif*, Sirey 1914/1924.
- GHOZI**, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, Thèse Paris L.G.D.J 1980.
- GODE**, *Volonté et manifestation tacites*, PUF 1977.
- GORPHE**, *Le principe de la bonne foi*, Thèse, Dalloz 1928.
- GOUIL (A.)**, *Les circonstances imprévisibles en droit tunisien*, DEA Tunis III 1990 (en arabe).
- HABA**, *Langage juridique et interprétation littérale envisagés sous l'angles de la possibilité d'une méthodologie pour l'interprétation des lois*, Thèse Paris II 1976.
- HARDY (G.)**, *L'interprétation des traités internationaux rédigés dans plusieurs langues*, Thèse Paris 1960.
- KAHN (Ph.)**, *La vente commerciale internationale*, Paris, Sirey, 1961.
- KALLEL (S.)**, *Le contentieux des contrats de concessions pétrolières entre Etats arabes et entreprises étrangères : étude des tendances de la jurisprudence arbitrale internationale Ad\_Hoc*, Mémoire de D.E.A, Tunis II 1989 T255
- KASSIS**, *Théorie générale des Usages de commerce*, L.G.D.J 1984.
- LABARTHE (F.)**, *La notion de document contractuel*, Thèse L.G.D.J 1994.
- LAUDE (A.)**, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'u contrat*, Thèse Aix-Marseille 1992.
- LECLERC (F.)**, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, Th Strasbourg 1995.
- LOPEZ-SANTA-MARIA**, *Les systèmes d'interprétation des contrats*, Thèse Paris 1968.
- LOUSSOUARN (Y.) et BREDIN (J.D.)**, *Droit du commerce international*, Paris, Sirey, 1969.

**MALAURIE**, L'ordre public et le contrat, Etude de droit civil comparé (France, Angleterre, URSS), Matot-Braine 1953.

**MALBOSC-CANTEGRIL**, L'acte juridique conjonctif, Thèse Toulouse 1991.

**MALEVILLE (M.H.)**, Pratique de l'interprétation des contrats, Etudes jurisprudentielles, Thèse Rouen 1991.

**MALLOULI (S.)**, La responsabilité du transporteur maritime des marchandises, Thèse C.E.R.P Tunis 1993.

**MARAUD**, La notion de dénaturation en droit privé français, Thèse Grenoble 1974.

**MEZGHENI (A.)**, Le cadre juridique des relations commerciales internationales de la Tunisie, Thèse Tunis I 1981.

**ORTSCHEIDT (J.)**, La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international, Nouvelle Bib. Des thèses, 2001 Dalloz.

**OVERSTAKE (J.-F.)**, Essai de classification des contrats spéciaux, Th. Bordeaux, LGDJ 1969. 15.

**PACLOT (Y.)**, Recherche sur l'interprétation juridique, Thèse Paris 1988.

**PERLEMAN (CH.)**, Logique juridique, Dalloz 1979.

**PERRIN (J.)**, Essai sur la réductibilité des obligations excessives, Thèse Paris 1905.

**PHILIPPE (D.M.)**, Changements de circonstances et bouleversements de l'économie contractuelle, Thèse Bruxelles- Bruylant 1986.

**POPESCU**, Essai d'une théorie de l'imprévision en droit français et comparé, Thèse Paris 1937.

**RACINE (J.B.)**, L'arbitrage international et l'ordre public, Thèse Nice 1997.

**RAJHI (M.)**, « Manifestation de l'équité en droit privé tunisien » Mémoire DEA Faculté de Droit Tunis 1989.

**REIFEGERSTE (S.)**, Pour une obligation de minimiser le dommage, Th. Paris I, 1999.

**RIEG**, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, L.G.D.J 1961.

**RIGAUX**, La nature du contrôle de la Cour de cassation, Bruylant 1966.

**ROUHETTE**, Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, Thèse Paris 1965.

**ROMDHANI (H.)**, Les contrats pétroliers en Tunisie, Mémoire de D.E.A Tunis I 1986.

**RANOUIL (V.)**, L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept, Mémoire DES. Paris 1977/1978.

**ROUSSEL**, Le contrat et l'intervention du juge et du législateur dans son exécution, L.G.D.J 1936.

**RUWAIMI (M.)**, La révision judiciaire du contrat en droit civil français et en droit civil libyen, Thèse Nancy 1984.

**RUBELLIN DEVICHI (J.)**, Essai sur la nature de l'arbitrage, Thèse Lyon 1965.

**SCHMIDT (J.)**, Les principes généraux de droit, Thèse Paris 1955.

**STOFFEL-MUNCK (PH.)**, Regards sur la théorie de l'imprévision (vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain) Thèse-P.U.A. Marseille 1994.

**TALAMON**, Les pouvoirs de contrôle de la Cour de cassation sur l'interprétation et l'application des contrat, Thèse Paris 1926.

**TERRE (F.)**, L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, Thèse Paris 1957.

**TEYSSIE**, Les groupes de contrats, L.G.D.J 1975.

**THALAUD**, L'arbitre source de droit, Thèse Orléans 1996.

**THIEFFRY (J.) et GRANIER (Ch.)**, La vente internationale, Paris, Centre français du commerce extérieur, 1985.

**TRAIN (F.-X.)**, Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international, L.G.D.J 2002.

**TROTRY DE LA TOUCHE (CH.)**, Interpretation of contract in french and american law acomparative study-New-ork University school of law-institute of comparative law 1975.

**VAN RIJN (J.) et HEENEN (J.)**, Principes de droit commercial, Le droit uniforme des ventes internationales, T. II, Bryulant 1981.

**VELICAN (D.)**, La motivation des sentences dans l'arbitrage commercial international en France et aux USA, Thèse Paris 1991.

**VOIRIN**, De l'imprévision dans les rapports de droit privé, Thèse Nancy 1922.

**VON KNOPP**, L'évolution comparée de la notion d'imprévision en droit allemand et en droit français, Thèse Paris 1969.

#### IV- ARTICLES ET MELANGES

**ABDALLAH (E.)**, « Les conflits de lois dans l'arbitrage commercial international », R.J.L. 1982.I.28.

**ALEXANDRE (D.)**, « Rapport français : La bonne foi en droit international privé » In la bonne foi, Trav. de l'association H. Capitant T. XLIII 1992. 547.

**ANCEL (J.P.)**, « L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire », Trav. du com. Fr. de DIP, 1991/1992. 75.

**ARFAZADEH (H.)**, « L'ordre public du fond et l'annulation des sentences arbitrales en Suisse », Revue suisse de droit international et de droit européen 1995. 223.

**ARNALDEZ (J.J.)**, « L'acte déterminant la mission de l'arbitre », Etudes offertes à P. BELLET, Litec 1991.1.

**ATIAS (CH.)**, « Restaurer le droit du contrat », Dalloz 1998, chr.137.

**AUDIT (B.)**,

« L'arbitre et le juge et la convention de Bruxelles » In L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Y. Loussouarn, Dalloz 1994. 15.

« Jurisprudence arbitrale et droit du développement », In Contrats internationaux et pays en développement, Economica. 115.

**AYNES (L.)**, « Indétermination du prix dans les contrats de distribution, comment sortir de l'impasse », Dalloz 1993, chr.25.

**BATIFFOL (H.)**, « La loi appropriée au contrat », Mélanges Goldman, Litec 1982.1.

**BATIFFOL**, « La crise du contrat », A.P.D. 1968.9.

**BECHILLON (D.)**, « Comment traiter le pouvoir normatif du juge ? », Mélanges Jestaz (Libres propos sur les sources du droit), Paris 2006.29.

**BEKRI (A.)**, « Le rôle de l'usage dans l'interprétation des contrats », Article de recherche publié à la Faculté des sciences juridiques politiques et sociales, Tunis II 1993

**BELAÏD (S.)**, « La Tunisie e l'arbitrage commercial international », Compte rendu du colloque du 2, 3 et 4 novembre 1981, RTD 1981. 755.

**BENABENT**, « L'équilibre contractuel, une liberté contrôlée », Petites Affiches 1998.n°54.14.

**BEN AICHA (N.)**, La révision du contrat pour exorbitance : développements récents », In Livre du Centenaire du Code des obligations et des contrats 1906 - 2006, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis 2007. 168.

**BEN FADHEL (O.)**, « Le droit applicable et la protection de la partie faible dans les contrats internationaux », Mélanges HACHEM, Tunis 2007. 195.

**BERTRAND (E.)**, « L'amiable composition », Rapport du groupe de travail du Comité française de la CCI, Revue de droit des affaires internationales, Décembre 2005. 764.

**BLANC (G.)**, La conciliation comme mode de règlements des différends dans les contrats internationaux, Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique, 1987. 173 et s.

**BOCCARA**, « Le clair et l'obscur, a propos de l'interprétation judiciaire des clauses types », JCP.1978.I.2910

**BOLARD (G.)**, « Les juges et les droits de la défense », In Etudes offertes à P. BELLET, Paris Litec 1991. 49.

**BONELL (M.J.)**, « Les principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, vers une nouvelle lex mercatoria ? », RDAI n° 22. 1997. 145.

**BORE**, Un centenaire : « Le contrôle de la Cour de cassation de la dénaturation des actes », R.T.D .Civ.1972. 249.

**BOSMANS (M.)**, « Les conditions générales en matière contractuelle », Journal des tribunaux, 1981. P. 17 et s, P. 53 et s.

**BOULBES (R.)**, « La violation de l'ordre public moyen de nullité du compromis d'arbitrage et de la sentence arbitrale » JCP 1962. I. 1976.

**BOYER (L.)**, « A propos des clauses d'indexation, du nominalisme monétaire à la justice contractuelle », Mélanges Marty 1978.87.

**BREDIN (J.D.)**, « L'amiable composition et le contrat » RA., 1984. 259.  
« La loi du juge, le droit des relations économiques internationales », Etudes offertes à B. Goldman, p 16.

**CADAL (B.)**, « L'ordre public dans l'interprétation des contrats », D.P.C.I 1980.83.

**CAUSIN (E.)**, « L'interprétation des contrats en droit belge », In l'interprétation en droit, approche pluridisciplinaire-Saint Louis, 1978.317.

**CEDARS (J.)**, « L'obligation de négocier », Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique, 1985. 269 et s.

**CHAPPEZ (J.)**, Les conventions internationales de lutte contre les trafics illicites » In l'illicite dans le commerce international, Litec. 449.

**CHARFEDDINE (K.),** « Esquisse sur la méthode normative retenue dans l'élaboration du Code tunisien des obligations et des contrats », R.I.D. Comp. 1996 n°2. 421.

**CHAPPEZ (J.),** Les conventions internationales de lutte contre les trafics illicites » In l'illicite dans le commerce international, Litec. 449.

**CHIATI,** « La formation du contrat et son interprétation dans le nouveau Code civil égyptien », Revue El quanoun wal eqtisad 1949. n°3 et 4, p1.

**COHEN (D.) et UGHETTO (B.),** « La nouvelle convention de LA HAYE relative à la loi applicable aux ventes internationales de marchandises », Recueil Dalloz-Sirey 1986, Chronique XXV. 149 et s.

**COLAS (E.),** « La notion d'équité dans l'interprétation des contrats », Revue du Notariat n°7, 8 mars 1981. 391.

**COTTEREAU,** « La clause réputée non écrite », JCP 1993, Chr. 3691. 5.

**COURTOIS,** Rapport italien, in les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles, Institut droit comparé, 19986. 99.

**CREPIN (S.),** « Le contrôle des sentences arbitrales par la Cour d'appel de Paris depuis les réformes de 1980 et 1981 », Rev. Arb., 1991. 521.

**CORNU (G.),** « Les principes directeurs du procès civil », In Etudes offertes à P. BELLET, Paris, LITEC 1991. 83.

**DAVID (N.),** « Les clauses de stabilité dans les contrats pétroliers. Questions d'un praticien : Clunet 1986. 79.

**DE CASTRO Y BRAVA,** « Les usages dans le projet de la loi uniforme sur la vente internationale », Mélanges Maury T II. 92.

**DE LAGRANGE (E. de G.),** « L'interprétation du contrat », Art. 1156-1164, Jcl. Civ.

**DE LAMBERTERIE (I.),** « Incidence des changements de circonstances », Rapport français, In le contrat aujourd'hui : comparaison franco-anglaise, L.G.D.J. 1987. 217.

**DELANOY (L.C.),** « Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation: trois constats, trois propositions », Rev. Arb., 2007. 2. 177.

