

LE PRINCIPE DE SÉPARABILITÉ DANS LA PERSPECTIVE DES DROITS FRANÇAIS ET TURC DE L'ARBITRAGE*

FRANSIZ VE TÜRK TAHKİM HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN
AYRILABİLİRLİK İLKESİ



Dr. Öğretim Üyesi/Dr. Lecturer Ebru AY CHELLI

İzmir Ekonomi Üniversitesi

Maître de conférences

Université d'Economie d'Izmir

Membre du CREOP EA 4332, Université de Limoges



Öz

“Ayrılabilirlik ilkesi”, tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsız olması gerektiğini belirten, tahkim hukukunun “kompetenz-kompetenz” ile birlikte en önemli ilkelerinden biridir. New York ya da Washington Antlaşması gibi uluslararası konvansiyonlarda yer almayan bu ilke, Türk kanunkoyucunun da esinlendiği UNCITRAL Model Kanun’unun 16. maddesinde öngörülmektedir. İlke ilk önce Milletlerarası Tahkim Kanunu’na alınmış, daha sonra Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda da ifadesini bulmuştur. Fransız Hukuku’nda içtihatlarla doğmuş, gelişmiş bu ilke daha sonra Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 1447. maddesinde düzenlenmiştir. İlkenin açıklanması ve hukuki sonuçları makalenin konusunu oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Ayrılabilirlik ilkesi, tahkim anlaşması, tahkim sözleşmesi, esas sözleşmenin geçersizliği

* Bu makale 20.04.2018 tarihinde Editörler Kurulu’na ulaşmış olup 24.04.2018 tarihinde birinci hakem ve 14.05.2018 tarihinde ikinci hakem incelemesinden geçmiştir (ORCID ID: 0000-0002-9851-2498).

** Cette étude est rédigée, en partie, à partir de la thèse de doctorat de l’auteur “La validité de la convention d’arbitrage en droits turc et comparé de l’arbitrage international”, soutenue le 15 décembre 2009 à l’Université de Paris I Panthéon–Sorbonne.

Abstract

The doctrine of separability is one of the most important principles of arbitration law as the competence-competence principle, and recognizes that an arbitration agreement is a separate and independent contract from the main contract in which it is incorporated. While the 1958 New York and the 1961 Washington Conventions make no direct references to the principle of separability, UNCITRAL Model Law embodies the principle in article 16, adopted by the Turkish legislator and incorporated first into the International Arbitration Act and later into the Code of Civil Procedure. The principle has long been maintained by French courts and is now expressly recognised by statute in article 1447 of the Code of Civil Procedure.

This study focuses on the description of the principle of separability and on its effects.

Keywords

Separability doctrine, arbitration clause, arbitration agreement, invalid main contract.

Résumé

Le principe de séparabilité, principe fondamental de l'arbitrage comme celui de la compétence-compétence, vise à conférer à la convention d'arbitrage une complète autonomie par rapport au contrat principal en la considérant comme un contrat distinct suivant un régime juridique propre. La séparabilité de la convention d'arbitrage n'étant pas connue explicitement par les conventions internationales comme la Convention de New York ou de Washington, la référence à ce principe a été faite par l'article 16, alinéa 1 de la loi-type de la CNUDCI, repris par le législateur turc et intégré d'abord dans la Loi sur l'Arbitrage International et plus tard dans le Code de Procédure Civile. En droit français, le principe de séparabilité est établi par la jurisprudence, ensuite consacré à l'article 1447 du Code de procédure civile. Le contenu du principe et ses effets font l'objet de la présente étude.

Mots Clés

Clause compromissoire, convention d'arbitrage, séparabilité, l'invalidité du contrat

Table des matières

Introduction

- I. La reconnaissance du principe
- II. La séparabilité de la clause compromissoire par rapport au contrat qui la contient
- II. Les effets du principe
 - A. L'indifférence de la convention d'arbitrage au sort du contrat principal
 - 1. En cas de causes d'invalidité affectant le contrat principal
 - 2. En cas d'inexistence du contrat principal
 - B. La séparabilité de la convention d'arbitrage par rapport à la loi étatique applicable au contrat principal

Conclusion

Bibliographie

Abréviations

CNUDCI	: Commission des Nations unies pour le droit commercial international
D	: Dalloz
Gaz. Pal	: Gazette du Palais
JCP	: La Semaine Juridique
JDI	: Journal du Droit International
LAI	: Loi sur l'arbitrage international
LDIP	: Loi sur le droit international privé
Pet. Aff.	: Petites Affiches
Rev. Arb.	: Revue de l'arbitrage
Rev. crit. DIP	: Revue Critique de Droit International Privé
UTTDER	: Revue du droit du commerce international et de l'arbitrage

Introduction

Parmi une multitude de définitions¹ qui ont été formulées pour l'arbitrage, celle proposée par René David se distingue par le fait qu'elle souligne le fondement conventionnel de l'arbitrage²: "l'arbitrage est une technique visant à donner la solution d'une question intéressant les rapports entre une ou plusieurs personnes, par une ou plusieurs autres personnes, l'arbitre ou les arbitres, lesquels tiennent leurs pouvoirs d'une convention privée et statuent sur la base de cette convention, sans être investis de cette mission par l'État". Le fondement conventionnel constituant la source de la compétence des arbitres, leur investiture et leur compétence dépendent l'une et l'autre de l'existence de la convention d'arbitrage. La doctrine turque³ souligne la nature procédurale de la convention d'arbitrage, par opposition aux dispositions contractuelles classiques dont celle-ci devrait être détachée. La convention d'arbitrage est définie comme "un contrat de droit substantiel relatif à une relation procédurale"⁴. Son aspect contractuel se présente par la naissance d'un accord de volonté. Mais cette convention a un objet spécifique qui se distingue de celui du contrat principal: elle traduit l'accord des cocontractants à soumettre leurs litiges à l'arbitrage.

¹ Pour une définition de l'arbitrage voir Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987, Paris, n° 785, p. 372. M. Jarrosson relève que la notion d'arbitrage n'a pas de définition légale, op. cit., n° 779, p. 368. En effet, la plupart de lois sur l'arbitrage ne définissent pas l'arbitrage. Le droit turc échappe à ce principe en définissant l'arbitrage dans la loi n° 4501 sur les contrats de concession. Ainsi, selon l'article 2 de ladite loi, l'arbitrage est "la voie juridictionnelle privée qui repose sur la volonté des parties, exprimée dans une convention, d'investir un arbitre ou un tribunal arbitral de la mission de trancher des litiges nés ou qui vont naître entre elles et dont la procédure est définie par elles-mêmes".

² R. David, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, 1982, p. 9.

³ Y. Alangoya, *Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi* (Le régime juridique de l'arbitrage et les voies de recours contre les décisions arbitrales en droit turc de la procédure civile), *Fakülteler Matbaası*, 1973, p. 81, S. Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku* (Le droit de la procédure civile), Tome I-II, Filiz, 2000, p. 946, T. Kalpsüz, "Tahkim Anlaşması" (La convention d'arbitrage), *Mélanges Ünal Tekinalp*, Tome II, 2003, p. 1042, B. Yeşilova, "Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler", *TBB Dergisi*, no 76, 2008, p. 101.

⁴ T. Kalpsüz, loc. cit.

La doctrine et certaines sources législatives internes ou internationales regroupent en un seul concept les deux catégories classiques: le compromis, qui est la convention par laquelle les parties à un litige déjà né, soumettent celui-ci à l'arbitrage, et la clause compromissoire qui est la convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre toutes les contestations pouvant naître de ce contrat à l'arbitrage. Le terme "convention d'arbitrage" englobe le compromis et la clause compromissoire et a un objet particulier de nature processuelle en ce qu'elle porte sur le droit d'action⁵. La jurisprudence française a affirmé que "la distinction entre la clause compromissoire et le compromis s'abolit en matière internationale, pour se voir substituer la seule catégorie de convention d'arbitrage laquelle intervient indifféremment à l'égard d'un litige né ou éventuel"⁶. Le prononcé de la Cour paraît excessif. Tout d'abord, dans la pratique, les deux types de conventions se différencient tant au niveau de la rédaction qu'au niveau du moment où elles interviennent dans les rapports entre les parties. La première convention vise à régler les éventualités qui peuvent se présenter a posteriori alors que la deuxième doit déterminer avec précision le litige qui va être résolu par l'arbitrage. De plus, la distinction des deux types de conventions peut présenter un intérêt à l'égard de la partie faible à laquelle on peut interdire de conclure une clause compromissoire tout en l'autorisant à conclure un compromis, les droits protégés devenant disponibles une fois le litige né⁷.

Repris de l'article 4, al. 4 de la Loi sur l'arbitrage international (LAI)⁸, l'article 412, al. 1 du Code de Procédure Civile turc⁹ (CPC) prévoit qu'"une convention d'arbitrage est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à un arbitre ou à un tribunal arbitral tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport juridique contractuel ou non contractuel". La suite de l'article dispose que la convention peut être

⁵ Doctrine précitée note de bas de page 3.

⁶ Cour d'appel de Paris, 17 janvier 2002, Rev. arb. 2002, p. 391, note J.-B. Racine.

⁷ Ch. Seraglini, L'arbitrage commercial international, in Droit du commerce international sous la direction de Jacques Béguin et Michel Menjuçq, Litec, 2005, n° 2449, p. 866.

⁸ Loi n° 4686, JO du 5 juillet 2001 n° 24453.

⁹ Loi no 6100 du 12 janvier 2011, JO du 4 février 2011, no 27836.

établie sous la forme d'une clause compromissoire insérée au contrat conclu entre les parties ou celle d'un compromis.

L'arbitrage interne a connu une profonde réforme par la loi no 6100 du 12 janvier 2011¹⁰ qui a règlementé en trente-huit articles l'arbitrage interne afin de les substituer aux dispositions des articles 516 à 536 de l'ancien CPC¹¹. Ce dernier, daté de 1927, comportait, à l'égard de l'arbitrage, des dispositions qui ne respectaient pas la liberté de volonté des parties, ni la compétence des arbitres dans le sens où un régime spécifique propre à l'arbitrage n'existait pas. Le régime de l'ancien CPC créait alors un véritable obstacle pour les parties et les arbitres, ceux-ci préférant ne pas choisir la Turquie comme siège d'arbitrage.

Le nouveau CPC consacre un bon nombre de règles déjà développées par la LAI adoptée en 2001, le législateur étant généralement guidé par le CNUDCI¹² (loi-type). La LAI s'applique, selon l'article 1, alinéa 2, si l'arbitrage tenu en Turquie présente un élément d'extranéité et où le lieu de l'arbitrage est situé en Turquie ou si la LAI a été choisie par les parties ou par les arbitres. Lorsque le litige ne comporte aucun élément d'extranéité tel que défini par la LAI¹³ et où le lieu de l'arbitrage est situé en Turquie ce sont les dispositions du CPC qui trouveront application.

