

Recueil Dalloz 2023 p.157

Arbitrage (international) : autonomie de la clause compromissoire

Arrêt rendu par Cour de cassation, 1re civ.

28-09-2022

n° 20-20.260 (n° 679 FS-B)

Sommaire :

En vertu d'une règle matérielle du droit de l'arbitrage international, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique, à moins que les parties aient expressément soumis la validité et les effets de la convention d'arbitrage elle-même à une telle loi.

Texte intégral :

LA COUR: Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 23 juin 2020), le 16 juillet 2001, la société libanaise Kabab-Ji a conclu avec la société koweïtienne Al-Homaizi Foodstuff Co WWL (AHFC) un contrat de franchise d'une durée de dix années pour l'exploitation de la marque de restauration « Kabab-Ji » au Koweït. Le contrat de franchise, ainsi que les accords conclus pour chaque point de vente, prévoient l'application du droit anglais. Ils stipulaient une clause d'arbitrage à [Localité 3] selon le règlement de conciliation et d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI).

2. En 2004, la société AHFC a informé la société Kabab-Ji de la restructuration du groupe par la création d'une société holding koweïtienne, Gulf and World Restaurants & Food, devenue Kout Food Group (KFG).

3. Le 16 juillet 2011, faute de nouvel accord, les contrats sont arrivés à expiration.

4. Le 27 mars 2015, la société Kabab-Ji a introduit devant la CCI une procédure d'arbitrage à l'encontre de la société KFG. Par une sentence rendue à Paris le 11 septembre 2017, le tribunal arbitral a étendu les contrats à la société KFG et condamné celle-ci à verser à la société Kabab-Ji les redevances de licence impayées entre 2008 et 2011, outre une indemnité au titre de la perte de chance.

Examen des moyens

Sur le second moyen, ci-après annexé

5. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ce moyen qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Sur le premier moyen

Énoncé du moyen

6. La société KFG fait grief à l'arrêt de rejeter son recours en annulation de la sentence, alors :

« 1°/ que l'existence et l'efficacité de la convention d'arbitrage s'apprécient au regard de la loi expressément choisie par les parties pour la régir ; qu'en se prononçant comme elle l'a fait, motifs pris notamment qu'"aucune stipulation expresse n'a été convenue entre les parties qui désignerait la loi anglaise, comme régissant la clause compromissoire" et que "KFG ne rapporte pas la preuve d'aucune circonstance de nature à établir de manière non équivoque la volonté commune des parties de désigner le droit anglais comme régissant l'efficacité, le transfert ou l'extension de la clause compromissoire, et dont le régime est indépendant de celui des accords", après avoir pourtant constaté que selon l'article 1 du Contrat de développement de franchise (CDF), signé entre Kabab-Ji et AHFC le 16 juillet 2001, intitulé "contenu du contrat", "le présent contrat comprend les paragraphes qui précèdent, les termes énoncés ci-après, les documents qui y sont mentionnés ainsi que toute(s) pièce(s), annexe(s) ou modification(s) à celui-ci ou à ses accessoires qui doit être signé ultérieurement par les parties. Il doit être interprété dans son ensemble et chacun des documents mentionnés doit être considéré comme faisant partie intégrante du présent Contrat et interprété comme un complément aux autres", que selon l'article 15 du même contrat, et l'article 27 des CPVF, il était prévu que le "présent Contrat sera régi par le droit anglais et interprété conformément à ces dispositions", et que selon les clauses compromissoires figurant au CDF et aux CPVF (articles 14 et 26), les arbitres devaient appliquer "les stipulations contenues dans le Contrat" et les "principes de droit généralement reconnus dans le cadre des transactions internationales" et ne pouvaient appliquer "toute règle qui contredit la formulation stricte du Contrat", ce dont il résultait que les parties ont expressément soumis au droit anglais les conventions d'arbitrage, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations au regard de l'article 1520, 1°, du code de procédure civile ;

2°/ que le juge ne peut dénaturer l'écrit qui lui est soumis ; qu'en se prononçant comme elle l'a fait, après avoir constaté que selon l'article 1 du Contrat de développement de franchise (CDF), signé entre Kabab-Ji et AHFC le 16 juillet 2001, intitulé "contenu du contrat", "le présent contrat comprend les paragraphes qui précèdent, les termes énoncés ci-après, les documents qui y sont mentionnés ainsi que toute(s) pièce(s), annexe(s) ou modification(s) à celui-ci ou à ses accessoires qui doit être signé ultérieurement par les parties. Il doit être interprété dans son ensemble et chacun des documents mentionnés doit être considéré comme faisant partie intégrante du présent Contrat et interprété comme un complément aux autres", que selon l'article 15 du même contrat, et de l'article 27 des CPVF, il était prévu que le "présent Contrat sera régi par le droit anglais et interprété conformément à ces dispositions" et que selon les clauses compromissoires figurant au CDF et aux CPVF (articles 14 et 26) les arbitres devaient appliquer "les stipulations contenues dans le Contrat" et les "principes de droit généralement reconnus dans le cadre des transactions internationales" et ne pouvaient appliquer "toute règle qui contredit la formulation stricte du Contrat", ce dont il résultait que les parties ont expressément soumis au droit anglais les conventions d'arbitrage, la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis des articles 1, 14 et 15 du CDF et 26 et 27 des CPVF, en méconnaissance de l'obligation faite au juge de ne pas dénaturer l'écrit qui lui est soumis ;

