

**LOI APPLICABLE À LA CONVENTION D'ARBITRAGE :**  
**PANORAMA DE DROIT COMPARÉ**  
**23 septembre 2021**  
**Société de législation comparée – Paris Arbitration Week**

---

**LA SITUATION RÉCENTE AU ROYAUME-UNI,**  
**COMPARÉE À CELLE DE LA FRANCE**

**À PARTIR DE L'ARRÊT ENKA DE LA COUR SUPRÊME DU ROYAUME-UNI**

Marie-Elodie Ancel  
Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas  
*En hommage à Emmanuel Gaillard*

« Élémentaire, mon cher Watson ! »  
Sherlock Holmes  
A.C. Doyle, citation apocryphe

Il me revient de présenter la position du droit anglais sur la question de la loi applicable à la convention d'arbitrage, dans le cas où les parties n'ont pas spécifié, i.e. déterminé expressément elles-mêmes, cette loi. C'est une question délicate en droit anglais, et sur laquelle la Cour suprême du Royaume-Uni a rendu un important arrêt l'an passé, le 9 octobre 2020, dans une affaire *Enka v Chubb*<sup>1</sup>.

D'emblée, la formulation du sujet ne peut qu'attirer l'attention sur une différence majeure avec le droit français. Tandis que celui-ci élabore des règles matérielles fixant le régime de la clause d'arbitrage<sup>2</sup>, le droit anglais, quand il s'interroge sur la validité substantielle, l'interprétation et la portée de la clause, recherche une loi étatique<sup>3</sup>. Il va d'ailleurs la rechercher avec une sorte de perfectionnisme qui force l'admiration, admiration qui peut se teinter d'amusement de ce côté-ci de la Manche.

Revenons à l'arrêt *Enka v Chubb*. La décision de la Cour suprême a connu un grand retentissement, mais dégagée à la majorité de trois hauts magistrats et assortie de deux opinions dissidentes, elle est le signe d'une évolution laborieuse et sans doute pas définitive<sup>4</sup>. Pour le montrer, je commencerai par présenter l'affaire *Enka v Chubb* (1.) puis je ferai une analyse succincte de la décision prise par la majorité des juges de la Cour suprême (2.) ; je livrerai ensuite une appréciation de cette décision (3.) et, en conclusion, je me risquerai à faire quelques remarques en regard du droit français (4.).

---

<sup>1</sup> *Enka Insaat Ve Sanayi AS (Respondent) v OOO Insurance Company Chubb (Appellant)* [2020] UKSC 38, ci-après : UKSC, *Enka*.

<sup>2</sup> Sauf l'hypothèse, rarissime, où les parties auraient expressément ou sans équivoque désigné une loi étatique pour régir leur clause, ce que le droit français envisage en rejoignant sur ce point le droit anglais : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 mars 2004, n° 01-14.311, *Uni-Kod* ; CA Paris, 23 juin 2020, RG n° 17/22943, *Kout Food*.

<sup>3</sup> Sur cette différence, v. en particulier E. Gaillard, « Les vertus de la méthode des règles matérielles appliquées à la convention d'arbitrage (Les enseignements de l'affaire *Kout Food*) », *Rev. arb.*, 2020, p. 701.

<sup>4</sup> On trouvera en annexes à ce texte : 1) la reproduction du paragraphe 170 de l'arrêt dans lequel Lords Hamblen et Leggatt, approuvés par Lord Kerr, résument leur position ; 2) la reproduction du paragraphe 257 résumant l'opinion dissidente de Lord Burrows, à laquelle s'est joint Lord Sales.

## 1. L'AFFAIRE *ENKA V CHUBB*

**1.1.** Sans trop entrer dans les détails de l'affaire, celle-ci avait pour origine un contrat conclu entre une entreprise turque, Enka, et un partenaire russe<sup>5</sup>. L'exécution de ce contrat s'était déroulée pour l'essentiel en Russie et, ultérieurement, la responsabilité de la société Enka a été recherchée devant la justice russe. Pour bloquer cette procédure, Enka a alors formé une demande d'injonction anti-poursuite en Angleterre, faisant valoir que le litige était couvert par une clause de règlement des différends prévoyant un arbitrage CCI, avec siège à Londres<sup>6</sup>. Afin de délivrer l'injonction ou non, le point à trancher par les tribunaux anglais était donc celui de savoir si la clause d'arbitrage était valable et applicable au litige. Et pour répondre à ces questions, les juges anglais ont donc cherché *which system of national law* s'appliquait à la clause d'arbitrage, autrement dit, la loi étatique qui la gouvernait<sup>7</sup>.

