

La loi applicable à la convention d'arbitrage

La situation récente aux États-Unis d'Amérique, comparée avec celle de la France

Société de Législation comparée – 23 septembre 2021

Lilian Larribère

Merci Madame la Présidente,

J'aimerais tout d'abord remercier la présidente Castellane de son invitation ainsi qu'Éloïse Glucksmann dans l'aide qu'elle a apportée à l'organisation de cette conférence. Comparer la situation française avec la situation américaine présente quelques difficultés pratiques et méthodologiques dont il me faut immédiatement dire un mot. Tout d'abord, le droit américain n'est pas un droit unifié : il s'agit d'un droit, en grande partie, pulvérisé en autant de morceaux qu'il y a d'États fédérés. Cependant, le droit de l'arbitrage international est partiellement harmonisé depuis le *Federal Arbitration Act* de 1925 et la ratification de la Convention de New York, sur laquelle le droit américain repose très largement. Et à cet égard, nous verrons dans un instant que les règles de conflit de lois prévues par la Convention de New York sont le plus fréquemment utilisées par les juges américains.

Ensuite, du seul point de vue du droit international privé, la tendance, en France, comme aux États-Unis, est de présenter les deux droits comme reposant sur des fondements très différents. bercé par le bilatéralisme savignien qui postule l'équivalence des droits nationaux et leur fongibilité – chaque droit privé est susceptible de répondre à n'importe quelle question de droit et il s'agit de faire, parmi l'ensemble des droits du monde, un choix totalement indépendant du contenu de la loi étrangère afin de l'appliquer – le droit international privé serait fondé sur cette méthode neutre et abstraite. À l'inverse, le droit des États-Unis reposerait sur une méthode bien plus casuistique, plus simple aussi probablement, et qui s'appuierait sur la substance des droits pour déterminer celui qu'il convient d'appliquer : il s'agirait de choisir la loi de l'État ayant le plus grand intérêt à l'application de sa loi, pour le dire à grands traits.

Voici quelle serait la situation du droit international privé dans les deux États. Indépendamment de la justesse de cette assertion en droit positif, elle apparaît absolument contraire, en tout cas, à ce que ces deux droits donnent à voir quant à la loi applicable à

la convention d'arbitrage.

En la matière, c'est le droit français qui a prétendument préféré la simplicité : la méthode des règles matérielles qui vise à appliquer les seules règles créées par la jurisprudence française sans détour par une quelconque analyse conflictualiste. Cette méthode n'est évidemment pas neutre au plan du droit international privé puisqu'elle édicte elle-même des règles substantielles telles que celle qui veut que la convention d'arbitrage s'apprécie uniquement au regard de la volonté des parties, pour reprendre le principe formulé dans l'arrêt *Dalico*.

Et c'est le droit américain qui a préféré la complexité de la méthode bilatérale : le droit américain suit les règles de conflit de la Convention de New York, et en crée d'autres au besoin en fonction des problèmes que la convention d'arbitrage est susceptible de faire naître. C'est cette dichotomie que je vais suivre, exposant les règles applicables en droit américain car celles françaises sont probablement largement connues de cet auditoire. Or, la lecture américaine de la Convention de New York apparaît très fortement marquée par le droit international privé américain lui-même. Une fois que cette idée aura été mise en évidence, nous pourrons alors exposer les règles qui ont été créées en supplément de la Convention de New York et qui sont là directement puisées au droit international privé américain. En réalité, ce que le droit américain donne à voir, c'est qu'il peut ne pas exister une seule loi applicable à la convention d'arbitrage, mais des lois applicables à une seule et même convention d'arbitrage. C'est à une véritable pulvérisation des lois applicables à la convention d'arbitrage que l'on assiste en la matière. Pour le démontrer, d'abord voyons une lecture particularisée de la Convention de New York (I), ensuite les ramifications singulières apportées à cette Convention (II).

I) La lecture particulariste de la Convention de New York par le juge américain

Sans rentrer dans des développements relatifs à l'interprétation des conventions internationales, le droit américain donne à voir une lecture particulariste de la Convention de New York. Le droit américain privilégie ainsi l'application de la loi choisie par les parties (A), et permet une éviction limitée de la loi normalement applicable (B).