¹⁰ Loi no 6100 du 12 janvier 2011, JO du 4 février 2011, no 27836.

¹¹ Loi n° 1086, 18 juin 1927, JO du 2,3,4 Juillet 1927, n° 622, 623, 624.

¹² Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international 1985.

¹³ Selon la LAI, l'arbitrage est international dès qu'il existe un élément d'extranéité. Cet élément est prévu à l'article 2 de la LAI. L'alinéa 1er dudit article dispose que "les parties doivent avoir leur domicile, leur résidence habituelle ou leur lieu de travail dans des États différents au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage" pour que l'arbitrage acquière un caractère international. L'alinéa 2, lettre b de l'article 2, inspiré de la loi-type, dispose par ailleurs que l'arbitrage est international si le domicile ou la résidence habituelle ou le lieu de travail des parties se trouvent dans un État différent de celui - du lieu où s'exécute une partie substantielle des obligations nées du contrat principal, - du lieu avec lequel l'objet du litige a le lien le plus étroit. Selon l'alinéa 3, l'arbitrage acquiert un caractère international par: - "le fait qu'au moins un des associés d'une société partie au contrat principal sur lequel est basée la convention d'arbitrage ait introduit du capital étranger conformément à la loi sur l'encouragement du capital étranger "ou que - "la mise en vigueur de ce contrat ait été subordonnée à la conclusion de contrats de crédit et/ou de garantie destinés à assurer l'importation de capital étranger". Ainsi, l'apport d'un capital étranger même de la part d'un seul associé d'une société, quelle que soit son importance, suffirait à admettre que les litiges découlant de ce contrat sont soumis à

Le CPC et la LAI ont adopté les deux principes importants de l'arbitrage, consacrant le même but: assurer la validité de la convention d'arbitrage. Le principe de séparabilité et le principe de compétence-compétence sont souvent présentés comme les principes qui assurent la validité de la convention d'arbitrage. Le premier vise à conférer à la convention d'arbitrage une complète autonomie par rapport au contrat principal en la considérant comme un contrat distinct suivant un régime juridique propre. Elle immunise la convention d'arbitrage contre le sort du contrat principal. Le deuxième, quant à lui, accorde aux arbitres le pouvoir d'être juge de leur propre compétence sans l'obligation de surseoir à statuer dans l'hypothèse d'une saisine parallèle d'une juridiction étatique. L'arbitre a ainsi "le pouvoir de statuer sur toute question touchant à sa compétence ou, en d'autres termes, à l'efficacité de la convention d'arbitrage en tant que telle"¹⁴. Dans cette étude, nous n'examinerons que le principe de séparabilité, le principe de compétence-compétence déjà abordé par nos soins, dans une autre étude¹⁵.

Dans la doctrine française, le terme "séparabilité" est utilisé afin de distinguer le principe de séparabilité de l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport à toute loi étatique¹⁶. Il est soutenu que l'autonomie au sens strict du terme ne serait réservée qu'à ce second aspect car l'autonomie désigne "le droit de se gouverner par ses propres lois"¹⁷. Autrement dit, ce dernier volet comprend l'examen de la validité

l'arbitrage international. La suite de l'alinéa 3 de l'article 2 de la LAI prévoit que l'arbitrage est international si la mise en vigueur du contrat principal est subordonnée à la conclusion de contrats de crédit et/ou de garantie destinés à assurer l'importation de capital étranger. L'alinéa 4 de l'article 2 dispose que l'arbitrage est international si "le contrat principal ou le rapport juridique qui est à la base de la convention d'arbitrage, concerne un transfert de capital ou de marchandise d'un pays à un autre".

¹⁴ A. Dimolitsa, loc. cit.

¹⁵ V. Ebru Ay Chelli, "Le Principe de compétence-compétence en droit turc de l'arbitrage", *Law and Justice*, 2015, p. 1.

¹⁶ P. Mayer, "L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence", *Recueil des cours, Académie de droit international de la Haye*, 1989, Tome 217, n° 110.

¹⁷ A. Kassis évoque le sens étymologique du terme défini chez le Littré, *L'autonomie de l'arbitrage commercial international, le droit français en question*, Harmattan, 2006, n° 43, p. 27; P. Mayer, "Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire", *Rev. arb.* 1998, s. 360.

de la convention d'arbitrage sans se référer aux règles de conflit et de considérer comme valable la convention d'arbitrage d'après la méthode de règles matérielles à l'exemple de la jurisprudence française.

C'est dans ces termes que nous allons envisager le principe de séparabilité de la convention d'arbitrage dans notre étude. Le premier volet concernera la reconnaissance du principe par la jurisprudence et le législateur, le deuxième concernera la séparabilité de la convention d'arbitrage du contrat principal (II) alors que le troisième retiendra les effets de ce principe (III).

I. La reconnaissance du principe

Le CPC prévoit à l'article 412, al. 4, repris de l'article 4, al. 4 de la LAI, que la convention d'arbitrage est un instrument séparé de celui qui la contient¹⁸.

Contrairement au droit français qui a établi fermement le principe de séparabilité de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal, le droit turc n'a adopté ce principe explicitement qu'après la promulgation de la LAI et plus tard par le CPC. Avant les réformes, la Cour de cassation turque admettait que la clause compromissoire était un accessoire du contrat principal ce qui provoquait la nullité de la clause compromissoire lorsque le contrat principal était nul. De même, l'ancien CPC ne reconnaissait pas le principe de séparabilité et la nullité du contrat principal entraînait celle de la clause compromissoire. Il en était ainsi en cas de la nullité du contrat principal en vertu de l'article 27 du Code des obligations turc qui limite l'objet d'un contrat avec "les mœurs, l'ordre public ou droits attachés à la personnalité" et prévoit la sanction de nullité pour les contrats qui ont "pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs".

En matière de l'arbitrage international, avant l'entrée en vigueur de la LAI, la Cour de cassation a appliqué le principe de séparabilité en défaveur de la validité de la convention d'arbitrage. En effet, en se référant à ce principe, elle a déclaré le contrat principal, signé par une personne sans pouvoir, valide car il a été exécuté et la clause compromis-

¹⁸ A. C. Budak, "Yeni Hukuk Muhakameleri Kanunu'nda Tahkim Hükümleri" (Les dispositions relatifs à l'arbitrage dans le nouveau Code de Procédure Civile), UTTDER, 2012, p. 41.

soire y incluse nulle, la validité du contrat principal n'entraînant pas la validité de la clause compromissoire¹⁹. Dans un autre arrêt²⁰, la Cour de cassation a indiqué que: "il faut distinguer le contrat principal de la convention d'arbitrage. Alors que la convention d'arbitrage est un contrat judiciaire, le contrat principal est un contrat de droit matériel. Les deux sont donc distincts l'un de l'autre. La validité du contrat principal ne signifie pas que la convention d'arbitrage est valide et vice versa. Le sort de la convention d'arbitrage est indépendant du sort du contrat principal. La nullité de la convention d'arbitrage doit être recherchée séparément du contrat principal. La procuration constituée par la société anonyme ENKA pour Monsieur S.T. en tant que représentant de la société démontre que le contrat principal est valide comme un contrat matériel. Toutefois, la clause compromissoire stipulée à l'article 12 du contrat principal constitue un contrat judiciaire et le représentant n'ayant pas un mandat spécial pour signer la convention d'arbitrage, cette dernière doit être déclarée nulle".

En droit français, jusqu'à récemment la reconnaissance du principe de séparabilité était l'œuvre de la jurisprudence²¹. Le principe ne faisait donc l'objet d'aucune des dispositions du Code de procédure civile relatives à l'arbitrage. Le seul document officiel français qui y faisait référence était le rapport du Garde des Sceaux français qui déclarait que "les dispositions nouvelles de l'arbitrage international ne concernent que la procédure et ne remettent nullement en cause les principes maintenant bien établis par la jurisprudence de la Cour de cassation en ce qui concerne le régime juridique de l'arbitrage international. Il en est ainsi notamment de la portée de la convention d'arbitrage international, au sujet

¹⁹ Cour de cassation, 19^{ème} ch. civ., 15 novembre 1995, n° décision 9108/9685 in E. Ertekin, I. Karatas, Uygulamada i-İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi, Tanınması (L'arbitrage volontaire et la reconnaissance et l'exequatur des sentences arbitrales dans la pratique), Yetkin, 1997, p. 510.

²⁰ Cour de cassation, 13^{ème} ch. civ., 22 avril 1993, pourvoi n° 2051/3488 (décision inédite), in C. Şanlı, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (La formation des contrats commerciaux internationaux et la résolution des litiges), Beta, 2002, p. 296.

²¹ V.Y. Sayman pour l'analyse de différents arrêts français in "Fransa'da Devletin Tahkim Yoluna Gitme Olanağı" (La possibilité du recours de l'Etat à l'arbitrage en France), Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 1982, Tome 2, No 2, pp. 26-34.

de laquelle il a été jugé qu'il ne pouvait y être mis obstacle au motif que la convention principale serait nulle, que la convention d'arbitrage porterait sur un litige non encore né, qu'une telle convention aurait été conclue par un État ou une personne morale de droit public ou que les règles par application desquelles le litige devrait être tranché présenteraient un caractère d'ordre public"²².

La Cour de cassation française posait, en mai 1963 avec l'arrêt *Gosset*²³, la règle de la séparabilité de la clause compromissoire par rapport au contrat dans lequel elle est insérée. En l'espèce, un litige survient entre un importateur français de graines de semence, la société *Gosset* et un revendeur italien. Le marché comporte une clause d'arbitrage stipulant un arbitrage en France. La société *Gosset* fait valoir la nullité de la clause compromissoire en raison de sa contrariété à une interdiction d'importation. La Cour de cassation française refuse cette argumentation et affirme qu'"en matière internationale, l'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans un acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles"²⁴, qui ne sont pas alléguées en la cause, une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de l'acte".

Le principe de séparabilité de la clause compromissoire était donc affirmé en droit français, sans ambiguïté. La jurisprudence française l'avait admis par la suite de manière constante dans d'autres arrêts²⁵.

Les arrêts français précisaient bien le champ d'application de ce principe. La règle ne valait que pour l'arbitrage international. Une diffé-

²² Rapport au Premier Ministre, JCP 1981, n° 23 (suppl.), 3 juin 1981.

