

Summary

During the 4th Day of the 2021 Paris Arbitration Week 2021, the Section Arbitration ADR of the **Society of Comparative Legislation** (SLC Société de Législation Comparée, Section Arbitrage ADR) hosted a conference entitled: « The Applicable Law to the Arbitration Agreement, from a Comparative Law Perspective » (La loi applicable à la convention d'arbitrage : panorama de droit comparé).

The conference was chaired by **Béatrice Castellane**, International Arbitrator and Avocat, Former Member of the Paris Bar Council.

The panel was composed of:

Marie-Elodie Ancel, Professor at the University of Paris II Panthéon-Assas

Christoph Müller, Professor at the University of Neuchâtel, FCIARrb, Vice-president of the Swiss Arbitration Association

Lilian Larribère, Lecturer at the Sorbonne Law School.

The conference aimed to compare legislation and case law related to the applicable law to arbitration agreements in France, Switzerland, England and the US.

As a general conclusion, it is possible to say that, generally, state judges try to find that their national law is applicable to the arbitration agreements they are called to control. To achieve this goal, American judges are very used to discovering loopholes in the New York Convention and English judges have the habit to looking for hypothetic wills of the parties. French and Swiss judges are more likely to practice “*favor arbitrandum*” but they proceed with different legal methods.

The presentations of the speakers, their biographies and the report written by Eloïse Glücksmann, Research Assistant and PhD student at the University of Neuchâtel-CEMAJ, can be read (in French) using the following link: <https://www.legiscompare.fr/web/Activites-de-la-section-893>

Béatrice Castellane
President of the Section Arbitration ADR
Society of Comparative Legislation (SLC)

Société de législation comparée

Section Arbitrage ADR

La loi applicable à la convention d'arbitrage : panorama de droit comparé

Evolutions et perspectives en France, en Suisse, en Angleterre et aux USA

La question de la loi applicable à l'existence et la validité de la convention d'arbitrage, d'apparence classique, soulève pourtant encore de nombreuses interrogations lorsqu'on l'examine sous l'angle de la comparaison des droits. L'actualité brûlante qui a pu agiter le droit anglais avec l'affaire *Enka*¹, la confrontation des droits français et suisse face aux difficultés que soulèvent la prise en compte des intérêts de parties faibles, ou encore les travaux les plus récents de la branche américaine de la *International Law Association* portant sur le *Restatement* étatsunien relatif à l'arbitrage commercial international et l'arbitrage d'investissement², invitaient à effectuer un tour d'horizon en droit comparé pour cerner les points d'achoppements ou, à l'inverse, les contradictions fondamentales qui existent



entre ces différents droits. La *Paris Arbitration Week* semblait offrir une occasion parfaite à la Société de Législation Comparée pour organiser une manifestation scientifique sur ce sujet et permettre la réunion de chercheurs et praticiens de différentes cultures juridiques autour d'une table ronde présidée par **Béatrice Castellane** (Avocate AMCO, Arbitre et Présidente de la Section Arbitrage ADR de la Société de Législation Comparée

SLC), le 23 septembre 2021.

C'est avec grand intérêt, et sous une présidence de séance dynamique, que nous avons eu l'occasion d'écouter les présentations de Christoph Müller sur les droits suisse et français, de Lilian Larribère sur le droit américain, et celle de Marie-Elodie Ancel à propos du droit anglais ; lesquelles ont été suivies d'un débat animé avec l'assistance. Les lignes directrices et principaux développements de chaque intervention sont ici résumés.

La loi applicable à la validité de la convention d'arbitrage, perspectives suisse et française

Christoph Müller (Professeur à l'Université de Neuchâtel, Suisse ; Vice-Président de l'ASA, Swiss Arbitration Association) s'est attelé à dresser le tableau des principales convergences et divergences de droits d'apparence similaires que sont les droits suisse et français, à propos de la validité de la convention d'arbitrage. Les juges français et suisse, contrairement aux droits américain et anglais³, ne contrôlent par principe la validité de la convention d'arbitrage qu'au stade du recours contre la



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

² La branche américaine de l'*International Law Association* a ainsi proposé en 2019 une version finale de sa révision du *Restatement of the law* de la *US Law of International Commercial and Investor-State Arbitration*.

³ Comp. avec les présentations suivantes de Lilian Larribère et de Marie-Elodie Ancel respectivement à propos du droit américain et anglais (v. *infra*).

sentence. Première grande divergence toutefois dans le contenu de ce contrôle, le juge suisse conserve une approche majoritairement conflictualiste en termes de méthode, là où le droit français s'est tout entier tourné vers le recours aux règles matérielles. Le droit suisse de l'arbitrage international ne connaît en effet de règles matérielles qu'à de rares exceptions.