**1.2.** À cet égard, il est habituel en droit anglais de distinguer trois niveaux dans le raisonnement<sup>8</sup>. La première étape consiste à rechercher si les parties ont choisi expressément la loi régissant leur clause. Il était entendu que ce n'était pas le cas dans l'affaire *Enka v Chubb*. À défaut, il faut alors rechercher si les parties ont choisi implicitement, tacitement<sup>9</sup>, la loi régissant leur clause<sup>10</sup>. En dernier lieu, en l'absence de tout choix par les parties, il convient de déterminer la loi qui présente les liens les plus étroits avec la clause<sup>11</sup>.

L'attention des juges majoritaires au sein de la Cour suprême a porté sur les deux derniers niveaux. En particulier, ils ont essayé de préciser dans quelles circonstances il était possible de considérer que les parties avaient choisi tacitement la loi régissant leur clause. Ainsi, la majorité de la Cour a décidé qu'en principe, si des parties *ont choisi* une loi pour régir *leur contrat*, il faut considérer qu'elles *ont tacitement voulu* que la clause d'arbitrage soit régie par la même loi<sup>12</sup>. Sur cette base, la majorité a retenu qu'en l'espèce, les parties n'avaient pas choisi la loi applicable à leur contrat et qu'il était régi objectivement par le droit russe<sup>13</sup>. Dès lors, puisque les parties n'avaient pas choisi tacitement la loi applicable à leur clause d'arbitrage, il fallait en arriver à la dernière étape du raisonnement. La majorité de la Cour a alors posé le principe selon lequel la loi qui présente les liens les plus étroits avec la clause est la loi du siège<sup>14</sup>, principe qui n'était pas renversé en l'espèce<sup>15</sup>. Dans l'affaire *Enka v Chubb*, la loi anglaise était donc applicable à la clause d'arbitrage, et l'injonction anti-poursuite pouvait être prononcée<sup>16</sup>.

## 2. L'ANALYSE DE LA DÉCISION DE LA MAJORITÉ

---

<sup>5</sup> Chubb Russia était l'assureur dommages du cessionnaire (russe) des droits de ce partenaire.

<sup>6</sup> La clause prévoyait plus précisément une phrase préalable de conciliation et, en cas d'échec, le recours à l'arbitrage CCI.

<sup>7</sup> Dès l'introduction de l'arrêt : UKSC, *Enka*, §§ 1 et 2.

<sup>8</sup> UKSC, *Enka*, § 27, par alignement sur les règles de conflit de lois anglaises en matière contractuelle.

<sup>9</sup> La traduction du terme *implied* est délicate en français. C'est le terme *tacite* qui est retenu ici car il semble recouvrir différents degrés de certitude et de vraisemblance, v. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Quadrige/PUF, 2000, V° Tacite, les définitions allant du « réel bien formellement exprimé », au « supposé conforme à la volonté probable ».

<sup>10</sup> Annexe 1, § 170, point ii, a), le choix étant donc soit *specified* (point iv, *a contrario*, ce qui correspond au premier niveau du raisonnement), soit objet d'une interprétation (point iii, ce qui correspond au deuxième niveau).

<sup>11</sup> Annexe 1, § 170, points ii, b) et viii.

<sup>12</sup> Annexe 1, § 170, point iv.

<sup>13</sup> UKSC, *Enka*, §§ 155 et 161, en particulier.

<sup>14</sup> Annexe 1, § 170, point viii.

<sup>15</sup> UKSC, *Enka*, § 169, en particulier.

<sup>16</sup> UKSC, *Enka*, § 186.

**2.1.** En premier lieu, il faut donner quelques précisions sur l'hypothèse de deuxième niveau : les parties auraient tacitement choisi la loi applicable à leur clause d'arbitrage<sup>17</sup>. Chez les juges de la majorité de la Cour suprême, cette recherche de la volonté des parties glisse vite vers la recherche d'une volonté reconstituée à l'aune du raisonnable<sup>18</sup>. Mais cette **volonté hypothétique** découle de présomptions savamment articulées entre elles : une présomption principale et deux contre-présomptions.