²³ Cour de cassation, *Gosset*, 1ère ch. civ., 7 mai 1963, Bull. civ. I., n° 246; Rev. crit. DIP 1963, p. 615, note H. Motulsky; D. 1963, p. 545, note J. Robert; JDI 1964, p. 83, note J.-D. Bredin; Gaz. Pal. 1963, 2, p. 39; JCP 1963, II, 13405, note B. Goldman; Rev. arb. 1963, p. 60, note Ph. Francescakis, Y. Sayman, op. cit., p. 31.

²⁴ La controverse sur la signification de la limite de "circonstances exceptionnelles" ne présente guère d'intérêt car la jurisprudence française ne l'a pas suivie par la suite.

²⁵ Cour d'appel de Paris, 13 décembre 1975, Menicucci, JDI 1977, p. 107, note E. Loquin; Rev. arb. 1977, p. 147, note Ph. Fouchard; Rev. crit. DIP, 1976, p. 506, note B. Oppetit; Cour de cassation 1ère ch. civ., 18 mai 1971, Impex, Rev. arb. 1972, p. 2, note Ph. Kahn; D. 1972, p. 37, note D. Alexandre; Rev. crit. DIP, 1969, p. 738, note E. Mezger; JDI 1972, p. 62, note B. Oppetit, Y. Sayman, op. cit., p. 31.

rence avait ainsi été créée entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international²⁶.

Il avait été soutenu que la séparabilité de la convention d'arbitrage en droit interne par rapport au contrat principal avait été implicitement consacrée par l'article 1466 de l'ancien Code de procédure civile sur le principe de compétence-compétence qui disposait que "si, devant l'arbitre, l'une des parties conteste dans son principe ou son étendue le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, il appartient à celui-ci de statuer sur la validité ou les limites de son investiture"²⁷. Alors qu'une autre partie de la doctrine pensait que "les interrogations relatives à l'autonomie en droit interne de la clause compromissoire ne paraissent pas majeures en l'état actuel des questions qui se posent en matière d'arbitrage en France"²⁸.

La distinction demeurait donc en droit français sur le principe de séparabilité, entre l'arbitrage interne et international.

La jurisprudence française a reconnu le principe de séparabilité en droit interne, en 1998. La Cour d'appel de Paris a décidé que:

"la clause compromissoire constitue une convention de procédure autonome et distincte de la convention principale liant les parties sur le fond du litige, qu'elle doit pouvoir être mise en œuvre indépendamment de l'existence ou de la validité du contrat principal conformément à la volonté commune des parties"²⁹.

La même formule avait été reprise par la suite³⁰ en ces termes: "la clause compromissoire présente, par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, une autonomie juridique qui exclut qu'elle puisse être affectée par l'inefficacité de cet acte"³¹.

²⁶ B. Goldman, *Juris-Classeur de DIP*, Fascicule 586-1, n° 9.

²⁷ *Idem*.

²⁸ J. B. Moreau, "Perspectives d'évolution du droit français de l'arbitrage", *Rev. arb.* 1992, p. 195 et s.

²⁹ Cour d'appel de Paris, 8 octobre 1998, *Sam*, *Rev. arb.* 1999, p. 350, note P. Ancel et O. Gout; *RTD com.* 1999, p. 844, obs. E. Loquin.

³⁰ Cour d'appel de Paris, 11 mai 2000, *Barbot*, *Rev. arb.* 2002, p. 180, obs. T. Clay

³¹ Cour de cassation, 2^{ème} ch. civ., 4 avril 2002, *Société Barbot CM c./Société Bouygues Bâtiment*, *Rec. D. Sirey*, 24 avril 2003, p. 1117-1123, note L. Degos; la même formulation a été retenue par la Chambre commerciale dans l'arrêt du 9 avril 2002, *Toulousy c/SNC Philam*.

La justification fondamentale du principe réside dans le souci d'éviter les manœuvres dilatoires d'une partie à l'arbitrage qui tenterait de mettre en échec la mise en œuvre de la convention d'arbitrage en invoquant une nullité ou une invalidité dénichée en dehors de la convention d'arbitrage. Que l'arbitrage soit interne ou international, le principe conduit à assurer une prévisibilité quant au recours à l'arbitrage. La reconnaissance du principe en matière interne apparaissait donc comme une nécessité; "quelle que soit la nature qu'ils reconnaissent, la majorité des droits internes admettent le caractère indépendant de la clause d'arbitrage, ou tout au moins une présomption dans ce sens, avec la conséquence que la clause ne suivra pas nécessairement le sort du contrat principal, en cas de nullité de ce dernier. La même solution se justifie, en quelque sorte *a fortiori*, pour l'arbitrage international pour lequel la nécessité est plus impérieuse encore de prévenir les manœuvres ou d'y répondre"³².

Avec le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011³³, entré en vigueur en France le 1^{er} mai 2011, le principe de séparabilité est intégré pour la première fois dans le Code de procédure civile et valable tant pour le droit interne qu'international. Le nouvel article 1447, alinéa 1 prévoit en effet que: "la convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci". Cela est donc une transposition du principe dégagé depuis l'arrêt *Gosset*.

La plupart des législations modernes ont adopté le principe de séparabilité. On peut citer notamment les législations espagnole³⁴, suisse³⁵, belge³⁶, néerlandaise³⁷, italienne³⁸ ainsi que les législations des pays non

³² P. Lalive, " Problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial ", RCADI, 1967, vol. 120, p. 569.

³³ Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage JORF n°0011 du 14 janvier 2011 page 777 texte n° 9.

³⁴ Article 22, al. 1 de la loi espagnole sur l'arbitrage

³⁵ Article 178. 3 de la loi suisse du DIP de 1987, R. Budin, " La nouvelle loi suisse sur l'arbitrage international ", Rev. arb. 1988, p. 51.

³⁶ Article 1690 du Code judiciaire belge.

³⁷ Article 1053 du CPC néerlandais.

³⁸ Article 808 de la loi italienne du 5 janvier 1994, P. Bernardini, " L'arbitrage en Italie, après la récente réforme ", Rev. arb. 1994, p. 483.

européens comme le code tunisien³⁹, algérien⁴⁰ et chinois⁴¹. Dans d'autres pays, comme la Colombie⁴² ou de l'Arabie Saoudite⁴³ une résistance existait, jusqu'à récemment, à la reconnaissance de ce principe. Ce n'est qu'en 2012 qu'ils l'ont incorporé dans leurs législations.

La consécration législative du principe de séparabilité par le CPC mérite quelques observations. D'abord, les rédacteurs du CPC, ne pouvaient pas, semble-t-il, garder le silence sur le principe de séparabilité aussi longtemps que leurs homologues français car la jurisprudence française était bien établie sur la question, contrairement à la jurisprudence turque.

Ensuite, on retrouve l'équivalent de l'article 412, al. 4 du CPC à l'article 4, alinéa 4 de la LAI. Mais ajoutons que même avant les modifications du CPC, rien n'interdisait au juge turc qui se prononçait sur une convention d'arbitrage du droit interne, de tirer de l'invalidité du contrat principal toutes les conséquences relatives à la convention d'arbitrage.

Enfin, la formulation de l'article 412, al. 4 du CPC et aussi de l'article 4, alinéa 4 de la LAI est exactement celle de l'article 178, alinéa 3 de la LDIP suisse⁴⁴. Ce dernier dispose que: "la validité d'une convention d'arbitrage ne peut pas être contestée pour le motif que le contrat principal ne serait pas valable ou que la convention d'arbitrage concernerait un litige non encore né".

Quant au texte turc, il prévoit que: "il ne peut être objecté à l'encontre de la convention d'arbitrage que le contrat principal n'est pas valable ni que la convention d'arbitrage concerne un différend non encore né".

Nous pouvons nous interroger sur la motivation des rédacteurs de la LAI et ensuite celle des rédacteurs du CPC à procéder à l'adoption de

³⁹ Article 61.I du Code tunisien, K. Meziou, A. Mezghani, " Le code tunisien de l'arbitrage ", Rev. arb. 1993, No 4, p. 521.

⁴⁰ Article 1040 du Code de procédure civile algérien.

⁴¹ Article 19 de la loi de la République populaire de Chine sur l'arbitrage.

⁴² V. C. Frutos-Peterson, L'émergence de l'arbitrage commercial international en Amérique latine, L'efficacité de son droit, L'Harmattan, 2003, p. 266 et s. Loi 1563 de 2012, art. 5.

⁴³ V. N. Najjar, L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international, LGDJ, 2004, p. 152 et s. Loi d'arbitrage de 2012, art. 21.

⁴⁴ Z. Akıncı, Milletlerarası Tahkim, Seçkin, 2003, p. 79.

la traduction de l'article 178, alinéa 3 de la LDIP suisse et non pas à celui de la loi-type de la CNUDCI. Ce dernier dispose qu' "une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. Le jugement par lequel l'arbitre ou le tribunal arbitral déclare nul le contrat principal n'entraîne pas par lui-même la nullité de la clause compromissoire".

Cet article envisage l'application du principe de séparabilité à toutes les clauses appartenant au contrat, y compris aux clauses compromissoires par références. La LAI et le CPC utilisent également le terme général de "convention d'arbitrage", celui-ci englobant, lui aussi, les clauses compromissoires par références.

En s'inspirant de la LDIP suisse, le législateur turc évite au moins une éventuelle erreur qui pourrait surgir d'une reprise maladroite de la disposition de la loi-type, comme c'est le cas par exemple du législateur tunisien qui a reformulé l'article 16, alinéa 1 de la loi-type de la CNUDCI à un mot près, en utilisant le verbe "insérée" au lieu de "faisant partie". Même si le code tunisien de l'arbitrage reconnaît la validité aux clauses compromissoires par références⁴⁵, une telle différence de rédaction n'empêche pas de se demander si le législateur tunisien n'envisageait l'application du principe de séparabilité de la clause compromissoire qu'à celles qui sont insérées dans le contrat à l'exclusion des clauses par références.

Le législateur turc, en reprenant l'article 178, alinéa 3 de la LDIP supprime donc toute éventualité d'une limitation inutile.

Cette notion de séparabilité bien connue est accompagnée d'une dimension accessoire, même si celle-ci est peu abordée par la doctrine dans les développements classiques consacrés à la nature de la convention d'arbitrage.

II. La séparabilité de la clause compromissoire par rapport au contrat qui la contient

La question qui a fait couler beaucoup d'encre en France, abordée très peu dans la doctrine turque⁴⁶, porte sur les raisons qui expliqueraient

⁴⁵ Article 61, alinéa 1er du Code tunisien de l'arbitrage.

