

DOCTRINE

L'ACTION EN EXECUTION DANS L'ARBITRAGE INTERNATIONAL ET NOUVEAU PROJET DE LOI TURC SUR LE DROIT INTERNATIONAL DE PROCEDURE CIVILE (*)

Prof. Dr. Rabi KORAL

Professeur de droit civil à l'université d'Istanbul

- a. *Les raisons nécessitant la prise en considération de l'action en exécution ex contractu afin de pouvoir exécuter en Turquie une sentence arbitrale étrangère.*

Contrairement à ce que peut suggérer l'évolution du droit arbitral turc qui s'est poursuivie jusqu'à nos jours, il est selon nous possible d'envisager en Turquie deux voies pour assurer l'exécution des sentences arbitrales prononcées conformément à une loi étrangère.

L'une de ces voies consiste, comme on le sait, à utiliser pour les sentences arbitrales étrangères la procédure concernant *l'exequatur accordé aux jugements étrangers* conformément aux articles 537 et suivants du Code de Procédure Civile Turc. C'est ainsi qu'ont procédé tous les tribunaux turcs à la suite de l'arrêt de 1951 de la Cour de Cassation Turque, toutes Chambres Civiles Reunies.

Toutefois soumettre les sentences arbitrales étrangères à la procédure *d'exequatur* conformément aux articles 537 et suivants de notre Code de Procédure Civile, équivaut pour la Turquie à ne les point exécuter. Car dans ce cas on doit premièrement rechercher si la sentence arbitrale étrangère a reçu *l'exequatur* dans son pays

(*) Traduction faite de l'article du même auteur paru en turc dans "Mélanges à la mémoire du Prof. Hıfzı Timur", İst. 1976, p. 493 et s.

d'origine. Ce qui occasionne le double de frais, et le double de formalités. Cette procédure dénommée "double *exequatur*" handicape le développement de l'arbitrage sur le terrain du droit international¹.

Selon les articles 537 et suivants du Code de Procédure Civile Turc, en doit deuxièmement rechercher s'il y a réciprocité, car ces articles soumettent *l'exequatur* des sentences arbitrales étrangères à la réalisation du principe politique de réciprocité qui n'a aucun rapport avec les données du droit. En d'autres termes pour qu'une sentence arbitrale soumise au droit d'un pays étranger puisse recevoir *l'exequatur* dans notre pays il faut que la Turquie ait conclu avec le pays étranger en question une convention *ad hoc*. Or le nombre de conventions conclues à cet effet est extrêmement limité².

Donc si une sentence arbitrale n'a pas obtenu *l'exequatur* dans son pays d'origine ou si encore la condition de "réciprocité" fait défaut par le fait que la Turquie n'ait pas conclu avec le pays d'origine en question de convention d'exécution des décisions judiciaires, il sera impossible de faire exécuter la dite sentence dans notre pays.

*
**

Tel est le résultat de l'attitude adoptée en 1951 par la Cour de Cassation, toutes Chambres Civiles Réunies. Il est superflu d'ajouter qu'à partir de cette date il a été quasiment impossible d'assurer en Turquie l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Les cas sont nombreux où une demande *d'exequatur* concernant une sentence arbitrale étrangère n'a pu aboutir à un résultat positif. Il est triste de constater que ces sentences arbitrales internationales,

1) Pour le double **exequatur** voir notre article cité à la référence No. 5, pp. 55, 56 et 86; de même l'article cité à la référence, No. 18, p. 24 et encore loc. cit., p. 51; ainsi que notre article cité à la référence, No. 4, p. 470 (tirage à part, p. 52).

2) **Koral**: "Yabancı kanunlara teb'an verilen hakem kararlarının Türkiyede icrası" I (L'exécution en Turquie des sentences arbitrales rendues conformément aux lois étrangères partie, I, İst. Huk. Fak. Mec. (Rev. de la Fac. de d'Istanbul, 1951, t. XVII, No. 1-2, p. 159, tiré à part, p. 7); de même **Koral** article cité à la réf. No. 4, p. 420 et 470 (tiré à part, p. 2 et 52).

accordées conformément à des clauses compromissaires acceptées sciemment et de plein gré lors de la conclusion de leurs contrats avec des étrangers soit par la Turquie, soit par des personnes physiques ou morales de nationalité turque n'ont pu être exécutées dans notre pays. La fait, qu'ainsi n'aient pas pu être exécutées des sentences arbitrales établies en conformité à des clauses compromissaires incluses dans des contrats conclus entre d'une part la Direction Générale de l'Irrigation (la D.S.I.) et d'autre part la firme entreprenant la construction du barrage de Keban (la C.C.I.) et au sujet desquelles sentences, nous avons écrit deux articles en considération de deux différentes questions, indique qu'il n'est pas opportun de persister dans cette voie^{3 4}.

Il n'est point besoin d'expliquer à quel point il est incohérent et nuisible au prestige de notre pays que d'une part une entreprise turque de droit public ou de droit privé accepte la clause compromissoire internationale pour des différends à naître au sujet de contrats qu'elle conclut et que d'autre part elle refuse de reconnaître et d'exécuter en Turquie une sentence arbitrale internationale rendue conformément à la clause compromissoire internationale sous prétexte du manque de réciprocité conventionnelle⁵.

Il est indubitable qu'une telle attitude ne soit incompatible avec des intérêts économiques turcs. En effet les firmes étrangères et principalement les institutions telles que la Banque Mondiale,

3) **Koral** : "Hakemlik müessesesine izafe edilecek yerlilik veya yabancılik vasıfları hakkındaki Türk sistemi ve 1951 tarihli Yargıtay Genel Kurulunun "otorite kanunu" kriteri) "Le système turc concernant les qualificatifs de national et d'étranger attribués à des relations d'arbitrage et de critère de "la loi d'autorité" envisagé par la cour de cassation toutes chambres Civiles Réunies en 1951 Rev. de la Fac. de Droit d'Ist. 1977, t. XLII, No. 1-4.