**DEL MARMOL (Ch.) et MARTRAY (L.),** « L'importance de l'interprétation du contrat dans ses relations avec l'arbitrage commercial international », Rev. dr. int. et du droit comparé, Belgique 1980.156. et s

**DELVOLVE,**

« Essai sur la motivation des sentences arbitrales », R.A.1989. 89.

« L'imprévision en DIP », Travaux du Comité français du DIP. 1988.147.

**DELY (F.),** « Les clauses d'interprétation dans les contrats internationaux », Revue de droit des affaires internationales, 2000, n° 6. 719.

**DENIS (Ph.),** « Pacta sunt servanda et rebus sic stantibus », In dossiers de l'Institut de la Chambre de Commerce Internationale (CCI), L'apport de la jurisprudence arbitrale 1986.194.

**DEPITRE (S.),** « Les règles matérielles et les conflits de lois », Rev.cit. DIP 1971.591

**DERAINS (Y.) :**

« L'application cumulative par les arbitres des systèmes de conflit de lois », RA., 1972.99.

« Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales », RA.,1973.122.

« Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale », In Mélanges Goldman, Le droit des relations économiques internationales, Litec 1982.32.

« Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale », JDI.1983.828.

« Détermination de la lex contractus », In dossiers de l'Institut de la Chambre de Commerce Internationale (CCI), L'apport de la jurisprudence arbitrale 1986.28.

« L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international », RA 1986.375.

« Attente légitime des parties et droit applicable au fond en matière d'arbitrage international », Trav. com. fr. DIP, CNRS 1987.81.

« L'obligation de minimiser le dommage dans l'arbitrage commercial international », RDAI, 1987. 381.

« intérêts moratoires, dommages-intérêts compensatoires et dommages punitifs devant l'arbitre international », In Etudes offertes à P. BELLET, Litec 1990. 899

« L'impact des crises politiques internationales sur les contrats internationaux et l'arbitrage commercial international », RDAI 1992 n°2.151.

« Analyse des sentences arbitrales », In les commissions illicites institut du droit et des pratiques des affaires internationales 1992.62.

« Rédaction de la clause compromissoire », In l'arbitrage et propriété intellectuelle, Colloque de L'IRPI, Litec 1994.15.

« La jurisprudence des arbitres du commerce international en matière de détermination du droit applicable au contrat », RDAI 1996.514.

**DE VRIES (H.),** « Le caractère normatif des pratiques commerciales internationales », CCI 1978. 115.

**DIAB NASRI (A.),** « L'arbitrage international en droit libanais », DPCI 1984.163.

**DIESSE (F.),**

« L'exigence de coopération contractuelle dans le commerce international », R.D.A.I 1999. 737.

« La bonne foi, la coopération et le raisonnable dans la Convention des Nations Unies relative à la vente internationale de marchandises (CIVM), J.D.I. 2002. 55.

**DITCHEV (A.),** « Le contrat d'arbitrage, Essai sur le contrat ayant pour objet la mission d'arbitrage », RA. 1981.397.

**EDELMAN (B.),** « Accord compromissaire et internationalisation de la volonté », JCP. chr. 1972. 2487.

**EISEMANN (F.)**

« Déontologie de l'arbitre commercial international », RA., 1969.27

« La clause d'arbitrage pathologique », Essai In Mémoires E. Minoli Utet, 1974.129.

**EKELMANS (M.),** « Le dépeçage du contrat dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », Mélanges VANDER, Bruxelles 1986.

**EL KOSHERI (AS.) et LEBOULANGER (P.),** « L'arbitrage face à la corruption et aux trafics d'influence », Rev. Arb., 1984. 3.

**FABRE-REGIS,** « Les clauses d'adaptation dans les contrats », R.T.D.civ. 1983.1.

**FADHALLAH (I.),** « L'ordre public et les sentences arbitrales », RCADI 1994. 377.

**FAGES (B.),** « Le double jeu de la Cour de cassation à l'égard du contenu des conventions », Petites affiches 1998.n°54. 39.

**FARNSWORTH (E.),** « L'interprétation des contrats internationaux et l'utilisation des préambules », RDAI, 2002, n°3/4, p. 271.

**FAUVARQUE-COSSON (B.),** « Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international », RIDC-2-1998.463.

**FILLON DUFOULEUR (B.) et LEBOULANGER (Ph.),** « Le nouveau droit égyptien de l'arbitrage », RA 1994. 665.

**FLECHEUX (G.),** « Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats », Mél. GHESTIN L.G.D.J. 2001. 341.

**FORTIER (V.),** « Le contrat du commerce international à l'aune du raisonnable », J.D.I., 1996, n°2. 316.

**FOUCHARD (Ph.),**

« Quand un arbitrage est-il international », RA., 1970. 59.

« L'Etat face aux usages du commerce international », Trav. com. Fr. du DIP. 1973-1975. 75.

« Les garanties juridiques accordées aux investissements étrangers en Tunisie », RTD 1977. 63.

« La rédaction des conventions d'arbitrage », In Colloque Les entreprises tunisiennes et l'arbitrage commercial international CERP, imprimerie officielle 1983. 347.

« Les usages, l'arbitre et le juge », Etudes offertes à B. Goldman : le droit des relations économiques internationales Litec 1982. 67.

« La loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international », JDI 1987. 861.

« Vers une réforme du droit français de l'arbitrage ? Quelques questions et suggestions », RA 1992. 199.

« Clauses abusives en matière d'arbitrage » RA 1995. 147.

« La CNUDCI et la défense des intérêts du commerce international », P. Affiches n° 252 du 18 décembre 2003.

**FONTAINE (M.)**

« Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux », D.P.C.I. 1977.73.

« Les clauses de force majeure dans les contrats internationaux », Droit et pratique du commerce international, 1979. 469 et s.

« Rapport intérimaire et étude finale sur les clause de Hardship : aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme », D.P.C.I. 1976.7.

« Les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité et de garanties dans les contrats internationaux », Revue de droit des affaires internationales, 1985. 435 et s.

« Droit des contrats internationaux, Analyse et rédaction de clauses », Forum européen de la communication, Paris 1989.

« Les clauses pénales dans les contrats internationaux », D.P.C.I 1982. 401.

« Les obligations survivant au contrat dans les contrats internationaux », D.P.C.I 1984.7.

« Les contrats internationaux à long terme », Mélanges HOUIN, 1985. 263.

**FORTIER (V.),** « Le contrat du commerce international à l'aune du raisonnable », J.D.I 1996. 315.

**FRANCESCAKIS (Ph.)**, « Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissaire après l'arrêt Hecht de la Cour de cassation », RA 1974. 67.

**FRISON-ROCHE**, « L'indétermination du prix », R.T.D.Civ. 1992.29.

**GAILLARD (E.)**,

« Quelques observations sur la rédaction des clauses d'arbitrage CIRDI », Rec. Penant 1987. 291.

« La distinction des principes généraux et des usages de commerce international », Etudes offertes à P. Bellet Litec 1991. 203.

« Trente ans de Lex Mercatoria, pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », J.D.I 1995. 23.

« L'effet négatif de la compétence- compétence », Etudes en l'honneur de J.F. POUDRET, Pub. Univ. Lausanne 1999. 387.

« Du bon usage du droit comparé dans l'arbitrage international », Hommage à la mémoire de Philippe FOUCHARD. Rev. Arb., 2005. 376.

**GANDOLF (G.)**, « Pour un Code européen des contrats », R.T.D.Civ., 1992. 707.

**GARA (N.)**, « La preuve de la convention d'arbitrage », In L'arbitrage international, actes de colloque, Tunis 26, 27, novembre 1993, Centre d'Etudes Juridiques et Judiciaires 1995.33.

**GEMEL (H.)**, « L'équilibre contractuel en droit égyptien », In Mélanges en l'honneur de Philippe JESTAZ, 2007. 379.

**GESTIN**,

« La notion de contrat », D. 1990.Chr.147.

« L'utile et le juste dans le contrat », D. 1982.Chr.1.

**GIALDINO (C.)**, « La volonté des parties en DIP », R. C. A. D. I. 1972. III. 743.

**GIARDINA (A.)**,

« La lex mercatoria et la sécurité du commerce et des investissements internationaux », In nouveaux itinéraires en droit, Hommage à F. Rigaux Bruylant Bruxelles 1993. 223.

« Les principes UNIDROIT sur les contrats internationaux », JDI 1995. 547.

**GOLADMNET (B.)**, « Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international », Trav. com. fr. dr. Int. pv. 1966-1969. 119.

**GOLDMAN (B.),**

« Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé » RCADI 1963. T. 109. 347 et s.

« Frontières du droit et lex mercatoria », Arch. Phil. Dr., 1964. 189.

« La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international, réalités et perspectives », J.D.I 1979. 475.

« La volonté des parties et le rôle de l'arbitre dans l'arbitrage international » RA 1981. 469.

**GORE (M.),** « La rédaction du contrat », Petites affiches 1998.n° 54. 30.

**GRIMALDI (M.),** « Ouverture des travaux », in La motivation, Trav. de l'Assoc. Henri Capitant (journées nationales), t.III, Colloque de Limoges (1998), LGDJ 2000.2.

**GUIDO (A.),** « Les nouvelles frontières du droit des contrats », Mélanges GHESTIN, Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle, LGDJ. 3.

**GUINCHARD (S.),** « L'arbitre et le respect du principe du contradictoire (à propos de quelques décisions rendues en 1996) », Rev. Arb., 1997. 185.

**HACHEM (A.),**

« Mondialisation de l'économie et convention d'arbitrage », RTD 2000. 221.

« L'arbitrage international dans le nouveau Code de l'arbitrage », RTD.1993.33et s.

**HEBRAUD,** « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les contrats », Mélanges Maury 1960, t. II.

**HEUZE,** « La réglementation française des contrats internationaux, Etude critique des méthodes », GLN Joly 1990. n°226.

**HORSMANS (G.),**

« L'exécution du contrat et le comportement des parties », Rev. Dr. com. 1980. 301.

« L'interprétation des contrats internationaux », In L'apport de la jurisprudence arbitrale, Dossiers de l'institut de l'institut du droit et des pratiques des affaires internationales, Chambre de Commerce Internationale de Paris 1986.198.

**IVAINER,**

« L'ambiguïté dans les contrat », D.1976. Chr.153.

« La lettre et l'esprit de la loi des parties », J.C.P.1981.3023.

**IDOT (L.),** « Le contrôle judiciaire de la sentence arbitrale « Rapport introductif, in *Competition and arbitration law* , Institut du droit et des pratiques des affaires internationales 1993. 273.

**JARROSSON (Ch.),**

« L'arbitrage et la convention européenne des droits de l'Homme », RA 1989. 573.

« Les clauses de renégociation », In Les principales clauses de contrats conclu entre professionnels, P.U.A.M 1990.144.

**JAVRIN (S.),** « L'obligation de coopérer de bonne foi : exemples d'application au plan de l'arbitrage international », In L'apport de la jurisprudence arbitrale, Publication CCI. 157.

JARVIN (S. et BOISSAVY (M.), « Jurisprudence arbitrale », R.D.A.I 1999. 354.

**JOLLU( S.),** « Essai d'interprétation des clauses obscures ou ambiguës des chartes- parties » R.D.M. 1983. 121.

**JULIAN (D.M.),** « La loi applicable aux contrats internationaux dans la jurisprudence des tribunaux arbitraux », In Le contrat économique international, Journées J. Dabin Pedone 1974. 154.

**KASSIS (A.),** « L'arbitre, les conflits de lois et la lex mercatoria », In Actes du premier colloque sur l'arbitrage commercial international, Université laval Montréal 1986. 137.

**KEUTGEN,** « L'interprétation de la convention d'arbitrage », In Liber Amicorum Commission Droit et Vie des Affaires, Bruxelles, Bruyant, 1998. 345.

**KHAN (Ph.),**

« L'interprétation des contrats internationaux », Clunet 1981. 5.

« Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international », JDI 1989.305.

« Force majeure et contrat de longue durée », Clunet 1975.467.

« Lex Mercatoria et pratiques des contrats internationaux » in le contrat économique international, Bruxelles 1975.187.

**KHAIRALLAH (G.),** « Le raisonnable en droit privé français- développements récents », RTDC 1984. 439.

**KERCHOVE (VAN DE),** « La théorie de l'acte clair des textes et la Cour de cassation », In L'interprétation en droit, Bruylant 1989. 68.