⁴⁶ N. Ekşi, *Milletlerarası Deniz Ticaret Alanında Incorporation Yoluyula Yapılan Tahkim Anlaşmaları*, Beta, 2010 p. 53; N. Uluocak, "Milletlerarası Tahkim Şartının

pourquoi la convention d'arbitrage depuis longtemps admise par la doctrine et la jurisprudence comme séparable du contrat principal suivrait, dans certaines hypothèses, le sort de ce dernier.

En effet, le principe de séparabilité est assorti de la dimension accessoire de la convention d'arbitrage pour que la clause compromissoire ait la même faculté de circulation que les autres stipulations du contrat. Toutefois, le principe de séparabilité et la notion d'accessoire ne sont pas nécessairement contradictoires. La séparabilité de la clause compromissoire par rapport au contrat principal est invoquée pour en assurer la validité, et sa dépendance au contrat pour en assurer les effets.

Le mot "accessoire" rejoint la formule "l'accessoire suit le principal". Plusieurs textes du Code civil français et du Code des obligations turc font application de cette maxime en ce qui concerne les effets d'un certain nombre d'actes juridiques, comme par exemple la cession de créance prévue à l'article 1321 du Code civil français et à l'article 183 du Code des obligations turc.

Il convient de constater que le rapport d'accessoire à principal a une double origine. Il résulte, soit de la production de l'accessoire par le principal, soit de l'affectation de l'accessoire au service du principal⁴⁷. L'hypothèse qui nous intéresse ici est la seconde.

Il semble donc que le rapport d'accessoire à principal entre la clause compromissoire et le contrat principal a comme origine l'affectation de la clause compromissoire au service du contrat principal.

La clause compromissoire "s'ajoute" au contrat de fond pour un but particulier qui est de permettre aux parties de recourir à l'arbitrage en cas de différend. Le but justifie ainsi l'union entre le principal et l'accessoire. Il se trouve dépourvu d'utilité lorsque le principal est anéanti. Le caractère accessoire de la clause compromissoire découle du fait que la clause "ne semble pas pouvoir se concevoir sans un contrat de référence en contemplation duquel elle est adoptée"⁴⁸.

Alacağın Temliki ile İntikali, Fransız İçtihadı" (La cession de créance et la clause compromissoire dans la jurisprudence française", MHB 1999/2000, t. 19-20, n° 1-2, p. 991.

⁴⁷ G. Goubeau, *La règle de l'accessoire en droit privé.*, LGDJ, *Bibl. droit privé*, 1969, t. 93, préf. D. Tallon.

⁴⁸ B. Oppetit, "La clause arbitrale par référence", *Rev. arb.*, 1990, p. 558.

Comment alors concilier le caractère séparable de la clause compromissoire et son caractère accessoire ?

La logique du caractère accessoire de la clause compromissoire et du principe de séparabilité est loin d'être opposée⁴⁹. L'une des clauses du contrat peut très bien être autonome par rapport au contrat principal. La clause compromissoire peut se trouver "distincte des prestations économiques ou juridiques que se sont promises les parties" et qu'elle "peut sans altérer l'essence de la convention, en être détachée ou au contraire y être surajoutée"⁵⁰.

C'est ainsi le but poursuivi par l'accessoire qui, en principe, explique et déclenche la naissance du rapport d'accessoire à principal. Ce but dépend essentiellement de la volonté des parties⁵¹.

Il en est ainsi pour la clause compromissoire insérée par les parties dans un contrat afin qu'elle constitue une obligation de recourir à l'arbitrage pour résoudre les litiges qui pourraient s'élever lors de l'exécution ou de l'interprétation du contrat principal. Ces problèmes découlant du contrat principal vont "activer" la clause compromissoire qui doit être exécutée conformément à la volonté des parties. Ainsi, la séparabilité ne signifie pas "l'indépendance nécessaire", "elle ne sert qu'à un but: l'efficacité voulue par les parties"⁵².

Le caractère accessoire de la clause compromissoire est souvent invoqué dans le cadre d'une cession de contrat ou d'une créance née du contrat qui comporte une clause compromissoire. "Si la fonction de la clause compromissoire la distingue des clauses substantielles et la met à l'abri de certaines causes d'inefficacité qui peuvent affecter celles-ci, cette même fonction implique aussi que la clause compromissoire soit l'accessoire des clauses substantielles. Le principe *accessorium sequitur principale* doit être respecté chaque fois qu'il ne conduirait pas à rendre la clause inapplicable aux litiges que les parties ont voulu la sou-

⁴⁹ L. Aynès, note sous l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, 10 septembre 2003, Rev. arb. 2004, p. 623.

⁵⁰ J. Robert, note sous l'arrêt de la Cour de cassation, 1^{ère} ch. civ., 7 mai 1963, D. 1963, p. 546.

⁵¹ G. Goubeau, op. cit., p. 46.

⁵² P. Mayer, "Précisions sur les notions de "complète autonomie juridique" et de "validité et d'efficacité propres" de la clause compromissoire", note sous Cour d'appel de Paris, 1^{ère} ch. suppl., 28 novembre 1989 et 8 mars 1990, Rev. arb. 1990, p. 686.

mettre”⁵³. Ainsi, la clause compromissoire doit être indépendante du contrat principal, seulement sous l’angle de l’appréciation de sa validité⁵⁴.

Sauf indication contraire, la cession du contrat principal emporte bien avec elle la cession de toutes les clauses contractuelles, y compris la clause compromissoire. “On ne voit pas pourquoi l’on retrancherait du contrat une de ses clauses, alors qu’il n’existe aucune cause d’anéantissement soit du contrat en général, soit de la clause en particulier”⁵⁵.

Une autre partie de la doctrine considère pourtant que la clause compromissoire est une convention différente du contrat qui la contient⁵⁶; “elle est une convention de procédure qui est une modalité du droit d’action”. “C’est le droit d’action qui est l’objet de la convention d’arbitrage et non les droits substantiels. Or, le droit d’action est autonome par rapport au droit substantiel”⁵⁷. La convention d’arbitrage existe donc tant que le droit d’action existe. Le droit d’action pouvant survivre à l’extinction du droit substantiel qu’il sert, il ne s’éteint que par la prescription. Aussi, “la convention d’arbitrage est transmise en tant qu’accessoire du droit d’action, car le droit d’action lui-même est dans un rapport d’accessoire et de principal avec le droit substantiel qu’il sert. Il en résulte qu’il suit nécessairement le droit substantiel transmis et que dans les mécanismes de transmission de droit subjectifs, le cessionnaire acquiert la position procédurale du cédant”⁵⁸. Ainsi, nous pouvons résumer que “la clause compromissoire est l’accessoire du droit d’action, lui-même accessoire du droit substantiel”⁵⁹.

Si on adopte une conception “stricte” du principe de séparabilité, la clause compromissoire est conçue comme un véritable contrat séparé doté d’un statut juridique distinct, la séparation entre la convention d’arbitrage et le contrat principal se heurte alors à la question de sa transmission.

⁵³ L. Aynès, *op. cit.*, p. 626.

⁵⁴ P. Mayer, note sous Cour d’appel de Paris, 1ère ch. suppl., 28 novembre 1989, *op. cit.*, p. 686.

⁵⁵ P. Mayer, “La circulation des conventions d’arbitrage”, *JDI* 2005, p. 254.

⁵⁶ E. Loquin, note sous l’arrêt de la Cour d’appel du 28 janvier 1988, *JDI* 1989, p. 1021.

⁵⁷ E. Loquin, “Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l’extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises”, *Gaz. Pal.* 6 juin 2002, *Les cahiers de l’arbitrage*, n° 1, p. 11.

⁵⁸ E. Loquin, *op. cit.*, p. 12.

⁵⁹ E. Loquin, *op. cit.*, p. 11.

Le problème qui découle d'une telle conception est qu'il y aurait dans ce cas deux offres de contrat, l'une relative au contrat principal et l'autre à la clause compromissoire. Ainsi, le cessionnaire est libre de faire une ou deux acceptations, faute d'une acceptation distincte de l'offre de la convention d'arbitrage celle-ci ne serait pas conclue. Une sentence de la CCI⁶⁰ illustre le problème. En l'espèce, une partie défenderesse voulant se soustraire à l'arbitrage, prétendait que la séparabilité juridique de la clause compromissoire aurait pour effet, qu'une référence générale au contrat dans lequel elle était contenue n'emporterait pas approbation de cette clause. Puisqu'en dépit de leur coexistence dans un même document, le contrat principal et la clause compromissoire sont des actes juridiquement autonomes, la manifestation de l'accord des parties sur le contrat n'impliquerait pas un accord sur la clause compromissoire.

C'est justement pour empêcher un tel résultat que la notion d'accessoire intervient en faisant de la convention d'arbitrage un accessoire attaché au contrat de fond et inséparable de ses obligations qui forment son objet⁶¹.

En effet, la séparabilité de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal en assure la validité, sa dépendance au contrat en assure les effets.

La notion d'accessoire jugée fonctionnelle⁶², c'est l'efficacité de la convention d'arbitrage qui importe; "on invoque ainsi l'autonomie de la clause d'arbitrage lorsque l'efficacité de cette clause le réclame et on restaure le caractère accessoire de la clause lorsque, là encore, l'efficacité de la clause l'exige"⁶³.

III. Les effets du principe

La séparabilité de la convention d'arbitrage du contrat principal comporte au moins deux conséquences logiques: l'indifférence au sort du contrat principal (A) et la possibilité pour la convention d'arbitrage d'être régie par une loi distincte (B).

⁶⁰ CCI n° 4381, JDI 1986, p. 1103.

⁶¹ N. Coipel-Cordonnier, op. cit., p. 10.

⁶² J.-B. Racine, "Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international", Rev. arb., 2005, p. 316.

⁶³ Idem.

A. L'indifférence de la convention d'arbitrage au sort du contrat principal

L'effet le plus important du principe de séparabilité de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal est de prémunir la clause compromissoire des vices qui pourraient affecter le contrat principal (§1). Il reste à savoir si cette indifférence est également valable dans le cas où l'existence même du contrat est contestée (§2).

1. En cas de causes d'invalidité affectant le contrat principal

Si l'efficacité de la clause n'est pas protégée, notamment en la détachant du sort du contrat principal, "l'arbitrage risquerait de conduire aux mêmes difficultés et aux mêmes aléas qu'une procédure judiciaire internationale, en exigeant des parties un long débat préliminaire sur l'existence et la validité de la convention d'arbitrage"⁶⁴.

La clause compromissoire doit indiscutablement être indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient.

Il en résulte que la nullité, la résolution ou la novation du contrat principal n'impliquent pas, en principe, la nullité de la clause compromissoire.