La présomption principale<sup>19</sup> postule que des parties qui ont choisi la loi de leur contrat ont, ce faisant, voulu choisir cette même loi pour leur clause d'arbitrage<sup>20</sup>. Divers arguments ont été invoqués au soutien de cette présomption<sup>21</sup>. Certains tiennent à la prévisibilité et aux attentes légitimes des contractants : les parties qui ont choisi la *lex contractus* ne seront pas surprises de la voir s'appliquer à la clause d'arbitrage ; les contractants ne perçoivent probablement pas la nature particulière de la clause d'arbitrage et la séparabilité dont la parent les juristes. D'autres arguments sont relatifs à des exigences de cohérence. Cohérence interne au contrat car des questions telles que l'identité des parties liées ou l'interprétation de la volonté méritent d'être tranchées par la même loi, qu'elles portent sur la substance du contrat ou sur la clause d'arbitrage. Cohérence fonctionnelle aussi car il est préférable de raisonner pour la clause d'arbitrage comme pour les clauses de choix de loi et d'élection de for ; or, ces clauses sont présumées, en droit anglais, être régies par la loi du contrat. À ces arguments vient s'ajouter une préoccupation de simplicité : lorsque la clause de règlement des différends articule une phase amiable puis une phase d'arbitrage (et c'était le cas en l'espèce), il apparaît plus simple de n'appliquer qu'une loi à ces différentes phases. Cette loi unique serait donc la loi du contrat. Ainsi fondée, la présomption posée en faveur de la loi du contrat est assez forte. En particulier, elle n'est pas renversée par la seule fixation du siège dans un autre pays<sup>22</sup>. Par exemple, si les parties au contrat ont choisi de le faire régir par le droit portugais, le droit portugais est en soi applicable à la clause quand bien même celle-ci prévoirait un arbitrage à Paris ou à Londres. La Cour suprême instaure cependant deux contre-présomptions qui peuvent conduire à considérer que les parties, bien qu'ayant choisi leur *lex contractus*, ont tacitement choisi la loi du siège pour leur clause d'arbitrage. Il en va ainsi d'abord si la loi du siège considère qu'elle s'applique non seulement à l'instance arbitrale, en tant *lex arbitri* (*curial law*) mais aussi à la convention d'arbitrage<sup>23</sup>. En effet, d'après la Cour, en fixant le siège sur le territoire d'un tel pays, les parties sont censées avoir accepté que leur clause aussi soit régie par la loi de ce pays. Ensuite, l'application de la loi du contrat est également repoussée si elle risque d'invalider ou de priver d'effet la clause d'arbitrage<sup>24</sup>. Ici, c'est *the validation principle* (au sens de principe de l'effet utile) qui intervient<sup>25</sup> et justifie que l'on se tourne vers la loi du siège si celle-ci valide la clause ou la considère efficace.

---

<sup>17</sup> V. annexe 1, § 170, points iv à vii.

<sup>18</sup> UKSC, *Enka*, § 32, ce qui est corrélé avec le refus du droit anglais de prendre en compte le comportement ultérieur (*subsequent conduct*) des parties. Sur ce point, le contraste est saisissant avec le droit français. V. E. Gaillard, art. précité, spéc. p. 711 et s., qui oppose le « réalisme économique » français au « formalisme juridique » anglais. Ceci posé, ce formalisme n'empêche pas les tribunaux anglais de développer de nombreuses analyses et *inferences* selon une casuistique touffue. La Cour suprême dans l'arrêt *Enka* tente de brider cette casuistique (et le fait insuffisamment aux yeux des juges dissidents).

<sup>19</sup> Annexe 1, § 170, point iv.

<sup>20</sup> UKSC, *Enka*, §§ 43-54.

<sup>21</sup> UKSC, *Enka*, § 53.

<sup>22</sup> Annexe 1, § 170, point v.

<sup>23</sup> Annexe 1, § 170, point vi, a). La Cour suprême cite en ce sens les législations suédoise et écossaise qui, d'une part, entendent, respectivement, s'appliquer aux arbitrages avec siège en Suède ou en Écosse et, d'autre part, font régir la convention d'arbitrage par la loi du siège, à défaut de choix contraire des parties : UKSC, *Enka*, §§ 70-71.

<sup>24</sup> Annexe 1, § 170, point vi, b).

<sup>25</sup> UKSC, *Enka*, §§ 95-109.

