

SYSTEME TURC CONCERNANT L'ATTRIBUTION DE NATIONALITE AUX SENTENCES ARBITRALES ET CRITERES CONSACRES PAR NOTRE COUR DE CASSATION

Dr. Rabi KORAL

Professeur de Droit Civil à l'Université d'Istanbul

(deuxième partie *)

2. La confirmation du critère adopté par notre Cour de Cassation du point de vue du droit international privé et de celui du droit comparé Turc :

Nous allons tâcher ici de confirmer, d'après les points de vues de nos droits international privé et comparé, le problème concernant la jurisprudence de notre Cour de Cassation de 1951, étudié dans le chapitre précédant, et nous allons tenter en même temps d'illustrer notre exposé à l'aide d'un exemple tiré de la pratique turque.

La première question que nous allons nous poser ici est celle de savoir quelles sont les sentences arbitrales qui doivent-être considérées comme sentences étrangères selon le droit international privé turc. Nous avons examiné plus haut le critère adopté par notre Cour de Cassation toutes chambres réunies, lequel pourrait se traduire par la pensée fondamentale que l'arbitrage se basait en principe sur une relation contractuelle. D'après le critère consacré et retenu par notre Cour de Cassation depuis 1951, ce n'est pas le lieu où la procédure arbitrale se déroule qui est important mais c'est la loi sous l'autorité de laquelle la sentence arbitrale est rendue qui donne sa nationalité à celui ci.

(*) La première partie cet article à été publiée aux Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, Vol. 1976 - 1977, No. 40.

Il est conforme avec la théorie du contrat de penser que les parties choisissent elles mêmes, de leur libre arbitre, la loi à laquelle sera soumise la convention arbitrale et par elle la procédure d'arbitrage. Il s'agit ici de la loi de la volonté des parties, ou plus précisément de la loi de l'autonomie de la volonté. Notons ici que la relation directe qui existe entre la loi de la volonté des parties et celle de la loi de l'autonomie est évidente et bien remarquée par les auteurs turcs⁶⁵.

Dans cet ordre d'idées nous pouvons penser que la jurisprudence turque en adoptant comme conséquence de la théorie du contrat la loi de "*l'autorité*", c'est-à-dire en acceptant que l'arbitrage acquière la nationalité de la loi "sous l'autorité de laquelle" il s'est déroulé, doit être considérée comme ayant consacré en même temps, du point de vue du droit turc, la principe de l'autonomie, c'est à dire le principe d'après lequel les parties, désignent de leur libre volonté la loi qui régit l'arbitrage.

Malgré que celle-ci est une constatation qui paraît bien conséquente, nous nous proposons, afin de pouvoir confirmer la justesse du résultat obtenu par la Cour de Cassation Turque, de vérifier ce résultat d'après les données du droit international privé Turc et même, d'après celles du droit comparé. En effet il est d'une certaine importance pour nous de remarquer ici que l'admission de la théorie du contrat, impliquerait en quelque sorte la consécration de la loi de l'autonomie de la volonté. Ceci est une conséquence que nous tirons nous même et que nous considérons primordiale pour interpréter la position prise par le droit turc. Et même la question de savoir si l'arbitrage doit être considéré comme de nature contractuelle ou juridictionnelle serait en comparaison à cette dernière une question de portée moins actuelle et plus éloignées. D'ailleurs, il serait opportun de noter ici que notre Cour de Cassation paraît avoir, dans son arrêt du 1951, réglé les problèmes de nationalité ou d'exécution des sentences étrangères sans avoir particulièrement ou nécessairement fait recours ni à la théorie du contrat ni à celle du jugement. La Cour de Cassation a envisagé les besoins immédiats et pratiques sans trop se préoccuper des questions de portée purement théoriques telle que celle de désigner en premier lieu, la nature juridique de l'arbitrage.

65) V. infra, ref. no. 78 et 81 et les pages ayant rapport à ces numéros.

Pourtant n'empêche qu'une fois arrivé au stade de l'arbitrage Turc et en s'inspirant de la position précitée de notre Haute Cour, qui considère l'arbitrage comme étant de nature contractuelle et comme conservant cette nature au delà des frontières étatiques, il est clair que telle considération devrait être prise comme base pour la solution des problèmes ultérieurs que soulèverait l'institution de l'arbitrage. Ceci inclus le problème général de l'exécution des sentences arbitrales dans un pays étranger, tout en prenant en considération qu'il s'agit d'exécuter la sentence mentionnée plus haut en Turquie. De même ou aurait pu en partant, de la nature "contractuelle" de l'arbitrage, différencier les sentences "étrangères" de celles qui sont "nationales". Pourtant étant donné que notre Cour de Cassation s'est prononcée directement sur ces questions, il ne nous plus nécessaire pour la solution de celles-ci d'être aiguillés vers les voies indirectes que nous avons indiqués plus haut.