4) **Koral** : "Hakemligin Milliyeti ve Yargıtay XV. Hukuk Dairesi 1976 tarihli kararının eleştirisi" (La nationalité de l'arbitrage et la critique de l'arrêt de 1976 de la XV^{me} chambre civile de la cour de cassation), Hıfzı Timur Anısına Armagan (Mélanges à la mémoire du Prof. Hıfzı Timur), İst. 1976, p. 419 et s.

5) **Koral** : (Hususi Hukukta Milletlerarası Hakem Kararlarının İcrası) L'exécution des sentences arbitrales internationales en droit privé, İst. 1958, p. 56 et s.; en outre notre article cité à la réf. No. 4, p. 470.

insèrent la clause compromissaire internationale lors de la conclusion des contrats accordant crédit. Aussi sous prétexte de l'inexistence d'une convention de réciprocité, tenter d'échapper à l'exécution d'une sentence arbitrale établie conformément à une telle clause, a pour conséquence d'empêcher ces institutions d'entreprendre de nouveaux travaux d'accorder des crédits ou d'introduire du capital auquel notre pays aspire tant.

Dans de tels circonstances on peut constater que les intéressés se montrent au début des pourparlers extrêmement circonspects quand ils entreprennent des relations de caractère économique avec notre pays. Par exemple il a été dit qu'après l'arrêt de la XVIème chambre Civile de la Cour de Cassation qui rendait impossible l'exécution de la sentence arbitrale concernant le barrage de Keban il se présenta une énorme différence de prix entre celui qu'avait demandé pour la construction du barrage en question l'ancienne firme qui avait été informée de l'arrêt sus-mentionné de la XVIème chambre.

Prenant en considération que le cas échéant elle ne pourra pas obtenir gain de cause en Turquie par la voie arbitrale la nouvelle firme envisage d'assurer d'avance son droit en élevant le prix qu'elle exige pour entreprendre les travaux.

On sait que l'arbitrage s'est développé dans notre pays non seulement sur le plan international mais aussi et particulièrement sur le plan interne et a été considéré par nos juristes se ralliant ainsi à l'opinion de beaucoup de juristes étrangers comme ayant une base *contractuelle*. Il est évident qu'en dépit de cette constatation, faire partager aux sentences arbitrales étrangères le sort défavorable d'un *jugement de tribunal* étranger, qui elle est de caractère public, a pour résultat d'empêcher l'instution de produire les effets que l'on en attend sur le plan international.

Il est naturel et juridiquement admissible que les actes juridiques de droit public tels que les actes judiciaires, voient leur effets se limiter aux frontières de ce pays et que l'on n'admettent pas dans notre pays la validité d'actes issus du droit de souveraineté du pays étranger tant qu'une procédure *d'exequatur* n'aura pas été appliquée et même que de tels actes du pays étranger ne soient

ni reconnus ni exécutés faute d'une convention de réciprocité politique.

Toutefois il est évidemment contraire à la nature des choses et aux principes juridiques fondamentaux de ne pas reconnaître ou de ne pas exécuter une sentence arbitrale étrangère sous prétexte qu'il n'existe pas de convention de réciprocité ou de ne pas soumettre une telle sentence au droit international privé encore sous prétexte qu'une telle sentence présente un caractère d'acte public pour avoir acquis force de chose jugée ou force exécutoire alors que la sentence arbitrale étrangère a pour base un acte de droit privé reposant sur une clause compromissoire considérée comme de droit des obligations et qui maintient son caractère privé.

**

Dans cette courte étude nous veulons, à partir des vues cités plus haut, et en restant fidèle aux idées et aux théories que nous avons avancées depuis 1947 jusqu'à nos jours dans nos ouvrages et nos articles, exprimer qu'il est indispensable d'après la nature de l'institution arbitrale que les sentences arbitrales internationales puissent être exécutées en Turquie en se basant au moins sur une action en exécution *ex contractu* comme tous les autres contrats conclus entre les parties, et qu'une telle possibilité leur soit reconnue.

Aujourd'hui il n'existe encore aucune disposition, dans la législation turque d'arbitrage, sur la façon dont les sentences arbitrales internationales seront exécutées. A ce sujet la jurisprudence n'est tel qu'on le verra plus bas, pas assez convaincante. Il n'y a également aucune décision d'unification de jurisprudence résolvant la question. Cette situation nous permet d'utiliser pour aboutir à une solution le point de vue que nous avons soutenu depuis très longtemps. Nos explications qui suivent tenteront de mettre en lumière notre intention.

Plus haut nous avons mentionné tant l'absence dans notre pays d'une jurisprudence bien établie qui permettrait l'exécution des sentences arbitrales étrangères que la nécessité d'une décision d'unification de jurisprudence vu que dans la pratique les arrêts sont

contradictoires. Il est possible d'exposer dans l'ordre suivant les contradictions en question :

1 — Premièrement, Examinons ici les deux arrêts qui sont comme des pierres de touche en matière d'exécution des sentences arbitrales étrangères. L'un d'eux celui du 7 décembre 1951 de la Cour de Cassation, toutes chambres Civiles Réunies⁶. L'autre celui de la Quinzième Chambre Civile de la même Cour daté du 10 Mars 1976 que nous avons critiqué dans notre précédent article⁷.