La *validité formelle* de la convention d'arbitrage en fait partie, laquelle, lorsque la sentence internationale a été rendue par un tribunal arbitral siégeant en Suisse, est réglée par l'alinéa 1er de l'article 178 de la Loi fédérale suisse sur le droit international privé (ci-après la « **LDIP** »)⁴. Cette disposition a été modernisée dans son contenu lors de la dernière réforme du droit de l'arbitrage suisse entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2021⁵, prévoyant désormais que la convention doit simplement être passée « par une forme écrite ou tout autre moyen de communication permettant d'en établir la preuve par un texte » plutôt que de retenir la référence dépassée aux « *télégramme, télex, télécopieur* » retenue dans l'ancienne version de l'art. 178 LDIP⁶. Le droit suisse contourne au demeurant la difficulté liée à la preuve de la conclusion d'une convention d'arbitrage que laisse subsister la règle particulièrement libérale⁷ de l'article 1507 du Code de Procédure Civile français qui ne soumet la convention d'arbitrage « à aucune condition de forme ». Il en résulte qu'une convention d'arbitrage exclusivement passée verbalement, ce que le droit français permet, n'est pas considérée comme existante lorsque la *lex arbitri* est suisse. Quant aux clauses d'arbitrage par référence, cette forme particulière de convention d'arbitrage est valable dans les deux droits. Mais encore une fois, le droit suisse exigera un écrit contrairement au droit français⁸. Autre signe d'une modernisation prudente du droit suisse, un alinéa 4 a été ajouté à l'article 178 de la LDIP précité afin d'assurer une uniformité de régime lorsque la convention d'arbitrage est prévue dans un acte juridique unilatéral ou des statuts⁹ ; sa mise en œuvre soulèvera bientôt de nouvelles interrogations sur les conditions à remplir pour que cette convention d'arbitrage déploie ses effets à l'encontre d'un tiers bénéficiaire, d'un nouvel associé ou d'un actionnaire sans pour autant qu'il n'y ait à craindre de profondes transformations avec les solutions antérieures en matière d'arbitrage international¹⁰. Il faut toutefois rappeler que le droit suisse est en train de se doter d'un droit de la société

⁴ Tandis que la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, c'est-à-dire celles rendues par un tribunal arbitral dont le siège se trouve hors de Suisse, sont régies par la convention de New York du 10 juin 1958 (v. art. 194 de la LDIP).

⁵ Nouvelle teneur selon le ch. I de la Loi Fédérale du 19 juin 2020, en vigueur depuis le 1^{er} janv. 2021 (Recueil Officiel 2020 4179).

⁶ Anc. art. 178, al. 1^{er}, LDIP : « Quant à la forme, la convention d'arbitrage est valable si elle est passée par écrit, télégramme, télex, télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par un texte ».

⁷ Jean-Baptiste Racine parle de « sommet du libéralisme » (*Droit de l'arbitrage*, PUF, 1ère ed. 2016, p. 194, n°250). Comp. également avec la Convention de New York de 1958 qui prévoit l'écrit comme forme obligatoire de la convention d'arbitrage (art. II. 1.).

⁸ Civ. 1re, 3 juin 1997, *Rev. Arb.* 1998, p. 537.

⁹ Nouvel al. 4 de l'article 178 de la LDIP : « Les dispositions du présent chapitre s'appliquent par analogie à une clause d'arbitrage prévue dans un acte juridique unilatéral ou des statuts » (alinéa introduit par le ch. I de la Loi Fédérale du 19 juin 2020, en vigueur depuis le 1er janv. 2021 (RO 2020 4179)).

¹⁰ V. par exemple déjà sur la question : ATF 136 III 107 consid. 2.5.

anonyme qui, bien que non encore entré en vigueur, prévoit des règles dérogatoires en matière d'arbitrage interne¹¹.

La *validité matérielle* de la convention d'arbitrage est régie au demeurant par une disposition spécifique, indiquée à l'article 178, al. 2 de la LDIP en la forme d'une règle de conflit de lois alternatives – précisant que la convention sera valable au fond si elle répond aux conditions que pose soit le droit choisi par les parties, soit le droit applicable au contrat principal, soit le droit substantiel suisse. C'est là la manifestation d'un esprit de faveur à l'égard de la validité de la convention d'arbitrage en droit suisse selon Christoph Müller. Cette *favor validitatis* suisse est toutefois sans commune mesure avec celle du droit français. En effet, le droit français retient pour sa part des solutions singulières, avec d'abord l'autonomie de la convention d'arbitrage à toute loi étatique retenue par l'arrêt *Dalico*¹² ; complétée ensuite par un « principe de validité » de la convention d'arbitrage établi par les arrêts *Zanzi*¹³ et *Unikod*¹⁴, qui limite le contrôle du juge – et donc celui de l'arbitre – à la seule existence d'une rencontre de volontés sur le recours à l'arbitrage (parfois déduite d'une simple connaissance présumée de la clause d'arbitrage), lorsqu'aucune loi n'a été expressément choisie par les parties¹⁵. Or, il est rare qu'en pratique les parties opèrent un choix spécifique de loi à leur convention d'arbitrage. Christoph Müller a, par ailleurs, rappelé que le caractère exorbitant de ce « principe de validité » de la convention d'arbitrage en droit français est certes bien connu, mais s'avère toujours quelque peu surprenant pour les praticiens d'autres cultures juridiques.

C'est encore les questions d'arbitrabilité objective et subjective qui sont le terrain d'une divergence d'expression de la *favor arbitrandum* qui nourrit ces deux droits.