3°/ en toute hypothèse, que l'existence et l'efficacité de la convention d'arbitrage s'apprécient au regard de la loi choisie par les parties pour la régir ; qu'à défaut de stipulations manifestant une intention contraire des parties, le choix de la loi applicable au contrat est présumé valoir pour l'ensemble de ses stipulations, en ce compris la clause compromissoire ; qu'en statuant comme elle l'a fait, après avoir constaté que le CDF et les CPVF étaient expressément soumis au droit anglais et devaient être interprétés conformément à ces dispositions, sans caractériser une intention contraire des

parties de soumettre l'existence et l'efficacité de la convention d'arbitrage à une autre loi que celle applicable au contrat, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article 1520, 1^o, du code de procédure civile ».

Réponse de la Cour

7. En vertu d'une règle matérielle du droit de l'arbitrage international, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique, à moins que les parties aient expressément soumis la validité et les effets de la convention d'arbitrage elle-même à une telle loi.

8. Ayant souverainement retenu que le choix du droit anglais comme loi régissant les contrats, ainsi que la stipulation selon laquelle il était interdit aux arbitres d'appliquer des règles qui contrediraient les contrats, ne suffisaient pas à établir la commune volonté des parties de soumettre l'efficacité de la convention d'arbitrage au droit anglais, par dérogation aux règles matérielles du siège de l'arbitrage expressément désigné par les contrats, et que la société KFG ne rapportait la preuve d'aucune circonstance de nature à établir de manière non équivoque la volonté commune des parties de désigner le droit anglais comme régissant l'efficacité, le transfert ou l'extension de la clause compromissoire, la cour d'appel a, sans dénaturation, légalement justifié sa décision d'apprécier l'existence et l'efficacité de la convention d'arbitrage, non pas au regard du droit anglais, mais au regard des règles matérielles du droit français en matière d'arbitrage international.

9. Le moyen n'est donc pas fondé.

Par ces motifs, la Cour, rejette le pourvoi, condamne la société Kout Food Group aux dépens ; En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par la société Kout Food Group et la condamne à payer à la société Kabab-Ji la somme de 3 000 €.

Décision attaquée : Cour d'appel de Paris pôle 1, ch. 1 23-06-2020 (Rejet)

Mots clés :

ARBITRAGE * Clause compromissoire * Autonomie juridique * Contrat principal * Portée

Recueil Dalloz 2023 p.157

Extension, loi applicable et autonomie de la clause compromissoire, oppositions françaises et anglaises

Daniel Mainguy, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Professeur à l'Université de Paris I Panthéon Sorbonne, Membre de « Sorbonne arbitrage »

1. La détermination de la loi applicable à une convention d'arbitrage emporte plusieurs conséquences majeures, dont la question de l'éventuelle extension de cette convention à une partie n'ayant pas participé à la conclusion du contrat. C'est une question devenue classique du droit français de l'arbitrage international. Dix ans près l'affaire *Dallah* (1),

le même type de questions se pose dans une affaire *Kebab-Ji c/ Kout Food Group* qui présente le grand intérêt de présenter le développement du litige tranché par un tribunal arbitral, devant le juge français de l'annulation et le juge britannique de l'exécution, aboutissant à des solutions radicalement distinctes, qu'on aurait tort de présenter comme de simples querelles de clocher ou de *bell tower*, où le juge anglais estime que le droit anglais s'applique à la convention d'arbitrage tandis que le juge français trouve naturellement que seul le droit français doit s'appliquer, selon des différences de méthode assez radicales.

2. Dans cette affaire, les faits étaient d'une simplicité assez rare. Une société libanaise, *Kabab-Ji*, qui exploite un réseau de franchise de restauration et avait conclu un contrat de master franchise en 2001 avec une société koweïtienne, *Al-Homaizí Foodstuff Co* (AHFC), exploitant déjà de nombreuses franchises de restauration, lui permettant de développer la franchise Kabab-Ji au Koweït. Le contrat prévoyait ainsi l'exploitation de la marque au Koweït, et la conclusion de contrats spécifiques pour chaque point de vente, pendant une durée de dix ans. En 2011, le terme du contrat survenait sans que les parties renouvellement les contrats. La société AHFC avait, pendant l'exécution des contrats, été restructurée, donnant naissance à une société holding, *Kout Food Group* (KFG), création validée en 2004 par le franchiseur Kabab-Ji, en ce sens qu'il était expressément convenu que cette création ne devait pas affecter les termes et conditions des contrats conclus par ailleurs entre les parties. Le contrat de master franchise contenait une clause désignant le droit anglais comme droit applicable au contrat et une clause compromissoire renvoyant au règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI), avec Paris pour siège, mais sans désigner expressément de loi applicable spécifique à la convention d'arbitrage. En 2015, le franchiseur libanais, reprochant au master franchisé koweïtien l'inexécution des obligations du contrat et « l'utilisation » du savoir-faire transmis pour développer ses propres restaurants, sans l'accord du franchiseur, engageait un arbitrage contre le successeur de son contractant initial, KFG, *via* le mécanisme dit de l'extension d'une convention d'arbitrage. Une sentence rendue à Paris en 2017 considérait que la loi française devait s'appliquer à la convention d'arbitrage et, partant, que la holding était liée par celle-ci, par extension, qu'elle était, en outre, tenue par les obligations des contrats principaux et la condamnait à payer une indemnité au franchiseur Kabab-Ji. La sentence était rendue à la majorité, l'un des arbitres ayant émis une opinion dissidente. KFG, succombant, engageait un recours en annulation contre la sentence en France, tandis que Kabab-Ji engageait une procédure d'exécution de la sentence devant les juges anglais, sans doute en raison de valeurs détenues en Grande-Bretagne par KFG.