**

Terminons ces considérations en indiquant que la première partie de cet article était destinée à préciser et à évaluer la position prise par notre Cour par rapport aux critères théoriques contractuels et juridictionnels de l'arbitrage; dans cette seconde partie nous allons chercher à évaluer l'arrêt de la Haute Cour par rapport à nos droits international privé et comparé.

Rappelons encore que dans notre exposé précédent nous étions arrivé parmi d'autres aux conclusions suivantes :

Primo, l'arrêt de notre Cour de Cassation, toutes chambres réunies, selon lequel les sentences arbitrales étrangères devaient être exécutées comme des jugements étrangers, conformément à l'article 537 de notre Code de Procédure civile, ne répondant pas aux données actuelles de notre droit, devait être interprété d'une façon restrictive. Il s'ensuivait de cette pensée, et même d'ailleurs des données en général du droit international privé turc que, tout autre problème surgissant de l'arbitrage, devait être résolu conformément aux règles du droit contractuel ou plutôt conformément au caractère de justice de nature privée de celui-ci. Secondo, nous avons constaté qu'un critère de base pour ce qui concerne la séparation des sentences nationales de celles étrangères avait été retenu.

Le problème que nous nous posons maintenant est le suivant. Pourrions nous contrôler la justesse de ces conclusions en nous basant sur d'autres données du droit et en outre, pourrions nous, en nous référant à ces dernières⁶⁶, trouver la réponse à encore d'autres questions que fait naître la pratique de l'arbitrage.

Afin de vérifier les conclusions tirées dans la première partie de notre étude nous nous sommes basés particulièrement sur nos deux publications concernant *l'exécution des sentences arbitrales étrangères* en Turquie parues en 1951 et 1958. Pour celles qui concernent cette seconde partie nous allons nous baser sur notre publication, *l'arbitrage dans le droit international privé turc*, parue en 1956 et sur les conséquences tirées de cette dernière⁶⁷.

*
**

Après ces brèves remarques, abordons parmi les diverses questions à envisager celle qui concerne le droit comparé. Tout d'abord, en théorie, quel serait le critère du droit comparé qui désignerait la nationalité ou l'étranéité d'une sentence arbitrale? Comme nous l'avons mentionnée plus haut nous allons tâcher de répondre à cette,

66) Pour la liste de nos principales publications concernant l'arbitrage : 1) L'arbitrage dans l'ancien et le nouveau droit Turc (Revue Fac. Droit, Vol. 13, 1947); 2) L'arbitrage dans le droit interne Turc (Revue Fac. Droit, Vol. 13, No. 3, 1947); 3) L'arbitrage dans le droit international privé Turc (Receuil à l'honneur du Prof. Muammer Raşit Seviğ, İstanbul 1956); 4) L'exécution des sentences arbitrales étrangères en Turquie (Revue, Fac. Droit, Vol. 17, 1951); 5) L'exécution des sentences arbitrales étrangères en Turquie, Vol. II, İstanbul 1958; 6) La Conférence de New York et la convention du 10 juin 1958 sur l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Revue Fac. Droit, Vol. 24, 1961); 7) La conférence de Genève et la Convention du 21 Avril 1961 sur l'arbitrage commercial international (Revue Fac. Droit, Vol. XXX, 1965); 8) Système Turc Concernant l'attribution de nationalité aux sentences arbitrales et critères consacrés par notre Cour de Cassation (première partie). (Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, Vol. 1976 - 1977, No. 40); 9) The structure and Rules of the ECAFE Center for commercial arbitration (Annales cit., 1978, No. 41).

67) Pour cet étude V. Receuil à l'honneur du Prof. Muammer Raşit Seviğ, İstanbul 1956, p. 13.

question et à celles qui en dérivent en prenant en considération le litige traité dernièrement par notre jurisprudence, lequel pourra avoir de grandes repercussions sur le terrain de la pratique arbitrale turque.

On rencontre dans les publications étrangères différents critères qui servent à désigner la "nationalité" de l'arbitrage. Par exemple la nationalité ou bien le domicile des arbitres, le lieu où l'arbitrage se déroule, la loi applicable à la procédure arbitrale, la loi qui regit l'objet du litige, ect. Tous ont été ou sont encore des critères qui ont servi ou servent encore à désigner la "nationalité", pour ainsi dire de cette institution⁶⁸.