Quant à l'*arbitrabilité subjective*, là où le droit français retient encore une fois des règles matérielles construites par la jurisprudence, comme celle de l'arrêt *Soerni*¹⁶, le droit suisse a de nouveau recours à la méthode conflictuelle, mais sans que cette question ne soit spécifiquement régie par la LDIP. En effet, selon le Tribunal fédéral suisse, la capacité d'une personne à conclure une convention d'arbitrage n'est pas régie par la règle de conflit de lois de l'article 178 al. 2 LDIP. Elle est plutôt régie

¹¹ Un nouvel article 679 du Code des obligations suisse prévoit que :

(1) *Les statuts peuvent prévoir que les différends relevant du droit des sociétés sont tranchés par un tribunal arbitral sis en Suisse. Sauf disposition contraire des statuts, la société, ses organes, les membres des organes et les actionnaires sont liés par la clause d'arbitrage.*

(2) *La procédure arbitrale est régie par la 3^e partie du code de procédure civile ; le chapitre 12 de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé n'est pas applicable.*

(3) *Les statuts peuvent régler les modalités, notamment par le biais d'un renvoi à un règlement d'arbitrage. Ils veillent à ce que les personnes qui peuvent être directement concernées par les effets juridiques de la sentence arbitrale soient informées de l'introduction et de la conclusion de la procédure et puissent participer à la constitution du tribunal arbitral et à la procédure en tant qu'intervenants.*

¹² Civ. 1re, 20 déc. 1993, n° 91-16.828, *Dalico*.

¹³ Civ. 1re, 5 janv. 1999 n°96-21.430, *Zanzi*.

¹⁴ Civ. 1re, 30 mars 2004 n°01-14.311, *Unikod*.

¹⁵ *Id.*

¹⁶ Civ. 1re, 8 juillet 2009, n°08-16.025, *Soerni*.

par les règles générales de conflit de lois de la LDIP, notamment les articles 35 et 36 pour les personnes physiques, les articles 154 et 155 pour les personnes morales et les articles 126, 155 et 158 LDIP pour la représentation conventionnelle et légale. La question de l'arbitrabilité subjective, et plus généralement de la remise en cause de la validité de la convention d'arbitrage, s'est également récemment posée en Suisse en présence d'une entité devenue insolvable en cours de procédure arbitrale¹⁷.

Pour ce qui relève de l'*arbitrabilité objective*, là où le droit suisse adopte en son article 177, al. 1^{er} de la LDIP une règle matérielle favorable à ce que soit tranchée par voie d'arbitrage « [t]oute cause de nature patrimoniale », le droit français retient un principe d'arbitrabilité objective qui aura pour principale limite le respect de l'ordre public international¹⁸. Toutefois, si les deux droits soutiennent des approches traditionnellement favorables à l'arbitrabilité objective, quelques atténuations existent.

Le droit français avait ainsi posé une atténuation au principe de compétence-compétence applicable à la convention d'arbitrage international en matière de droit du travail¹⁹, qui n'avait pas été étendue aux contrats de consommation. Cette situation vient de changer à propos des clauses compromissoires intégrées dans les contrats de consommation. Le droit français a en effet fait marche arrière sur la solution *Jaguar/Rado*²⁰ par un récent revirement de la Cour de cassation dans l'affaire *PWC*²¹ consistant à écarter l'effet négatif du principe de compétence-compétence pour permettre au juge de constater le caractère abusif d'une clause compromissoire inscrite dans un contrat de consommation.

Le droit suisse retient pour sa part que le droit du travail est arbitrable²². Une décision de la Cour d'appel civile du tribunal du canton de Vaud²³, dont la portée exacte demeure incertaine en l'absence de recours devant le Tribunal fédéral, vient toutefois d'atténuer ce principe. La juridiction étatique a reconnu sa compétence pour connaître d'un litige survenu entre un chauffeur Uber travaillant à Genève et son employeur, en écartant la clause compromissoire contenue dans les conditions générales d'Uber en faveur d'un arbitrage aux Pays-Bas. L'article 177 LDIP n'était certes pas applicable en raison du siège du tribunal arbitral hors de Suisse, mais il faut relever que les solutions retenues en matière d'arbitrage étranger sont généralement plus libérales. Le tribunal cantonal a néanmoins estimé qu'aucun consentement n'avait été donné à la clause d'arbitrage contenue dans les conditions générales d'Uber

¹⁷ Pour un état des lieux récent, v. « IBA Toolkit on Insolvency and Arbitration- Questionnaire National Report of Switzerland », publié en janvier 2021 et disponible au 01.11.2021 : [Switzerland-National-Report.pdf \(lalive.law\)](#).

¹⁸ En ce sens, v. Jean-Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage*, PUF, 1ère ed. 2016, n°229 p. 171.

¹⁹ Not. Soc., 30 nov. 2011, n°11-12905 et 11-12906 : la clause compromissoire faisant échec à la compétence impérative du juge prud'homme est inopposable au salarié ; de sorte que les règles de compétence des articles R. 1412-1 et R. 1412-4 du Code du travail ont pu être considérées par une partie de la doctrine comme des lois de police : v. C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 2e éd. 2019, LexisNexis, n°655.

²⁰ Civ. 1re, 21 mai 1997, n°95-11.429, *Jaguar* ; Civ. 1re, 30 mars 2004, n°02-12.259, *Rado*.

²¹ Civ. 1re, 30 sept. 2020, n°18-19.241, *PWC*.

²² En ce sens pour l'arbitrabilité du droit du travail en arbitrage international suisse : ATF 144 III 235 c. 2.3.3.