Une nouvelle fois, après l'affaire *Dallah*, allaient se confronter les conceptions et méthodes anglaises et françaises de la détermination de la loi applicable à la clause compromissoire et, par là même, les conditions de sa validité ou, comme en l'espèce, de l'extension de la clause compromissoire à un tiers, sachant que le droit anglais de l'arbitrage est bien moins favorable à cette technique que ne l'est le droit français, champion en la matière. Ce dernier offre, en effet, et notamment dans les groupes de sociétés, une solution originale visant à permettre d'étendre la convention d'arbitrage à un tiers, lorsque celui-ci, par exemple, a participé, même simplement matériellement ou intellectuellement, à la négociation ou l'exécution du contrat contenant cette convention. Fondée sur une conception elle-même originale de la désignation de la loi applicable à la convention d'arbitrage, cette solution est l'une des manifestations éclatantes de la faveur à l'arbitrage du droit français de l'arbitrage international, mais également et surtout de la spécificité de la méthode française utilisée. Or rien ne vaut mieux, parfois, qu'un effet de contraste pour saisir cette spécificité, sans chercher non plus à en exagérer les traits. À bien des égards, en effet, le terme « extension », bien pratique pour expliquer le mécanisme, prête à confusion : il s'agit moins d'exporter une convention d'arbitrage à des tiers, en une sorte d'exception extraordinaire au principe de l'effet relatif d'un contrat, que de mesurer si ce supposé tiers n'a pas, d'une manière ou d'une autre, consenti à cette convention d'arbitrage, ce qui déjà, permet d'isoler, dans ces éléments de spécificité, la question de l'autonomie de cette convention.

3. L'arrêt de la Cour de cassation du 28 septembre 2022 vient ainsi ponctuer la fin du litige post-arbital conduit parallèlement en France et en Grande-Bretagne, les juges anglais ayant, comme à Fontenoy, été invités à décider en premier.

Chez nos voisins d'outre-Manche, après que la sentence a reçu *exequatur* en 2018, une première décision de la *High Court of England and Wales* du 29 mars 2019, puis un arrêt de la *Court of appeal of England and Wales* du 20 janvier 2020 (2) et, enfin, la *Supreme Court* du Royaume-Uni le 20 octobre 2020 (3), annulaient cette décision d'*exequatur*. Dans le même temps, le recours en annulation engagé devant la cour d'appel de Paris était rejeté le 23 juin 2020 (4), et le pourvoi en cassation contre cet arrêt également rejeté par l'arrêt commenté (5).

Celui-ci réaffirme une règle, devenue classique depuis les arrêts fondateurs *Hecht* en 1972 et *Dalico* en 1993, celle selon laquelle la validité et l'autonomie de la convention d'arbitrage reposent sur une règle matérielle du droit de l'arbitrage international et non d'une loi étatique quelconque, à l'opposé de la manière dont les juges anglais l'envisagent. Répétant la formule, la Cour de cassation considère que, « en vertu d'une règle matérielle du droit de l'arbitrage international, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique, à moins que les parties aient expressément soumis la validité et les effets de la convention d'arbitrage elle-même à une telle loi ».

Et de poursuivre, répondant à distance aux juges anglais : « Ayant souverainement retenu que le choix du droit anglais comme loi régissant les contrats, ainsi que la stipulation selon laquelle il était interdit aux arbitres d'appliquer des règles qui contrediraient les contrats, ne suffisaient pas à établir la commune volonté des parties de soumettre l'efficacité de la convention d'arbitrage au droit anglais, par dérogation aux règles matérielles du siège de l'arbitrage expressément désigné par les contrats, et que la société KFG ne rapportait la preuve d'aucune circonstance de nature à établir de manière non équivoque la volonté commune des parties de désigner le droit anglais comme régissant l'efficacité, le transfert ou l'extension de la clause compromissoire, la cour d'appel a, sans dénaturation, légalement justifié sa décision d'apprécier l'existence et l'efficacité de la convention d'arbitrage, non pas au regard du droit anglais, mais au regard des règles matérielles du droit français en matière d'arbitrage international ».

4. C'est principalement la justification de la règle française et sa comparaison avec la règle anglaise qui importent ici, avec cette précision première qu'il n'existe pas de règle matérielle internationale régissant le droit de l'arbitrage international, en dehors de la convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. C'est donc une question réglée, à l'*ancienne*, c'est-à-dire selon les canons du droit (français ou anglais) international privé et/ou du droit (français ou anglais) de l'arbitrage international. Et c'est très heureux. Du reste, les occasions jurisprudentielles de confrontation ne sont pas si fréquentes qu'elles mériteraient une forme d'unification par un outil juridique quelconque : les deux grandes affaires illustrant cette question sont l'affaire *Kout Food* et l'affaire *Dallah*, en 2010 et 2011. Cette dernière mettait en scène une situation semblable, avec un arbitrage dont le siège était situé en France, impliquant une partie non-signataire mais successeur d'un contrat soumis au droit anglais, aboutissant aux mêmes divergences d'appréciation (6).