L'importance du premier de ces arrêts est, qu'il décide que les sentences arbitrales étrangères doivent en Turquie être exécutées selon la procédure établie pour assurer l'exécution des *jugements des tribunaux étrangers*. On peut penser que cette importante jurisprudence attribue le caractère *judiciaire* à l'arbitrage. Or dans le même arrêt, quand il s'agit de déterminer la nationalité d'une sentence, les Chambres Réunies adoptent la thèse du caractère *contractuel* de l'arbitrage. En réalité on voit que les Chambres Civiles Réunies, en disant que "la sentence arbitrale étrangère est celle qui est prononcée sous l'autorité d'une loi étrangère" indiquent que pour déterminer la nationalité elles accordent importance non pas au *lieu* de l'arbitrage mais à la *volonté* des parties, que par conséquent ici elles mettent en premier plan le caractère contractuel de l'arbitrage⁸. La conséquence de ceci est que la jurisprudence des Chambres Civiles Réunies de 1951 a adopté une vue *dualiste*. Bien que pour l'exécution elle ait attribué à l'arbitrage un caractère judiciaire pour la détermination de la nationalité elle lui a attribué un caractère contractuel. Il convient donc de reconsidérer ce résultat afin d'arriver à une solution définitive qui puisse déterminer la nature juridique de l'arbitrage. Surtout que l'arrêt de 1951 des Chambres Civiles Réunies n'a pas été adopté à l'unanimité.

2 — Deuxièmement. En ce qui concerne la Quinzième Chambre Civile cette dernière à malheureusement regressé sur le point de

6) Voir notre article cité à la référence, No. 2.

7) Voir notre article cité à la réf. No. 4.

8) Notre article cité à la réf. No. 3, p. 158 et s.; pour la critique générale de l'arrêt des Ch. Civ. Réunies de 1951 voir l'ouvrage cité à la réf. No. 5, pp. 48-75; de même, p. 14 et s. et 30 et s.

la détermination de la nationalité de l'arbitrage. Elle a écarté le critère de la loi "sous l'autorité de laquelle l'arbitrage a eu lieu" comme principe déterminant sa nationalité, c'est à dire le critère basé sur le caractère *contractuel* de l'institution, critère qui avait été appliqué par tous les tribunaux depuis l'arrêt de toutes Chambres Civiles Réunies de 1951, et a exposé que l'élément attribuant une nationalité à l'arbitrage est *le lieu où ce dernier se déroule*. La Chambre en question s'est donc montrée en faveur du critère juridictionnel même pour la détermination de la nationalité des sentences arbitrales.

Toutefois nous avons exposé que cet arrêt de la Quinzième Chambre Civile présentait une incohérence dans la détermination de la nature de l'arbitrage et que malgré sa régression par rapport à l'arrêt de 1951 il s'était montré soit volontairement soit involontairement en faveur du critère contractuel dans une autre partie la décision¹⁰.

En effet tout en ayant avec cinq différents arguments exposé que les sentences arbitrales sont des actes possédent des attributs de droit public, constitués par des éléments d'actes publiés d'un pays, qui voient donc tout leurs effets limités aux frontières de celui-ci (critère juridictionnel) la haute cour a constaté de même, que les parties au litige, en tant que signataires de l'accord d'entreprise concernant le barrage de Keban, s'étant référées au Règlement de la Chambre de Commerce International située à Paris se trouvaient ainsi avoir décidé que les *règles incluses dans le dit règlement* seraient appliquées pour résoudre leurs éventuels différends (critère volontariste). La Quinzième Chambre ayant conclu de tout cela que l'arbitrage en question devait être considéré comme arbitrage étranger, est entré en contradiction avec les critères de sa thèse de la territorialité et ainsi tout comme l'arrêt de 1951 de la Cour de Cassation toutes Chambres Civiles Reunies, la Quinzième Chambre est tombée en une voie *dualiste* en ce qui concerne le concept de la nature de l'arbitrage¹¹.

10) voir notre article cité à la réf. No. 4, I. 460-464 (tiré à part 42-46 et s.).

11) Voir plus haut l'article cité à la ref. No. 10.

C'est à cause de cela que même en restant dans le cadre des arrêts sus-mentionnés de la Cour de Cassation, nous croyons qu'il nous est possible de prendre toujours en considération la *nature contractuelle* de l'arbitrage, c'est à dire que nous croyons toujours pouvoir considérer qu'il est possible d'exécuter dans notre pays les sentences arbitrales étrangères selon les principes de droit contractuel. Nous allons d'ailleurs renforcer cette conviction par les arguments que nous allons émettre plus bas. Comme nous l'avons toujours répété, la solution à laquelle nous voulons aboutir fera ressentir en outre avec plus d'acuité la nécessité qu'une décision d'unification de jurisprudence soit prise en considération par la Cour de Cassation¹².

3 — Troisièmement. Les doutes sur la nature de l'arbitrage ne se confinent pas aux arrêts cités plus haut. Dans une certaine mesure la controverse qui se présente entre les arrêts de la Cour de Cassation sur la nature contractuelle ou judiciaire des sentences arbitrales trouve sa source dans le passé. En effet, il existe deux décisions, l'une datée du 28 Juin 1948 rendue par la Chambre des Poursuites pour dettes et faillites de la Cour de Cassation et l'autre datée du 21 Octobre 1950 rendue par le Tribunal de commerce d'Istanbul qui soutiennent la vue du caractère *contractuel* de l'arbitrage alors que le plus récent arrêt de 1951 de la Cour de Cassation toutes Chambres Civiles Réunies soutient la vue de son caractère *juridictionnel*. Les deux ancienne décisions sont en théorie d'après nous encore valables¹³. Certes, il n'y a, aujourd'hui, plus aucune chambre qui se prononce en conformité à ces deux décisions initiales. Mais celles-ci à notre opinion sont encore juridiquement valables et tant qu'à ce sujet une décision d'unification de jurisprudence n'aura pas été prise par la Cour de Cassation, on devra considérer le conflit non encore résolu. Sous cet angle, jusqu'à ce qu'une telle décision d'unification soit, prise, on devra avoir la conviction que la différence foncière de vue entre d'une part la Chambre des Faillites et poursuites pour Dettes et l'ancien Tribunal

12) voir notre article cité à la réf. No. 4, p. 427 et s. et 460 et s. (tiré à part, p. 9 et s. et p. 42 et s.); de même notre article à la réf. No. 3, p.158.