²³ Arrêt HC/2020/535 CA. Civ. Tr. cantonal vaudois du 23 avril 2020.

sur la base de la règle suisse dite de l'insolite²⁴ ; avant d'ajouter que la clause compromissoire conduisait à l'annihilation pure et simple de toute la protection que le droit suisse prévoyait en faveur d'employés ayant des prétentions de faible valeur litigieuse rendant un tel résultat choquant et incompatible avec l'ordre public suisse²⁵.

La problématique des parties faibles contribuerait ainsi à moduler certaines règles aussi fondamentales que l'effet négatif du principe de compétence-compétence, que les droits suisse et français appliquent pourtant traditionnellement avec la plus grande rigueur.

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



Lilian Larribère (Maître de conférences à l'École de Droit de la Sorbonne, France) a pour sa part axé sa présentation sur les spécificités du droit américain, lequel a pour particularité de ne pas être un droit unifié. Le propos mérite toutefois d'être tempéré en raison de l'harmonisation partielle effectuée en matière d'arbitrage par le *Federal Arbitration Act* de 1925 et la ratification de la Convention de New York qui prévoit certaines règles de conflits de lois. Aussi les juges américains appliquent-ils ces règles de conflits de lois, en adoptant toutefois une approche marquée par le droit international privé américain. En effet, lorsque ces instruments ne prévoient pas de règle de conflits de lois, les juges américains en créent de nouvelles au besoin, en fonction des problèmes que la convention d'arbitrage est susceptible de faire naître. Le droit américain prévoit ainsi qu'une pluralité de lois seront applicables à la même convention d'arbitrage. Pour reprendre les termes de Lilian Larribère : « *c'est à une véritable pulvérisation des lois applicables à la convention d'arbitrage que l'on assiste en la matière* ».

I) Concernant, d'abord, la lecture particulariste de la Convention de New York par le juge américain, il convient de rappeler que le droit américain ouvre un recours contre la convention d'arbitrage tant avant qu'après le rendu de la sentence, contrairement à certains droits retenant un effet négatif du principe compétence-compétence comme le droit français ou le droit suisse. Or, si une règle de conflit de lois pour déterminer la validité d'une convention d'arbitrage est bien indiquée à l'article V de la Convention de New York, laquelle désigne soit la loi choisie par les parties, soit la loi du siège ; celle-ci ne s'applique qu'au stade du contrôle de la sentence. La Convention de New York, et en particulier son article II, est en revanche silencieuse sur la loi à laquelle se référer pour déterminer la validité substantielle d'une convention d'arbitrage, lorsque cette validité est remise en cause avant le rendu de la sentence. Afin d'éviter de créer une distorsion, la solution retenue par la jurisprudence

²⁴ *Id.* consid. 4.2.6.

²⁵ *Id.* consid. 4.2.7.

majoritaire, qui a d'ailleurs été consolidée dans le projet de révision du *Third Restatement*²⁶, consiste à appliquer la même règle de conflit de lois que celle de l'article V de la Convention de New York lorsque la validité de la convention d'arbitrage est remise en cause en amont de la reddition de la sentence. C'est donc la loi choisie par les parties qui s'applique en priorité et à défaut celle du siège, que le litige à propos de la validité de la convention d'arbitrage survienne lors d'un recours introduit avant ou après la reddition de la sentence arbitrale.

Le rattachement « objectif » à la loi du siège ne pose pas de problème, tant que la convention d'arbitrage en prévoit un. En revanche, quelques difficultés surgissent lorsqu'il s'agit à l'inverse de caractériser un choix de loi portant sur la convention d'arbitrage. Sur cette question, alors que le droit français et le droit américain autorisent tous deux les parties à choisir expressément la loi applicable à la convention d'arbitrage²⁷, la caractérisation de ce choix se fait différemment. Le droit français ne se résout pas à déduire de certaines circonstances l'existence d'un choix de loi portant sur la convention d'arbitrage. C'est ainsi que la Cour d'appel de Paris a récemment refusé de caractériser un tel choix en présence, pourtant, d'un choix de loi pour le contrat et pour la loi applicable à la procédure arbitrale dans une clause rédigée d'un tenant²⁸. Dans cette affaire, les juges ont préféré appliquer les règles matérielles françaises et la solution a été explicitement justifiée par le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage. Cette vision n'est pas partagée par le droit américain qui retient que la clause de choix de loi portant sur le contrat 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. C'est là une forme commune de dépeçage que le droit américain permet. Le droit américain retient ainsi une solution assez classique consistant à soumettre en priorité la validité de la convention d'arbitrage à la loi choisie par les parties ; à défaut de choix, à la loi du siège. Une configuration particulière soulève toutefois quelques difficultés. Aucun de ces rattachements ne peut en effet jouer lorsque le juge est saisi avant la reddition de la sentence et que le contrat ne prévoit ni clause de choix de loi, ni que la convention d'arbitrage ne désigne de siège. Le droit américain prévoit alors comme rattachement subsidiaire un retour à la *lex fori* pour déterminer la validité de la convention d'arbitrage, comme plus adapté que de recourir aux rattachements objectifs de la *lex contractus* (comme la résidence habituelle du vendeur par exemple). C'est là une singularité du droit américain et une manifestation d'une lecture stricte de la Convention de New York.