A) L'application privilégiée de la loi choisie par les parties

La bonne compréhension du droit américain nécessite de distinguer deux temps : premier temps, avant le prononcé de la sentence ; second temps, après le prononcé de la sentence. A chacun de ces deux temps, un article de la Convention de New York est consacré : article II pour le premier ; article V pour le second. Or, le droit américain a fait face à une première difficulté : si l'article V prévoit la loi applicable à la convention d'arbitrage afin de juger du recours relatif à la reconnaissance de la sentence, l'article II se contente d'obliger à renvoyer les parties à l'arbitrage si elles ont conclu une convention d'arbitrage valide et applicable au litige. Quelle loi appliquer lorsque la sentence n'a pas été rendue et que le juge doit donc appliquer le seul article II qui ne prévoit aucune règle de conflit ? La réponse française est simple, et ne nécessite aucun détour par l'analyse conflictualiste : l'effet négatif du principe de compétence-compétence ; on ne tranche pas cette question à ce stade. Or les États-Unis ne reconnaissent pas l'effet négatif de ce principe et tranchent directement cette difficulté : il leur faut donc identifier une loi applicable à la convention d'arbitrage à ce stade. Afin de ne pas créer de distorsion qui n'aurait que peu de justification, et conformément à la jurisprudence majoritaire, le *Restatement* récemment adopté dispose à son §2-14 que la loi visée à l'article V devrait également être appliquée à ce stade de l'instance.

Pour rappel l'article V 1 a) dispose que la loi applicable à la validité de la convention est celle choisie par les parties, ou à défaut d'indication à cet égard, la loi du siège. L'expression « loi choisie par les parties » peut cependant subir au moins deux interprétations concurrentes, qui se font face dans la comparaison que l'on évoque aujourd'hui. Première interprétation, celle du droit français : contrairement à ce qu'une lecture rapide du droit français pourrait laisser croire, la loi choisie par les parties peut avoir une certaine place s'agissant de la loi applicable à la convention d'arbitrage dès lors que dans un arrêt *Uni-Kod* de 2004, la Cour de cassation française a semblé accepter que les parties puissent choisir spécifiquement, dans la clause d'arbitrage elle-même, la loi applicable à celle-ci. Et à suivre un praticien informé en la personne de Sébastien Besson, ce genre de clauses serait aujourd'hui de plus en plus fréquent. Ce tempérament à la domination de la méthode des règles matérielles s'explique par la vision provinciale qu'a le droit français du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage qui vise à couper radicalement la convention d'arbitrage du contrat. La clause de choix de loi du contrat ne

peut s'appliquer à la convention d'arbitrage car elle est autonome mais les parties peuvent bien décider de régir leur convention d'arbitrage autonome par une loi propre si elles le prévoient très spécifiquement. Cette vision vient encore de trouver une application que l'on pourrait qualifier d'assez radicale dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 15 juin 2021 après que l'arrêt *Koot Food* a donné à voir l'an passé le genre de distorsions auxquelles pouvait conduire une telle analyse singulière. Dans cet arrêt du 15 juin dernier, l'article 11 du contrat en cause contenait à la fois matériellement la clause compromissoire ainsi que la clause de choix de lois qui stipulait l'application de la loi algérienne au contrat et l'application de cette même loi à la procédure arbitrale. Cela n'a pourtant pas suffi à la Cour d'appel pour déroger à l'application des règles matérielles : la convention d'arbitrage est autonome juridiquement et son inclusion matérielle dans le même article que la clause de choix de lois ne suffit pas à juger que la loi choisie par les parties comme applicable au contrat s'applique également à la convention d'arbitrage. Dans cette affaire, ce sont donc les règles matérielles du droit français qui ont été appliquées. La solution est explicitement justifiée par le principe d'autonomie. C'est cette vision que ne partage pas le droit américain et qui lui permet d'affirmer que c'est la loi choisie comme applicable au contrat qui est, en principe, applicable à la convention d'arbitrage sauf si, par extraordinaire, les parties ont choisi spécifiquement qu'une loi différente s'appliquerait à celle-ci. Il s'agit d'une forme assez classique de dépeçage que le droit américain permet. Ainsi la clause de choix de lois prévue dans le contrat s'étend-elle à la convention d'arbitrage par principe. A défaut de choix, la loi objectivement applicable à la convention d'arbitrage est la loi du siège. Or, si la solution est relativement classique, cette articulation entre loi choisie par les parties et loi du siège crée une difficulté importante dans le cas précis où l'une des parties conteste la validité de la clause d'arbitrage avant même que le tribunal arbitral n'ait rendu sa sentence, et que le contrat ne prévoit ni clause de choix de loi ni, dans la convention d'arbitrage, de désignation du siège. Dans un tel cas, les deux rattachements établis de manière hiérarchique sont incapables de permettre la désignation de la loi applicable. Il faut donc un rattachement subsidiaire : retour à la *lex fori*. Voilà ce que prévoit le droit américain. C'est pourquoi, il est inexact d'affirmer que la loi applicable en droit américain est la *lex contractus* car les rattachements objectifs utilisés, à défaut de loi choisie subjectivement, par exemple la loi de la résidence habituelle du vendeur, sont inutiles aux fins de détermination de la loi