13) notre article cité à la réf. No. 5, p. 24 et s.

de Commerce d'Istanbul et d'autre part la Cour de Cassation toutes Chambres Civiles Reunies, reste entière.

Ici ne passons pas sans noter qu'à notre avis la seule solution acceptable selon l'idée de base qu'elle comporte est la vue du caractère contractuel de l'institution, vue admise par la majorité des juristes turcs et étrangers, vue sur laquelle se basent les plus récentes des conventions internationales et qu'avaient dans le passé adoptée la Chambre des Faillites et Poursuites pour Dettes et le Tribunal de Commerce d'Istanbul. Donc répétons le, il nous faut admettre que chez nous, même en restant dans le cadre des arrêts jurisprudentiels cités, il apparaît qu'une tendance *dualiste* se découvre et que sous cet angle on peut entrevoir deux issues permettant l'exécution en notre pays des sentences arbitrales étrangères. Précisons que la seconde issue dont nous avons pris la défense depuis 1947 dans nos écrits, consiste en une réaliation des sentences arbitrales étrangères en base d'une *action en exécution* (ex contractu).

4 — Quatrièmement. Ici et à ce propos nous voulons nous arrêter, certes avec un certain retard, sur un point auquel nous avons toujours cru, mais qui ne nous est pas venu à l'esprit de lancer jusqu'à ce jour, un sujet duquel notre éminent collègue le Professeur Sahir Erman s'est mis en devoir de lutter dans son article paru dernièrement dans un quotidien¹⁴. Point dont nous allons tâcher de mettre en lumière la valeur plus bas, également sous l'angle du droit turc.

Ainsi que nous l'avons mentionné, la vue adoptée par d'abord la totalité puis aujourd'hui l'écrasante majorité des juristes et des théoriciens turcs est celle selon laquelle l'arbitrage a une *base contractuelle*. Cette vue a toujours été dominante dans la doctrine turque¹⁵.

14) **Sahir Erman** : "Adalet alanında neler oluyor?" (Que se passe-t-il sur le terrain judiciaire?) article paru dans le quotidien, Milliyet (Nation) le 20 Spt. 1978.

15) notre article cité à la réf. No. 2, p. 168 et s. (tiré à part p. 20 et s.); notre article cité à la réf. No. 3, p. 162 et s. (tiré à part p. 10 et s.); réf. No. 4 (tiré à part p. 3 et s.).

Il est indiscutable que le nombre de ceux qui dans la littérature juridique mondiale adoptent la vue contractuelle est fort élevé¹⁶. Il en est de même pour la doctrine et la jurisprudence étrangère¹⁷. La même vue est également à la base des conventions internationales. Aujourd'hui dans les deux conventions élaborées à l'échelle mondiale au sujet de l'arbitrage, conventions que la Turquie a signé et auxquelles elle est toujours enclinée à adhérer, le caractère contractuel de l'arbitrage est pris comme base pour résoudre les principes auxquels ces conventions se rapportent¹⁸⁻¹⁹. Il ne fait aucun doute que le fait d'adopter des solutions qui soient en contradiction avec l'orientation des conventions ci-mentionnées auxquelles la Turquie peut adhérer à tout instant risque d'engendrer beaucoup de difficultés et d'être contraire aux intérêts économiques de notre pays²⁰.

Quant à nous depuis 1947 en examinant l'institution jusqu'à ses moindres détails et en tâchant de résoudre le problème qu'elle soulevait nous avons depuis toujours mis en lumière son caractère et son fondement contractuel²¹. Nous trouvons donc inopportun que nos tribunaux persistent malgré toutes ces données à attribuer à l'arbitrage un caractère juridictionnel et nous sommes convaincu qu'il

16) notre article cité à la réf. No. 3, p. 173 et s. (tiré à part p. 21 et s.); de même notre article cité à la réf. No. 4, p. 441 et s., 454 et s. et 470 et s. (tiré à part p. 23 et s., p. 36 et s. et p. 52 et s.).

17) notre article cité à la réf. No. 3, p. 171, 173 et s. (tiré à part p. 19, 21, 23, 24 et s.).

18) **Koral** : "Birleşmiş Milletler New-York Konferansı ve 10 Haziran 1958 tarihli Sözleşme" (La Conférence de New-York des Nations Unies et la Convention du 10 Juin 1958, İst. Huk. Fak. Mec. (Rev de la Fac. de Droit d'Istanbul), 1959, t. XXIV, p. 309 et s. et 1961, t. XXVI, p. 123 et s.).

19) **Koral** : Birleşmiş Milletler Cenevre Konferansı ve 21 Nisan 1961 tarihli Sözleşme (La Conférence de Genève des Nations Unies et la Convention du 21 Avril 1961), İst. Huk. Fak. Mec. Rev. de la Fac. de (Droit d'Istanbul), 1965, t. XXX, No. 3-4.

20) Notre article cité à la réf. No. 4, p. 475 (tiré à part, p. 54); notre article cité à la réf. No. 18 (tiré à part p. 64 et s.). Les travaux se poursuivent au Ministère des Affaires Etrangères pour notre adhésion à la convention).