**2.2.** En second lieu et subsidiairement, si les parties n'ont fait aucun choix, ni exprès ni présumé, quant à la loi applicable à la clause d'arbitrage, il n'est plus question de rechercher leur volonté. À ce troisième niveau du raisonnement d'ensemble, il n'y a pas d'autre solution que de déterminer la loi régissant la clause par application d'une règle de droit<sup>26</sup>. Le plus souvent, celle-ci désignera, pour la majorité des juges de la Cour suprême, la loi du siège, présentée comme la loi qui présente **les liens les plus étroits** avec la clause<sup>27</sup>. Entendons-nous bien, cette désignation ne repose pas sur l'idée pré-westphalienne que l'arbitrage serait intégré au système judiciaire du pays où se trouve le siège du tribunal arbitral<sup>28</sup>. Cette idée, si elle a pu marquer le droit anglais à une certaine époque, n'a plus cours. Elle serait d'ailleurs en porte-à-faux avec la liberté que le droit anglais reconnaît aux parties de choisir la loi de la clause et avec la place qu'il fait à un choix tacite. Pour les juges majoritaires, il s'agit plutôt, en recourant à la loi du siège, d'assurer la continuité de l'application du droit anglais, non seulement pertinente pour contrôler les sentences rendues en Angleterre mais ainsi étendue en amont pour régir la clause d'arbitrage fixant le siège du tribunal sur le territoire national<sup>29</sup>. De plus, la place faite à la loi du siège participe, selon les juges majoritaires, de l'harmonie internationale des solutions qu'ils pensent incarnée notamment par la Convention de New York et le *Third Restatement of the US Law of International Commercial and Investor-State Arbitration*<sup>30</sup>. On l'a vu, dans l'affaire *Enka v Chubb*, c'est finalement à la loi du siège que parvient la majorité des juges. À leurs yeux, les parties n'avaient pas choisi la loi applicable à leur contrat, ni expressément ni tacitement, si bien que l'on ne pouvait inférer aucun choix tacite pour la clause d'arbitrage. Placé au troisième niveau du raisonnement, le droit anglais était donc applicable à la clause en tant que loi du siège.

### 3. L'APPRÉCIATION DE LA DÉCISION DE LA MAJORITÉ

**3.1.** Un premier commentaire s'impose : le raisonnement mis en place par les juges de la majorité de la Cour suprême est particulièrement complexe et subtil. Nombreux sont ceux qui, comme le Docteur Watson, n'y verront rien d'« élémentaire ».

Sur le plan concret, la mise en jeu des deux contre-présomptions<sup>31</sup> est délicate et lourde. S'agissant de la première d'entre elles, il faudra, pour écarter la loi du contrat qui aurait été choisie par les parties, examiner le contenu de la loi du siège, différente par définition, et vérifier si elle n'entend pas s'appliquer aussi à la clause d'arbitrage. S'agissant de la seconde contre-présomption, il faudra vérifier, dans les situations où la loi du contrat risquerait de ne pas laisser la clause produire d'effets, si la loi du siège ne serait pas plus favorable. Ces investigations seront certainement source de contentieux.

Sur le plan méthodologique, la quête d'un choix tacite au moyen de ce jeu de présomption et de contre-présomptions repose sur de nombreuses spéculations quant à l'intention des parties. Or ces spéculations peuvent prêter à discussion. Par exemple, il faudrait, d'un côté, — considérer que les parties, en choisissant la loi du contrat, pensent faire un choix global, concernant toutes les clauses du contrat y compris la clause d'arbitrage<sup>32</sup>, quand bien même ces parties décideraient de fixer le siège du tribunal sur le territoire d'un autre pays ; et d'un autre côté, — admettre qu'en plaçant le siège en Suède ou en Écosse, dont le droit de l'arbitrage entend s'appliquer, dans ces circonstances, non seulement au processus arbitral et à son issue

<sup>26</sup> UKSC, *Enka*, §§ 118.

<sup>27</sup> V. annexe 1, § 170, point viii.

<sup>28</sup> Sur cette représentation de l'arbitrage, v. E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Rec. Cours Académie La Haye, 2008, n° 11 et s.

<sup>29</sup> UKSC, *Enka*, §§ 135-136 et 141, en particulier.

<sup>30</sup> UKSC, *Enka*, §§ 125-141.

<sup>31</sup> V. *supra* 2.1.