Par exemple en France un étranger peut être nommé arbitre, il en est de même pour la Turquie, pourtant ni en Turquie ni en France la nomination d'un étranger n'est pas considérée comme cause suffisante pour conclure à l'extranéité d'une relation arbitrale⁶⁹.

En outre le fait que le litige ait surgi entre parties qui sont de nationalités étrangères par rapport l'une de l'autre⁷⁰ ou bien entre celles qui ont leurs domiciles hors des frontières d'un pays, dans notre cas la Turquie, ne suffit pas à attribuer une nationalité étrangère à l'arbitrage⁷¹.

Quant au lieu de l'arbitrage, c'est à dire le lieu où celui-ci se déroule, ce dernier peut-être cause d'une solution différente, c'est à dire peut être reconnu comme cause suffisante pour attribuer une nationalité étrangère à l'arbitrage.

Pourtant ceci n'est pas le cas pour la France. En France, les tribunaux français ont décidé, d'une manière constante, que ce serait la loi déterminée par la *libre volonté des parties* qui attribuerait une nationalité à l'arbitrage⁷².

Dans une condition pareille, il est bien possible que, d'après le droit français, un arbitrage qui se déroule en France puisse être con-

68) Goldman, Dalloz, Rep. p. 12; Fouchard, op. cit., p. 29.

69) Goldman, op. cit., p. 29, No. 2.

70) Goldman, op. cit., No. 5.

71) Idem., No. 5.

72) Idem., No. 9.

sidéré comme un arbitrage étranger et au contraire, qu'un arbitrage qui se déroule dans un territoire étranger puisse être considéré comme un arbitrage français. C'est ainsi qu'un arbitrage qui se déroule dans le territoire d'un pays étranger, conformément au droit français, doit être reconnu d'après les autorités françaises comme un arbitrage français⁷³.

On voit ainsi comment il est bien possible de reconnaître un arbitrage comme un arbitrage national même si celui-ci s'est déroulé sur le territoire d'un pays étranger.

Nous pouvons donc conclure que grâce au résultat obtenu par cette brève analyse, la distinction entre l'arbitrage "national" et l'arbitrage étranger, faite du point de vue du droit comparé, est complètement en harmonie avec le critère adopté par notre Cour de Cassation, toutes chambres réunies.

Prenons ici comme exemple une compagnie française que nous allons désigner ci-après par les abréviations CCI, et une organisation étatique turque dont le nom sera abrégé par les initiales DSI et tâchons d'appliquer à un arbitrage conclu entre ces deux institutions les résultats obtenus ci-haut des points de vue des droits français et turc.

Il s'agit ici d'un arbitrage qui s'est déroulé essentiellement en Suisse dont la sentence fut rendue à Zürich et qui fut enregistré ultérieurement au sein du Secrétariat de la Cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale à Paris.

La question que nous allons nous poser ici est la suivante. En pareil cas, cet arbitrage pourra-t-il être considéré comme un arbitrage turc? La réponse à cette question selon les critères des droits français et turc serait affirmative, à condition que cet arbitrage se soit déroulé conformément à la volonté des parties, sous l'autorité du droit de procédure Turque.

Tout comme du point de vue des arrêts des tribunaux français que de celui de la jurisprudence turque, il est possible d'appliquer la loi d'un pays à la procédure arbitrale qui se déroule dans l'autre. Il est donc évident que d'après notre Cour de Cassation, on peut con-

73) *Idem.*, p. 113, No. 9 et p. 117, No. 56; **Fouchard**, *op. cit.*, p. 75, No. 127.

sidérer comme un arbitrage turc un arbitrage qui s'est effectué dans un pays étranger, dans notre exemple, la ville Suisse de Zürich, pourvu qu'il se soit déroulé sous *l'autorité de la loi turque*.

Prenons en considération maintenant un second point concernant notre problème. Quelle serait la loi applicable à la relation arbitrale dans le conflit entre la CCI et la DSI? Nous nous sommes déjà exprimé plus haut sur ce point. Ce qui attribue une nationalité à l'arbitrage c'est la loi qui est applicable à celui-ci, et la loi qui est applicable à cette relation est la loi désignée par la volonté des parties, au fond, la loi de l'autonomie. Celle-ci est une règle, du reste, immuable pour les partisans de la théorie du contrat qui constitue en même temps la caractéristique essentielle de la nature contractuelle de l'arbitrage.