applicable à la convention d'arbitrage. De ce point de vue, le droit américain mène une lecture stricte de la Convention de New York. Quant aux modes d'éviction de la loi normalement applicable, la lecture de la Convention de New York y est un peu plus inventive.

B) L'éviction limitée de la loi normalement applicable

Cette lecture plus inventive se joue dans l'articulation faite entre les lois de police dont on connaît l'ampleur contemporaine (1) et l'ordre public international (2).

1) Par les lois de police

Cette loi normalement applicable peut être évincée par l'application d'une loi de police qui désirerait s'appliquer prioritairement au litige. Certes, les lois de police interviennent sur le fond du litige le plus souvent, mais elles sont également susceptibles de s'appliquer à la validité ou à l'opposabilité de la convention d'arbitrage elle-même : que l'on pense à l'arrêt *PWC* du 30 septembre dernier et l'on verra que cette possibilité n'est pas chimérique, même si cette qualification est discutée dans cet arrêt. Alors que les lois de police françaises se bornent à rendre inopposable une clause compromissoire dans une certaine matière (par exemple en droit du travail), pour protéger une certaine catégorie de parties ou alors dans certaines matières que l'ordre juridique souhaite concentrer devant ses propres juridictions, tel n'est pas le cas des lois de police américaines. Les lois de police américaines visent ce que le droit américain appelle des *causes of action* : il s'agit d'éviter que le litige relève de l'arbitrage car le droit américain doit être appliqué sur le fond. La loi de police vise ainsi tant le droit substantiel que la convention d'arbitrage. Deux conditions sont ainsi nécessaires : d'abord le droit américain doit être applicable sur le fond, ensuite le Congrès doit avoir interdit l'arbitrage à propos de cette *cause of action* particulière. Contrairement donc au droit français, il faut d'abord déterminer si la loi de police désire s'appliquer sur le fond, avant ensuite de vérifier si la loi de police interdit ou non l'arbitrage spécifiquement. Autant dire que le raisonnement est complexe et mènera rarement à une inarbitrabilité du litige. C'est cette lecture originale de la Convention de New York que fait le droit américain lorsqu'il interprète la réserve de

l'ordre public, et qu'il poursuit en intégrant les lois de police étrangères dans celle-ci.

2) Par l'ordre public international

Tout à sa volonté d'appliquer les lois de police étrangères quant à la validité de la convention d'arbitrage, mais prenant également garde de ne pas violer la Convention de New York du point de vue des règles de conflit de lois qui y sont stipulées, le droit américain décide d'appliquer en tant que telles les lois de police étrangères lorsque le juge américain est consulté avant le prononcé de la sentence en vertu de l'article II de la Convention qui ne prévoit, ainsi que je l'ai déjà dit, aucune règle de conflit de lois. Elles sont appliquées en tant qu'elles font partie de l'ordre public américain lorsque la sentence a été rendue. Ce tour de passe-passe est réalisé par le truchement de l'article V 2 b). Les lois de police étrangères sont appliquées après qu'un test de légitimité a été réalisé et seulement si elles le seraient par le juge du siège semble-t-il. Ainsi, une règle d'inarbitrabilité française pourrait ainsi être appliquée à un arbitrage de la consommation, alors que cette figure est très connue aux États-Unis.

Lecture particulariste de la convention de New York lorsque la règle est claire ; ramifications de certaines de ses règles lorsque la règle laisse une marge d'interprétation importante.

II) Les ramifications singulières apportées à la Convention de New York

Le retour du droit international privé américain se fait dans les interstices de la Convention : deux exemples seulement seront pris mais ils témoignent de la grande singularité de ce droit. Tout d'abord, le droit américain vient distinguer l'existence de la validité de la convention (A) et exclut de manière générale du domaine de la loi applicable à la validité de la convention certains pans importants de la convention d'arbitrage pour les soumettre à la seule *lex fori* (B).