**KESSEDJIAN (C.),** « Principe de la contradiction et arbitrage », Rev. Arb., 1995. 3. 390.

**KEUTGEN**, « L'interprétation de la convention d'arbitrage », In Liber Amicorum Commission Droit et Vie des Affaires, Bruxelles, Bruyant, 1998. 345.

**KOPLEMANAS (L.)**, « La rédaction des clauses d'arbitrage et le choix des arbitres », Etudes Eisenmann, Publication CCI n° 321. 23.

**LAGARDE (P.)**,

« Le dépeçage dans le droit international privé des contrats », Rev. Dr int. Privé. e. processuale, 1975.649.

« Approche critique de la lex mercatoria », In le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à B. Goldman Paris Litec 1982. 125.

« Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19-6-1982 », Rev. Crit. DIP., 1991. 287.

**LALIVE (J.F.)**,

« Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents », RCADI 1983. T.III. 9 et s.

« L'affaire de l'Anglo-Iranien Oil », Clunet 1953. 706.

**LALIVE (P.)**,

« Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international, Rev. Arb. 1986. 329.

« Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse », RA 1976.155.

« Sur la bonne foi dans l'exécution des contrats d'Etat », In Mélanges R. Vander Elst Bruxelles Nemesis 1986. 425.

« Le choix de l'arbitre », Mélanges J. Robert : Libertés, Montchrestien 1999. 353.

**LE GALL (J.P.)**, « La lex Mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international », Journal du droit international (Clunet), 1979. 475 et s.

**LAMETHE (D.)**, « L'uniformisation des pratiques contractuelles et la mondialisation », Mélanges en l'honneur de D. Tallon 1999.303.

**LAUZERE**, « Le sens ordinaire des mots comme règle d'interprétation », Cahier de droit, 1987. n°28. 365.

**LAZAREFF (S.)**, « Le respect du contrat », R.A. 1984.197 et s.

**LEBEN (C.)**, « Retour sur la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci », Mélanges H. Thieffry, L'évolution du droit international 1998. 247.

**LEBOULANGER (Ph.)**, « La notion d'intérêt du commerce international », Revue de l'arbitrage 2005, n°2. 487.

**LECLERC**, « Les clauses volontairement ambiguës des chartes-parties », DMF. 1975. 715.

**LE GUILLON**, « Frustration, force majeure, imprévision », D.P.C.I. 1979.50.

**LEONNET (J.)**, « Ethique des affaires et droit des contrats », D.1995.n°3. Chr.57.

**LE TOURNEAU (Ph.)**, « Quelques aspects de l'évolution des contrats », Mélanges P. RAYNAUD, Dalloz, 1985. 30.

**LEVEL (P.)**,

« Le contrat dit sans loi », Trav. com. Fr. DIP., 1967.209.

« L'amicable composition dans le décret du 14 mai 1980, Rev. Arb. 1984. 658.

« Brèves réflexion sur l'office de l'arbitre », In Nouveaux juges nouveaux pouvoirs, Mélanges en l'honneur de R. Perrot Dalloz 1996. 259 ;

**LEW (J.D.M.)**, « La loi applicable dans la jurisprudence des tribunaux arbitraux », In le contrat économique international, Journées Dabin Pedone 1975. 175.

**LOQUIN (E.)**,

« Les pouvoirs des arbitres internationaux », In Les entreprises tunisiennes et l'arbitrage commercial international, CERP Colloque de Tunis novembre 1981, Imprimerie officielle Tunis 1983. 311.

« Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international », JDI 1983. 293.

« Les pouvoirs de l'arbitre amiable compositeur », RA., 1985. 199.

« Pouvoirs et devoirs de l'amicable compositeur. A propos de trois arrêts de la cour d'appel de Paris », Rev. Arb., 1985. 199.

« L'application des règles a-nationales dans l'arbitrage commercial international », In l'apport de la jurisprudence arbitrale, publ. CCI n° 440/I 1986.67.

« La réalité des usages du commerce international », Rev. int. Dr. éco. 1989. 163.

« Les manifestations de l'illicite: Synthèse », In l'illicite dans le commerce international sous la direction de Ph. KAHN et C. KESSEDJIAN, Litec 1996. 247.

**LOROY (J.)**, « La force du principe de motivation », In La motivation, Association Henri Capitant Limoges 1998, LGDJ. 36.

**LOUSSOUARN (Y.)**, « La Convention de La Haye d'octobre 1985 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises : Rev. Crit. dr. int. pr. 1986. 271.

**MAINGUY**, « Premier regard sur l'abus de droit dans les contrats », J.C.P. 1999.E. 1.

**MALAURIE**, « Le droit français et la diversité des langages », Clunet 1965. 565.

**MALEVILLE (M.H.)**,

« Polices d'assurance/ les leçons de l'interprétation ou l'art de la rédaction », RGAT 1993.505.

« Pathologies des clauses compromissaires- Pathological arbitration clauses », Rev.dr.Aff.Int. 2000. n°1. 61.

**MALLOULI (S.)**,

« Le juge et l'équité », R.T.D 1983.507.

« Contribution à l'étude des sources : La jurisprudence source de la loi », R.T.D 1995.189.

**MARTIN (S.)**, « Pour une réception de la théorie de l'imprévision en droit positif québécois », Cahier de droit 1993.599.

**MARTY**, « Le rôle du juge dans l'interprétation des contrats », Travaux association Capitant 1950/49.85. **MARTY (G.)**, « La distinction du fait et du droit », Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait, Toulouse Sirey, 1929. 149.

**MASMOUDI (A.)**, « L'intervention des juridictions étatiques dans l'arbitrage international prévue par le Chapitre 3 du Code de l'arbitrage tunisien », Article de recherche, Faculté des sciences juridiques politiques et sociales Tunis II 1993.

**MATRAY**, « Arbitrage et ordre public transnational », In Liber Amicorum Pieter Sanders, 1982. 241.

**MAYER (p.)**,

« Le contrat illicite », RA., 1984.205.

« L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence » R.C.A.D.I. 1989.325.

« La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrat d'Etat », JDI 1986. 5.

« Contrats d'Etat et pouvoir normatif de l'Etat », JDI 1986. 33.

« L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence », RCADI 1989-V. T. 217. 321.

« La règle morale dans l'arbitrage international », Etudes offertes à Pierre Bellet, Litec 1991.392 et s.

« La loi applicable et le respect des lois de police », In les commissions illicites : Institut du droit et des pratiques des affaires internationales 1992. 49.

« Le principe de bonne foi devant les arbitres internationaux », Etudes en l'honneur de P. Lalive, Helbing et Lichtenhahn Suisse 1993. 543.

« L'application par l'arbitre des conventions internationales de droit privé », In L'internationalisation du droit, Mélanges Loussouarn, Dalloz 1994. 275.

« La sentence contraire à l'ordre public au fond », Rev. Arb., 1994. 615.

« Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », RA., 1998. 359.

« Actualité du contrat international », In Le contrat : question d'actualité L.P.A 5mai 2000. 55.

**MAZAUD (D.)**, « Le juge face au clauses abusives », In le juge et l'exécution du contrat, Colloque I.D.A. Aix en Provence, P.U.A.M 1993.23.

**MEBROUKINE (A.)**, « Quelques remarques à propos de la convention de La Haye de 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises », Revue du droit des affaires internationales, 1988. 45 et s.

**MERCADAL (B.)**, « Ordre public et contrat international », DPCI 1977. 457.

**MESTRE**, « L'évolution du contrat en droit privé français », Journées SAVATIER 1986.

**MESTRE(J.) et LAUDE (A.)**, « L'interprétation active du contrat par le juge », In le juge et l'exécution du contrat, Colloque I.D.A. Aix en Provence, P.U.A.M 1993.

**MEZGER (E.)**,

« La jurisprudence française relative aux sentences arbitrales étrangères et la doctrine de l'autonomie de la volonté en matière d'arbitrage international de droit privé », Mélanges Maury p. 273.

« Compétence-compétence des arbitres et indépendance de la convention arbitrale dans la convention dite européenne sur l'arbitrage commercial international de 1961 », In memoriam Minoli 1974. 325.

« De l'autonomie de la clause compromissoire, de la compétence-compétence de l'arbitre et d'autres problèmes fondamentaux de l'arbitrage dans la plus récente jurisprudence allemande », RA., 1978. 548.

**MEZGHENI (A.)**,

« Convergence et harmonisation du droit et de la pratique de l'arbitrage commercial international », RTD 1981. 35

« Sur les différents ordres juridiques applicable aux contrats commerciaux internationaux », RTD. 1985. 295.

**MEZIOU (K.)**, « Le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international », R.A 1993. 60.

**MEZIOU et MEZGHZNI**, « Le code tunisien de l'arbitrage », RA., 1993. 521.

**MORIN (G.)**, « Le devoir de coopération dans les contrats internationaux : droit et pratiques », DPCI 1980. 11.

**MOTULSKY (H.)**,

« Le respect de la clause compromissoire », RA., 1955.13.

« Menace sur l'arbitrage : la prétendue incompétence des arbitres en cas de contestation de l'existence ou de la validité d'une clause compromissoire », Ecrits t.II, Dalloz 1974. 189.

« Les conditions de validité des clauses compromissoires et la compétence des arbitres à cet égard », In Ecrits T. II Dalloz 1974. 23.

« Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », In Mélanges ROUBIER. 175.

**MUSTILL (M.)**, « The new LEX MERCATORIA, The first twenty five years», In études Wilberforce, Oxford 1987. 149

**NAJJAR (I.)**, « L'astrologie et le droit : l'illicéité au sens large » et la cause du contrat », In Mélanges en l'honneur de F. TERRE. Dalloz. p.701.

**OLLU (J.)**, « Essai d'interprétation des clauses obscures ou ambiguës des chartes des parties », DMF 1983.121 et s, 203 et s .

**OPPETIT (B.)**,

« L'adaptation des contrats internationaux aux changement des circonstances », Clunet 1974. 794.

« Autour du contrat international », Revue Droits 1990 (12). 107.

« L'illicite dans le commerce international », In L'illicite dans le commerce international, Litec 1996, p. 13.

**OUERFELLI (A.)**, « Le contrôle de motivation des sentences arbitrales en droit tunisien », note sous C. Cass. tu., 23 fev. 2000, Rev. Arb., 2001. n°3. 599.

**PAULSSON (J.)**,

« Arbitrage international et voies de recours », JDI.1990.III.589

« La lex mercatoria dans l'arbitrage CCI », RA 1990. 55.

« L'arbitrage en droit ou en amiable composition », J.C.P 1999, n°3. 25.

**PEYREFITTE (L.)**, « Le problème du contrat dit sans loi », Dalloz, chr.1965. 18.

**PHILIPPE (D.)**,

« *Pacta sunt servanda et rebus sic stantibus* », In L'arbitrage commercial international : L'apport de la jurisprudence arbitrale, pub. CCI n° 440/ 181.

« Changements de circonstances et bouleversements de l'économie contractuelle, Bruyant, 1986.

**PICOD (Y.)**, « L'obligation de coopération de bonne foi dans l'exécution du contrat » JCP 1988 éd GI 3318.

**PINSOLLE (P.)**, « Distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international », JDI 1998 (4). 905.

**PINTO-MONTEIRO (A.)**, "La clause pénale en Europe", In mélange en l'honneur de Philippe JESTAZ, 2007. 721.

**PIOT (A.)**, « L'unification du droit de vente », Clunet 1957. 255.

**PLAISANT**, « Le contrôle de la Cour de cassation en matière de contrat »,G.P. 1946.Doc.26.

**POILLOT- PERUZZETTO (S.)**, « Proposition de Règlement Rome 1 et Rome 2: Vers un Code Européen de droit international privé», Rev de Jurisprudence commerciale 2006. 229.

**POLITIS (N.)**, « Méthode d'interprétation du droit international conventionnel », Recueil Geny 1977.TIII.375.

**POUDRIER-LEBEL (L.)**, « L'interprétation des contrats et la morale judiciaire », Revue juridique, Thémis 1993.583.

**RADICATI DI BROZOLO**, « L'illicéité qui crève les yeux : critère de contrôle des sentences arbitrales au regard de l'ordre public international », Rev. Arb., 2005. 530.

**RANOUIL (V.)**, « Remarques sur le droit applicable aux contrats de développement », In Contrats internationaux et pays en développement, Economica. 37.

**REMERY (J.P)**, « Remarques sur le conflit de lois applicables au contrat international de construction d'immeuble : D.S 1985, Chr. 255.