<sup>32</sup> UKSC, *Enka*, § 53, iv).

mais aussi à la clause d'arbitrage, les parties auraient tacitement choisi la loi du siège pour qu'elle s'applique à leur clause<sup>33</sup>. Ces inférences nuancées ne tombent tout de même pas sous le coup de l'évidence.

En outre, la complexité est aggravée quand les parties n'ont pas expressément choisi la loi du contrat. Dans ce cas, que ce soit en application du règlement Rome I ou du droit international privé anglais, les juges sont conduits à rechercher si les parties ont tacitement choisi la loi du contrat<sup>34</sup>. Ils se fondent alors sur les stipulations du contrat et les circonstances de l'espèce<sup>35</sup>. À cette caractérisation d'un choix tacite de la *lex contractus* s'enchaîne la présomption de choix tacite de la loi applicable à la clause d'arbitrage. Or, déterminer, pour un contrat, si les parties en ont tacitement choisi la loi ou bien si elles ne se sont pas entendues sur ce sujet est loin d'être chose facile<sup>36</sup>. L'affaire *Enka v Chubb* le montre de manière éclatante. Sur la base des mêmes éléments de fait, les juges majoritaires ont considéré que les parties n'avaient choisi aucune loi pour régir leur contrat, même tacitement, ce qui les a conduits à passer au troisième niveau et à faire régir la clause par la loi anglaise, loi du siège de l'arbitrage. Les juges minoritaires, eux, se sont dits convaincus que les parties avaient tacitement décidé de faire régir leur contrat par le droit russe et ils en ont conclu que celui-ci devait donc régir la clause d'arbitrage<sup>37</sup>. C'est que la frontière est fine entre un choix de loi tacite et une absence de choix qui requiert que la *lex contractus* soit déterminée sur la base des circonstances objectives de la cause. Mais cette frontière fine est justement déterminante dans le dispositif des juges de la majorité de la Cour suprême, ce qui est source d'instabilité et de fragilité.

**3.2.** Un autre commentaire peut être fait sur un plan plus substantiel. Il s'agit de relever la grande sensibilité du droit anglais aux liens qui unissent la clause d'arbitrage et le contrat<sup>38</sup>. Comme ces liens sont complexes, il en résulte des solutions complexes.

La prémisse fondamentale dans la solution retenue par la Cour suprême est que la clause d'arbitrage est certes singulière mais que cette singularité n'est pas totale. Ainsi, le droit anglais connaît le principe de séparabilité<sup>39</sup> et admet que la clause puisse être régie par une loi qui lui est propre<sup>40</sup>. Pour autant, la détermination de la loi de la clause continue d'obéir aux règles de conflit de lois prévues pour les contrats<sup>41</sup>, qui consistent à reconnaître aux parties la liberté de choisir la loi qui régira leur clause et, à défaut, à recourir à la loi qui présente les liens les plus étroits avec cette clause. Aucune méthodologie particulière ne mérite donc d'être forgée : ce sont toujours des règles de conflit de lois qui sont mobilisées pour déterminer la loi régissant le contrat et la loi régissant la clause d'arbitrage. En outre, quand il s'agit de rechercher si les

<sup>33</sup> UKSC, *Enka*, § 70.

<sup>34</sup> UKSC, *Enka*, §§ 35 et 159, en particulier.

<sup>35</sup> Si ce n'est qu'en droit international privé anglais, le comportement ultérieur des parties ne devrait pas être pris en considération : UKSC, *Enka*, § 159.

<sup>36</sup> Les juges majoritaires le reconnaissent (UKSC, *Enka*, § 35 : “*the distinction... is not a sharp one*”), de même que Lord Burrows (UKSC, *Enka*, § 256, “*there is a thin line between the two stages*”), qui dénonce les conséquences lourdes que la majorité y attache (UKSC, *Enka*, § 260 : “*That is to rest crucially different consequences on a divide between the choice and default stages of the Rome I Regulation and between the second and third stages of the common law approach in a way that, with respect, I do not believe to be justified in principle*”), et Lord Sales (UKSC, *Enka*, § 267 : “*there is not necessarily a sharp distinction between an express choice of law and an implied choice of law*” ; v. aussi §§ 281-283).

<sup>37</sup> UKSC, *Enka*, §§ 200-205 et 260.

<sup>38</sup> Cette sensibilité est si prononcée chez les juges de la minorité de la Cour suprême qu'ils soutiennent qu'à défaut pour les parties d'avoir choisi expressément la loi applicable à la clause d'arbitrage, celle-ci devra, la plupart du temps, être régie par la loi du contrat : v. annexe 2.