La doctrine turque⁶⁵ estime qu'il faut vérifier la cause de la nullité du contrat principal afin de savoir si celle-ci entraîne ou non la nullité de la clause compromissoire. Un contrat annulé pour cause de contrariété à l'ordre public impliquerait la nullité de la clause compromissoire⁶⁶. Selon l'article 26 du Code des obligations turc, l'objet d'un contrat peut être librement déterminé, dans les limites de la loi. La loi exclut néanmoins le contrat qui est contraire aux bonnes mœurs, à l'ordre public et aux droits attachés à la personnalité. Est admis contraire à l'ordre public, un contrat pouvant avoir pour effet d'empêcher la concurrence par

⁶⁴ J.-P. Ancel, " L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire " in Travaux Comité français DIP 1991-1992, p. 81.

⁶⁵ T. Kalpsüz, " Tahkim Anlaşması ", op. cit., p. 1040, C. Şanlı, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (La formation des contrats commerciaux internationaux et la résolution des litiges), Beta, 2011, p. 254.

⁶⁶ T. Kalpsüz, İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları (Les principes essentiels de l'arbitrage dans les contrats de construction), Banka ve Tic. Huk. Araş. Enstitüsü, Ankara, 1996, p. 362.

exemple⁶⁷. La jurisprudence turque⁶⁸ admet aussi que la désignation des arbitres laissée à l'initiative seulement de l'une des parties est contraire à l'ordre public.

La contrainte physique ou morale⁶⁹ conduirait à l'annulation de toutes les clauses contractuelles, y compris la clause compromissoire⁷⁰. Selon l'article 37 du Code des obligations turc "si l'une des parties a contracté sous l'empire d'une crainte fondée que lui aurait inspirée sans droit l'autre partie ou un tiers, elle n'est point obligée".

Lorsqu'il s'agit de l'erreur commise par l'une des parties sur une qualité substantielle de la chose objet du contrat, la clause compromissoire n'est pas directement atteinte, et doit être considérée comme valable indépendamment du sort des autres clauses, afin que ce sort puisse être déterminé par voie d'arbitrage conformément à la volonté des parties⁷¹.

D'autres cas limitant la séparabilité de la convention d'arbitrage peuvent apparaître, notamment lorsqu'il existe des vices communs au contrat principal et à la clause compromissoire entraînant la nullité de l'un et de l'autre comme dans les cas du défaut de capacité juridique des parties⁶⁷ ou de l'absence de consentement de l'une des parties.

Une autre question qui a fait l'objet de discussion résidait dans l'application de l'article 27, alinéa 2 du Code des obligations turc en matière d'arbitrage. Cette disposition prévoit que: "si le contrat n'est vicié que dans certaines de ses clauses, ces clauses sont seules frappées de nullité, à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que le contrat n'aurait pas été conclu sans elles".

⁶⁷ A. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Droit des obligations, dispositions générales), Turhan, 2013, p. 95.

⁶⁸ Cour de cassation, décision no 2002/1955-2002/2791 du 28 mars 2002, www.kazancı.com, dernier accès le 26 mars 2018.

⁶⁹ V. infra, n° 324, TGI de Beyoğlu, 30 novembre 1999, décision n° 1999/407, 1999/508.

⁷⁰ P. Mayer, op. cit., p. 365, B. Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (Code de Procédure Civile commenté), Yetkin, 2014, p. 1216. A. C. Budak, "Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkim Hükümleri" (Les dispositions relatives à l'arbitrage dans le nouveau Code de Procédure Civile), *UTTDER*, Tome I, No 1, 2012, p. 42.

⁷¹ P. Mayer, idem.

Cet article régleme, d'après une partie de la doctrine⁷², la nullité des clauses du contrat et l'intention des parties de conclure un contrat en l'absence d'une des ces clauses. Son application en matière arbitrale n'est donc pas possible car le principe de séparabilité cherche à savoir si la nullité du contrat implique celle de la clause compromissoire et non l'inverse. A notre sens, cet article signifie que dès lors que la clause nulle n'est pas une clause essentielle du contrat, ce dernier demeure valable. Or, les parties peuvent lier le sort du contrat à celui de la clause compromissoire, en particulier en matière internationale, où la garantie d'un tel mode de règlement de litiges peut être légitimement considéré par les contractants comme une condition essentielle de leur accord.

En ce qui concerne la résolution du contrat principal, celle-ci ne doit pas avoir effet sur la convention d'arbitrage.

Conformément au principe de séparabilité, les litiges se rattachant au contrat antérieurement à sa rupture peuvent survenir après cette rupture. La convention d'arbitrage devrait pouvoir s'appliquer à de tels litiges. C'est la conséquence classique du principe et donc la clause compromissoire peut survivre à la fin du contrat.

De plus, la rupture du contrat n'épuise pas nécessairement tous les effets du contrat, comme ceux des restitutions⁷³. Ici aussi, la convention d'arbitrage survit.

⁷² T. Kalpsüz, *İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları*, op. cit., p. 362.

⁷³ En droit turc la résolution se réalise après une certaine procédure, car la résolution n'a pas un caractère judiciaire ce qui rend la résolution turque plus compliquée qu'en droit français. Selon l'article 106, alinéa 1 du Code des obligations turc, "lorsque dans un contrat bilatéral, l'une des parties est en demeure, l'autre peut lui fixer ou lui faire fixer par le juge un délai convenable pour s'exécuter". Ainsi, ce n'est qu'après ce délai que le contractant peut déclarer la résolution, car les parties ne doivent pas se délier de leur engagement si facilement. Dans la doctrine turque, il y a trois idées sur l'effet juridique de la résolution (T. Öz, "İsviçre Federal Mahkemesi'nin Sözleşmeden Dönmeye Aynî Etki Tanıyan İçtihadı Üzerine", *Mukayeseli Hukuk Araştırma Dergisi*, 1996, n° 20). Selon la théorie classique, la résolution est rétroactive. Les obligations qui ne sont pas exécutées sont éteintes, les prestations qui l'ont déjà été doivent être restituées. Si la prestation a consisté en une prestation de service ou de jouissance d'une chose, elle ne peut pas être restituée en nature, du coup, il faut remettre l'équivalent en valeur. Selon la théorie rapport de restitution, la thèse précédente ne peut être retenue que dans les cas où le contrat n'a pas été du tout été exécuté ou à l'égard des obligations qui n'ont pas été exécutées. La résolution produit des effets comme en cas d'une extinction du contrat

En ce sens, la Cour de cassation française⁷⁴ a retenu la survie de la clause compromissoire malgré la rupture du contrat. En l'espèce, un litige était né après la rupture du contrat principal constaté par la sentence arbitrale pour des paiements de prestations postérieures à la rupture. La Cour de cassation a approuvé le pourvoi, ce dernier se basant sur la séparabilité de la clause compromissoire pour en déduire que la rupture du contrat ne privait pas pour autant la clause de ses effets à l'avenir.

Dans une autre affaire, la société *NBC.i*, aux droits de laquelle vient la société américaine *NBC*, a signé un accord avec les demandeurs concernant la vente par ces derniers de leurs actions de la société *Xoom.fr*. La vente ne s'étant pas réalisée, les demandeurs ont reproché à la société *NBC* d'être responsable de la déconfiture de la société *Xoom.fr*, et l'ont assignée en paiement de dommages et intérêts. Le TGI de Nanterre a rejeté l'exception d'incompétence au profit du tribunal arbitral désigné à l'article 11 du contrat et s'est déclaré compétent en retenant que "le contrat a été annulé le 15 avril 2000 de par la volonté des parties et que la clause compromissoire est elle-même frappée de nullité ou de caducité comme le contrat lui-même, de sorte que c'est à bon droit que les premiers juges ont refusé d'appliquer cette clause compromissoire".

La Cour de cassation française⁷⁵ a censuré cette décision des juges du fond. Selon elle: "en se déterminant ainsi, par des motifs impropres à établir le caractère manifeste de la nullité ou de l'inapplicabilité de la clause d'arbitrage, seule de nature à faire obstacle à la compétence arbitrale, et alors qu'en application du principe de validité de la convention d'arbitrage et de son autonomie en matière internationale, la nullité non plus que l'inexistence du contrat qui la contient ne l'affectent, la Cour d'appel a violé les principes régissant l'arbitrage".

La clause compromissoire doit survivre à la novation. C'est dans ce sens que la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation ont jugé: "la

qui transforme le rapport contractuel en un nouveau rapport appelé rapport de restitution. Les obligations de restitutions doivent être exécutées de façon concomitante par les parties. L'autre thèse prétend que l'effet de la résolution est *ex nunc* et les obligations de restitutions naissent de la loi de l'article 125 du COT.

⁷⁴ Cour de cassation, 1ère ch. civ., 16 juin 1993, Rev. arb. 1994, p. 212, note D. Cohen.

⁷⁵ Cour de cassation, 1ère ch. civ., 11 juillet 2006, n° 04-14.950, note S. Doireau, Rev. Lamy D. civ., octobre 2006, n° 31, p. 14; note P. Callé, JCP G, novembre 2006, n° 46, p. 2117.

clause compromissoire possède une complète autonomie et que, dès lors que, la novation ou la transaction intervenue sur la convention contenant la clause compromissoire ne peut avoir pour effet de priver d'efficacité la clause compromissoire insérée dans le contrat"⁷⁶.

Cette solution a été critiquée par une partie de la doctrine⁷⁷, en raison de l'effet extinctif de la novation: "l'extinction du droit substantiel éteint le droit d'action qui l'accompagne et la convention d'arbitrage qui l'affecte. Le droit subjectif nouveau issu de la novation renaît avec un droit d'action qui lui est propre. Seul un nouvel accord de volonté peut l'affecter d'une clause compromissoire"⁷⁸.

D'autres, se référant au principe de séparabilité soutiennent la solution de la jurisprudence et affirment qu'il ne faut pas se préoccuper de l'éventuelle contagion de l'extinction sur la clause compromissoire⁷⁹. La solution de la jurisprudence française a été adoptée dans un arbitrage CCI⁸⁰, impliquant des parties turques et dans lequel la place d'arbitrage était Istanbul et le droit applicable était le droit turc. Dans cette affaire, les arbitres, dont deux turcs et un français, ont été saisis dans le cadre de l'exécution d'un contrat de licence signé entre un opérateur de télécommunication mobile, X, et une personne morale turque de droit public, Y, lesquelles avaient conclu dans un contrat supplémentaire une clause compromissoire. Suite aux changements législatifs (loi n° 4673 modifiant la loi sur le télégraphe et le téléphone), le pouvoir d'attribution des licences de Y a été confié à une autorité administrative indépendante de télécommunications, Z. Selon cette loi, les opérateurs qui avaient signé des contrats de concession avec Y étaient obligés de renouveler leurs services ou leurs contrats de concession avec Z.

Suite à un différend survenu, X a saisi les arbitres.