**RIMBAUD (P.)**,

« Un arbitrage pétrolier : la sentence Liamco », AFDI. 1980. 274.

« L'affaire des pyramides », AFDI 1985. 508.

« Deux arbitrages CIRDI : L'annulation des sentences Klöckner et Amco », AFDI 1986 (I). 259.

**RIVKIN (D)**, « Lex mercatoria and force majeure », In Transnational rules in international Business law and practice 1993 pub CCI n° 480/ 4. 161.

**ROBERT**,

« La dénaturation par l'arbitre, réalités et perspectives », R.A. 1982.2.

«Principes directeurs des règlements d'arbitrage applicables aux affaires commerciales internationales », In IIIème congrès international de l'arbitrage Venise 1961 UTT 1970. 279.

**RONBIN (G.)**, « Le principe de la bonne foi dans les contrats internationaux », Revue de droit des affaires internationales, Décembre 2005. 713.

**ROUBIER**, « La philosophie des valeurs et les tâches de l'interprète, du législateur et du jurisconsulte », Revue de l'Université de Bruxelles 1952.3.

**ROZES (L.)**, « Le projet de contrat », In Mélanges dédiés à LOUIS BOYER, Toulouse 1996. 639.

**SALMON**, « Les principes généraux du droit, vue insaisissable source du droit applicable aux contrats d'Etat », Mélanges VANDER ELST, Ed MEMESIS, 1986.

**SAMMARTANO (M.R.)**, « Le tronc commun des lois nationales en présence (réflexions sur le droit applicable par l'arbitre international », R.A 1987. 134.

**SANDERS (P.)**, « L'autonomie de la clause compromissoire», Etudes Eisemann. op. cit., n°31.

**SCALBERT et MARVILLE**, « Les clauses compromissoires pathologiques », R.A 1988.17.

**SCMIDT (J.)**,

« l'interprétation des contrats internationaux par la commission arbitrale de la Chambre de Commerce extérieur de L'URSS », Journal du droit des affaires internationales 1985, n° 285.829 et s.

« Les lettres d'intention », Rev. dr. Aff. Int., 2002. n°34. 257.

« La négociation du contrat international », Droit et pratique du commerce international, 1983. n°2. P. 239 et s.

**SERAGLINI (Ch.)**, « L'affaire Thalès et le non usage immodéré de l'exception d'ordre public », Gaz. Pal. 21-22 octobre 2005. note 6.

**SIMON**, « Essai d'interprétation des clauses obscures ou ambiguës des chartes-parties », DMF. 1976.430.

**STRUYCKEN**, « La lex mercatoria dans le droit des contrats internationaux in l'évolution contemporaine du droit des contrats », journées R. Savatier , Fac. de Droit de Poitiers, 1985, PUF 1987.207

**TALLON (D.)**, « Réflexion comparatives », In Les modification du contrat Pédone 1986.194.

**TANAKA (F.)**, « Fonction de la coutume en droit commercial », Recueil Geny 1977.T III. 247.

**THIEFFRY (J.) et GRANIER (Ch.)**, « Les contrats d'agence dans le droit de la distribution française et communautaire », Gaz. Pal. 1982. 1. Doctr. 258.

**TOMASZEWSKI (M.)**, « La désignation postérieure au contrat de la loi qui le régit », Rev. crit., 1972. 567.

**TRIMOFF (H.)**, « Les sources doctrinales de l'ordre de présentation des articles 1156 à 1164 du Code civil sur l'interprétation des contrats », Revue historique de droit français et étranger 1994.203.

**VAN CAMELBERCKE (M.)**, « L'adaptation du contrat international aux circonstances nouvelles », In Les modifications du contrat Pédone 1986.

**VAN OMMESLAGHE (P.)**,

« Les clauses de force majeure et d'imprévision Hardship dans les contrats internationaux », R.I.D Comp. 1980.7.

« La rigueur contractuelle et ses tempéraments selon la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », In Mélanges en l'honneur de Philippe JESTAZ, 2007. 881.

**VOULET**, « Le grief de dénaturation devant la Cour de cassation », JCP. 1971.I. 2410.

**VIATTE (J.)**, « La dénaturation est-elle une cause de nullité des sentences arbitrales », G.P.1974.II.979

**WEIL (P.)**,

« Principes généraux du droit et contrats d'Etats », Mélanges Goldman p. 387.

« Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accord de développement économique », Mélanges Rousseau Pedone 1974. 301.

« Vers une normativité relative en droit international », RGDIP 1982 (1). 5.

« Principes généraux de droit et contrats d'Etat », Etudes offertes à B. Goldman Litec 1982. 387.

**WENGLER (W.)**, « Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat », Rev. crit DIP. 1982. 467.

**YUNG**, « L'interprétation supplétive des contrats », R.J.B. 1961.169.

## **V- COLLOQUES**

Actes du symposium sur « l'arbitrage et l'investissement », Tunis 20-29 avril 2000, Centre de conciliation et d'arbitrage de Tunis (R.T.A n°1, 2001).

Actes colloque CCI- UNIDROIT tenu a Paris les 20-21 octobre 1994 sur « les principes relatifs au contrats du commerce international d'UNIDROIT : une nouvelle lex mercatoria ?

Les entreprises tunisiennes et l'arbitrage commercial international : Travaux de colloque international, Tunis 2, 3 et 4 novembre 1981 organisé par La Faculté de Droit et des science

Les ventes internationales de marchandises (problèmes juridiques d'actualité), Colloque d'Aix-en provence de 1980, Paris, Economica, 1981.

L'illicite dans le commerce international, Colloque à Dijon les 25, 26 et 27 janvier 1966 UMR.

## **B - BIBLIOGRAPHIE EN LANGUE ARABE**

### **I - OUVRAGES GENERAUX**

**AHMED HECHMAT ABOU STIT**, Théorie de l'obligation en droit civil égyptien, Egypte 1945.

**BOUFARES (H.)**, Le contrat, Faculté de Sousse 1986.

**BADRAOUI (A.)**, Principes de droit, Dar Ennahdha 1986.

**EL BORI (A.H.)**, Théorie de l'obligation en droit marocain, Maroc 1986.

**ELHAKIM**, Sources d'obligations, Bagdad.

**HACHEM (M.A.)**, Le droit civil, Faculté de Droit et des Sciences Politiques Tunis 1987/1988.

**HIJAZI (A.)**, Théorie générale de l'obligation en droit koweïtien.

**IBN THERIL (A.)**, Le langage et les sens (adallala), avis et théories, Damas 1981.

**JOURAIJ KHALIL**, Théorie générale des obligations, Beyrouth.

**RACHED (S.),** L'arbitrage dans les relations internationales privés, La convention d'arbitrage, Moncheato Almaaref.

**SADDA (A.),** La théorie du contrat dans les Etats arabes, 1974.

**SANHOURI (A.),**

Les sources d'obligations, Egypte 1964.

La théorie du contrat, Beyrouth 1934.

## **II – OUVRAGES SPECIAUX**

**ABDEL ALIM (A.),** L'ordre public et l'arbitrage dans les relations internationales privés.

**ABOUDA (A.) et MEZGHENI (R.),** L'interprétation judiciaire en droit civil, ENA 1983.

**ADLI AMIR KHALED,** Le contrat de transport maritime, Alexandrie 1998.

**JERBI (S.),** L'interprétation du contrat, CPU, Tunis 1999.

**FOUDA (A.),** L'interprétation du contrat en droit égyptien et en droit comparé, Dar Ennahdha (En arabe) .

**MOHAMED SAMI (F.),** L'arbitrage commercial international, Amman 1997.

## **III - THESES ET MEMOIRES**

**ABDERRAHMAN (A.C),** Les règles d'interprétation du contrat, Dar Elfekr 1977.

**ABDERRAHMAN (O.),** Théorie de l'imprévision, DEA Faculté des Sciences juridiques et sociales, Rabat 1983.

**FOUDA (A.),** Interprétation du contrat en droit égyptien et en droit comparé, Thèse Dar Ennahdha (sans date).

**GOUIL (A.),** Théorie de l'imprévision en droit civil tunisien, DEA, Faculté de Droit et des Sciences Politiques 1991.

**JOUNI (A.),** Le juge et l'exécution du contrat, DEA Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis 1992.

**KELADA (W.),** Manifestation de volonté, Thèse Egypte 1955.

**MEHDI (N.),** L'obligation pré contractuel, Thèse Dar Ennahdha 1986.

**MOHAMED ELFZAZI (H.)**, Effet de la théorie de l'imprévision en droit comparé et en droit musulman, Thèse, Egypte 1991.

**SALAH (M.A)**, L'interprétation des textes en droit musulman, Etude comparée, 1971.

**SIWAR (W.)**, Manifestation de volonté en droit musulman, STD. Tunis.

**TERMANINI (A.)**, La théorie de l'imprévision , Thèse Beyrouth 1971.

#### **IV - ARTICLES**

**ABDELHAK (M.)**, Le langage et la problématique d'interprétation , Al wehda n°60.1989.

**BECHTA (A.)**, Les sens philosophiques du terme « interprétation » , Revue tunisienne des études philosophique n°4. 37.

**BELASRI (F.)**, Théorie de l'imprévision en droit marocain, El Molhak I N°3. 1981.

**BEN HLIMA (H.)**, La bonne foi dans l'exécution des contrats conformément à l'article 243 COC (en arabe) Tunis 1993.

**KIWA (A.M)**, la détermination de la loi applicable au contrat en cas d'absence de choix exprès par les parties dans l'arbitrage commercial international, R.J.L., 1980, n°1, p.25.

**RADWAN (A.)**, Droit du commerce international et étude de La Lex Mercatoria, Revue des sciences juridiques et économiques, Ain Chams 1993, n° 1, p.1.

#### **C - PRINCIPAUX TRAITES ET REGLEMENTS D'ARBITRAGE CITES**

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 10 juin 1958)

Convention européenne sur l'arbitrage commercial international (Genève 21 avril 1961).

Convention de La Haye portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels du 1<sup>er</sup> juillet 1964.

Convention de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats.

Convention de l'Unesco sur l'interdiction d'importation, d'exportation et de transfert illicite de biens culturels du 17 novembre 1970.

Convention de Washington du 3 mars 1973 sur le commerce international des espèces sauvages de faune et de flore menacées d'extinction.

Convention de Rome du 9 octobre 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

Convention de Vienne sur les contrats de ventes internationales de marchandises du 11 avril 1980.

Convention Arabe d'Amman sur l'arbitrage commercial de 1987.

Convention de l'OCDE du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions internationales.

Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage international du 25 juin 1985.

Règlement d'arbitrage de la Commission économique pour l'Europe de l'organisation des Nations unies (10 mai 1963)

Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (28 avril 1976) ;

Règlement de conciliation et d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (en vigueur à dater du 1<sup>er</sup> janvier 1988)

## **D - JURISPRUDENCE**

### **I- JURISPRUDENCE ARBITRALE (principales sentences citées)**

#### **1- CCI**

Sentence CCI n°1512 rendue en 1971, JDI 1974. 904.

Sentence CCI n°1581 rendue en 1971, JDI. 1974.887.

Sentence CCI n° 1990 rendue en 1972, JDI 1974. 898, obs. Y. Derains.

Sentence CCI n° 2103 rendue en 1972, JDI, 1974. 902, obs. Y. Derains.

Sentence CCI n° 1990, rendue en 1972, JDI 1974 . 897, note Y. Derains.

Sentence CCI n° 2138 rendue 1974, JDI 1975. 934, Obs., Y. Derains.

Sentence CCI n° 2216 rendue en 1974, JDI 1975. 917, obs. Y. Derains.

Sentence CCI n° 2321 rendue en 1974, JDI 1975. 938, obs. Y. Derains.

Sentence CCI n° 2478 rendue en 1974, JDI 1975. 925, obs. Y. Derains.

Sentence CCI n° 3540, Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1974- 1985. 399

Sentence CCI n° 1434 rendue en 1975, JDI 1976. 978, obs. Y. Derains.

Sentence CCI n° 2291 rendue en 1975, JDI 1976. 989.

Sentence CCI n° 2375 rendue en 1975, JDI 1976. 973, obs. Y. Derains.

Sentence CCI n° 2404 rendue en 1975, JDI 1976. 995.

Sentence CCI n° 2433, JDI 1976. 988 et s.