5. L'intérêt de cette affaire repose, en effet, sur les deux conceptions opposées de la réponse donnée à la question de l'application de la loi applicable à la convention d'arbitrage et, subséquemment, mais de manière évidemment principale, la question de l'extension de celle-ci à un tiers intéressé. Elle révèle également l'étanchéité des procédures étatiques faisant suite à une sentence arbitrale, qui fait écho aux conceptions nationales de l'institution de l'arbitrage

international.

Le paradoxe que l'on peut déjà identifier ici, et qui sert de « fil rouge » aux observations de cette affaire, comme cela avait déjà été le cas de l'affaire *Dallah*, mais que l'on pourrait rapprocher d'autres questions, comme celle liée à l'arrêt *Putrabali* ou le problème de la conformité d'une sentence à la conception nationale de l'ordre public international que peut se faire le juge étatique qui en est saisi, tient à l'opposition du discours existant entre l'uniformité, ou la convergence, forte, des points de vue autour de la question de principe de l'autonomie de l'arbitrage international, et la réaction qui en résulte, en termes d'application au cas concret, chez les juges nationaux, aboutissant, au contraire, à une hétérogénéité majeure.

Par ailleurs et peut-être surtout, la différence entre les deux ensembles de décisions repose sur une question de méthode. Si le droit français retient la méthode que l'on pourrait considérer comme *substantielle* ou *matérielle*, le droit anglais s'en tient à une méthode *conflictuelle*.

Or cette différence de méthode aboutit à des incompréhensions. Dans l'arrêt de la *Court of Appeal of English and Wales* du 20 janvier 2020, par exemple, il est fait référence aux deux arbitres ayant émis un vote majoritaire à l'adoption de la sentence, alors que « *neither of whom is an English qualified lawyer* », à la différence de l'arbitre dissident.

I - La méthode conflictuelle anglaise

6. Plus important, la méthode conflictuelle aboutit à considérer que la détermination de la loi applicable à la convention d'arbitrage, autonome, est fondée sur la méthode des conflits de lois. Pour la *Court of Appeal* et la *Supreme Court* du Royaume-Uni, il convenait d'appliquer la méthode tirée de l'affaire *Sulamérica* (7). Dans cette affaire déterminante, les règles anglaises de conflit de lois, de la *Common Law* (et non du règlement Rome I, alors encore applicable) impliquent de considérer : 1) si les parties ont expressément choisi la loi applicable à la convention d'arbitrage ; 2) à défaut, si les parties ont formulé un choix implicite ; et enfin 3) déterminer, à défaut, quel système juridique est le plus proche et offre les plus réalistes liens avec la convention d'arbitrage.

Appliquant cette méthode au cas concret, les juridictions en concluent que lorsque la convention d'arbitrage est une partie du contrat, le fait que les parties aient choisi un droit applicable au contrat est « *an important factor to be taken into account* » et « *Likely (...) to lead to the conclusion that the parties intended the arbitration agreement to be governed by the same system of law as the substantive contract, unless there are other factors present which point to a different conclusion* » et conduisant, parmi ces autres facteurs, à tenir pour non déterminant le choix d'un siège de l'arbitrage dans un État différent de celui de la loi applicable au contrat. De ce point de vue, le juge anglais choisit une lecture immédiate du contrat : celui-ci contenait une clause d'élection du droit anglais et une clause compromissoire, de telle manière que la clause d'*electio juris* s'étend à la convention d'arbitrage, ce d'autant que cette dernière imposait aux arbitres d'appliquer uniformément toutes les clauses du contrat (8). Cette méthode casuistique complexe et assez méticuleuse est ordinaire dans la jurisprudence anglaise (9) : le choix de la loi applicable au contrat principal s'applique généralement à une convention d'arbitrage, lorsque la loi choisie diffère de la loi du siège, car la clause d'arbitrage fait partie du contrat et le choix de la loi applicable reflète l'intention des parties pour l'ensemble du contrat, compte tenu de sa prévalence sur la convention d'arbitrage ; ce n'est donc qu'en l'absence de choix de la loi applicable au contrat que la convention d'arbitrage pourrait être régie par la loi du siège, c'est-à-dire qu'il y a assez peu de chance pour qu'une solution à la française soit retenue, sinon pour permettre, systématiquement, de retenir la loi anglaise comme loi applicable à la clause compromissoire.