21) Voir les passages de nos articles cités aux réf. 15, 16 et 17.

est grand temps de se ranger à l'opinion de la majorité des juristes tant turcs qu'étrangers.

A l'appui de notre opinion nous voulons retourner à la vue qu'a exposé le Professeur Erman dans son article paru le 20 Sept. 1978 dans le Journal *Milliyet* sous le titre "Que se passe-t-il sur le terrain judiciaire?", vue dont chacun se rend compte mais que personne n'avoue ni n'a le courage d'exprimer et que l'éminent juriste exprime ainsi dans son article en marquant la différence existant entre la théorie et la pratique :

"La critique est une lutte pour le droit, telle que l'exprime Jhering et c'est dans les pays où cette lutte a lieu que diminue et même disparaît complètement la différence existant entre le droit vivant c'est à dire le droit appliqué par le juge et le droit enseigné c'est à dire la doctrine. Car il convient d'exprimer ouvertement et en marquant l'importance que *tant qu'une différence se présente entre la doctrine et la pratique soit la doctrine soit la pratique se trompe*. Ou l'université n'accomplit pas sa tâche et enseigne des choses erronées, ou bien les juges ne daignant pas se donner la peine de lire les livres et les articles paraissant dans leur pays prononcent des jugements erronés. C'est pour cette raison *qu'il ne peut pas y avoir de phrase plus dangereuse que l'axiome "il y a une différence entre la pratique et la théorie"*. Car dans un pays où cet axiome circule et où fréquemment des jugements vont à l'encontre de la théorie il est certain que l'on s'éloigne du principe selon lequel le droit est unique. Ceci veut dire qu'il ne peut pas se trouver dans un pays plusieurs droits variant et se différenciant selon l'interprétation car en pareil cas il est certain que le principe de la suprématie du droit se trouve ébranlé"²².

*
**

La situation est la même dans notre pays du point de vue de la détermination de la nature juridique de l'arbitrage. Nous sommes d'avis que l'insistance de notre Cour de Cassation sur le caractère juridictionnel de l'arbitrage et par suite sur le point de son exécution conforme à cette donnée alors que le caractère contractuel de

22 Voir l'article cité à la réf. No. 14.

l'arbitrage a été reconnu depuis longtemps sur les plans scientifique et juridique tant national qu'international est inopportum et manque de sens. Ceci est vrai non seulement en ce qui concerne la Cour de Cassation, mais aussi en ce qui concerne notre législateur et le Projet de modification du Code de Procédure Civile, projet tendant à assurer l'exécution des sentences arbitrales étrangères et qui semble-t-il devrait être soumis au Conseil des Ministres puis au Parlement²³.

*
**

Au début du présent article nous avons entrevu qu'une issue restait ouverte permettant l'exécution des sentences arbitrales étrangères en considération qu'elles sont des actes de caractère contractuel, ceci tant qu'une décision d'unification de jurisprudence ou une modification légale n'aurait pas fermé cette issue. Maintenant en restant fidèle à ce que nous avons publié depuis 1958, tachons d'expliquer de quel point de vue existe en notre pays une *seconde issue* pour l'exécution des sentences étrangères et quelles sont la nature et la signification de cette seconde issue.

*
**

Nous avons exprimé dans les lignes précédentes que depuis longtemps notre vue était que l'arbitrage repose sur une base contractuelle. Toutefois rappelons ici en nous référant à nos anciens articles notre conviction selon laquelle les arbitres prononcent en se basant sur le compromis ou la clause compromissoire adoptée par les parties une *décision "judiciaire"*, selon laquelle encore les arbitres aboutissent à une décision en procédant tout comme des juges au sujet du différend intervenu entre les parties et selon laquelle enfin la sentence arbitrale est de caractère "*judiciaire*". Notre conviction enfin selon laquelle les sentences des arbitres à la différence des jugements des tribunaux sont des *actes privés* ne comportant pas de caractères d'actes publics et que l'arbitrage est en définitive une institution de *justice privée*²⁴.

23) Pour ce Projet voir notre article cité à la réf. No. 3 (tiré à part p. 52 et s.). Toutefois pour le dernier aspect qui a été donné au même projet voir la dernière partie du présent article.

24) Notre article de l'année 1951 cité à la réf. No. 2, pp.174-189 (tiré

Exprimons encore en nous basant sur nos publications susmentionnées, comme conséquence du même point de vue que quand elles franchissent la frontière d'un Etat les sentences arbitrales se déroulent en tant qu'acte de droit privé et sont en vigueur et valables dans tous les pays conformément à leur base contractuelle et aux règles du D.I.P. concernant les contrats²⁵.

En tant que troisième conséquence de notre vue et encore en nous basant sur nos précédentes publications, exprimons que, surtout dans les pays qui comme le nôtre n'ont dans leur législation aucune disposition pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères, ces dernières peuvent sans autre condition tout comme les autres contrats être exécutées sur la base d'une *action en exécution* (ex contractu)²⁶.

Une telle procédure est possible pour les sentences arbitrales étrangères mais nullement pour les *jugements issus des tribunaux étrangers*. Car l'autorité de la chose jugée, le caractère définitif et la force exécutoire sont des attributs de droit public inclus dans les jugements des tribunaux étrangers faisant partie de leur substance, de telle façon qu'il est impossible de faire abstraction de ces attributs sans anéantir le dit jugement. Pour cette raison sur le plan international, considérer sur un territoire étranger des décisions judiciaires dépourvues de leurs attributs de droit public, c'est à dire proposer en définitive à leur sujet une forme d'exécution dualiste telle que nous la proposons pour les sentences arbitrales étrangères n'est pas possible.