Sentence CCI n° 2438, JDI 1976. 969

Sentence CCI n° 2508 rendue en 1976, JDI 1977. 940, obs. Y. Derains.  
 Sentence CCI n°2708 rendue en 1976, JDI 1977. 943 et s. obs. Y. Derains.  
 Sentence CCI n° 2626 rendue en 1977, JDI 1978. 980.  
 Sentence CCI n° 2708 rendue en 1977. JDI 1977. 943 et s. obs. Y. Derains.  
 Sentence CCI, n°2119, JDI 1979.997, obs. Y. Derains.  
 Sentence CCI n° 3093/ 3100 rendue 1979, JDI 1980. 951 et s.  
 Sentence CCI n° 3131 rendue en 1979, Rev. Arb., 1983. 528.  
 Sentence CCI n° 3202, JDI 1979. 1003. note Y. Derains.  
 Sentence CCI n° 3267 rendue en 1979, JDI 1980. 966.  
 Sentence CCI n° 3460 rendue en 1980, JDI 1981 .939.  
 Sentence CCI n°3243 rendue en 1981, JDI 1982. 968.  
 Sentence CCI n° 3267 rendue en 1981, JDI, 1982.  
 Sentence CCI n° 3380, JDI 1981. 927, obs. Y. Derains.  
 Sentence CCI n° 3894 en 1981, JDI 1982. 987, note Y. Derains.  
 Sentence CCI n° 2730 en 1982, JDI 1983. 914 et s, note Y. Derains.  
 Sentence CCI n° 3938 rendue en 1982, JDI 1984. 926, obs. Jarvin.  
 Sentence CCI n° 4131 rendue en 1982, JDI, 1983. 899. obs., Y. Derains.  
 Sentence CCI n° 4392 rendue en 1983, JDI 1983. 907, obs. Y. Derains. .  
 Sentence CCI n°4338 rendue en 1984, JDI 1983. 986 , obs. Y. Derains.  
 Sentence CCI n°4145, JDI 1985.985, obs. Y. Derains.  
 Sentence CCI n° 4996 rendue en 1985, JDI 1986. 1132 et s, obs. Y. Derains.  
 Sentence CCI n° 5118 rendue en 1986, Publications CCI 1994.318, note S. Jarvin.  
 Sentence CCI n° 5065 rendue en 1986, JDI 1987. 1041, obs. Y. Derains.  
 Sentence CCI n° 4761 en 1987, JDI 1987. 1018 et obs., S. Jarvin.  
 Sentence CCI n° 4975 en 1988, Yearbook 1988, Vol. XXIII. 53 et s.  
 Sentence CCI n° 5103 rendue en 1988, JDI. 1988. 1206, obs. Guillermo Aguilar Alvarez.  
 Sentence CCI n° 5477 rendue en 1988, JDI 1988. 1205, obs. G. Aguilar Alvarez.  
 Sentence CCI n° 5717 rendue en 1988, Bulletin de la CCI 1990. 22.  
 sentence CCI n° 4972 rendue en 1989, JDI 1989. 4. 1101.  
 Sentence CCI n° 5953 rendue en 1989, JDI 1990.1056 et s, note Y. DERAISNS  
 Sentence CCI n° 4972 rendue en 1989, JDI 1989. 4. 1101.  
 Sentence CCI n°5989 rendue en 1989, Yearbook 1990. 74.  
 Sentence CCI n°6281 rendue en 1989, JDI 1989. 1114 et s. Obs. Guillermo Aguilar Alvarez.  
 Sentence CCI n° 6219, JDI 1990. 1047, note Y. DERAISNS.  
 Sentence CCI n°6360 rendue en 1990, Bull. CCI, Décembre 1990. 24.  
 Sentence CCI n° 6503 rendue en 1990, JDI 1995. 4. 1022 et s, obs. Y. Derains.  
 Sentence CCI n° 6363 rendue en 1991, Yearbook of commercial arbitration, XVI. 1992. 186.  
 Sentence CCI n° 6519 rendue en 1991, JDI. 1991. 1065, obs. Y. Derains.  
 Sentence CCI n° 6840 rendue en 1991, JDI 1992. n°579, obs. Y. Derains.  
 Sentence CCI n° 5030 rendue en 1992, JDI 1993. 1003, note Y. Derains.  
 Sentence CCI n° 7153 rendue en 1992, JDI 1992. 1006.  
 Sentence CCI n° 6754 rendue en 1993, JDI. 1990. 1047, obs. Y. Derains.  
 Sentence CCI n° 7331 rendue en 1994, JDI 1995. 986, obs. Y. Derains.  
 Sentence CCI n° 7518 rendue en 1994, JDI 1998. 4. 1035, obs. Y. Derains.  
 Sentence CCI n° 8056 en 1996, Bull. int. arb. CCI, Vol. 12, n°1. 2001. 2001. 68  
 Sentence CCI n°8314 rendue en 1996, Gaz. Pal., n°2005/ 3. 15 et s.  
 Sentence CCI n° 8694 rendue en 1996, JDI 1997. 4. 1059, obs., Y. Derains.  
 Sentence CCI n° 8891 rendue en 1998, JDI 2000. 1076, obs. D.H  
 Sentence CCI n° 3913, JDI 2000. 4. 1078, note Y. Derains.  
 Sentence CCI n° 7710, JDI 2001. 1147.

## **2- CIRDI**

Sentence CIRDI rendue le 21 octobre 1983 (Klöckner), Clunet 1984. 409 et s.

Sentence CIRDI rendue le 25 septembre 1983 ( AMCO), Rev. Arb., 1985. 259 ; JDI 1986. 202, obs. Gaillard.

Sentence CIRDI rendue le 27 juin 1990, JDI 1992. 216. obs. E. Gaillard.

Sentence CIRDI rendue le 20 mai 1992, JDI 1994. 229. obs. E. Gaillard.

## **3- SENTENCES RENDUES SOUS LES AUSPICES D'AUTRES INSTITUTIONS D'ARBITRAGE**

Sentence rendue par la C. d'arbitrage près de la Chambre du commerce extérieur de la R.D.A du 22 janvier 1974, Journal de droit international 1980. 692

Sentence rendue, par la C. d'arbitrage près de la chambre de commerce extérieur de RDA, le 11 juillet 1977, Yearbook 1978. 210.

Sentence de la Chambre arbitrale maritime de Paris n° 590 rendue le 30 octobre 1985, D.M.F. 1986. 378.

Sentences n° 4316 et 4366 rendues sous l'égide du Centre international de la Chambre économique fédérale d'Autriche le 15 juin 1994, JDI 1995. 1055, obs. I. Seidl-Hohenveldern.

## **4- ABITRAGES AD HOC**

Sentence Petroleum Development Ltd .c Cheikh d'Abu Dhabi du 28 août 1951, ICLQ1952. 247.

Sentence Aramco du 23 août1958, Rev. Crit. DIP 1963. 272.

Sentence AD HOC rendue en Belgique, 26 juin 1997, Rev. Arb., 1999.685.

## **II- JURISPRUDENCES ETATIQUES**

### **1 – JURIDICTIONS FRANCAISES**

#### **a- Juridictions de l'ordre administratif**

Cons. Etat, 30 mars 1916, Dalloz 1916. III. 25.

Cons. Etat, 9 mars 1928, Rev. Dr. pub. 1928. 329.

#### **b- Juridictions de l'ordre judiciaire**

##### **-Cour de cassation**

Ch. Réunies 2 fév. 1808, S. 1808.1.183, Conclusions MERLIN.

Req. 22 novembre 1865, D.P 1866.1.108.

Civ. 15 avril 1872, D.P., 1872. 1. 176.  
 Cass. civ., 17 mai 1927, les consorts Pélissier du Bésset c/ The Algiers Land and Warehouse Compagny LTD, D., 1928. 25.  
 Cass. civ. 20 mars 1929, G.P 1930. I. 13, note VOIRIN.  
 Cass., 12 juin 1950. D.1951.749, note Hamel.  
 Cass. 21 juin 1950, GA. 1950 n° 23. 182.  
 Cass. civ., 6 juillet 1959, Rev. Crit., 1959. 708.  
 Cass. civ., 14 juin 1960, J.C.P 1961. II. 12273, note MOTULSKY.  
 Cass. civ., 7 mai 1963, Gosset, JCP 1963. II. 13405, obs. GOLDMAN.  
 Cass. civ., 22 novembre 1966, J.C.P. 1968. II 15318.  
 Cass. civ., 22 novembre 1968, Rev., 1969. 24  
 Cass. civ., 23 février 1970, Bull. civ. III, n°151, p. 112.  
 Cass. com. 16 octobre 1972, Bull. IV. 52. 238.  
 Cass. civ., 16 juin 1976, Dalloz Sirey, 1978. 310.  
 Civ. 2<sup>e</sup>, 17 nov. 1976, D. 1977.I. 577 et 580, note J. BORE.  
 Cass. Civ., 17 nov. 1976, Rev.Arb., 1977. n°3. 281.  
 Cass. civ., 17 novembre 1976, Dalloz. Jurisp. 577, note J. BORE.  
 Cass. com., 13 mars 1978, Rev. Arb., 1979. 339, note Ph. FOUCHARD.  
 Cass. civ. 1<sup>ère</sup> ch. 11 décembre 1979, Rev. Arb., 1982. 419 et s.  
 Cass. civ. 1<sup>ère</sup> ch. 10 mars 1980, Rev. Arb., 1982. 429  
 Cass. civ., 18 mars 1980, Rev. Arb., 1980. 496, note E. MEZGER.  
 Cass. civ. 2<sup>e</sup>. 28 avril 1980, Gaz.Pal., 1980. II. 490, note VIATTE ; Rev. Arb., 1982. 424.  
 Cass. civ. 2<sup>ème</sup> Ch. 9 décembre 1981, Rev. Arb., 1982. 183, note COUCHEZ.  
 Cass. 14 décembre 1983, Rev. Arb., 1984. 483, note M-C. RONDEAU- RIVIER.  
 Cass. civ. 6 janvier 1987, JDI 1987. 638, note B. GOLDMAN.  
 Cass. civ., 6 janvier 1987, Rev. Arb., 1987. 469, note Ph. LEBOULANGER.  
 Cass. 8 nov. 1989, Bull. Cass. 1989. 342.  
 Civ. 4 décembre 1990, Rev. Arb., 1991. 81, obs. Ph. FOUCHARD.  
 Cass. civ., 5 février 1991, Rev. Arb., 1991. 625, note L. IDOT.  
 Cass. civ. 22 octobre 1991, Valenciana, Rev. Arb 1992. 113, note B. OPPETIT.  
 Cass. com., 7 janvier 1992, Rev. Arb., 1992. 553, note Ph. DELEBECQUE.  
 C. civ., 2 décembre 1993, Rev. Arb., 1994.130, note P.BELLETT.  
 Cass. civ., 20 décembre 1993, Fougerolle, Rev. Arb., 1994. 1. 126.  
 Cass. civ. , 29 nov. 1995, Rev. Arb. 1996. 2. 240.  
 Cass. civ., 3 juin 1998, Rev. Arb., 1999. 71, note E.LOQUIN.  
 Cass. civ., 10 novembre 1998, Rev. Arb., 1998. 681, note J.-G. BETTO.  
 Cass. civ. 3 juin 1999, Rev. Arb., 1999. 71, note E.LOQUIN.  
 Cass. civ. 25 mars 1999 et 30 Mars 1999, Rev., 2000. 267.  
 Cass. civ. 21 mars 2000, Rev. Arb., 2001. 805, note. Y. DERAÏNS.  
 Cass. civ., 15 février 2001, Rev. Arb., 2001. 135, note E. LOQUIN.  
 Cass. civ. 31 janvier 2002, Bull. civ., II, n°9.  
 Cass. civ., 11 juillet et 21 novembre 2002, Rev. Arb., 2004. 283, note M. BANDRAC.  
 Cass. civ. 10 juillet et 20 novembre 2003, Rev. Arb., 2004. 283, note M. BANDRAC.  
 Cass. civ., 6 mai 2003, Bull. I. 102.  
 C. civ., 14 mars 2006, Rev. Arb., 2006., 483.  
 Cass. civ., 3 octobre 2006, Rev. Arb., 2007. 98.  
 Cass. civ., 14 novembre 2006, Rev. Arb., 2007. 89 et s.