<sup>39</sup> *Arbitration Act 1996*, Section 7.

<sup>40</sup> Annexe 1, § 170, point i (“*the law applicable to the arbitration agreement may not be the same*”).

<sup>41</sup> Annexe 1, § 170, point i, qui vise les “*English common law rules*” puisque le règlement Rome I (dans la mesure où les tribunaux anglais l'appliquent encore) exclut les conventions d'arbitrage de son champ d'application (art. 3.2, e).

parties ont tacitement choisi la loi applicable à leur clause d'arbitrage, la Cour suprême voit dans cette entreprise une question d'interprétation de la volonté des parties somme toute banale : la méthode qu'elle préconise pour déterminer si un tel choix a été fait est celle utilisée en droit anglais pour l'interprétation de la volonté contractuelle<sup>42</sup>. Dans ce cadre, le juge anglais, en application de cette méthode, interprétera la clause d'arbitrage et le contrat ensemble et de la même manière<sup>43</sup>. Dans la représentation anglaise, la clause d'arbitrage et le contrat forment une sorte d'unité psychologique et juridique qui ne peut être rompue que dans des cas très limités. On comprend dès lors que la Cour suprême soit portée à considérer que la loi choisie pour régir le contrat constitue l'indice privilégié pour identifier la loi applicable à la clause<sup>44</sup>.

#### 4. CONCLUSION COMPARATISTE

**4.1.** À ce stade, peut-on tirer quelques enseignements de l'approche anglaise ? *A priori*, une comparaison de l'arrêt *Enka v Chubb* avec le droit français paraît vaine, si ce n'est pour mesurer à quel point les deux droits diffèrent.

Certes, quelques tendances communes se décèlent. On ne niera pas, par exemple, que le droit anglais de l'arbitrage soit mû par une faveur à l'arbitrage : *the validation principle* le montre, tout comme l'existence des injonctions anti-poursuite qui protègent les clauses prévoyant un arbitrage en Angleterre (quelle que soit, d'ailleurs, la loi applicable à la clause)<sup>45</sup> ou bien encore la célérité mise à traiter l'affaire *Enka v Chubb* : 7 mois seulement se sont écoulés entre l'audience devant le premier juge et l'audience devant la Cour suprême<sup>46</sup>. On peut aussi observer que l'emprise du siège, jadis très forte dans la pensée juridique anglaise, a presque totalement disparu et que les juges de la Cour suprême sont très conscients de l'évolution qu'a connue l'arbitrage international ces dernières décennies<sup>47</sup>. Mais, dans le même temps, la faveur à l'arbitrage et la relativisation du siège en droit français ont débouché sur des règles beaucoup plus radicales : le principe de validité, les règles matérielles en général, l'effet négatif du principe de compétence-compétence.

**4.2.** De là, des différences fondamentales, que l'arrêt *Enka v Chubb* vient illustrer. S'agissant des liens entre la clause d'arbitrage et le contrat, le droit anglais voit encore largement la clause à travers sa source : le contrat. Cette vision symbiotique du contrat et de la clause l'emporte sur la fonction, juridictionnelle, de cette dernière<sup>48</sup>. En droit français, au contraire, la fonction juridictionnelle de la clause est si prégnante que, sauf très rares exceptions, le juge français n'examinera la clause qu'après l'achèvement du processus arbitral, quand il contrôlera la sentence. D'ailleurs, la chronologie des contrôles accuse et incarne les différences entre les

---

<sup>42</sup> Annexe 1, § 170, point iii : “Whether the parties have agreed on a choice of law to govern the arbitration agreement is ascertained by construing the arbitration agreement and the contract containing it, as a whole, applying the rules of contractual interpretation of English law as the law of the forum”.

<sup>43</sup> Comp. V. aussi UKSC, *Enka*, § 33 : “In our view, it is both consistent with authority and sound in principle to apply English law as the law of the forum to ascertain whether the parties have agreed on the law which is to govern their contract (and, if not, what law governs it in the absence of agreement). To apply any other law for this purpose would introduce an additional layer of complexity into the conflict of laws analysis without any clear justification and could produce odd or inconsistent results” et UKSC, *Enka*, § 34 : “Where the question is whether there has been a choice of the law applicable to an arbitration clause, the relevant English law rules are the common law rules which require the court to interpret the contract as a whole applying the ordinary English rules of contractual interpretation”.