Dans l'affaire *Enka*, par exemple, en 2020 (10), les juges anglais n'ont pas hésité à retenir l'application du droit anglais *du siège* comme loi applicable à une convention d'arbitrage, pourtant distincte du droit choisi pour le contrat lui-même. Il s'agissait d'un litige portant sur un contrat relatif à l'assurance souscrite avec une entreprise russe *Chubb Russie*, comprenant une convention d'arbitrage faisant référence au règlement de la CCI, avec le choix de Londres pour siège, et celui du droit russe comme droit applicable au contrat principal. *Chubb* avait engagé une procédure d'arbitrage auprès de la Cour d'arbitrage de Moscou, sans tenir compte des termes de la convention d'arbitrage, et *Enka* avait alors engagé une *anti-suit injunction* contre *Chubb* devant un juge anglais, qui ne la lui a pas accordée, ayant considéré que la portée de la convention d'arbitrage devait être déterminée par la procédure russe, le choix du droit anglais de l'arbitrage n'étant pas une conséquence du choix du siège anglais. Mais la *English and Wales Court of Appeal* puis la *Supreme Court* ont décidé que le juge anglais, en tant que juge du siège de l'arbitrage, était, toujours sur le fondement de la méthode conflictualiste anglaise, le juge approprié pour accorder des *anti-suit injunctions* en raison des liens les plus étroits existant avec le droit anglais et le risque important de déni de justice, du fait du choix du siège anglais impliquant le choix du droit anglais comme loi de la convention d'arbitrage et la compétence anglaise.

II - La méthode matérielle française

7. À l'inverse, le juge français de la validité de la sentence développe tout ce qui fait l'originalité du droit français de l'arbitrage, pour rejeter le recours en annulation fondé sur le fait que le tribunal se serait déclaré à tort compétent. Sur ce point, la Cour de cassation ne fait pas que confirmer la méthode traditionnelle, celle de l'application de la loi du siège, même distincte de la loi applicable au contrat, mais propose une explication, en une sorte de *Sulamérica* à l'envers. Si on résume la solution dégagée, en effet : 1) une règle matérielle du droit de l'arbitrage international fait de la clause compromissoire un élément juridiquement indépendant du contrat principal qui la contient, 2) son existence et son efficacité s'apprécient d'après la commune volonté des parties, 3) les parties auraient pu expressément choisir la loi applicable à la clause, 4) le choix d'une loi applicable au contrat et la règle contractuelle d'unité d'interprétation du contrat ne caractérisent pas la commune volonté des parties de soumettre l'efficacité de la convention d'arbitrage au droit choisi, par dérogation aux règles matérielles du siège de l'arbitrage expressément désigné par les contrats, 5) aucun élément ou circonstance non équivoque n'était établi permettant de considérer la loi applicable choisie du contrat comme régissant l'efficacité, le transfert ou l'extension de la clause compromissoire.

8. Pour le juge français, en effet, la question centrale est celle de l'autonomie de la clause compromissoire. En anglais, le terme « *separability* » est utilisé, ce qui n'est pas tout à fait équivalent. Le terme « autonomie » fonde, en effet, de manière fonctionnelle, l'idée selon laquelle les parties ont, par une logique *autonome* du reste du contrat, élaboré une convention d'arbitrage qui pourrait parfaitement être détachée du contrat qui en est le support, de telle manière que le sort du contrat support de la convention d'arbitrage, sa nullité, par exemple, est parfaitement indifférent à la clause compromissoire, ce depuis l'arrêt *Gosset* de 1963.

Ce premier niveau d'autonomie est reconnu par le droit anglais (English Arbitration Act, 1996, § 7) et par de nombreuses lois nationales d'arbitrage dans le monde, notamment pour éviter le procédé assez frustre consistant à demander la nullité du contrat de fond de manière à ce que la convention d'arbitrage, comprise comme une clause ordinaire, disparaisse du champ du possible contractuel, et donc voir s'ouvrir deux contentieux parallèles, l'un étatique, l'autre arbitral.

Toutefois, le droit anglais de l'arbitrage a isolé cette logique *matérielle* à ce seul niveau de la règle, en association avec le principe compétence-compétence dans ses effets négatifs et positifs. Ce débat est bien connu et ne présente aucune difficulté, si ce n'est qu'en droit français de l'arbitrage, l'originalité réapparaît et se décline sous différents aspects.

Par exemple, l'effet négatif du principe compétence-compétence, en droit français de l'arbitrage, est une règle *processuelle* et non *substantielle*, ou peut-être, plus exactement, *matérielle* et *processuelle* (11). Une partie n'est donc pas simplement liée, selon l'effet négatif *obligationnel* de la convention d'arbitrage, par une obligation de ne pas saisir le juge étatique. Il ne s'agit donc pas d'un effet proprement dit de la convention conclue entre les parties, mais de l'application de l'article 1448 du code de procédure civile : le juge étatique doit s'incliner devant une convention d'arbitrage et se déclarer en principe incomptént sauf clause manifestement nulle ou inapplicable, dès que le tribunal arbitral a commencé d'être saisi. Par conséquent, le juge français ne cherche pas à savoir si la convention d'arbitrage s'applique ou non au litige, litige qui, par hypothèse, est né avant le déclenchement de l'arbitrage. Ce rôle est entièrement dévolu au tribunal arbitral. Par ailleurs, il en résulte une différence dans la charge de la preuve : en droit français, le demandeur à l'arbitrage n'a pas à prouver devant le juge étatique qui serait (faussement) saisi que la convention d'arbitrage s'applique effectivement au litige ou qu'elle est valide, suffisante, etc., mais seulement qu'il existe une convention d'arbitrage, tandis que c'est à la partie qui conteste le recours à l'arbitrage d'établir la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la convention (dans le cas où le tribunal arbitral n'a pas encore été saisi) (12).