## **-Cours d'appel**

Paris, 25 janvier 1972, Quijano Agüero, RA 1973. 153, obs. Ph. Fouchard.  
Paris, 25 janvier 1972, Rev. Arb., 1973. 158. Obs. Ph. FOUCHARD.  
Paris, 19 décembre 1972, Rev. Arb., 1973. 173, note E. LOQUIN.  
Paris, 18 juin 1974, Rev. Arb., 1975. 192, note J. ROBERT.  
Paris, 14 janvier 1976, Rev. Arb., 1977. 281.  
Paris, 20 décembre 1977, Rev. Arb. 1978. 501, note ROLAND-LEVY.  
Paris, 12 décembre 1978, Rev. Arb., 1979. 372, Note BOITARD.  
Paris, 12 juin 1980, Rev. Arb., 1981. 292. note G. COUCHEZ.  
Paris, 10 février 1981, Clunet 1982. 283.  
Paris, 25 mars 1983, Rev. Arb., 1984. 363, note J. ROBERT.  
Paris, 21 octobre 1983, Rev. Arb., 1984. 98, Obs. A. CHAPELLE.  
Paris, 15 mars 1984, Rev. Arb. 1985. 285, note LOQUIN.  
Paris, 8 juin 1984, Rev. Arb., 1984. 516, note JARROSSON.  
Paris, 12 juillet 1984, JDI., 1985. 130, note B. GOLDMAN.  
Paris, 14 fév. 1985, Rev. Arb., 1987.325, note P. LEVEL.  
Paris 12 mars 1985, Rev. Arb., 1985. 299, note E. LOQUIN.  
Paris, 5 novembre 1985, Rev. Arb., 1987. 81, note B.M.  
Paris, 21 mars 1986, Rev. Arb., 1991. 350, note JH.M et C.V.  
Paris, 19 mars 1987, Rev. Arb., 1987. 498, note L. ZOLLINGER.  
Paris, 27 novembre 1987, Rev. Arb., 1989. 62, note G. COUCHEZ.  
Paris, 6 mai 1988, Rev. Arb., 1989. 83, obs. E. LOQUIN.  
Paris, 16 juin 1988, Rev. Arb., 1989. 320, note CH. JARROSSON.  
Paris, 28 juin 1988, Rev. Arb., 1989. 328, note J. PELLERIN.  
Versailles, 2 octobre 1989, Rev. Arb., 1990. 115, note L. IDOT.  
Paris, 5 avril 1990, Rev. Arb., 1992. 110, note H. SYNDET.  
Paris, 29 novembre 1990, Rev. Arb., 1991. 659, note J. PELLERIN.  
Paris, 30 novembre 1990, Rev. Arb., 1990. 645, note, J. PELLERIN.  
Douai, 18 avril 1991, JDI 1993.360.  
Paris, 19 avril 1991, Rev. Arb., 1991. 673, obs. E. LOQUIN.  
Versailles, 3 octobre 1991, Rev. Arb., 1992. 654, note, BUREAU.  
Paris, 3 juin 1993, Rev. Arb., 1995. 468.  
Paris, 30 septembre 1993, Rev. Arb., 1994. 359, note BUREAU.  
Paris, 14 octobre 1993, Rev. Arb., 1994. 164.  
Paris, 25 novembre 1993, Rev. Arb., 1994. 4. 731, note BUREAU.  
Paris, 20 mai 1994, Rev. Arb., 1994. 397.  
Paris, 7 avril 1994, Rev. Arb., 1996. 57.  
Paris, 24 octobre 1994, Rev. Arb., 1995. 263, note, P. LEVEL.  
Paris, 27 octobre 1994, Rev. Arb. 1994. 4. 709 et s.  
Paris, 7 décembre 1994, RTD. Com., 1995. 401, obs. DUBARRY et LOQUIN.  
Paris, 15 février 1996, Rev. Arb., 2001. 808, note Y. DERAÏNS.  
Paris, 13 juin 1996, Rev. Arb., 1997. 993, obs. E. GAILLARD.  
Paris, 28 novembre 1996, Rev. Arb., 1997. 380, note E. LOQUIN.  
Paris, 4 novembre 1997, Rev. Arb. 1998. 704 et s, note Y. DERAÏNS.  
Paris, 25 novembre 1997, Rev. Arb., 1998. 690.  
Paris, 26 octobre 2000, Rev. Arb., 2001. 1. 202.  
Paris, 2 avril et 15 juin 2000, Rev. Arb. 2001. 815, note Y. DERAÏNS.  
Paris, 1 novembre 2000, Rev. Arb., 2001. n°4. 742 et s, note LECUYER.  
Paris, 20 avril 2000, Rev. Arb., 2001. 806. note, Y. DERAÏNS.

Paris, 1 novembre 2000, Rev. Arb., 2001. n°4. 742 et s note LECUYER.  
Paris, 14 décembre 2000, Rev.Arb., 2001. 809. note Y. DERAÏNS.  
Paris, 14 juin 2001, Rev. Arb., 2001. 4., 773, note C. SERAGLINI.  
Paris, 14 juin 2001, Rev. Arb., 2001. 810, note, Y. DERAÏNS.  
Paris, 7 février 2002, Rev. Arb., 2002. 2. 413, note, Ph. FOUCHARD..  
Paris, 20 juin 2002, Rev. Arb., 2002. 4. 972.  
Paris 20 juin 2002, Rev. Arb., 2002. 2. 971 et s, note J- B. RACINE.  
Paris, 27 juin 2002, Rev. Arb., 2003. 428, note C. LEGROS.  
Paris, 18 septembre 2003, Rev. Arb., 2004. 2 312 et s, note J-B. RACINE.  
Paris, 16 octobre 2003, Rev. Arb., 2004. 861, L. JEAGER.  
Paris, 22 janvier 2004. Rev. Arb. 2004. 2. 446.  
Paris, 12 février 2004, Rev. Arb., 2004. 665.  
Paris 25 mars 2004, Rev. Arb., 2004. 676 et s, J.ORTSCHEIDT.  
Paris 25 mars 2004, Rev. Arb., 2004. n°3. 675, J.ORTSCHEIDT.  
Paris, 3 juin 2004, Rev., Arb., 2004. 3. 684, note P. CALLE.  
Paris, 18 novembre 2004, D. 2005. 3058, note T. CLAY.  
Paris, 18 novembre 2004, Rev. crit. DIP, 2006. 11, note BOLLEE (S.)  
Paris, 23 mars 2006, Rev. Arb., 2007. 100 et s.  
Paris, 1<sup>er</sup> mars 2007, Rev. Arb., 2007. 143.

#### **-Juridictions du premier degré**

TGI de Paris, 1<sup>er</sup> février 1979, Rev. Arb., 1980. 97, note Ph. FOUCHARD.  
TGI, de Paris, 26 novembre 1981, Rev. Arb., 1982. 190, note B. M.  
TGI Paris, 13 décembre 1988 , Rev. Arb., 1990.552, obs. B. OPPETIT.

## **2 – JURIDICTIONS TUNISIENNES**

C. Cass. tu., 23 fev. 2000, Rev. Arb., 2001. n°3. 603.  
CA de Tunis, 10 février 1998, Rev. de la jurispr. et de la législation juin 1998. 143.

## **3- JURIDICTIONS LIBANAISES**

C. cass. libanaise, 27 avril 1987, Rev. Arb., 1988. 723, note S. JAHE.

## **III- JURIDICTIONS INTERETATIQUES**

**CPIJ** : Affaire des emprunts serbes et brésiliens, 12 juillet 1929. D.P 1930. 2. 45.

**INDEX ALPHABETIQUE**  
(Les numéros renvoient aux paragraphes)

N.B. : Pour de plus amples détails, se rapporter à la table des matières.

**-A-**

**Acte de mission** 60.  
**Ambiguïté** 68, 87, 260.  
**Amiable compositeur** 408 et s, 713, 749 et s.  
**Attente légitime des parties** 50, 117.  
**Attitude commune des parties** 65.  
**Autonomie de l'arbitre** 92.  
**Autonomie de la convention d'arbitrage** 545 et s.

**-B-**

**Bonne foi** 15, 258 et s 505 et s.  
**But immoral** 231 et s.

**-C-**

**Complexité du contrat** 10, 127.  
**Consensualisme** 550 et s.  
**Contrats de développement** 123.  
**Contrat sans loi** (v. théorie du contrat sans loi).  
**Contrat d'Etat** 37, 60.  
**Convention**  
-De base 558 et s.  
-D'arbitrage 480 et s.  
-Principale 543 et s.  
**Clause**  
-Compromissaires pathologiques 486 et s.  
-D'amiable composition 113 et s.  
-D'*electio juris* 69 et s.  
-Du client le plus favorisé 381.  
-De référence à une monnaie de compte 380.  
-D'indexation, 380.  
-De maintien de la valeur 380.  
-Hardship 382 et s.  
-Pénale 343 et s.  
**Conduite ultérieure des parties** 233.  
**Contexte global du contrat** 227.  
**contrôle**  
-Du choix du droit 95.  
-De l'interprétation de la convention d'arbitrage 537 et s.  
-De l'interprétation du contrat 771 et s.

**-D-**

**Dénaturation** (notion) 632 et s.

**Dénationalisation** 110 et s.

**Dépeçage des compétences** 492.

**Droits de la défense** 732.

**Droit applicable**

-A la convention d'arbitrage 497 et s.

-Au contrat 74 et s, 92 et s, 267 et s.

**-E-**

**Effet utile du contrat** 243 et s, 504 et s.

**Equilibre**

-Contractuel 65.

-Des prestations sur le plan financier 400 et s.

**Equité** 314 et s, 713 et s.

**Excès de pouvoir** 694 et s.

**Egalité des parties** 759.

**-G-**

**Griefs**

-Dénaturation (V. dénaturation)

-Non respect de la convention d'arbitrage 537 et s.

-Non respect de sa mission 701 et s.

-Non respect du contradictoire 741 et s.

-Non respect de l'ordre public (v. Ordre public).

**-I-**

**Imprévision** 359 et s.

**Internationalisation du contrat** 112.

**Infra petita** 704.

**Indice de rattachement du contrat** 65 et s.

**Interprétation**

-Interprétation effective 505 et s.

-Interprétation exogène 90.

-Interprétation du choix du droit applicable 60.

-Interprétation du droit applicable 87 et s, 181.

-Interprétation littérale 224 et s.

-Interprétation validante 441 et s.

**Intérêt du commerce international** 211, 188 et s.

**Intention réelle des parties** 9, 223 et s, 302 et s, 504 et s, 554 et s, 721 et s, 759.

**-L-**

**Lacune**

- Du contrat 265 et s.
- Du droit applicable 87, 182, 266 et s.

**Liberté**

- Contractuelle 35, 40, 45, 60.
- De l'arbitre 97, 110.

**Langue du contrat** 66.

**Lex mercatoria**

- Contenu 204 et s.
- Juridicité 192 et s.
- Méthode 208 et s.

**Loi**

- Du siège 66, 165.
- De procédure 498 et s, 729, 731.

**-M-**

**Méthode**

- Conflictuelle 98 et s, 498 et s.
- De détermination du droit applicable 97.
- Des règles matérielles 103, 501 et s.

**Motivation** 681 et s, 721 et s.

**-N-**

**Nullité du contrat** 79 et s, 448 et s.

**O**

**Obligation**

- De coopération 280 et s.
- De diligence 285 et s, 362.
- D'information 288 et s, 295 et s, 362.
- De loyauté 275 et s.
- De minimiser les pertes 402 et s.
- De renégociation, 400 et s.
- De rattacher le contrat international à un ordre juridique 31 et s, 74.

**Ordre public**

- Interne 761 764.
- International 749 761ets 779 792 et s.
- Procédural 749.

**-P-**

**Période rétrospective du contrat** 231 et s.

**Personnalités des contractants** 237.

**Preuve** 562 et s, 757 et s.

**Prix** 267.

**Principe**

- Autonomie de la volonté 35.
- Compétence-compétence 530 et s.
- D'interprétation 217 et s.
- Généraux de droits 103 et s, 113.
- Séparation de pouvoir 147 et s.
- De la contradiction 741 et s.

**Pouvoir**

- Créateur et normatif de l'arbitre 90, 179 et s, 192 et s.
- Créateur et normatif du juge 142 et s.
- D'annuler le contrat 448 et s.
- Modérateur de l'arbitre 317 et s.

**-Q-**

**Qualification** 300 et s.

**-R-**

**Rapprochement** 209 et s.

**Règlement d'arbitrage** 99.

**Révision du contrat** 364 et s.

**Raisonnement conflictuel** 98 et s.

**Règles transnationales** 111, 211, 217 et s.

**-S-**

**Siège de l'arbitrage** 66.

**Survie du contrat** 79, 245, 430 et s.

**-T-**

**Taux d'intérêt moratoire** 329 et s.

**Théorie du contrat sans loi**

-Identification 35 et s.