Il n'en demeure pas moins que le droit américain privilégie dès qu'il le peut l'application de la loi choisie par les parties. Mais cette large place laissée à l'autonomie des parties est limitée par des mécanismes d'éviction de la loi normalement applicable, pour la mise en œuvre desquels une lecture plus inventive de la Convention de New York a pu être retenue. Plus précisément, c'est dans

²⁶ *Third Restatement*, v. note n°2, §2-14.

²⁷ Pour le droit français : civ. 1re, 30 mars 2004 n°01-14.311, *Unikod*.

²⁸ Paris, 15 juin 2021, n° 20/07999, *Pharaon*.

l'articulation faite entre les lois de police et l'exception d'ordre public international que la lecture américaine de la Convention de New York est particulièrement inventive.

Le droit américain utilise dans certaines circonstances des lois de police pour évincer la loi normalement applicable et lui substituer l'application du droit américain. Mais bien que le mécanisme soit plus souvent envisagé comme intervenant sur le fond du litige, il est, selon Lilian Larrivière, également susceptible de s'appliquer à la validité ou à l'opposabilité de la convention d'arbitrage elle-même. Pour le droit français, Monsieur Larrivière donnait comme exemple le sort réservé aux clauses compromissaires dans les contrats de travail et de consommation, dont on trouverait à ce dernier égard la manifestation d'une loi de police dans l'arrêt *PWC* du 30 septembre dernier²⁹. Mais alors que le droit français ferait implicitement usage de lois de police pour rendre inopposable une clause compromissoire afin de protéger une catégorie de partie faible ou dans certaines matières que l'ordre juridique souhaite concentrer devant ses juridictions, les lois de police américaines visent plus spécifiquement ce que le droit américain appelle des *causes of action*. En effet, le droit américain vient doubler l'impérativité qu'il reconnaît à son droit substantiel dans des domaines où il souhaite voir son droit appliqué, d'une interdiction édictée par le Congrès de recourir à l'arbitrage dans cette *cause of action*. La loi de police vise ainsi tant le droit substantiel que la convention d'arbitrage. D'un point de vue méthodologique, il faut ainsi 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 le recours à l'arbitrage. Autant dire que le raisonnement mènera rarement à une inarbitrabilité de principe.

Le juge américain laisse également une place aux lois de police étrangères interdisant le recours à l'arbitrage, qu'il prend en compte de deux manières : lorsque le juge américain est consulté avant le prononcé de la sentence, il l'intègre dans la règle de conflit qu'il crée sur le fondement de l'article II de la Convention de New York ; en revanche, lorsqu'il est saisi après le prononcé de la sentence, le juge américain laisse une place aux lois de police étrangères interdisant le recours à l'arbitrage par le biais de l'article V. 2. b) de la Convention de New York, c'est-à-dire de la réserve d'ordre public. Il impose toutefois dans ce dernier cas un test de légitimité de la loi de police étrangère et vérifierait, semble-t-il, si elle aurait été appliquée par le juge du siège. Ainsi, une règle d'inarbitrabilité française pourrait être appliquée à un arbitrage de la consommation, alors que cette figure est très connue aux États-Unis.

II) Après cette présentation de la lecture particulariste de la Convention de New York par le juge américain, Lilian Larrivière a, ensuite, expliqué les ramifications singulières que le juge américain apporte à la Convention de New York pour en combler les silences. Le retour du droit international privé américain se fait ainsi dans les interstices de la Convention de New York. Deux exemples ont été retenus : d'une part, le droit américain vient distinguer l'existence de la validité de la convention

²⁹ Préc. note n°21. Comp. *supra* avec le droit suisse qui ne retient pas une analyse sous l'angle des lois de police en matière d'arbitrage international.

d'arbitrage. D'autre part, il arrive que le droit américain exclue du domaine de la loi applicable à la validité de la convention d'arbitrage certaines questions, pour les soumettre à la *lex fori* ; ce sera par exemple le cas de l'*equitable estoppel*.

Concernant la distinction entre existence et validité de la convention d'arbitrage, il faut noter que le droit américain adopte une analyse dite « *issue by issue* », selon laquelle une même *cause of action* est susceptible de poser plusieurs *issues*, chacune soumise à une loi particulière. Or, alors qu'en droit international privé français et européen le choix de loi porte sur l'intégralité de la formation du contrat, le droit américain distingue quant à lui l'existence de la validité des contrats, qu'il soumet à des règles de conflits de lois différentes. Cette distinction est également retenue pour la convention d'arbitrage, dont la validité est soumise à la loi du siège sauf accord des parties sur le fondement de l'article V.1.a) de la Convention de New York, tandis que son existence est, en revanche, soumise à la *lex fori* car l'existence n'est pas visée par l'article V. Cette catégorie particulière est au surplus très large (rencontre des consentements, parfois la capacité, etc.), et justifie de ne pas tenir compte d'un choix de loi par les parties au moment d'examiner l'existence même de la clause compromissoire. La *ratio legis* de cette règle est simple : pour que la clause de choix de lois produise des effets, 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.