A) La distinction entre l'existence et la validité de la convention

Le droit international privé américain adopte ce que la doctrine américaine appelle l'*issue*

by issue analysis : elle postule qu'il faut déterminer la loi applicable à chacune des *issues* en litige et qu'une même *cause of action* est susceptible de poser plusieurs *issues* qui, chacune, doit être soumise à une loi particulière. Or, alors qu'en droit international privé français et européen, la clause de choix de loi porte sur l'intégralité de la formation du contrat, le droit international privé américain vient distinguer l'existence d'un contrat de sa validité. Or, cette distinction a été reprise s'agissant de la convention d'arbitrage : l'existence est soumise à la seule *lex fori*, quand la validité est soumise à la loi choisie par les parties ou à la loi du siège. Le droit américain trouve argument de ce que l'art. V 1. a de la Convention de New York ne vise que la validité quand il affirme que la sentence peut ne pas être reconnue si le « said agreement is not valid ». La validité est donc soumise à cet art. V. Mais l'existence n'est pas visée par l'art. V : il s'agit au fond d'une lacune de la Convention de New York. Et en droit international privé américain, l'existence est soumise à la *lex fori*. Or l'existence est une catégorie importante : il s'agit de l'échange des consentements, de la capacité pour certains voire même de l'existence d'une *consideration*. La *lex fori* bénéficie ainsi d'un champ d'application très large, ce qui permet, en pratique et en perspective contentieuse, de passer outre l'existence d'une clause de choix de loi. La *ratio legis* de cette conception est simple : on ne peut pas régir la formation de la convention par la loi applicable à cette convention, d'autant plus lorsqu'elle aurait été choisie par les parties, car son application suppose que la convention soit formée. Autrement dit, le droit américain refuse de faire application de la clause de choix de lois alors que l'inexistence du contrat est poursuivie : pour que la clause de choix de lois produise effet, encore faut-il que le contrat existe. La loi choisie par les parties ne peut donc pas être appliquée à cette question de la formation de la convention. C'est donc la *lex fori* qui doit être appliquée à la question de l'existence du contrat, et partant de la convention d'arbitrage. C'est le même genre de raisons qui a permis très récemment l'application de la *lex fori* à une question d'extension de la clause compromissoire.

B) Les questions exclues du domaine du contrat : l'exemple de l'*equitable estoppel*

La question de l'extension d'une convention d'arbitrage à des tiers fait l'objet de développements très récents : *Koot Food* en France et en Angleterre, *General Electrics*

Energy v. Ouokumpu aux États-Unis. Dans cet arrêt du 1^{er} juin 2020, la Cour Suprême des États-Unis a admis que la Convention de New York n'empêchait pas le jeu de l'*equitable estoppel* qui permet de juger qu'un tiers est tenu par la clause compromissoire ou peut l'opposer aux parties en particulier lorsqu'il s'est fondé sur le contrat la contenant dans sa demande. Puisqu'il se fonde sur le contrat, il ne peut refuser le jeu de la clause compromissoire et il est tenu par elle. La question laissée en suspens par la Cour suprême a été celle de la loi applicable à l'*equitable estoppel*. Or, dans un arrêt *Setty* du 7 juillet 2021, la Cour d'appel du 9^{ème} circuit a affirmé que c'est la *lex fori* qui devait être appliquée alors que les parties au contrat tiraient argument de ce que le contrat était soumis au droit indien. Mais dans la mesure où il s'agit précisément de savoir si un tiers est en réalité partie à ce contrat, on ne peut se fonder sur une stipulation du contrat : la question de savoir si le tiers est partie est logiquement antérieure au jeu des stipulations du contrat. Les juges l'appellent ici une *threshold issue*. Tout comme l'existence qui en est une autre : il s'agit de savoir si le contrat existe ou s'il est applicable à un tiers qui estime ne pas être partie à ce contrat. La clause de choix de loi ne peut jouer ; la *lex fori* est applicable. La même logique est à l'œuvre, une logique qui donne primauté à la *lex fori*.

Ainsi, en droit américain, lorsque l'on parle de la loi applicable à la convention d'arbitrage, c'est en réalité d'une multiplicité de lois que l'on parle : chaque question fait l'objet d'une loi propre et si la Convention de New York demeure le texte fondamental, le retour du droit international privé américain et de ses logiques n'est jamais loin.