La jurisprudence *Sulamérica* a, en droit anglais, confiné la question de l'autonomie de la convention d'arbitrage au seul premier niveau de la notion : « *its purpose is to give legal effect to that intention, not to insulate the arbitration agreement from the substantive contract for all purpose* » (13), pour appliquer la méthode conflictuelle à la validité de la clause compromissoire et le droit applicable à celle-ci.

9. Tout au contraire, le droit français poursuit le choix de la méthode matérielle. En effet, depuis l'arrêt *Hecht* (14), un deuxième niveau d'autonomie de la convention d'arbitrage est érigé à l'égard du droit applicable au contrat, voire de toute loi nationale applicable au contrat.

Ce deuxième niveau d'autonomie suppose donc que l'on identifie la clause compromissoire comme ne relevant pas des mêmes logiques que le reste du contrat, en ce que ce type de clause *relative au traitement privé des litiges éventuels* a une fonction de type juridictionnel, au-delà de sa source conventionnelle, qui conduit à distinguer le droit applicable à la *substance du contrat* et la loi applicable à la *procédure arbitrale*, qui commence avec la clause et s'achève avec la sentence. Par conséquent, la loi choisie pour s'appliquer au contrat, voire au litige, n'a pas d'effet sur la clause compromissoire : celle-ci obéit à un autre ordre juridique que celui de la loi applicable au contrat, sa formation, la qualité de son exécution, sa circulation, sa rupture, etc. : l'ordre juridique processuel arbitral. Or, du point de vue de la conception française, il n'y a pas de doute que, en l'espèce, le contrat élisait le droit anglais comme droit applicable au contrat, et que la clause compromissoire, indépendante du contrat support, ne contenait aucune élection expresse de droit applicable à cette convention et à l'arbitrage à venir, sinon l'obligation pour les arbitres d'appliquer « tous les principes de droit généralement reconnus dans le cadre des transactions internationales » (15), ce qui renvoie évidemment au fond du litige, ou, s'agissant de la convention d'arbitrage, à la loi applicable à celle-ci, dans la conception française qui intègre ces « principes de droit généralement reconnus ».

D'ailleurs, la Cour de cassation confirme très expressément une conséquence de ce deuxième niveau d'autonomie : si la loi applicable à la convention d'arbitrage s'apprécie « d'après la commune intention des parties », la possibilité est offerte aux parties de soumettre « la validité et les effets de la convention d'arbitrage elle-même à une (telle) loi [étatique] » de leur choix. C'est, en effet, une conséquence logique, sinon nécessaire, de la règle, matérielle, de l'autonomie de la convention à l'égard de toute loi étatique régissant le contrat. Par conséquent, la loi applicable à la convention d'arbitrage est, comme pour n'importe quel contrat, de choix libre (16). À bien des égards alors, à suivre cette solution et la formule de l'article 1511 du code de procédure civile, un choix complet de loi applicable dans un contrat devrait déterminer la loi applicable au *contrat*, au besoin celle applicable au *litige*, qui pourrait être plus large

que le seul contrat, et la loi applicable à la *convention d'arbitrage*.

10. Le principal avantage de la méthode matérielle française est donc de soustraire les questions de validité et de portée de la convention d'arbitrage à un droit des contrats national qui pourrait ne pas être celui du siège et donc de retenir une technique uniforme, chaque fois que le siège est français et donc que le juge français est appelé à se prononcer sur la validité de la sentence et, partant, de la convention d'arbitrage. On pourrait également penser que le fait que le siège de l'arbitrage soit Paris aboutit à désigner la loi la plus favorable au monde à l'arbitrage.

Elle permet également de contourner un débat présent hors de nos frontières, visant à pousser le raisonnement « autonomiste » au-delà de sa logique propre. Ainsi, si la convention d'arbitrage est autonome, alors elle pourrait être saisie comme un *contrat autonome* du contrat qui la contient (17). Dès lors, cette convention présenterait la particularité de n'avoir pas de durée déterminée, éventuellement à la différence du contrat support, et, de ce fait, pourrait être considérée comme un *contrat autonome à durée indéterminée*, pouvant donc faire l'objet d'une résiliation unilatérale, contribuant, ce faisant, à fragiliser l'utilité même de la convention d'arbitrage (18). L'argument pourrait paraître habile, à supposer toutefois, d'une part, que la résiliation en question soit effectuée de bonne foi et conformément à la règle matérielle applicable, ce dont on peut douter, et surtout, d'autre part, parce que ce serait utiliser une méthode d'analyse distincte de celle promue par la jurisprudence française. Or la règle matérielle du droit de l'arbitrage international de l'autonomie de la convention d'arbitrage n'est, précisément, pas équivalente à la notion de séparabilité, de sorte que la notion d'indépendance, parfois utilisée, est trompeuse, si on la rapproche de l'opposition entre indépendance et interdépendance, objective ou subjective, des ensembles de contrats en droit interne, par exemple. La règle matérielle de l'autonomie de la convention d'arbitrage ne fait pas de la convention d'arbitrage un contrat *autre*, mais un contrat autonome du contrat support, ne répondant pas à toutes les règles du droit des contrats applicable en raison de son double fondement contractuel et processuel. Par conséquent, la question de l'efficacité d'une résiliation séparée de la convention d'arbitrage est du même ordre que celle de l'action en annulation du contrat support devant un juge étatique pour échapper à l'arbitrage. Inversement, la résiliation d'un contrat support comportant une clause compromissoire n'affecte en rien le caractère obligatoire de l'arbitrabilité du litige qui en résulte. Elle est donc du même ordre que celui visant à considérer le principe compétence-compétence comme une règle purement contractuelle, tirée des obligations nées de la convention d'arbitrage.