Nous abordons ici un point essentiel de notre problème. Quelle serait dans l'exemple que nous venons de citer plus haut, c'est à dire dans la relation arbitrale entre la CCI et la DSI, la loi choisie par les parties pour régir la procédure arbitrale, et enfin, le droit turc laisserait-il les parties complètement libres dans le choix de la sus-dite loi?

La réponse exacte à cette question nous aidera à désigner, à l'occasion de l'exemple considéré, conformément au critère de notre Cour de Cassation et aussi en conformité au point de vue des partisans turcs ou étrangers de la théorie du contrat, la loi applicable à la procédure arbitrale. En outre c'est grâce au critère obtenu par la réponse à cette question que nous allons pouvoir différencier, à l'occasion encore de l'exemple cité, l'arbitrage de caractère national de celui qui est étranger.

D'après les données qui nous ont été soumises dans le conflit entre la CCI et la DSI nous avons constaté que les parties contractantes avaient stipulé que la procédure arbitrale prévue pour la solution de leur litige serait soumise à l'autorité de la loi turque et nous avons remarqué en même temps que les termes de cette stipulation ont été regoureusement appliqués. Dans un cas pareil nous pouvons conclure définitivement que nous nous trouvons en face d'un arbitrage turc, conclusion qui est sans doute en même temps conforme à la pensée des partisans de la théorie du contrat.

Le fait que jusqu'aujourd'hui nous avons soutenu dans nos études la thèse contractuelle est une réalité évidente. Il est vrai que on pourrait toujours prétendre que le critère consacré par notre Cour de Cassation, toutes chambres réunies, en 1951, a été retenu par celle-ci en dehors de toutes préoccupations théorique, c'est à dire purement et simplement afin de pouvoir répondre à des besoins pratiques exigés par l'exercice de l'arbitrage. Mais malgré cela, nous nous rejouissons en constatant que l'arrêt de la Cour de Cassation de 1951, aboutit à une conclusion conforme tant aux données du droit comparé qu'en principe à celles des différents droits théoriques nationaux ou étrangers; voilà pourquoi selon nous, quelle que soit sa pensée motrice initiale, notre Cour de Cassation, en adoptant en même temps, au fond, le principe de l'autonomie de la volonté à pris place auprès des partisans de la théorie du contrat, quant à l'attribution d'une nationalité à l'arbitrage.

*
**

On se rappelle comment nous avons remarqué plus haut que notre Cour de Cassation, avait, en consacrant, au fond, le critère de l'autonomie, relevé surtout deux points qui soutenaient ses vues et qui en même temps militaient en faveur du libre arbitre dans la question de la soumission de l'arbitrage à l'autorité d'une loi⁷⁴.

Nous avons jusqu'ici mentionné l'un de ces deux points celui d'après lequel on ne pouvait pas attribuer une nationalité à l'arbitrage selon le lieu où celui-ci s'est déroulé. Considérons en quelques mots le point suivant.

Notre Cour de Cassation ayant en même temps précisé dans son arrêt, que l'on pourrait considérer le point d'attribuer une nationalité à l'arbitrage selon la loi à laquelle sont soumis le compromis ou le contrat de fond, a ainsi mis en évidence que l'attribution des qualificatifs de sentence nationale ou étrangère, c'est à dire de nationalité à l'arbitrage, devait être faite en envisageant, à l'exclusion de toute autres, les données provenant de la portée contractuelle de cette institution.

74) v. supra ref. No. 67 et les pages ayant rapport à ce numero.

Nous pourrions conclure en envisageant ce second point que, d'après notre Cour de Cassation, des qualificatifs de portée publique tels que ceux que l'arbitrage acquiert ultérieurement, à savoir: les effets des jugements des tribunaux, la force exécutoire etc. n'était pas à être pris en considération. Par contre les caractères qui découlent directement de la portée contractuelle de l'arbitrage tels que ceux qui se reflètent du compromis ou découlent du contrat de fond, conclu entre les parties sont à être envisagés.

C'est en tenant compte de la teneur des conclusions tirés par l'examen des deux points soulevés par notre Cour de Cassation que nous pensons que celle-ci a peut-être adopté sciemment la théorie du contract et ceci non seulement pour l'attribution aux sentences arbitrales des qualificatifs de "national" ou "d'étranger" mais encore pour d'autres questions à résoudre. Par conséquent nous pensons que la règle d'après laquelle notre Haute Cour subordonne l'exécution des sentences arbitrales à la réglementation de l'exécution des "jugement étrangers" est de caractère absolument limitatif et ne devrait pas être appliquée dans d'autres cas.