<sup>44</sup> UKSC, *Enka*, §§ 43-52, en particulier. Soulignant déjà cet aspect, v. E. Gaillard, art. précité, pp. 708-709.

<sup>45</sup> UKSC, *Enka*, §§ 177-185. Il y a unanimité de la Cour sur ce point : UKSC, *Enka*, § 293.

<sup>46</sup> UKSC, *Enka*, § 24.

<sup>47</sup> UKSC, *Enka*, § 113-117 ; le point de vue est partagé par les membres de la Cour dissidents (§ 242, Lord Burrows ; § 272, Lord Sales).

<sup>48</sup> La Cour a bien sûr conscience de cette fonction mais elle ne la fait pas prédominer : UKSC, *Enka*, § 40.

deux droits : l'examen approfondi de la clause d'arbitrage par le juge anglais peut se présenter très tôt, avant la sentence et même avant le début de l'instance arbitrale, comme dans l'affaire *Enka v Chubb*. Dans ces conditions, le juge anglais est en position de déterminer la loi applicable à la clause et, si besoin, la loi du contrat. En revanche, une telle configuration ne se présente jamais en droit français : hormis la détection d'une nullité manifeste ou d'une inapplicabilité manifeste d'une clause d'arbitrage, qui ne repose que sur une lecture en surface, le juge français ne s'interroge sur la validité ou l'efficacité de la clause qu'après le prononcé de la sentence. Alors, le juge français statue dans un contexte très particulier : son contrôle porte sur la sentence et, à travers elle, sur la décision que les arbitres ont prise quant à leur compétence ; mais le juge français ne vérifie pas la détermination de la loi applicable à la clause d'arbitrage et, quant à l'identification de la *lex contractus* par les arbitres, elle n'est scrutée qu'à travers le prisme très étroit du respect de la mission du tribunal arbitral. En raison de la structure même des modalités d'intervention des juges anglais et français, leurs regards ne portent pas sur les mêmes objets : tandis que, parfois très en amont, le juge anglais peut se sentir autorisé à rechercher la loi applicable à la clause d'arbitrage et même à se prononcer sur la loi applicable au contrat, le juge français statuera en fin de processus et raisonnera, pour citer Emmanuel Gaillard, « directement sur la matière brute que constitue la sentence »<sup>49</sup>.

Par conséquent, le raisonnement conflictualiste tel qu'il est pratiqué par la Cour suprême du Royaume-Uni ne présente pas de pertinence dans le cadre français<sup>50</sup>. À l'inverse, il serait concevable pour la Cour suprême du Royaume-Uni de s'inspirer de la méthode française et de forger des règles matérielles que les juges anglais pourraient appliquer pour statuer, aux divers moments que le droit anglais leur ménage pour ce faire, sur la validité, l'étendue ou l'interprétation de la clause d'arbitrage. D'ailleurs, comme *the validation principle*, les présomption et contre-présomptions censées permettre d'établir un éventuel choix tacite de la loi applicable à la clause d'arbitrage ont la nature de règles matérielles du for. La Cour suprême démontre d'ailleurs un indéniable talent pour créer de telles règles... En théorie, elle pourrait donc l'exercer pour définir directement le régime substantiel des clauses d'arbitrage. Mais de la théorie à la pratique, il y a parfois un monde.

### **Annexe 1 : paragraphe 170 de la décision de la Cour suprême du Royaume-Uni**

170. It may be useful to summarise the principles which in our judgment govern the determination of the law applicable to the arbitration agreement in cases of this kind:

- i) Where a contract contains an agreement to resolve disputes arising from it by arbitration, the law applicable to the arbitration agreement may not be the same as the law applicable to the other parts of the contract and is to be determined by applying English common law rules for resolving conflicts of laws rather than the provisions of the Rome I Regulation.

<sup>49</sup> E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, cours précité, n° 33, p. 86, en sortant la citation quelque peu de son contexte : il s'agissait par là pour l'auteur de marquer l'indifférence du juge français face à une décision étrangère relative à la sentence.