Un deuxième avantage de la solution française est de permettre la logique de l'extension de la convention d'arbitrage à toute personne qui a participé à la négociation ou à l'exécution, voire à la rupture, du contrat contenant la clause compromissoire, par une analyse générale de l'intention des parties et de la connaissance de la convention d'arbitrage, comme l'avait réalisé l'arrêt d'appel du 23 juin 2020 rendu dans cette même affaire. La question de l'indépendance de la clause d'arbitrage connaît en droit français un troisième niveau d'autonomie, sa faculté à circuler, soit par transmission, soit par extension à des parties non signataires, notamment à des tiers apparents qui sont, en réalité, des parties impliquées dans la négociation, la conclusion, l'exécution ou la rupture du contrat, et donc dans les litiges qui pourraient en résulter, de sorte qu'il peut être démontré que ce tiers a connu, voire accepté, la convention d'arbitrage, et ce, peu important que le contrat prévoie, *en substance*, une formulation stricte des accords, voire limite leur circulation : il s'agit là d'une question relevant de la vie du contrat, de laquelle la clause compromissoire est objectivement autonome. Il suffit donc au tribunal arbitral de constater, sur le fondement des éléments qui lui sont présentés, que le tiers était réputé avoir connaissance de la convention et l'avoir, ce faisant, acceptée. Cette logique pratique est d'ailleurs la poursuite de la logique matérielle française qui permet d'éviter la logique conflictualiste anglaise, finalement assez abstraite. On ne peut manquer de souligner qu'il n'est pas interdit de penser que l'objectif pourrait être un syllogisme inversé visant, pour le juge anglais notamment, à ne s'intéresser qu'à l'aspect formel des termes du contrat, peu important le comportement précis des parties, et, notamment, dans cette affaire, où il ne faisait

guère de doute que *Kout Food Group*, succédant au premier contactant, en avait adopté toutes les règles. Peu importe, au contraire, pour le juge anglais : appliquant le droit anglais des contrats, rejetant la modification d'un contrat par le seul comportement des parties. L'opposition entre les deux systèmes est donc beaucoup plus radicale que la seule question de la détermination de la loi applicable à la clause compromissoire.

11. Là se situe la divergence, majeure, entre les décisions rendues par les juges anglais et français et, partant, entre les conceptions anglaises et françaises du droit de l'arbitrage international, une question de méthode, et, ce faisant, de cohérence dans la mise en oeuvre de cette méthode.

On pourrait aussi déceler, derrière le raisonnement anglais, une forme de souverainisme juridique inversé, une forme d'extraterritorialité de sa propre norme, en tant que ces décisions visent à éviter qu'un litige échappe à la loi et au juge anglais, ce qui n'est pas incompréhensible d'ailleurs, d'un point de vue anglais qui chercherait à faire prévaloir sa conception restrictive de l'arbitrage, pas davantage que la conception française qui, à l'inverse, cherche à promouvoir ses propres solutions favorables à l'arbitrage, et permet, par exemple, d'accueillir une sentence annulée à l'étranger, comme une décision de justice internationale, autonome de sa réception ou de sa non-réception par le juge compétent de sa validité, dans la série jurisprudentielle *Norsolor-Hilmarton-Putrabali*. Il serait d'ailleurs amusant d'observer la situation hypothétique d'un contrat impliquant une partie anglaise, soumis au droit suisse, par exemple, et dont le siège serait français, où la même question se poserait, en imaginant une sentence appliquant le droit du contrat à la convention d'arbitrage et rejetant une demande d'extension, sentence annulée par le juge français, mais qui serait présentée à l'exequatur en Angleterre : « Messieurs les Anglais, tirez les premiers ».

Mots clés :

ARBITRAGE * Clause compromissoire * Autonomie juridique * Contrat principal * Portée

(1) Paris, 17 févr. 2011, n° 09/28533  *Dallah*, D. 2011. 3023, obs. T. Clay  ; JDI 2011. 395, note I. Michou ; JCP 2012. 1140, n° 2, obs. C. Seraglini ; Cour suprême du Royaume-Uni, 3 nov. 2010 (UKSC 46), *Dallah v. Ministry of religious affairs*, JDI 2011. 395, note I. Michou.

(2) English and Wales Court of Appeal (Civ. 6), 20 janv. 2020, n° A4/2019/0944, *Kabab-Ji SAL v. Kout Food Group*, D. 2020. 2484 , spéc. 2498, obs. T. Clay ; Global Arbitration Rev. 24 janv. 2020, obs. J. Ballantyne et S. Perry.

(3) Cour suprême du Royaume-Uni, 27 oct. 2021, [2021] UKSC 48, Cah. arb. 2022. 71, obs. P. Rosher et M. Adan.