⁷⁶ Cour d'appel de Paris, 4 mars 1987, Rev. arb. 1987, p. 167, note Ch. Jarrosson; Cour de cassation, 1^{ère} ch. civ., 10 mai 1988, Rev. arb. 1988, p. 679, note Ch. Jarrosson.

⁷⁷ E. Loquin, " Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises ", Gaz. Pal. 6 juin 2002, Les cahiers de l'arbitrage, n° 1, p.7.

⁷⁸ E. Loquin, idem.

⁷⁹ Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, Traité de l'arbitrage international, Litec, 1996, n° 730.

⁸⁰ Sentence inédite. Sentence obtenue et utilisée par l'autorisation des parties à la procédure d'arbitrage, procédure ayant lieu en 2008 à Istanbul.

Z soutenait qu'elle n'était pas partie au contrat de licence et au contrat supplémentaire et donc qu'elle n'était pas liée par la clause compromissoire. Les arbitres ont déclaré que: "le contrat de licence a été renouvelé entre les parties conformément à la loi sur les télécommunications et qu'en matière d'arbitrage international le transfert de la clause compromissoire est automatique en cas de novation, aucune acceptation formelle n'étant demandée. Z en continuant à exercer et à superviser des activités de télécommunications en vertu du contrat de concession (c'est-à-dire le contrat de licence renouvelé), tout en sachant que celui-ci comportait une clause compromissoire, doit donc être admise comme partie à la convention d'arbitrage".

Le tribunal arbitral a donc décidé dans le sens de la jurisprudence française en admettant que la clause compromissoire devait survivre à la novation.

2. En cas d'inexistence du contrat principal

L'article 412, alinéa 4 du CPC et l'article 4, alinéa 4 de la LAI n'envisagent expressément que l'invalidité et non l'inexistence du contrat principal. C'est dans ce sens qu'un arrêt de la Cour de cassation avait statué⁸¹.

Dans cet arrêt, le demandeur avait saisi les juges pour la constatation de l'inexistence d'un contrat de prestation de service entre les parties faute de rencontre de l'offre et de l'acceptation.

En l'espèce, le demandeur avait passé une commande de fournitures de systèmes de préchauffage pour dix fours de la raffinerie de pétrole d'Izmit. Le défendeur lui avait informé de son accord de principe mais avait proposé d'autres conditions. Le demandeur avait refusé cette contre-offre par une lettre. Par la suite, le défendeur pour lequel le contrat avait été formé, saisit les arbitres siégeant en France conformément à l'article 10 du contrat. Le demandeur soutient devant les juges que la clause compromissoire ne pouvait produire ses effets car aucun contrat n'avait été formé entre les parties.

La Cour de cassation s'est déclarée compétente après avoir affirmé que: "selon les documents, le défendeur en proposant ses conditions

⁸¹ Cour de cassation, 15^{ème} ch. civ., 19 février 1990, pourvoi n° 5255/679 in E. Ertekin, İ. Karataş, op. cit., p. 504.

avait refusé l'offre du demandeur particulièrement en ce qui concerne la charge technique du projet de fourniture des systèmes de préchauffage alors que ce dernier constituait l'un des éléments essentiels du contrat. Faute d'échange de consentements à ce sujet, le contrat n'a jamais existé et par conséquent la clause compromissoire ne pourra produire ses effets”.

La Cour de cassation turque avait donc pris position en faveur de la thèse selon laquelle la clause compromissoire ne peut survivre à l'inexistence du contrat principal.

Dans le même sens, Sanders⁸² a suggéré que si la convention d'arbitrage n'était pas affectée par la nullité du contrat principal, elle le serait par son inexistence. Il affirme qu'il y aurait “une exception importante au principe d'autonomie, au cas où l'existence même du contrat est contestée (...) car l'incompétence des arbitres est alors en cause. S'il n'y a pas de contrat du tout, le fondement juridique des pouvoirs de l'arbitre, qui réside dans la clause compromissoire insérée au contrat fait également défaut”. Un auteur⁸³ pour appuyer sa thèse s'est basé sur l'article 16, alinéa 1 de la loi-type de la CNUDCI qui envisage uniquement la nullité et non l'inexistence du contrat.

En effet, si on admet l'indépendance de la convention d'arbitrage du contrat principal inexistant, on va bien au-delà du principe posé par la jurisprudence *Gosset*⁸⁴. Cette consécration a pour conséquence de libérer la clause compromissoire de toute emprise du contrat principal. On pourrait alors conclure qu'une clause compromissoire pourrait ne se rapporter à aucun contrat déterminé⁸⁵. Pourtant le principe n'intervient qu'au niveau de la formation de la convention d'arbitrage et la formation est étroitement liée au contrat principal⁸⁶. L'inexistence du contrat principal suppose l'absence totale du consentement. Celle-ci concerne aussi bien le contrat principal que la convention d'arbitrage.

⁸² P. Sanders, “L'autonomie de la clause compromissoire” in *Hommage à Frédéric Eisemann, Chambre de Commerce Internationale, Liber Amicorum*, 1978, p. 34.

⁸³ A. Broches, *Handbook IV, UNCITRAL*, n° 15-16.

⁸⁴ Cour de cassation, 1ère ch. civ., *Gosset*, 7 mai 1963, arrêt précité.

⁸⁵ M.-L. Niboyet, note sous l'arrêt de la Cour de cassation 1ère ch. civ., décembre 1988, *JDI* 1990, p. 140.

⁸⁶ J.-P. Ancel, “L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire”, *op. cit.*, p. 96.

Comment les parties auraient-elles pu se lier relativement à un arbitrage ayant pour objet un contrat qui n'a jamais été consenti ? Il ne peut y avoir indépendance de la clause par rapport au contrat car il n'existe aucune convention.

Il a été également soutenu que le principe de séparabilité "ne saurait justifier la compétence de l'arbitre dans l'hypothèse où le contrat est inexistant, et en conséquence, la clause compromissoire dépourvue d'objet"⁸⁷.

La jurisprudence française s'est orientée d'abord vers la consécration de l'indépendance totale. Ainsi, la Cour d'appel de Paris en 1990 dans l'arrêt *Ducler*⁸⁸ a affirmé que: "la clause compromissoire possède une complète autonomie juridique à l'égard de la convention principale dont l'inexistence ou la nullité n'ont aucun effet sur elle".

La Cour de cassation⁸⁹ a ensuite étendu cette séparabilité dans l'arrêt *Navimpex* au cas où le contrat principal n'était pas entré en vigueur, à défaut de remise par la société vendeuse d'une lettre de garantie.

Cette immunisation⁹⁰ totale de la clause compromissoire, a été freinée par la Cour de cassation française avec l'arrêt *Cassia*⁹¹ dans lequel la séparabilité de la convention d'arbitrage a été refusée pour une clause compromissoire contenue dans un contrat paraphé mais non signé.

Dans cet arrêt, la Cour a annoncé que l'autonomie de la clause "trouve sa limite dans l'inexistence, en la forme de la convention d'arbitrage" qui contiendrait la clause invoquée. Elle ajoute que cette existence de la convention doit nécessairement s'apprécier d'après la loi qui, selon les principes du droit international privé, en régit la forme.

La solution selon laquelle la clause compromissoire ne pourrait survivre à l'inexistence du contrat principal n'a pas été soutenue⁹² car une telle solution remet en cause le principe même de la séparabilité de

⁸⁷ P. Sanders, "L'autonomie de la clause compromissoire", op. cit., p. 31.

⁸⁸ Cour d'appel de Paris, 28 novembre 1989, Rev. arb. 1990, p. 675, note P. Mayer.

⁸⁹ Cour de cassation, 1^{ère} ch. civ., 6 décembre 1988, *Navimpex* Bull. I, n° 343, p. 233, JDI 1990, p. 134, note M.-L. Niboyet.

⁹⁰ P. Ancel, " L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire ", Travaux du comité français de DIP, 1991-1992, p. 84.

⁹¹ Cour de cassation, 1^{ère} ch. civ., 10 juillet 1990, *Cassia*, Rev. crit. DIP 1991, p. 825; Rev. arb. 1990, p. 851, J.-H Moitry, C. Vergne, JDI 1992, p. 168, E. Loquin.

⁹² E. Gaillard, Juris-classeur, DIP, Fasc. 586-1, n° 23.

la clause compromissoire et qu'il faut condamner toute distinction entre inexistence et nullité. La clause compromissoire, ne pourrait pas, à suivre cette solution, connaître un sort autonome, dès lors que la convention principale est inexistante en la forme. Or, le principe d'autonomie a pour but de faire échapper la convention d'arbitrage au sort du contrat principal. Le principe lui-même serait donc anéanti.

Rappelons que les principaux règlements d'arbitrage⁹³ reconnaissent le principe de séparabilité de la convention d'arbitrage même en cas d'inexistence du contrat principal⁹⁴.

L'article 6, alinéa 9 du Règlement de la Chambre du commerce internationale dispose que: "À moins qu'il n'en ait été convenu autrement, l'allégation de nullité ou d'inexistence du contrat n'entraîne pas l'incompétence du tribunal arbitral dès lors que ce dernier retient la validité de la convention d'arbitrage. Le tribunal arbitral reste compétent, même en cas d'inexistence ou de nullité du contrat, pour déterminer les droits respectifs des parties et statuer sur leurs demandes et moyens".

En ce sens, dans une sentence arbitrale CCI⁹⁵, le tribunal s'est fondé sur l'autonomie de la clause compromissoire pour justifier sa compétence malgré l'absence d'entrée en vigueur Franceun contrat: "en raison de l'autonomie de la convention d'arbitrage, les parties qui peuvent en réclamer le bénéfice sont en droit de s'en prévaloir, même si le contrat dans lequel elle figure n'est pas entré en vigueur, dès lors que le différend qui les oppose est lié au fait que ledit contrat a été conclu".

B. La séparabilité de la convention d'arbitrage par rapport à la loi étatique applicable au contrat principal

La clause compromissoire et le contrat principal peuvent, théoriquement, être régis par des règles de natures et d'origines différentes. Mais cette conséquence du principe de séparabilité a souvent peu d'intérêt pratique. En effet, il est rare que les parties envisagent lors de la

⁹³ Article 23, alinéa 1er du Règlement de la CNUDCI; article 7, alinéa b du Règlement de l'AAA; article 23, alinéa 2 du Règlement de la LCIA.

⁹⁴ V. M. Erkan, "Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Tome XVII, 2013, no 1-2, p. 549.

⁹⁵ CCI n° 6519, 1991, JDI 1991, p. 1065, obs. Y. Derains.

conclusion de la convention d'arbitrage que cette dernière soit régie par une autre loi que celle qui s'applique au contrat.