-Condamnation 40.

**-U-**

**Ultra petita** 704.

**Uniformisation** 208 et s, 217.

**Unidroit** 14 et s, 215, 229.

**Usages de commerce** 89, 111, 199, 239, 713 et s.

**-V-**

**Volonté individuelle** 35.

**Volonté commune et réelle** (v. Intention commune).

**Voie directe** 107.

# TABLE DES MATIERES

## ABREVIATIONS

## SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	1
<b>PREMIERE PARTIE – L’APPORT DE L’INTERPRETATION ARBITRALE DU CONTRAT DE COMMERCE INTERNATIONAL.....</b>	<b>16</b>
<b>TITRE I -L’ARBITRE INTERPRETE, SOURCE DU DROIT .....</b>	<b>18</b>
<b>CHAPITRE I - DE LA LIBRE LOCALISATION A LA DENATIONALISATION DE LA RELATION CONTRACTUELLE.....</b>	<b>20</b>
<b>Section I - L’OBLIGATION DE RATTACHER LE CONTRAT INTERNATIONAL     A UN ORDRE JURIDIQUE.....</b>	<b>21</b>
§1-Fondement de l’obligation de rattacher le contrat international à un ordre juridique.....	22
A-Restaure la suprématie de la loi par rapport à la volonté individuelle .....	23
I-Présentation de la théorie du contrat sans loi.....	23
II- La condamnation universelle de la théorie du contrat sans loi .....	26
B-Restaure la conception réductrice de l’arbitrage international.....	29
§2-Portée de l’obligation de rattacher le contrat international à un ordre juridique.....	31
A- L’interprétation du choix du droit applicable opéré par les parties.....	32
I-La détermination du droit choisi implicitement par les parties.....	34
II- La détermination du droit choisi par les parties d’une manière ambiguë.....	39
B- L’obligation de déterminer le droit applicable en cas de choix impropre opéré par les parties .....	41
I-Le droit choisi par les parties annule le contrat.....	42
II-Le droit choisi par les parties est inapte à régir le contrat.....	45
C- La détermination du contenu du droit applicable .....	47
<b>Section II- LA LIBERTE DE RATTACHER LE CONTRAT DE COMMERCE     INTERNATIONAL A TOUT ORDRE JURIDIQUE.....</b>	<b>52</b>
§1-Les manifestations de la liberté de l’arbitre lors de la détermination du droit applicable.....	52

A-La liberté de choisir la méthode.....	53
I-Le raisonnement conflictuel.....	53
a- L'application cumulative des systèmes de conflit de lois intéressés au litige.....	55
b- La méthode des principes généraux du droit international privé .....	56
II- La voie directe .....	58
B- La liberté de choisir le droit applicable.....	59
§2-Les directives qui guident la liberté de l'arbitre.....	62
A- L'attente légitime des parties.....	63
B- Les spécificités du contrat .....	64
I- Les contrats de développement .....	64
II- La complexité du contrat.....	68
Conclusion du chapitre.....	70
<b>CHAPITRE II - LA NORMALISATION DE LA PRATIQUE CONTRACTUELLE...</b>	<b>71</b>
<b>Section I -LE CONSTAT D'UNE CREATION NORMATIVE DE L'ARBITRE.....</b>	<b>72</b>
§1-Rejet des thèses hostiles au pouvoir normatif de l'arbitre.....	72
A- La faiblesse des arguments inhérents à la fonction juridictionnelle.....	73
I - Appréciation critique du pouvoir normatif du juge étatique.....	74
a- Le principe de la séparation des pouvoirs.....	74
b- L'autorité relative de la chose jugée.....	76
II – Critique de l'appréciation.....	77
a - Invalidité des arguments classiques à l'égard du juge étatique.....	77
b- Invalidité des arguments classiques à l'égard de la justice arbitrale.....	79
B- La faiblesse des arguments inhérents à la justice arbitrale.....	81
I- Appréciation critique de la création normative de l'arbitre international.....	82
II- Critique de l'appréciation.....	83
§2- L'interprétation : un terrain favorable à la création normative de l'arbitre.....	85
A- L'interprétation du contrat et l'interprétation du droit.....	86
B-La juridicité des principes interprétatifs créés par la jurisprudence arbitrale internationale.....	91

<b>Section II- L'APPORT DE LA CREATION NORMATIVE DE L'ARBITRE.....</b>	<b>95</b>
§1-Le processus de l'uniformisation des principes d'interprétation.....	96
§2 - Le contenu de l'uniformisation des principes d'interprétation.....	100
A - L'interprétation du contrat par la recherche de la volonté réelle des parties...	102
I-Commencer par une approche littérale et grammaticale du contrat.....	102
II- La référence au contexte global du contrat.....	104
a - L'analyse de la période rétrospective du contrat.....	106
b- La référence à la période postérieure à la conclusion du contrat.....	107
c- La référence aux personnalités des contractants.....	109
III- Tenir compte des usages du commerce international.....	110
B- L'interprétation par la recherche de l'effet utile du contrat .....	112
Conclusion du chapitre.....	114
Conclusion du titre.....	115
<b>TITRE II - L'ARBITRE INTERPRETE, SOURCE DE DROITS SUBJECTIFS.....</b>	<b>116</b>
<b>CHAPITRE I - LA DETERMINATION DU CONTENU DU CONTRAT.....</b>	<b>118</b>
<b>Section préliminaire - LA BONNE FOI: LA CLEF DE VOUTE DE</b>	
<b>L'INTERPRETATION DU CONTRAT ET DE SON EXECUTION .....</b>	<b>119</b>
<b>Section I - LA DETERMINATION DE L'EXISTENCE ET DU CONTENU DES</b>	
<b>DROITS ET OBLIGATIONS CONTRACTUELS .....</b>	<b>122</b>
§ 1- L'interprétation par le perfectionnement du contrat.....	123
§2 -L'interprétation par le renforcement du contenu du contrat.....	127
A - L'obligation de loyauté.....	128
B - L'obligation de coopération.....	130
I- le devoir pour chaque partie d'avoir à l'égard de son cocontractant un	
comportement qui ne puisse lui nuire.....	131
II- le devoir pour chaque partie de s'acquitter de ses obligations avec une diligence	
raisonnable.....	132
C -L'obligation d'information.....	132
I - La détermination du contenu de l'obligation d'information.....	133
II- La détermination des limites de l'obligation d'information.....	135
D- L'obligation de diligence .....	137
§3- L'interprétation par l'harmonisation entre le contenu du contrat et sa nature .....	138

A- le lien d'interférence entre l'interprétation du contrat et sa qualification.....	139
B - Le pouvoir de l'arbitre de qualifier et de requalifier le contrat.....	140
<b>Section II - L'INTERPRETATION PAR RESTRICTION DES DROITS ET OBLIGATIONS CONTRACTUELS : RAMENER LE CONTRAT A SES DIMENSIONS EQUITABLES.....</b>	<b>146</b>
§1- Fondement du pouvoir de limiter et de modérer les droits et les obligations contractuels.....	147
§2- Consécration du pouvoir de limiter et de modérer les droits et les obligations contractuels.....	151
A - la modération du droit à la réparation du préjudice né de l'inexécution d'une obligation contractuelle.....	153
I-Limiter la réparation du préjudice en cas d'inexécution de l'obligation de minimiser les pertes par la partie lésée.....	154
II- Limiter le droit à la réparation intégrale du préjudice subi par le créancier suite à l'inexécution d'une obligation monétaire : le taux des intérêts moratoires.....	155
a - Le contrôle du taux des intérêts moratoires fixé par les parties.....	157
b - La fixation du taux des intérêts moratoires par l'arbitre.....	160
B - La modération de la clause pénale.....	163
C - La modération de la clause résolutoire.....	165
Conclusion du chapitre.....	168
<b>CHAPITRE II - LE SORT DU CONTRAT.....</b>	<b>169</b>
<b>Section I - L'INTERPRETATION GARANTISSANT LA SURVIE DU CONTRAT PAR L'ADAPTATION DU LIEN CONTRACTUEL AUX CHANGEMENTS DE CIRCONSTANCES.....</b>	<b>169</b>
§1 - Exposé du problème : la corrélation entre l'interprétation du contrat et son adaptation aux changements de circonstances.....	170
§2 - L'analyse de la pratique arbitrale.....	172
A - L'interprétation restrictive du principe pacta sunt servanda.....	172
I - Fondements du refus de la théorie de l'imprévision par la pratique arbitrale internationale.....	173
II- L'exigence d'un support légal explicite pour admettre la révision du contrat pour imprévision.....	176

III- L'exigence d'un support conventionnel explicite pour admettre la révision du contrat pour imprévision.....	179
B - Assouplissement de la position de la jurisprudence arbitrale.....	187
I - L'obligation de renégocier le contrat .....	187
II- Les pouvoirs de l'arbitre amiable compositeur à l'égard du contrat en cas de bouleversement de son équilibre initial.....	191
III - L'obligation de minimiser les pertes : un moyen qui conduit à la révision du contrat pour imprévision ?.....	195
a – La reconnaissance et le fondement de l'obligation de minimiser le dommage.....	195
b- L'assimilation erronée de l'obligation de minimiser les pertes à une révision du contrat.....	197
<b>Section II – L'INTERPRETATION GARANTISSANT LA SURVIE DU CONTRAT EN EVITANT SA NULLITE.....</b>	<b>200</b>
§1 – Le principe de la validation du contrat.....	200
A- Choix du droit qui valide le contrat.....	201
B- L'interprétation aboutissant à l'anéantissement partiel du contrat.....	204
C- L'interprétation par insertion de l'élément régulateur du contrat.....	207
§2 – Les limites de l'interprétation validante.....	209
A – Le pouvoir de l'arbitre d'annuler le contrat.....	209
B- Concrétisation du pouvoir d'annuler le contrat.....	212
Conclusion du chapitre .....	219
Conclusion du titre.....	220
Conclusion de la partie.....	221
 <b>DEUXIEME PARTIE – LE CONTRÔLE DE L'INTERPRETATION ARBITRALE DU CONTRAT DE COMMERCE INTERNATIONAL.....</b>	 <b>222</b>
 <b>TITRE I – LA VERIFICATION DE L'EXISTENCE DE LA COMPETENCE INTERPRETATIVE DE L'ARBITRE .....</b>	 <b>224</b>
 <b>CHAPITRE I - L'EXISTENCE D'UNE CONCORDANCE DE VOLONTES.....</b>	 <b>226</b>
<b>Section I - L'EXISTENCE D'UN ACCORD ATTRIBUANT LA MISSION INTERPRETATIVE A L'ARBITRE.....</b>	<b>227</b>

§1- L'interprétation préalable de la convention d'arbitrage.....	227
A - Interprétation et existence de la convention d'arbitrage.....	228
I - La détermination du consentement à l'arbitrage.....	228
a – L'interprétation des clauses compromissaires pathologiques.....	229
b- L'interprétation des clauses compromissaires par référence.....	235
II – La détermination de la loi qui régit l'interprétation de la convention d'arbitrage.....	236
B- Interprétation et étendue de la convention d'arbitrage.....	247
I -L'identification des parties liées par la convention d'arbitrage.....	247
II- La détermination de l'étendue matérielle de la convention d'arbitrage.....	252
§2 - La compétence de l'arbitre d'interpréter la convention d'arbitrage sous le contrôle des juridictions étatiques.....	255
A - Compétence de l'arbitre d'interpréter la convention d'arbitrage : une application du principe de compétence- compétence.....	256
B- Le contrôle de l'interprétation de la convention d'arbitrage.....	258
<b>Section II - L'EXISTENCE D'UN ACCORD DE VOLONTES PRINCIPAL A INTERPRETER.....</b>	<b>260</b>
§1 - Une exigence qui relativise l'autonomie de la convention d'arbitrage.....	261
A - l'identification du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal.....	261
B- La relativisation du principe.....	262
§2 - Le cadre juridique de l'existence du contrat de commerce international.....	263
A - L'existence informelle d'un accord de volontés.....	263
B- La preuve de l'existence du contrat.....	269
Conclusion du chapitre.....	272
<b>CHAPITRE II - LA SURVENANCE D'UNE DIVERGENCE DES VOLONTES.....</b>	<b>273</b>
<b>Section I - LES SOURCES DES DIVERGENCES DE VOLONTES.....</b>	<b>273</b>
§1 - Les éléments objectifs générateurs de mésentente.....	274
§2- Les éléments subjectifs générateurs de mésentente.....	276
<b>Section II – LES MANIFESTATIONS DES DIVERGENCES DE VOLONTES.....</b>	<b>278</b>
§1 - L'imprécision du contrat de commerce international.....	278
A- Un contenu imprécis.....	279