Alors que, - ainsi que nous l'avons exprimé dans nos écrits de l'année 1951 en tant qu'étant notre vue et notre théorie en matière d'arbitrage basée sur un fondement contractuel e possédant le caractère d'une juridiction privée, les attributs consistant en l'auto

à part pp. 26-41); notre article cité à la réf. No. 3, p. 171, 173, 175-177; de même notre article de l'année 1956: "Türk Devletler Hususî Hukukunda Hakemlik" (L'arbitrage en D.I.P. turc), Mélanges en l'honneur du Prof. Ordinarius Muammer Raşit Seviğ, Istanbul, (tiré à part, p. 11).

25) Notre article de l'année 1951 cité à la réf. No. 2, pp. 178-189 (tiré à part 30-41); de même notre article de l'année 1976 cité à la réf. No. 4, p. 448 (tiré à part p. 30 et s.).

26) Ouvrage de l'année 1958 cité la réf. No. 5, p. 104-105.

rité de la chose jugée, le caractère définitif et la force exécutoire de la sentence arbitrale sont des attribus surajoutés, lui étant quasiment étrangers et n'en modifiant ni la substance ni le principe. C'est pour cette raison que l'arbitrage peut facilement être pris en considération sur le plan national et sur le plan international et en terrain national et dans celui international à défaut des attribus précités²⁷. En effet ce besoin s'est fait sentir davantage sur le plan international, ces sentences arbitrales à l'inverse des jugements des tribunaux quand elles franchissent les frontières d'un pays laissent forcément en deça de cette frontière leurs attribus de droit public postérieurement acquis²⁸. Ces sentences qui rendront leurs effets en pays étrangers possèdent et portent avec elles des leur origine une identité d'acte de droit privé à caractère contractuel. C'est cette identité que sera le support de l'action en exécution et permettra qu'elles soient rendues exécutoires à la suite d'une décision du tribunal du pays étranger²⁹.

Le fait que les sentences arbitrales étrangères puissent ainsi que nous l'avons exposé être exécutées dans notre pays en se basant sur une action en exécution, ne peut faire obstacle à leur exécution dans les conditions auxquelles sont soumises les jugements des tribunaux étrangers selon les dispositions de articles 537 et suivants du Code de Procédure Civile Turc à titre de jugements étranger ceci en conformité à la jurisprudence qui reste hélas toujours la même de la Cour de Cassation toutes Chambres Civiles Réunies de 1951, jurisprudence que nous citons ici bien que comme nous l'avons toujours dit nous ne nous y rallions pas. Etant donné que les arrêts turcs rendent encore nécessaire cette voie d'exécution qui pourtant n'est pas conforme à la nature de la sentence arbitrale, il ne peut certes, quel que soit notre point de vue être question de repousser

27) Article cité à la réf. No. 2 p. 174 et s.

28) Nos articles cités à la réf. No. 25.

29) Article cité à la réf. No. 2 p. 178 et s.; ouvrage cité à la réf. No. 5 p. 105 et s.; article cité à la réf. No. 4 p. 459 tiré à part p. 41. A cette occasion nous tenons à rendre hommage à l'œuvre de **M. Brachet** qui correspondant non seulement aux exigences du droit français d'alors mai à ceux du droit Turc en même temps, droit qui hélas restant tel quel jusqu'à ce jour nous a inspiré des l'année 1951 sur ce sujet (voir notre référence No. 36).

cette solution. Dans un tel cas la sentence arbitrale étrangère tout comme un jugement du tribunal étranger, sera considérée comme ayant franchi notre frontière nantie de tous ses attributs de droit public même s'ils avaient été acquis postérieurement. Ce n'est que dans ce cas que les tribunaux turcs auront à appliquer la procédure classique de *l'exequatur* afin que puissent être reconnues en Turquie et puissent y rendre leurs effets les attributs censés inclus dans la substance de la sentence arbitrale.

Etant donné que les sentences arbitrales sont selon la jurisprudence turque actuelle considérée comme des jugements de tribunaux il n'y a aucune raison pour ne pas les faire profiter de la procédure *d'exequatur* tout comme les autres jugements étrangers. Les sentences arbitrales doivent donc toujours profiter de cette procédure.

Toutefois il y a ceci que, tel que nous l'avons exposé plus haut et dans nos précédents écrits, envisager aujourd'hui d'exécuter en Turquie les sentences étrangères avec la même procédure que les jugements des tribunaux étrangers alors que les conventions de réciprocité font défaut, équivaut à les priver dans la majorité des cas de la possibilité d'exécution et à être témoin du fait que notre jurisprudence reprend d'une main ce qu'elle avait accordé de l'autre et aussi du fait qu'en Turquie dans l'état actuel les sentences arbitrales n'ont à peu près aucune possibilité d'exécution. Du reste tel a été le résultat obtenu jusqu'à aujourd'hui. Que l'on nous pardonne de nous exprimer ainsi mais en Turquie, le résultat atteint par ceux qui attendent l'exécution des sentences arbitrales par la procédure propre à *l'exequatur* (la procédure propre à l'exécution des jugements des tribunaux étrangers) est tout simplement le désappointement.