<sup>50</sup> Rappr. E. Gaillard, « Les vertus de la méthode des règles matérielles appliquées à la convention d'arbitrage (Les enseignements de l'affaire *Kout Food*) », art. précité, note 12 : « Il serait (...) erroné de penser que des arbitres siégeant en France pourraient se voir reprocher par la Cour d'appel de ne pas avoir appliqué la méthode des règles matérielles. Ce qui fait l'objet du contrôle [en France], en fait et en droit, autrement dit *de novo*, est le résultat auquel le tribunal arbitral est parvenu sur sa compétence. Ce résultat est, ou non, le fruit d'un raisonnement conflictualiste, les arbitres étant libres du choix de la méthode. En revanche, pour entrer dans l'ordre juridique français, la sentence doit avoir retenu la compétence du tribunal arbitral si le juge français, qui suit sa propre méthode, estime que celui-ci est compétent, ou l'avoir déclinée lorsque le juge français estime qu'aucune convention d'arbitrage valable ne couvre la matière litigieuse ».

ii) According to these rules, the law applicable to the arbitration agreement will be (a) the law chosen by the parties to govern it or (b) in the absence of such a choice, the system of law with which the arbitration agreement is most closely connected.

iii) Whether the parties have agreed on a choice of law to govern the arbitration agreement is ascertained by construing the arbitration agreement and the contract containing it, as a whole, applying the rules of contractual interpretation of English law as the law of the forum.

iv) Where the law applicable to the arbitration agreement is not specified, a choice of governing law for the contract will generally apply to an arbitration agreement which forms part of the contract.

v) The choice of a different country as the seat of the arbitration is not, without more, sufficient to negate an inference that a choice of law to govern the contract was intended to apply to the arbitration agreement.

vi) Additional factors which may, however, negate such an inference and may in some cases imply that the arbitration agreement was intended to be governed by the law of the seat are: (a) any provision of the law of the seat which indicates that, where an arbitration is subject to that law, the arbitration agreement will also be treated as governed by that country's law; or (b) the existence of a serious risk that, if governed by the same law as the main contract, the arbitration agreement would be ineffective. Either factor may be reinforced by circumstances indicating that the seat was deliberately chosen as a neutral forum for the arbitration.

vii) Where there is no express choice of law to govern the contract, a clause providing for arbitration in a particular place will not by itself justify an inference that the contract (or the arbitration agreement) is intended to be governed by the law of that place.

viii) In the absence of any choice of law to govern the arbitration agreement, the arbitration agreement is governed by the law with which it is most closely connected. Where the parties have chosen a seat of arbitration, this will generally be the law of the seat, even if this differs from the law applicable to the parties' substantive contractual obligations.

ix) The fact that the contract requires the parties to attempt to resolve a dispute through good faith negotiation, mediation or any other procedure before referring it to arbitration will not generally provide a reason to displace the law of the seat of arbitration as the law applicable to the arbitration agreement by default in the absence of a choice of law to govern it.

## **Annexe 2 : paragraphe 257 exprimant le *dissent* de Lord Burrows, auquel s'est joint Lord Sales.**

257. The reasoning above enables me to state the common law on the proper law of an arbitration agreement (contained in a main contract) in the following straightforward and principled way which (had this view found favour) would have been easy to apply and would have been one way of providing the clarity that Popplewell LJ was rightly seeking:

(i) The proper law of the arbitration agreement is to be determined by applying the three stage common law test. Is there an express choice of law? If not, is there an implied choice of law? If not, with what system of law does the arbitration agreement have its closest and most real connection?

(ii) Where there is an express proper law clause in the arbitration agreement (which is rare) that will be determinative.

(iii) Where there is no such clause, there is a presumption or general rule that the proper law of the main contract is also the proper law of the arbitration agreement. That presumption or general rule can assist the enquiry at any of the three stages of the common law approach. (It



is most appropriate to use the language of a presumption where one is considering the parties' choice at the first two stages of the enquiry - ie it is a presumption of the parties' intentions - and to use the language of a general rule where one is considering the third stage of the closest and most real connection.)

(iv) That presumption may most obviously be rebutted, or there is an exception to that general rule, where the standard "validation principle" (of the English conflict of laws) applies ie where the law of the seat (or another relevant jurisdiction) would treat the arbitration agreement as valid whereas the proper law of the main contract would treat the arbitration agreement as invalid (or, as in the *Sulamérica* case, not binding on one of the parties). In very rare cases that presumption would also be rebutted where it is clear that the parties have chosen the law of the seat as the proper law of the arbitration agreement even though there is no express proper law clause in the arbitration agreement.