Le principe de séparabilité ne signifie pas seulement l'indifférence du sort de la convention d'arbitrage de celui du contrat principal mais aussi que ces deux éléments peuvent être régis par des lois différentes.

À cet égard, l'article 3, alinéa 1 du Règlement (CE) N° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) précise que:

“Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat”⁹⁶.

La diversité des lois applicables à la convention d'arbitrage et au contrat, découle de l'article V, 1, a de la Convention de New York selon lequel la convention d'arbitrage a sa propre loi: celle choisie par les parties ou à défaut, celle de la loi du siège d'arbitrage.

En effet, l'intérêt de la soumission de la clause compromissoire à une autre loi que le contrat principal est évident; “la soumission de la clause compromissoire à une loi différente procéderait du souci de faire échapper la clause compromissoire à l'invalidité, qui pour une raison ou une autre risque de l'atteindre”⁹⁷.

Le plus souvent, le contrat principal et la clause compromissoire sont gouvernés par une même loi parce qu'ils obéissent à des facteurs communs de localisation juridique. Cela est pour certains auteurs “la simple conséquence de fait qu'une identité d'indices conduit à localiser deux actes autonomes dans un même système juridique”⁹⁸.

Ainsi, la soumission de la question de la validité de la clause et de celle du contrat à deux lois différentes serait inopportune parce qu'elle conduirait à une séparation automatique chaque fois que les deux lois conduisent à des résultats différents. “Ne serait-il pas curieux, par exemple, de déclarer prescrite l'action en nullité du contrat principal

⁹⁶ Il faut cependant préciser que la convention d'arbitrage a été exclue du champ d'application de la convention (art. 1, 2, e).

⁹⁷ B. Oppetit, note sous l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 19 juin 1970, Hecht c/Société Buisman's, JDI 1971, p. 840.

⁹⁸ Y. Derains, note sous CCI n° 4392 rendue en 1983, JDI 1983, p. 907.

pour dol, absence de pouvoir ou absence de consentement, cependant que la clause compromissoire serait annulée pour la même cause, la prescription prévue par la loi y applicable étant plus longue ?”⁹⁹.

En l’absence de choix exprès par les parties, on identifie d’une façon générale la loi applicable à la convention d’arbitrage par une référence systématique à la loi qui régit le contrat principal. Mais cette approche serait de nature à remettre en question le principe de séparabilité de la convention d’arbitrage par rapport au contrat principal qui milite en faveur de l’application d’une loi qui n’est pas nécessairement celle qui régit ce dernier.

Dans la même perspective, la sentence arbitrale rendue en 1982 déclare que: “les sources de droit applicable pour la détermination de la portée et des effets de la clause compromissoire instituant un arbitrage international ne se confondent pas nécessairement avec le droit applicable au fond du litige déféré à cet arbitrage; que si cette loi et ces règles de droit peuvent, dans certains cas, concerner aussi bien le fond du litige que la clause compromissoire, il est parfaitement possible que dans d’autres cas, celle-ci soit régie, en raison de son autonomie –qui concerne non seulement sa validité, mais aussi sa portée et ses effets- par des sources de droit qui lui sont propres, distinctes de celles qui gouvernent le fond du litige”¹⁰⁰.

La Cour d’appel de Paris, dans son arrêt du 25 janvier 1972¹⁰¹ affirmait également que “l’exécution de l’accord compromissoire n’obéit pas nécessairement à la loi qui régit (le contrat dans lequel il figure)”. Cette jurisprudence fut confirmée par la suite¹⁰².

La jurisprudence turque antérieure à la LAI, pour déterminer la loi applicable à la convention d’arbitrage, ne se référait pas à la loi qui régit le contrat principal comme un élément de rattachement mais retenait celle du siège du tribunal arbitral, conformément à la Convention de New York¹⁰³.

⁹⁹ P. Mayer, “La circulation des conventions d’arbitrage”, op. cit., p. 368.

¹⁰⁰ Sentence CCI n° 4131 rendue en 1982, JDI 1983, p. 899, obs. Y. Derains.

¹⁰¹ Cour d’appel de Paris, 25 janvier 1972, Rev. arb. 1973, p. 158, Ph. Fouchard.

¹⁰² Cour d’appel de Paris, 8 mars 1990, Rev. arb. 1990, p. 675, P. Mayer; Rev. crit. DIP, 1991, p. 818; Cour de cassation, 1^{ère} ch. civ, Sonetex, 3 mars 1992, Rev. arb. 1993, p. 273, P. Mayer; JDI 1993, p. 140, B. Audit; RTD Com. 1993, p. 647 E. Loquin.

¹⁰³ Cour de cassation, 19^{ème} ch. civ., 15 novembre 1995, n° décision 9108/9685, citée in E. Ertekin, I. Karatas, op. cit., p. 510, V. supra, n° 61.

La LAI dispose clairement le principe de la séparabilité de la convention d'arbitrage et déclare à l'article 4, alinéa 3 qu'à défaut de la loi applicable à la convention d'arbitrage choisie par les parties, c'est le droit turc qui trouve application.

Conclusion

Le principe de séparabilité est le principe fondamental du droit de l'arbitrage interne et international. Ce principe admet que la convention d'arbitrage n'est pas atteinte par les causes d'invalidité du contrat principal comme la nullité, la résolution ou la novation, car elle a un objet particulier de nature processuelle et elle porte sur le droit d'action. C'est d'ailleurs le tribunal arbitral qui doit examiner la validité du contrat principal suivant le principe de compétence-compétence. Le droit turc n'a adopté le principe de séparabilité explicitement qu'après la promulgation de la LAI et plus tard par le CPC. Auparavant les réformes, la Cour de cassation turque admettait que la clause compromissoire était un accessoire du contrat principal et l'annulait en cas d'invalidité du contrat principal. En matière internationale, la Cour appliquait le principe en défaveur de la validité de la clause compromissoire, contrairement au droit français qui a établi fermement le principe dans sa jurisprudence, depuis l'arrêt Gosset. Il en est autrement dans le cas où l'existence même du contrat est contestée. La jurisprudence et la doctrine turque n'admettent pas la séparabilité de la convention d'arbitrage en cas d'inexistence du contrat principal alors que la doctrine est partagée en droit français. Quant à la jurisprudence française, elle s'est d'abord orientée vers la consécration de l'indépendance totale de la clause compromissoire pour ensuite limiter le principe de séparabilité en cas d'inexistence du contrat principal. Toutefois, les principaux règlements d'arbitrage reconnaissent le principe de séparabilité de la convention d'arbitrage même en cas d'inexistence du contrat principal.

Le principe de séparabilité ne signifie pas seulement l'indifférence du sort de la convention d'arbitrage de celui du contrat principal mais aussi que ces deux éléments peuvent être régis par des lois différentes. Mais cette conséquence a souvent peu d'intérêt pratique car il n'est pas fréquent que les parties envisagent lors de la conclusion de la convention d'arbitrage que cette dernière soit régie par une autre loi que celle qui s'applique au contrat.

Le caractère accessoire de la clause compromissoire est étudié par la doctrine française mais abordé très peu dans la doctrine turque. Le principe de séparabilité est assorti de la dimension accessoire de la convention d'arbitrage pour que la clause compromissoire ait la même faculté de circulation que les autres stipulations du contrat. Selon la doctrine française, la clause compromissoire doit être indépendante du contrat principal, seulement sous l'angle de l'appréciation de sa validité.

En effet, le principe de séparabilité s'avère très important quant à la validité de la convention d'arbitrage, puisqu'il renforce la convention d'arbitrage et la rend plus efficace. Le droit turc admet aujourd'hui expressément le principe de séparabilité dans la LAI et aussi dans le CPC et favorise la validité de la convention d'arbitrage ainsi que son efficacité. Cette évolution du droit de l'arbitrage contribue à améliorer l'environnement juridique en la matière et promouvoir l'arbitrage. Évidemment, le droit turc de l'arbitrage doit encore s'améliorer et s'adapter aux développements économiques. Mais il va se construire au fil des années en particulier grâce à la jurisprudence turque. Il ne faut pas oublier que "la mise en place de cet arsenal juridique défensif (qu'est l'arbitrage), ne s'est naturellement pas faite en un jour"¹⁰⁴. Dès lors, il n'est pas surprenant que la Turquie devienne dans un avenir très proche une place d'arbitrage importante.

Bibliographie

Alangoya Y., *Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi* (Le régime juridique de l'arbitrage et les voies de recours contre les décisions arbitrales en droit turc de la procédure civile), *Fakülterler Matbaası*, 1973.

Akıncı Z., *Milletlerarası Tahkim*, Seçkin, 2003.

Ancel J.-P., "L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire" in *Travaux Comité français DIP 1991-1992*, p. 81.

Ancel P., "L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire", *Travaux du comité français de DIP, 1991-1992*, p. 84.

Ay Chelli E., "Le Principe de compétence-compétence en droit turc de l'arbitrage", *Law and Justice*, 2015, p. 1.

¹⁰⁴ T. Clay, "L'efficacité de l'arbitrage", *op. cit.*, p. 4.

Aynès L., note sous l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, 10 septembre 2003, Rev. Arb. 2004, p. 623.

Bernardini P., "L'arbitrage en France, après la récente réforme", Rev. Arb. 1994, p. 483.

Broches A., Handbook IV, UNCITRAL, n° 15-16.

Budak A. C., "Yeni Hukuk Muhakameleri Kanunu'nun Tahkim Hükümleri" (Les dispositions relatives à l'arbitrage dans le nouveau Code de Procédure Civile), UTTDER, Tome I, No 1, 2012, p. 31.

Budin R., "La nouvelle loi suisse sur l'arbitrage international", Rev. Arb. 1988, p. 51.

Clay T., "L'efficacité de l'arbitrage", Pet. Aff., 2 oct. 2003, n° 197.

Derains Y., note sous CCI n° 4392 rendue en 1983, JDI 1983, p. 907.

Dimolitsa A., "Autonomie et 'Kompetenz-Kompetenz'", Rev. Arb. 1998, p. 305.

Ekşi N., Milletlerarası Deniz Ticaret Alanında Incorporation Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları, Beta, 2010.

Erkan M., "Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Tome XVII, 2013, no 1-2, p. 535.

Ertekin E., Karatas I., Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi, Tanınması, Yetkin, 1997.

Esen E., "Hakem Kararlarının Tenfizi ve İptali Davalarında Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Vasıtasıyla Yapıldığı İtirazı ve Konuya İlişkin 11.10.2000 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı", MHB, Année 2003, 23, no 1-2, p. 399.

Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B., Traité de l'arbitrage international, Litec, 1996.