Avant d'aller plus loin arrêtons nous une dernière fois sur la terminologie employée par notre Cour de Cassation à l'occasion des points soulevés plus haut. Nous avons vu que celle-ci ne fait seulement pas allusion à la loi qui régit le "compromis" mais cite en même temps le "contrat principal" conclu entre les parties. Si nous prenons en considération qu'il a été signé entre la CCI et la DSI un contrat d'entreprise très important nous pourrions alors évaluer de bien plus près la valeur de l'arrêt cité de notre Cour de Cassation.

En effet notre Cour de Cassation, en attribuant à l'arbitrage un caractère national a pris en considération non pas un qualificatif quelconque qui dérive de ses acquisitions ultérieures de droit public mais son caractère essentiel provenant du "contrat principal" appartenant au terrain du droit privé. Si nous prenons en considération que le contrat "principal" c'est à dire le contrat d'entreprise a été conclu en Turquie en conformité aux lois turques, et qu'il devra être exécuté dans ce même pays, nous pourrions vérifier de très près que nous trouvons (aux yeux de notre Cour de Cassation) en face d'une sentence arbitrale de nature contractuelle devant être subordonnée à l'autorité de la loi turque.

A cette occasion nous tenons à souligner que dans les litiges cités plus haut, entre la compagnie française la CCI et l'établissement public ture la DSI, les parties avaient bien désigné dans leur compromis et plus tard dans leur acte de mission présenté à l'arbitre, la loi qui aurait régi l'arbitrage, et que cette loi n'était autre que la loi nationale turque. Une fois ce point éclairci nous pouvons nous pencher sur les diverses autres questions.

*
**

Au cas où les parties, tout en ayant d'un côté désigné la loi turque comme loi sous l'autorité de laquelle l'arbitrage devait se dérouler, se seraient en même temps référées au règlement de la Chambre de Commerce Internationale, la situation serait-elle différente? Nous savons bien que le siège de la Chambre de Commerce internationale est à Paris. Est-ce que, dans un tel cas les parties seraient telles sensées avoir choisi la loi turque. L'arbitrage déroulé dans de pareilles conditions pourrait-il quand-même être considéré comme un arbitrage déroulé sous l'autorité de la loi turque? Ce point mérite un éclaircissement.

Nous savons que les parties ont à l'occasion de la rédaction de l'acte de mission de l'arbitrage, décidé que la procédure arbitrale se serait déroulée sous l'autorité de la loi turque. Ceci étant le cas il est clair que les dispositions impératives de la loi turque doivent être appliquées initialement tandis que les dispositions du règlement de la Chambre de Commerce Internationale sont à être prises en considération en second lieu.

En effet au cas où dans le compromis ou dans l'acte de mission les parties ont expressément exprimé leur volonté en ce sens, la question peut être considérée comme résolue. Car si les parties, après avoir convenu que l'arbitrage se déroulerait, selon les règles de la loi de procédure turque, sont en outre tombées d'accord pour que le règlement de la Chambre de Commerce Internationale soit applicable dans leur litige, ceci signifie, qu'elles sont tombées d'accord pour faire appliquer ce règlement d'une façon supplétive et complémentaire ceci quelle que soit la terminologie employée dans leur convention.

Il est vrai qu'une certaine hierarchie peut-être établie du point de vue de l'application des règles supplétives. Les parties peuvent même convenir que les règles (suppletives) de la Chambre de Commerce Internationale doivent être appliquées en premier lieu, tandis que celles (les règles supplétive) du Code de Procedure Civil Turc doivent les suivre, c'est à dire être appliquées seulement en cas d'inexistence dans le règlement de la Chambre de Commerce International des règles appropriés pour le cas. Un tel accord ne change nullement la situation. Etant donné qu'il a été établi que l'arbitrage se deroule sous l'autorité (en conformite aux règles imperatives) du Code de Procedure Civil Turc, et qu'effectivement il en est ainsi, toutes autres règles auxquelles les parties ont fait allusion comme règles supplétives et complementaires et leur hierarchie, ne peuvent nullement changer le caractère national, c'est à dire Turc, de l'arbitrage.

(fin de la deuxième partie)

75) **P. Fouchard**, op. cit., p. 215 et s.; **Charles Carabiber**, Les juridictions internationales de droit privé, 154. **Carabiber**, Les Centres d'arbitrages, leur rôle dans le développement de l'arbitrage, Revue de l'arbitrage 1955, p. 4; **Carabiber**, L'arbitrage Commercial International, Recueil, 1960, I, p. 133.

75a) **P. Fouchard**, op. cit., p. 214 - 217 et ref. No. 75.