Le même genre de raisons a permis très récemment l'application de la *lex fori* à une question d'extension de la clause compromissoire. Parallèlement à l'affaire *Kout Food* qui a donné lieu à une divergence de solutions entre la France³⁰ et l'Angleterre³¹ en matière d'extension de la convention d'arbitrage à des tiers, c'est cette fois-ci l'*equitable estoppel* qui a été retenu par la Cour Suprême des Etats-Unis, dans un arrêt *Energy v. Outokumpu* du 1^{er} juin 2020³², pour justifier qu'un tiers opposant un contrat sur lequel il fonde sa demande, ne peut refuser de se voir appliquer la clause compromissoire figurant dans ce contrat. La question n'étant pas réglée par la Convention de New York, le juge américain a de nouveau fait œuvre d'inventivité en utilisant l'*equitable estoppel* dans le contexte particulier de l'extension d'une convention d'arbitrage à un tiers. Restait à savoir cependant à quelle loi l'*equitable estoppel* était soumise. Dans un arrêt *Setty* du 7 juillet 2021³³, 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. Or, la question de savoir si le tiers étant partie est logiquement antérieure au jeu des stipulations du contrat, ce que les juges ont appelé une *threshold issue*. Dès lors, il paraît logique de ne pas retenir la loi applicable au contrat tant que son existence ou son applicabilité à un tiers n'ont pas été déterminées. La clause de choix de loi ne peut jouer dans un tel cas,

³⁰ CA Paris, 23 juin 2020, n°17/22943.

³¹ Décision de la *England and Wales Court of Appeal* rendue le 20 janvier 2020 : [2020] EWCA Civ 6.

³² *GE Energy Power Conversion France SAS, Corp. v. Outokumpu Stainless USA, LLC* (U.S. Sup. Ct.).

³³ *Setty v. Shrinivas Sugandhalaya LLP*, No. 18-35573 (9th Cir. 2021).

ce sera donc la *lex fori* qui est applicable. Voilà encore une illustration de l'approche américaine, laquelle envisage la loi applicable à la convention d'arbitrage de manière on ne peut plus éclatée.

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.

Les enseignements de l'arrêt *Enka*³⁴ de la Cour Suprême du Royaume-Uni

Il revenait à **Marie-Elodie Ancel** (Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas, France) de présenter l'approche adoptée au Royaume-Uni sur la loi applicable à la validité de la convention d'arbitrage et à sa portée³⁵. Cette question a justement été au centre d'un important arrêt *Enka v. Chubb* de la Cour suprême du Royaume-Uni rendu le 9 octobre 2020. Dans cette affaire, les juridictions anglaises ont été saisies sur le fondement d'une clause d'arbitrage CCI dont le siège était stipulé à Londres, pour que soit ordonnée une injonction anti-poursuite contre la partie au contrat qui avait initié une action devant le juge russe au lieu d'actionner la clause compromissoire. Or, la détermination de l'octroi de cette injonction anti-poursuite a soulevé la question préalable de la validité de la convention d'arbitrage, ce qui imposait, dans l'optique anglaise, de rechercher selon quelle loi trancher cette dernière question³⁶.



Afin de lever tout suspens, il convient d'ores et déjà d'indiquer que les juges anglais ont retenu en l'espèce que la loi anglaise était applicable à la convention d'arbitrage et, parce que la convention était validée et jugée applicable au litige, ont accordé une injonction anti-poursuite³⁷. Le raisonnement de la Cour pour arriver à l'application de la loi anglaise à la question de la validité de la convention d'arbitrage nous intéressera plus spécifiquement.

Pour Marie-Elodie Ancel, le raisonnement de la Cour suprême du Royaume-Uni sur cette question s'avère être une parfaite illustration du perfectionnisme méthodologique anglais, rappelant curieusement les cheminements intellectuels complexes, mais non moins raffinés, de Sherlock Holmes. Après avoir rappelé que le Règlement Rome I n'était pas applicable aux questions liées à l'arbitrage³⁸, la Cour s'est tournée vers le contenu de la règle de conflit de lois anglaise applicable à la validité de la

³⁴ V. note n°1.

³⁵ La présente intervention fera l'objet d'une publication en hommage au Professeur Emmanuel Gaillard à la *Revue de Droit International d'Assas*, n°4, à paraître ; publication dont le résumé suivant s'inspire.

³⁶ Dès l'introduction de l'arrêt, UKSC, *Enka*, §§ 1 et 2.

³⁷ La Cour Suprême prend cependant le temps de préciser que la question de l'octroi d'une injonction anti-poursuite ne dépend pas spécialement de la désignation de la loi anglaise, mais de la validation de la convention d'arbitrage par la loi, anglaise ou étrangère, qui s'y applique : UKSC, *Enka*, §§. 178-182.

³⁸ UKSC, *Enka*, §§ 25-27.

convention d'arbitrage. Celle-ci dispose de trois niveaux de raisonnements à suivre pour déterminer quelle loi appliquer à la question de la validité de la convention d'arbitrage³⁹.

Il convient en priorité de rechercher si les parties ont expressément choisi la loi régissant leur clause. En l'occurrence, les parties n'avaient pas opéré de choix de loi portant spécifiquement sur la convention d'arbitrage, ni même d'ailleurs à leur contrat. Ce sont donc les deux étapes suivantes du raisonnement conflictualiste qui ont occupé les juges de la Cour suprême. Lesquels ont rappelé que, dans une telle situation, il convient d'abord de rechercher si les parties ont choisi implicitement la loi régissant leur clause d'arbitrage⁴⁰ ; à défaut, il convient ensuite de déterminer la loi qui présente les liens les plus étroits avec la clause d'arbitrage⁴¹. La décision *Enka* vient utilement donner des précisions sur ces deux dernières étapes.