C'est pour cette raison qu'en profitant du caractère contractuel de l'arbitrage que nous avons de tous temps défendu comme étant une conséquence de sa nature (vue que la majorité des juristes Turcs et étrangers ont adopté et que les accords internationaux d'envergure mondiale ont pris pour base) et en nous conformant aux nécessités du droit contractuel sur le terrain international, de plus étant donné qu'il n'existe pas dans le Code de Procédure Civile Turc de dispositions spéciales prévoyant l'exécution des sentences arbitrales étrangères, nous voulons avancer que la voie de procé-

ture basée sur une action en exécution (ex contractu) est une seconde issue pour exécuter les sentences étrangères Turquie, qui reste ouverte et que les sentences arbitrales étrangères revêtues d'une décision accordée par les tribunaux turcs sur la base d'un tel procès pourront toujours être exécutées en Turquie. Du reste le Tribunal Fédéral Suisse de ce temps a, ainsi que nous l'exposerons par la suite, ressenti cette nécessité et depuis 1920 a statué dans ce sens. Etant donné qu'à ce sujet l'ancienne pratique des pays étrangers est fort intéressante il convient de l'exposer brièvement pour justifier notre point de vue en ce qui concerne le droit ture actuel.

b. Les actions en exécution et le droit comparé :

La solution que nous avons préconisée pour notre pays a été expérimentée avec succès auparavant dans des pays tels que l'Allemagne, l'Angleterre, le Danemark, les Etats - Unis, la France, la Hollande, la Norvège, la Suède et même la Suisse qui ont persévéré dans cette voie jusqu'à ce qu'un système d'exécution spécial aux sentences arbitrales étrangères ait été admis³⁰.

Dans les cas où il n'existe pas de dispositions légales spéciales pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères et même si les dispositions légales d'un pays concernant les sentences arbitrales locales sont pour telle ou telle raison défavorable à l'exécution des sentences arbitrales étrangères, on se rend compte qu'il convient de s'adresser à la voie de l'exécution des sentences arbitrales étrangères par le biais de l'action en exécution basée sur les données générales du droit³¹.

A ce sujet l'arrêt du Tribunal Fédéral Suisse dans le procès *Wilczek et Smith v. Müller* est intéressant. Dans ce procès il était question de l'exécution à Zurich (Suisse) d'une sentence arbitrale anglaise. Selon la jurisprudence du canton de Zurich au sujet de la question de l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère la condition de "réciprocité" était exigée et à défaut d'une telle

30) Klein : Considération sur l'arbitrage en droit privé, 1955, Bâle, p. 275; Koral : Ouvrage cité à la réf. No. 5, p. 112.

31) Ouvrage cité à la réf. No. 5, p. 108.

convention de réciprocité la demande d'exécution de la sentence arbitrale étrangère se vit refusée.

Dans une telle situation la partie intéressée a demandé que la sentence arbitrale rendue sous l'autorité de la loi anglaise en tant qu'acte du droit privé dans sa forme dépourvue de tous ses attributs de droit public soit rendue exécutable à Zurich sur la base d'une action en exécution fondée sur la clause compromissoire adoptée par les parties lors de la conclusion de leur contrat. Le Tribunal Fédéral Suisse a fait droit à cette demande malgré les vues existant en Suisse au sujet de la nature juridique de l'arbitrage.

Le Tribunal Fédéral a fondé sa décision devenue célèbre par la suite sur l'argument selon lequel l'engagement d'exécuter la sentence arbitrale étant inclus dans le compromis que les parties ont conclu, et cet engagement ayant pris en vue d'exécuter la sentence en dehors de toute idée de "réciprocité" il convient que soit remplie l'obligation imposée aux parties par cet engagement³².

Aujourd'hui, il est possible en Angleterre d'exécuter de la même manière les sentences arbitrales étrangères c'est à dire si avec le pays étranger en question il existe une convention internationale c'est selon les dispositions de cette convention et donc par une procédure *d'exequatur* simplifiée que les sentences étrangères sont exécutées. S'il n'y a pas une telle convention alors c'est les règles générales du droit, c'est à dire par une action en exécution basée sur la sentence arbitrale (*upon the award*) rendue en conformité à l'engagement d'exécuter la sentence arbitrale pris par les parties que la dite sentence sera exécutée³³.

Aux Etats - Unis également dans le cas où pour une raison ou pour une autre les dispositions simplifiées des "Statutes" du droit interne relatives à l'exécution des sentences arbitrales locales sont défavorables à l'exécution des sentences arbitrales étrangères la possibilité d'action en exécution reconnue conformément au compromis entre les parties est considéré comme la seule issue pour assurer l'exécution des sentences arbitrales étrangères³⁴.

32) Klein : op. cit., p. 76 et s., 197 et 277. Cet arrêt a été publié par la BLFZR 19, no. 144 le 26 Mars 1920.

33) Klein : op. cit., p. 275.

34) Klein : op. cit., p. 275-276.

Nous voyons donc que la forme d'exécution basée sur *l'action en exécution* que nous avons préconisée dans nos écrits depuis 1958 n'est pas une forme que nous avons imaginée ou avancée pour le cas. Cette forme est une issue connue à l'échelle mondiale et adoptée quand la nécessité s'en fait sentir. Elle a été appliquée dans le pays intéressé à l'instant même où l'on attribuait une nature "judiciaire" à l'arbitrage, elle a été une issue dont on a fait usage comme une alternative à l'ordre juridique existant afin de sauver sur le plan international l'arbitrage de la paralysie que pouvait lui causer des conceptions comme celle renfermée dans le terme "réciprocité". Nous aussi avons trouvé conforme à nos vues cette seconde issue ou cette seconde attitude quand nous nous sommes trouvés dans notre pays devant l'impossibilité de fait d'assurer l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

A nos explications ajoutons qu'il convient de considérer que cette issue est favorable et valable pour la raison qu'elle est conforme aux exigences du fondement contractuel que le droit moderne reconnaît à cette institution. Le fait que les tribunaux tures se montrent enclins à cette seconde issue en considération de l'état actuel de notre législation, n'est autre qu'une preuve du respect que l'on doit envers le droit arbitral et particulièrement international.