B- formulation imprécise .....	284
§2 - La confusion et l'obscurité du contrat de commerce international.....	286
I - Ambiguïté du contrat de commerce international pris isolément.....	287
II-Ambiguïté du contrat de commerce international situé dans ensemble contractuel : un champ contractuel équivoque.....	290
Conclusion du chapitre .....	292
Conclusion du titre.....	293
<b>TITRE II – LE CONTRÔLE DE L'EXERCICE DE LA MISSION INTERPRETATIVE DE L'ARBITRE .....</b>	<b>294</b>
<b>CHAPITRE I - L'IRRECEVABILITE DU GRIEF DE DENATURATION DU CONTRAT.....</b>	<b>296</b>
<b>Section préliminaire : LA NOTION DE DENATURATION.....</b>	<b>297</b>
<b>Section I- L'EXCLUSION DU GRIEF DE LA DENATURATION : ENJEU ET FONDEMENTS.....</b>	<b>299</b>
§1- Le principe de l'exclusion.....	299
A- Le rejet du contrôle de la dénaturation : l'histoire qui se refait.....	300
B-L'exclusion du contrôle de la dénaturation, source d'une controverse jurisprudentielle.....	301
§2 - Fondements du principe de l'exclusion du grief de la dénaturation en matière d'arbitrage.....	309
A - Les fondements de l'exclusion du grief de la dénaturation sous l'empire de la législation ancienne.....	310
B - Les fondements de l'exclusion du grief de la dénaturation sous l'empire de la législation en vigueur.....	311
<b>Section II - PORTEE DE L'EXCLUSION DU GRIEF DE LA DENATURATION.....</b>	<b>316</b>
§1 - L'étendue du principe de l'exclusion de la dénaturation.....	316
A - Le principe de l'exclusion et nature d'arbitrage.....	316
B- Le principe de l'exclusion de la dénaturation et qualité de l'arbitre.....	317
C- Les documents objet de l'exclusion.....	318
§2 - Les palliatifs proposés par la doctrine.....	321
A - La dénaturation et le contrôle de la motivation.....	322
I - Le défaut de motifs.....	323

II- La contradiction de motifs.....	325
III- L'insuffisance de motifs.....	328
B- La dénaturation et l'excès de pouvoir.....	329
Conclusion du chapitre.....	332
<b>CHAPITRE II - LES GRIEFS RECEVABLES.....</b>	<b>333</b>
<b>Section I - LE NON RESPECT DE SA MISSION PAR L'ARBITRE.....</b>	<b>333</b>
§1 - Nomenclature des cas du non respect de sa mission par le tribunal arbitral.....	334
§2- L'interprétation du contrat et le grief du non respect de sa mission par le tribunal arbitral.....	335
A - La méconnaissance par l'arbitre de sa mission interprétative.....	336
B - L'interprétation et la méconnaissance des exigences de la motivation de la sentence.....	345
I - La notion de motivation.....	346
II - L'obligation de motiver la sentence arbitrale internationale.....	347
<b>Section II - LE NON RESPECT DU CONTRADICTOIRE.....</b>	<b>356</b>
§1- La consécration du principe de la contradiction.....	357
§2 - L'interprétation du contrat et le respect de la contradiction.....	360
<b>Section III - LE NON RESPECT DE L'ORDRE PUBLIC.....</b>	<b>365</b>
§1 - Notion d'ordre public international.....	366
§2- La portée du contrôle de l'interprétation du contrat de commerce international au regard du respect de l'ordre public.....	367
A- Le refus de contrôler l'interprétation du contrat.....	368
B- Le contrôle de la solution du litige.....	374
I – Les éléments de la solution à apprécier.....	374
II - L'appréciation de l'atteinte à l'ordre public.....	381
Conclusion du chapitre.....	384
Conclusion du titre.....	385
Conclusion de la partie.....	386
Conclusion générale.....	387
<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>389</b>
A - BIBLIOGRAPHIE EN FRANCAIS ET EN ANGLAIS.....	389
I- OUVRAGES GENERAUX, TRAITES ET MANUELS.....	389
II- OUVRAGES SPECIAUX.....	391

III- THESES ET MEMOIRES.....	393
IV- ARTICLES ET MELANGES.....	399
V- COLLOQUES.....	416
<b>B - BIBLIOGRAPHIE EN LANGUE ARABE.....</b>	<b>416</b>
I - OUVRAGES GENERAUX.....	416
II- OUVRAGES SPECIAUX.....	417
III - THESES ET MEMOIRES.....	417
IV- ARTICLES.....	418
<b>C - PRINCIPAUX TRAITES ET REGLEMENTS D'ARBITRAGE CITES.....</b>	<b>418</b>
<b>D- JURISPRUDENCE.....</b>	<b>419</b>
I- JURISPRUDENCE ARBITRALE (principales sentences citées).....	419
1- CCI.....	419
2- CIRDI.....	421
3- SENTENCES RENDUES SOUS LES AUSPICES D'AUTRES INSTITUTIONS D'ARBITRAGE.....	421
4- ABITRAGES AD HOC.....	421
II- JURISPRUDENCES ETATIQUES.....	421
1- JURIDICTIONS FRANCAISES.....	421
a- Juridictions de l'ordre administratif.....	421
b- Juridictions de l'ordre judiciaire.....	421
-Cour de cassation.....	421
-Cours d'appel.....	423
-Juridictions du premier degré.....	424
2 - JURIDICTIONS TUNISIENNES.....	424
3- JURIDICTIONS LIBANAISES.....	424
III- JURIDICTIONS INTERETATIQUES.....	424
<b>INDEX ALPHABETIQUE .....</b>	<b>425</b>
<b>TABLE DES MATIERES.....</b>	<b>429</b>

# SOMMAIRE

<b>REMERCIEMENTS</b>	
<b>TABLE DES ABREVIATIONS</b>	
<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>1</b>
<b>PREMIERE PARTIE - L'APPORT DE L'INTERPRETATION ARBITRALE DU CONTRAT DE COMMERCE INTERNATIONAL.....</b>	<b>16</b>
<b>TITRE I -L' ARBITRE INTERPRETE, SOURCE DU DROIT .....</b>	<b>18</b>
<b>CHAPITRE I - DE LA LIBRE LOCALISATION A LA DENATIONALISATION DE LA RELATION CONTRACTUELLE .....</b>	<b>20</b>
<b>CHAPITRE II - LA NORMALISATION DE LA PRATIQUE CONTRACTUELLE.....</b>	<b>71</b>
<b>TITRE II - L' ARBITRE INTERPRETE, SOURCE DE DROITS SUBJECTIFS.....</b>	<b>116</b>
<b>CHAPITRE I - LA DETERMINATION DU CONTENU DU CONTRAT.....</b>	<b>118</b>
<b>CHAPITRE II - LE SORT DU CONTRAT.....</b>	<b>169</b>
<b>DEUXIEME PARTIE - LE CONTRÔLE DE L'INTERPRETATION ARBITRALE DU CONTRAT DE COMMERCE INTERNATIONAL .....</b>	<b>222</b>
<b>TITRE I - LA VERIFICATION DE L'EXISTENCE DE LA COMPETENCE INTERPRETATIVE DE L'ARBITRE.....</b>	<b>224</b>
<b>CHAPITRE I - L'EXISTENCE D'UNE CONCORDANCE DE VOLONTES.....</b>	<b>226</b>
<b>CHAPITRE II-LA SURVENANCE D'UNE DIVERGENCE DES VOLONTES.....</b>	<b>273</b>
<b>TITRE II - LE CONTRÔLE DE L'EXERCICE DE LA MISSION INTERPRETATIVE DE L'ARBITRE.....</b>	<b>294</b>
<b>CHAPITRE I - L'IRRECEVABILITE DU GRIEF DE DENATURATION DU CONTRAT.....</b>	<b>296</b>
<b>CHAPITRE II - LES GRIEFS RECEVABLES.....</b>	<b>333</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>389</b>
<b>INDEX ALPHABETIQUE.....</b>	<b>425</b>
<b>TABLE DES MATIERES.....</b>	<b>429</b>

***A MES PARENTS ;***

## TABLE DES ABREVIATIONS

- AL** : Alinéa.  
**AFDI** : Annuaire français de droit international.  
**A.G.C.A.** : Associated General of Contractors of America.  
**Am. J. Comp. L.**: The American Journal of Comparative Law.  
**Am. J.I.L.**: The American Journal of International Law.  
**A.S.D.I.** : Annuaire suisse de droit international.  
**Arb. Int.** : Arbitration international.  
**Arch. Phil. Dr.** : Archives de Philosophie du Droit.  
**Art.** : Article.  
**Bull. C.C.I.** : Bulletin de la Cour international d'arbitrage de la chambre de commerce internationale.  
**Bull. civ.** : Bulletin des Arrêts de la Cour de cassation, Chambres civiles.  
**CA.** : Cour d'appel.  
**Cass. civ.** : Cour de cassation, Chambre civile.  
**Cass. com.** : Cour de cassation, Chambre commerciale.  
**C. civ.** : Code civil.  
**C. E.** : Conseil d'Etat.  
**C.O.C** : Codes des obligations et des contrats tunisien.  
**C.C.I** : Chambre de Commerce internationale.  
**C.I.R.D.**: Centre international pour le règlement des Différends Relatifs aux investissements.  
**C.N.U.D.C.I** : Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.  
**C.P.C.C.**: Code de procédure civile tunisien.  
**CPJI** : Cour Permanente de Justice Internationale.  
**D.** : Dalloz.  
**DPCI** : Droit et pratique du commerce international.  
**DIP** :Droit international privé.  
**Doctr.**: Doctrine.  
**Ed.** :Edition.  
**Fasc.** : Fascicule.  
**Gaz. Pal.**: Gazette du palais.  
**I.C.L.Q.** : International and Comparative Law Quaterly.  
**I.C.Law. Rev.**: International Construction Law Review.  
**I.C.S.I.D. Rev.**: Review Foreign Investment Law Journal.  
**I.D.I.** : Institut de droit international.  
**In** : Dans.  
**Infra** : Ci-dessous.  
**Juris. Cl.** : Jurisclasseur.  
**J. Int. Arb.**: Journal of Arab Arbitration.  
**J.C.P.** : Jurisclasseur périodique. La semaine juridique.  
**J.D.I.** : Journal de droit international (Clunet)  
**Obs.** : Observation.  
**P.** : page.  
**Paris, (versailles ...)** : Cour d'appel de Paris (versailles...)  
**Petites. Aff.** : Les Petites Affiches.  
**Préc.** : Précité.

**Préf.** : Préface.  
**R.C.A.D.I.** : Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye.  
**R.C.D.I.P.** : Revue Critique de Droit International Privé.  
**Rec. D.** : Recueil Dalloz.  
**Rev. Arb.** : Revue d'Arbitrage.  
**R.D.A.I.** : Revue de Droit des Affaires Internationales.  
**R.D.I.D.C.** : Revue de Droit International et de Droit Comparé.  
**R.I.D.C.** : Revue Internationale de Droit Comparé  
**Rev. int. Dr. éco.** : Revue internationale de droit économique.  
**R.J.D.A.** : Revue de Jurisprudence de Droit des affaires  
**R.J.L.** : Revue de la jurisprudence et de la législation tunisienne  
**Rev. Rech. Jur.** : Revue de la Recherche Juridique  
**RTD.** : Revue Tunisienne de Droit  
**RTD. Civ.** : Revue Trimestrielle de Droit civil.  
**RTD. Com.** : Revue Trimestrielle de Droit commercial.  
**Rec. C.E.** : Recueil Des Arrêts du Conseil d'Etat.  
**Rép.** : Répertoire.  
**Req.** : Requête.  
**S.** : Recueil de Jurisprudence Sirey.  
**s.** : Suivant.  
**Supra** : Ci-dessus.  
**T.** : Tome  
**TGI.** : Tribunal de Grande Instance.  
**Trav. Com. fr. DIP** : Travaux du Comité Français de Droit International Privé.  
**v.** : Voir.  
**V°** : Verbo.  
**Vol.** : Volume.  
**YCA.** : Yearbook of Commercial Arbitration.  
**§.** : Paragraphe.