1) Concernant la recherche d'une volonté tacite ou implicite des parties de soumettre la clause d'arbitrage à une loi spécifique, la Cour a rappelé qu'en principe en droit anglais, un choix de loi portant sur le contrat valait tacitement un choix de loi portant sur la convention d'arbitrage⁴². En l'occurrence, aucun choix de loi n'ayant été prévu dans le contrat litigieux, les parties n'ont pas voulu soumettre la convention d'arbitrage à une loi spécifique selon l'approche adoptée par les juges majoritaires⁴³. Il n'en demeure pas moins que d'utiles éclaircissements sont donnés par ces derniers sur la manière dont ils caractérisent cette volonté tacite. Marie-Elodie Ancel remarquait à cet égard que pour caractériser cette volonté tacite, les juges majoritaires semblent avoir reconstitué une volonté *hypothétique* des parties à l'aune du raisonnable⁴⁴, en recourant à des présomptions savamment articulées entre elles :

- La présomption principale posée⁴⁵ qui veut que les parties ayant formulé un choix de loi pour leur contrat ont tacitement souhaité soumettre la clause d'arbitrage à cette même loi⁴⁶, trouve quelques justifications dans la prévisibilité des solutions et les attentes légitimes des parties d'un côté, comme d'exigences de cohérence de l'autre. Cette exigence de cohérence est d'ailleurs double en droit anglais : elle est interne au contrat en permettant de le soumettre dans toutes ses dispositions à l'empire d'une même loi, ou relève plus généralement d'un alignement avec les solutions retenues à l'égard des clauses de choix de loi ou d'élection de for que le droit anglais répute soumises à la loi du contrat. Une

³⁹ L'ensemble du raisonnement de la Cour est utilement résumé au paragraphe 170 de la décision UKSC, *Enka*.

⁴⁰ Cette règle n'est que la continuation de la règle de principe voulant qu'il faut en priorité appliquer la loi choisie expressément ou implicitement par les parties : UKSC, *Enka*, §27 et §170, point ii b).

⁴¹ UKSC, *Enka*, § 170, points ii, b) et viii.

⁴² UKSC, *Enka*, § 170, point iv.

⁴³ Les juges minoritaires ont à l'inverse estimé que les parties avaient tacitement décidé de faire régir leur contrat par le droit russe, ce dont ils tiraient la conclusion que la convention d'arbitrage devait également être soumise au droit russe : v. UKSC, *Enka*, §§ 200-205 et 206. La décision de la Cour Suprême a été rédigée par Lord Hamblen, Lord Leggatt avec le contenu de laquelle Lord Kerr est d'accord, constituant tous trois la majorité de la formation de jugement ayant écarté le recours formé contre la décision d'appel ; la décision est accompagnée d'une opinion dissidente rédigée par Lord Burrows, partagée et complétée par Lord Sales (v. UKSC, *Enka*, §§ 187-293).

⁴⁴ UKSC, *Enka*, § 32 ; en rappelant toutefois qu'en droit international privé anglais, le comportement ultérieur des parties (*subsequent conduct*) ne devrait pas être pris en considération (*id.* § 159).

⁴⁵ UKSC, *Enka*, § 170, point iv.

⁴⁶ Position que la Cour développe plus longuement aux §§ 43-54, spéc. §53.

préoccupation de simplicité est également soulevée par les juges relevant de la volonté de soumettre à la même loi la phase amiable préalable à la phase d'arbitrage, dans les clauses prévoyant ces deux étapes, ce qui était le cas en l'espèce.

- Deux contre-présomptions sont toutefois formulées, permettant de renverser l'idée que les parties ayant choisi la loi applicable à leur contrat ont implicitement voulu que leur convention d'arbitrage soit soumise à cette même loi. Premièrement, bien que la prévision d'un siège dans un Etat autre que la loi à laquelle les parties ont soumis leur contrat ne soit en principe pas suffisante pour renverser la présomption principale⁴⁷, il en est toutefois autrement si les parties ont choisi une loi du siège qui considèrera s'appliquer à l'instance arbitrale certes, mais également à la convention d'arbitrage⁴⁸ ; car les parties sont alors réputées avoir voulu que leur convention d'arbitrage soit soumise à la loi du siège⁴⁹. Deuxièmement, l'application de la loi du contrat est également repoussée si elle risque d'invalider ou de priver d'effet la clause d'arbitrage⁵⁰ ; c'est là l'application d'un *validation principle* (au sens de principe de l'effet utile) qui intervient⁵¹ et justifie que l'on se tourne vers la loi du siège si celle-ci valide la clause ou la considère efficace lorsque la loi du contrat ne le permettrait pas.