Frutos-Peterson C., L'émergence de l'arbitrage commercial international en Amérique latine, L'efficacité de son droit, L'Harmattan, 2003.

Gaillard E., Juris-classeur, DIP, Fasc. 586-1, n° 23.

Goldman B., Juris-Classeur de DIP, Fascicule 586-1, n° 9.

Goubeau G., La règle de l'accessoire en droit privé, LGDJ, Bibl. droit privé, 1969, t 93, préf. D. Tallon.

Kalpsüz T., "Tahkim Anlaşması", Mélanges Ünal Tekinalp, Tome II, 2003, p. 1042.

Kalpsüz T., İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları, Banka ve Tic. Huk. Araş. Enstitüsü, 1996.

Kassis A., *L'autonomie de l'arbitrage commercial international, le droit français en question*, Harmattan, 2006.

Kılıçoğlu A., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan, 2013.

Lalive P., "Problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial", *RCADI*, 1967, vol. 120, p. 569.

Loquin E., "Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises", *Gaz. Pal.* 6 juin 2002, *Les cahiers de l'arbitrage*, n° 1, p.7.

Loquin E., note sous l'arrêt de la Cour d'appel du 28 janvier 1988, *JDI* 1989, p. 1021.

Loquin E., "Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises", *Gaz. Pal.* 6 juin 2002, *Les cahiers de l'arbitrage*, n° 1, p. 11.

Mayer P., "L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence", *Recueil des cours, Académie de droit international de la Haye*, 1989, Tome 217, n° 110.

Mayer P., "Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire", *Rev. Arb.* 1998, s. 360.

Mayer P., "La circulation des conventions d'arbitrage", *JDI* 2005, p. 254.

Mayer P., "Précisions sur les notions de "complète autonomie juridique" et de "validité et d'efficacité propres" de la clause compromissoire", note sous Cour d'appel de Paris, 1^{ère} ch. Suppl., 28 novembre 1989 et 8 mars 1990, *Rev. Arb.* 1990, p. 686.

Meziou K., Mezghani A., "Le code tunisien de l'arbitrage", *Rev. Arb.* 1993, No 4, p. 521.

Moreau J. B., "Perspectives d'évolution du droit français de l'arbitrage", *Rev. Arb.* 1992, p. 195.

Najjar N., *L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international*, LGDJ, 2004.

Niboyet M.-L., note sous l'arrêt de la Cour de cassation 1^{ère} ch. Civ., décembre 1988, *JDI* 1990, p. 140.

Oppetit B., "La clause arbitrale par référence", *Rev. Arb.*, 1990, p. 558.

Oppetit B., note sous l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 19 juin 1970, *Hecht c/Société Buisman's*, *JDI* 1971, p. 840.

Öz T., “İsviçre Federal Mahkemesi'nin sözleşmeden dönmeye aynî etki tanıyan içtihadı üzerine” (Commentaire de l'arrêt du Tribunal Fédéral Suisse attribuant un effet réel à la résolution du contrat), *Mukayeseli Hukuk Araştırma Dergisi*, 1996, n° 20, p. ???

Racine J-B., “Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international”, *Rev. Arb.*, 2005, p. 316.

Rapport au Premier Ministre, *JCP* 1981, n° 23 (suppl.), 3 juin 1981.

Robert J., note sous l'arrêt de la Cour de cassation, 1^{ère} ch. Civ., 7 mai 1963, *D.* 1963, p. 546.

Sanders P., “L'autonomie de la clause compromissoire” in *Homage à Frédéric Eisemann, Chambre de Commerce Internationale, Liber Amicorum*, 1978, p. 34.

Sayman Y., “Fransa'da devletin tahkim yoluna gitme olanağı” (La possibilité du recours de l'Etat à l'arbitrage en France), *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 1982, Tome 2, No 2, p. 26.

Şanlı C., *Uluslararası ticari akitlerin hazırlanması ve uyumlulukların çözüm yolları*, Beta, 2002.

Şanlı C., *Uluslararası ticari akitlerin hazırlanması ve uyumlulukların çözüm yolları*, Beta, 2011.

Taşkın A., “Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Hüküm Vermesi”, *Mélanges Ihsan Tarakçıoğlu*, Ankara, 1999, p. 115.

Uluocak N., “Milletlerarası Tahkim Şartının Alacağın Temliki ile İntikali, Fransız İçtihadı”, *MHB* 1999/2000, t. 19-20, n° 1-2, p. 991.

Umar B., *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi (Code de Procédure Civile commenté)*, Yetkin, 2014,

Üstündağ S., *Medeni Yargılama Hukuku (Le droit de la procédure civile)*, Tome I-II, Filiz, 2000.

Yeşilova B., “Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler”, *TBB Dergisi*, no 76, 2008, p. 83.

Jurisprudence

Cour d'appel (jurisprudence citée chronologiquement)

Cour d'appel de Paris, 25 janvier 1972, *Rev. Arb.* 1973, p. 158, Ph. Fouchard.

Cour d'appel de Paris, 13 décembre 1975, Menicucci, *JDI* 1977, p. 107, note E. Loquin; *Rev. Arb.* 1977, p. 147, note Ph. Fouchard; *Rev. Crit. DIP*, 1976, p. 506, note B. Oppetit.

Cour d'appel de Paris, 4 mars 1987, Rev. Arb. 1987, p. 167, note Ch. Jarrosson.

Cour d'appel de Paris, 28 novembre 1989, Rev. Arb. 1990, p. 675, note P. Mayer.

Cour d'appel de Paris, 8 mars 1990, Rev. Arb. 1990, p. 675, P. Mayer; Rev. Crit. DIP, 1991, p. 818.

Cour d'appel de Paris, 8 octobre 1998, Sam, Rev. Arb. 1999, p. 350, note P. Ancel et O. Gout; RTD com. 1999, p. 844, obs. E. Loquin.

Cour d'appel de Paris, 11 mai 2000, Barbot, Rev. Arb. 2002, p. 180, obs. T. Clay.

Cour d'appel de Paris, 10 septembre 2003, Rev. Arb. 2004, p. 623, note L. Aynès.

Cour de cassation (jurisprudence citée chronologiquement)

Cour de cassation, Gosset, 1^{ère} ch. Civ., 7 mai 1963, Bull. civ. I., n° 246; Rev. Crit. DIP 1963, p. 615, note H. Motulsky; D. 1963, p. 545, note J. Robert; JDI 1964, p. 83, note J.-D. Bredin; Gaz. Pal. 1963, 2, p. 39; J.C.P.1963, II, 13405, note B. Goldman; Rev. arb. 1963, p. 60, note Ph. Francescakis.

Cour de cassation, 4^{ème} ch. Civ. 25 mars 1971, pourvoi n° 71/2152, jugement n° 71/2829, in Kalpsüz T, "Tahkim Anlaşması", Mélanges Ünal Tekinalp, Tome II, 2003, note de bas de page 36, p. 1043.

Cour de cassation 1^{ère} ch. Civ., 18 mai 1971, Impex, Rev. Arb. 1972, p. 2, note Ph. Kahn; D. 1972, p. 37, note D. Alexandre; Rev. Crit. DIP, 1969, p. 738, note E. Mezger; JDI 1972, p. 62, note B. Oppetit.

Cour de cassation 13^{ème} ch. Civ. 26 mai 1976, pourvoi n° 76/7803, jugement n° 76/4297, in Kalpsüz T, "Tahkim Anlaşması", Mélanges Ünal Tekinalp, Tome II, 2003, note de bas de page 36, p. 1043.

Cour de cassation, 1^{ère} ch. Civ., 10 mai 1988, Rev. Arb. 1988, p. 679, note Ch. Jarrosson.

Cour de cassation, 1^{ère} ch. Civ., 6 décembre 1988, Navimpex Bull. I, n° 343, p. 233, JDI 1990, p. 134, note M.-L. Niboyet.

Cour de cassation, 15^{ème} ch. Civ., 19 février 1990, pourvoi n° 5255/679 in E. Ertekin, I. Karatas, Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi, Tanınması, Yetkin, 1997, p. 504.

Cour de cassation, 1^{ère} ch. Civ., 10 juillet 1990, Cassia, Rev. Crit. DIP 1991, p. 825; Rev. Arb. 1990, p. 851, J.-H Moitry, C. Vergne, JDI 1992, p. 168, E. Loquin.

Cour de cassation, 1^{ère} ch. Civ, Sonetex, 3 mars 1992, Rev. Arb. 1993, p. 273, P. Mayer; JDI 1993, p. 140, B. Audit; RTD Com. 1993, p. 647 E. Loquin

Cour de cassation, 13^{ème} ch. Civ., 22 avril 1993, pourvoi n° 2051/3488 (décision inédite), in C. Şanlı, Uluslararası ticari akitlerin hazırlanması ve uyuşmazlıkların çözüm yolları, Beta, 2002, p. 296.

Cour de cassation, 1^{ère} ch. Civ., 16 juin 1993, Rev. Arb. 1994, p. 212, note D. Cohen.

Cour de cassation, 19^{ème} ch. Civ., 15 novembre 1995, n° décision 9108/9685 in E. Ertekin, I. Karatas, Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi, Tanınması, Yetkin, 1997, p. 510.

Cour de cassation, 2^{ème} ch. Civ., 4 avril 2002, Société Barbot CM c./Société Bouygues Bâtiment, Rec. D. Sirey, 24 avril 2003, p. 1117-1123, note L. Degos; la même formulation a été retenue par la Chambre commerciale dans l'arrêt du 9 avril 2002, Toulousy c/SNC Philam.

Cour de cassation, 1^{ère} ch. Civ., 11 juillet 2006, n° 04-14.950, note S. Doireau, Rev. Lamy D. civ., octobre 2006, n° 31, p. 14; note P. Callé, JCP G, novembre 2006, n° 46, p. 2117.

Sentence CCI n° 4131 rendue en 1982, JDI 1983, p. 899, obs. Y. Derains.

Sentence CCI n° 6519, 1991, JDI 1991, p. 1065, obs. Y. Derains.

TGI de district de Beyoğlu, 1^{er} ch. Comm., 18 juillet 1995, décision n° 571/39 (décision non publiée) in E. Esen, "Hakem kararlarının tenfizi ve iptali davalarında tahkim anlaşmasının yetkisiz temsilci vasıtasıyla yapıldığı itirazı ve konuya ilişkin 11.10.2000 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı", MHB, Année 2003, 23, no 1-2, p. 399.

Copyright of Journal of International Trade & Arbitration Law / Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi is the property of Journal of International Trade & Arbitration Law / Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi and its content may not be copied or emailed to multiple sites or posted to a listserv without the copyright holder's express written permission. However, users may print, download, or email articles for individual use.