(4) Paris, 23 juin 2020, n° 17/22943  *Kout Food Group c/ Kabab-Ji*, D. 2020. 2484, obs. T. Clay  ; D. actu. 15 janv. 2021, obs. J. Jourdan-Marques ; Cah. arb. 2020. 61, note P. Rosher ; Rev. arb. 2020. 701, note E. Gaillard ; JDI 2021. 153, note J.-B. Racine.

(5) Civ. 1^{re}, 28 sept. 2022, n° 20-20.260  *Kout Food c/ Kabab-Ji*, D. 2022. 1757, et 2330, obs. T. Clay  ; D. actu. 28 oct. 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; Gaz. Pal. 8 nov. 2022, p. 6, obs. L. Larribère ; Global Arbitration Rev. 29 sept. 2022, obs. C. Sanderson.

(6) Paris, 17 fevr. 2011, n° 09/28533 , *Dallah*, préc. note 1 ; Cour suprême du Royaume-Uni, 3 nov. 2010 (UKSC 46), *Dallah v. Ministry of religious affairs*, préc. note 1.

(7) English and Wales Court of Appeal (Civ. 638), 31 mai 2012, n° A3/2012/0249, *Sulamérica CIA Nacional de Seguros SA and a. v. Enesa Engenharia SA and a.*

(8) La clause compromissoire prévoyait que : « (...) Sauf pour les questions qui concernent spécifiquement la Marque, tout(e) litige, contestation ou action entre le Donneur d'ordre et le Licencié relatif à toute question découlant du présent Contrat ou afférente à celui-ci ou à un manquement aux obligations prévues par celui-ci, ce litige, à défaut de règlement amiable, à la demande du Donneur d'ordre ou du Licencié, sera définitivement réglé en vertu du Règlement de conciliation et d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale par un ou plusieurs arbitre(s) nommé(s) conformément à ce Règlement. Les arbitre(s) applique/ront les stipulations contenues dans le Contrat. Le ou les arbitre(s) appliquera/ont également les principes de droit généralement reconnus dans le cadre des transactions internationales. Le ou les arbitre(s) peu(ven)t devoir prendre en compte des dispositions impératives de certains pays, à savoir des dispositions qui semble par la suite avoir une influence sur le Contrat. En aucun cas, le ou les arbitre(s) n'appliquera/ont toute règle qui contredit la formulation stricte du Contrat (...). L'arbitrage sera conduit en anglais à Paris, France ».

(9) V. D. Chan et T. J. Yang, *Ascertaining the Proper law of an Arbitration Agreement : The Artificiality of Inferring Intention When There is None*, Journ. internat. arb. 2020. 635.

(10) Cour suprême du Royaume-Uni, 20 oct. 2020, [2020] UKSC 38, *Enka Insaat V^e Sanayi AS v Insurance Company Chubb*, Rev. crit. DIP 2021. 415 , note H. Muir-Watt.

(11) Ce qui explique que la Cour considère que cette règle est supplétive mais que la référence à une clause compromissoire renvoyant au droit anglais et un siège anglais n'est pas un choix exprès et non équivoque de renonciation à l'art. 1448 en application de l'art. 1506 C. pr. civ. : Civ. 1^{re}, 9 mars 2022, n° 20-21.572 , D. 2022. 515 , et 2330, obs. T. Clay  ; Rev. arb. 2022. 959, note S. Willaume ; Clunet 2022. 1306, note F.-X. Train ; JCP 2022. 724, § 1^{er}, obs. L. Jandar ; D. actu. 25 mars 2022, note J. Billemont.

(12) V. L. Larribère, Un révélateur de l'originalité du droit français de l'arbitrage international : le droit comparé, RD Henri Capitant 2020. 97.

(13) English and Wales Court of Appeal (Civ. 6), 20 janv. 2020, préc. note 2, § 66.

(14) Civ. 1^{re}, 4 juill. 1972, *Hecht*, n° 70-14.163 , Rev. crit. DIP 1974. 82, note P. Level ; JDI 1972. 843, note B. Oppetit ; Rev. arb. 1974. 89 ; 20 déc. 1993, n° 91-16.828, *Dalico*, Rev. crit. DIP 1994. 663, note P. Mayer  ; RTD com. 1994. 254, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin  ; JDI 1994. 432, note E. Gaillard ; Rev. arb. 1994. 116, note H. Gaudemet-Tallon.

(15) Paris, 23 juin 2020, *Kout Food c/Kabab-Ji*, préc. note 4.

(16) Paris, 25 janv. 2022, n° 20/12332, *Sté Privinvest*, D. actu. 16 mars 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; Gaz. Pal. 3 mai 2022, p. 7, obs. L. Larribère.

(17) V. M. Sherer et O. Jensen, *Empirical Research on the Alleged Invalidity of Arbitration Agreements : Success Rates and Applicable Law in Setting Aside and Enforcement Proceedings*, Journ. internat. arb., 2022, Vol. 39, Issue 3, p. 331. Problème non neutre : les auteurs relèvent que sur 171 cas étudiés, 4,7 % relevaient d'une telle situation (*clause terminated*) pour un taux de succès de 12,5 %.

(18) Comp. pour des développements, E. Gaillard, note ss Paris, 23 juin 2020, *Kout Food c/Kabab-Ji*, préc. note 4, spéc. p. 716 s\.