2) Puisque les parties n'avaient pas tacitement soumis la convention d'arbitrage à une loi, il fallait donc en arriver à la dernière étape : la majorité des juges a alors énoncé la règle selon laquelle la loi objectivement applicable est celle qui présente les liens les plus étroits avec la clause d'arbitrage, laquelle serait en principe la loi du siège⁵². En l'espèce, ce principe n'était pas renversé⁵³ de sorte que, dans l'affaire *Enka v Chubb*, la loi anglaise était applicable à la clause d'arbitrage, et le recours contre la décision d'appel ayant prononcé l'injonction anti-poursuite devait être rejeté⁵⁴. Mais au-delà de l'application de cette règle à l'espèce, l'arrêt est riche d'enseignements sur les circonstances pouvant renverser ce principe. Ce n'est pas une représentation pré-westphalienne selon laquelle l'arbitrage serait intégré au système judiciaire du pays où se trouve le siège du tribunal arbitral, qui a cours dans l'esprit des juges ici ; une telle approche est depuis longtemps dépassée. 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 national⁵⁵. De plus, la place faite à la loi du siège participe, selon les juges majoritaires, de l'harmonie internationale des solutions

⁴⁷ UKSC, *Enka*, § 170, point v.

⁴⁸ 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 Ecosse 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.

⁴⁹ UKSC, *Enka*, § 170, point vi, a).

⁵⁰ UKSC, *Enka*, § 170, point vi, b).

⁵¹ UKSC, *Enka*, §§ 95-109.

⁵² Annexe 1, § 170, point viii.

⁵³ UKSC, *Enka*, § 169, en particulier.

⁵⁴ UKSC, *Enka*, § 186.

⁵⁵ UKSC, *Enka*, §§ 135-136 et 141, en particulier.

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*⁵⁶.

Malgré les mérites prêtés à cette règle de conflits de lois, le raisonnement élaboré dans cette décision par la Cour suprême, en raison de sa complexité, n'a rien d'« élémentaire », pour reprendre la célèbre formule apocryphe d'Arthur Conan Doyle. Ce raisonnement semble d'ailleurs sujet à la critique sur certains points. On peut à cet égard relever que la mise en œuvre des deux contre-présomptions suppose un examen du contenu de la loi du siège ; qu'il s'agisse de vérifier si cette loi prévoit de s'appliquer à la validité de la convention d'arbitrage en plus de la procédure arbitrale, ou si la loi du siège ne serait pas plus favorable à la validité de la convention d'arbitrage lorsque la loi du contrat choisie par les parties aboutirait à invalider ou rendre inefficace la convention d'arbitrage. De plus, les présomptions posées ne sont pas si évidentes. A titre d'exemple, la présomption qu'un choix implicite de loi applicable à la convention d'arbitrage découlerait d'un choix de loi portant sur le contrat, y compris lorsque le siège de l'arbitrage a été stipulé dans un autre pays, semble quelque peu superficielle. De plus, la perception de l'application de ces présomptions a semble-t-il été différente entre les juges majoritaires et les juges minoritaires. Ces derniers estimaient en effet que les parties avaient tacitement décidé de faire régir leur contrat par le droit russe, s'arrêtant à la deuxième étape du raisonnement contrairement aux juges majoritaires, et que le droit russe devait également s'appliquer à la convention d'arbitrage⁵⁷. C'est dire à quel point le raisonnement est subtil. Toutefois, et malgré ces critiques, il n'en demeure pas moins que cette décision est appelée à disposer d'une certaine portée⁵⁸.

D'un point de vue comparatiste, relevait Marie-Elodie Ancel, la solution anglaise paraît diamétralement opposée à celle du droit français. Quelques tendances communes peuvent néanmoins se retrouver dans la faveur que le droit anglais réserve à l'arbitrage, à travers la mise en œuvre d'un *validation principle*, ou encore 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)⁵⁹ 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 suprême⁶⁰. 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 décennies⁶¹. 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 qu'en droit anglais : le principe de

⁵⁶ UKSC, *Enka*, §§ 125-141.

⁵⁷ UKSC, *Enka*, §§ 200-205 et 256-260.

⁵⁸ Une décision de la Cour suprême du Royaume-Uni rendue postérieurement à la conférence dont le présent texte constitue un court compte-rendu a d'ores et déjà repris l'apport principal de la décision *Enka : Kabab-Ji SAL (Lebanon) (Appellant) v Kout Food Group (Kuwait) (Respondent)* [2021] UKSC 48, ci-après : UKSC, *Kout Food*.

⁵⁹ UKSC, *Enka*, §§ 177-185. Il y a d'ailleurs unanimité de la Cour sur ce point : UKSC, *Enka*, § 293.

⁶⁰ UKSC, *Enka*, § 24.

⁶¹ UKSC, *Enka*, § 113-117 ; le point de vue est partagé par les membres de la Cour dissidents (§ 242, Lord Burrows ; § 272, Lord Sales).

validité, les règles matérielles en général, l'effet négatif du principe de compétence-compétence, notamment. Cette philosophie des plus différente entre les deux droits explique que les juridictions anglaises et françaises s'opposent régulièrement, alors même qu'elles sont saisies des mêmes questions, dans les mêmes affaires⁶².

Compte-rendu rédigé par Eloïse Glucksmann,
Assistante-doctorante à l'Université de Neuchâtel-CEMAJ

⁶² Not. comp. les décisions rendues dans l'affaire *Kout Food* : par la Cour d'appel de Paris du 23 juin 2020, par la *England and Wales Court of Appeal* du 20 janvier 2020, v. note n°31 ; cette dernière ayant été confirmée par la Cour suprême du Royaume-Uni, v. note n°58.