Sur la question de savoir quelle est la nature et quelles sont les conséquences de cette action en exécution, nous avons donné de longs développements dans nos écrits³⁵. Nous pouvons ainsi affirmer sans autre exposé que les sentences arbitrales qu'elles soient considérées comme des actes de nature contractuelle ou de justice privée basée sur un contrat sont en définitive des actes juridiques à base contractuelle et les parties, ainsi que nous l'avons exposé plus haut en nous référant à l'arrêt du Tribunal Fédéral Suisse, se sont liés préalablement pour accomplir les obligations nées de la sentence arbitrale, donc cette action est pour le moins une action visant qu'un engagement soit tenu.

Il va de soit que la sentence arbitrale obtenue en conséquence d'un engagement visant l'accomplissement des dispositions d'une

35) Ouvrage cité à la réf. No. 5, p. 108 et s.

sentence arbitrale est de nature d'un document bien plus complété qu'un acte privé ordinaire du point de vue de la détermination des droits respectifs des parties, d'un document ayant porté au dernier stade les relations juridiques issues de leur différend et enfin d'un document de caractère obligatoire (*verbindlich*) qu'un tribunal ne doit plus reviser. C'est pour cela que l'action en exécution d'une sentence arbitrale diminuera d'avantage les chicanes et sera moins fatigante pour les tribunaux que l'action en exécution d'un contrat ordinaire.

Si à ce sujet on examine la littérature mondiale et particulièrement la littérature juridique allemande d'avant 1930, c'est à dire d'avant la modification de l'article 1044 du Code de Procédure Civile Allemand, on peut obtenir plus de renseignement sur la nature, le contenu et l'étendue de cette action qui a été étudiée sous la rubrique "Erfüllungsklage"³⁶.

*
**

En conséquence de nos explications préalables parallèlement à la possibilité hélas théorique d'exécuter dans notre pays les sentences arbitrales étrangères comme des jugements de tribunaux étrangers (ceci du aux exigences de la jurisprudence turque) la possibilité pratique de les exécuter à l'aide d'une action en exécution basée sur un fondement contractuel, nous aidera pensons nous au moins à surmonter les obstacles tels que le double exequatur et la réciprocité et de rendre un peu plus efficace l'institution de l'exécution des sentences arbitrales étrangères qui dans notre pays se trouve malgré tout paralysée.

Nous sommes persuadés que le résultat auquel nous aboutissons, est, ainsi que nous l'avons exposé plus haut conforme à la doctrine et à la jurisprudence tant nationale qu'internationale, à nos an-

36) Ouvrage cité à la réf. No. 5, p. 112; Klein : op. cit., p. 275 et s.; Brachet : Exécution internationale des sentences arbitrales, Paris 1928, pp. 113-125; Vollenweider : l'arbitrage volontaire en D.I.P., 1938, pp. 110-118; Nussbaum : Internationales Schiedsgerichtswesen t. I, p. 18; Mittelstein : Recht und Praxis des Schiedsgerichte in Deutschland, Nussbaum, op. cit., pp. 37-53.

ciennes publications depuis 1947, au Droit Turc et aux intérêts de notre pays^{36a}.

À défaut dans la législation d'un Etat ou dans une convention internationale de dispositions spéciales conformes à la nature de l'arbitrage, l'action en exécution d'une sentence arbitrale (ex contractu) est une action qui comme on l'a vu plus haut donne aux tribunaux moins à faire que les autres procès et il est rare dans le droit comparé international de rencontrer des cas où de telles actions en exécution conformes à leurs conditions soient rejetées.

c. L'action en exécution et le Projet de Loi Turc sur la Procédure Civile Internationale.

Dans notre étude intitulée "Nationalité de l'arbitrage et critique de l'arrêt de 1976 de la XVIème Chambre Civile de la Cour de Cassation" par laquelle nous avons participé aux Mélanges à la mémoire du Prof. Hıfzı Timur, nous avons exprimé le regret que nous éprouvions de ce que dans "l'avant-Projet de Loi (turque) sur le Droit International Privé et sur le Droit de Procédure Civile Internationale" élaboré par "l'Institut de Droit International et de Relations Internationales" de la Faculté de Droit d'Istanbul, il n'ait pas été fait une place spéciale pour l'exécution en Turquie des sentences arbitrales étrangères, place qui soit conforme à l'institution en question et qu'en renvoyant encore cette exécution à la rubrique de "l'exécution des jugements étrangers" l'on n'ait pas pu éviter que les inconvénients du double *exequatur* et de la condition de *réciprocité* ne continuent comme par le passé. Toutefois plus tard, c'est à dire après un symposium organisé par l'Institut ci-mentionné nous avons remarqué que la condition de réciprocité incluse dans l'article y relatif avait été rejetée et que à ce sujet l'article 37 avait été modifié comme suit: "Les sentences arbitrales étrangères sont exécutées comme des décisions des tribunaux étrangers sans que la condition de réciprocité ne soit imposé". Sur cela une proposition d'amendement a été faite par nous même selon laquelle le texte aurait dû être modifié comme suit: "Les sentences arbitrales étrangères qui acquièrent un caractère obligatoire sont

36a) Koral, L'arbitrage dans l'ancien et nouveau droit turc, Ann. Fac. D. d'Ist. 1947; L'arbitrage dans le droit interne turc, Ann. F. D. d'Ist. 1947.

exécutées selon la procédure à laquelle sont soumises les décisions des tribunaux étrangers sans que les conditions de réciprocité et d'autorité de chose jugée ne soient imposées." Nous avons proposé ainsi, en ce qui concerne l'exécution des sentences arbitrales étrangères que l'on ne recherche pas qu'elles aient acquis des attributs tels que l'autorité de chose jugée et force exécutoire qui existent dans les jugements des tribunaux, mais que l'on se contente de l'attribut du caractère définitif, ou encore d'après une terminologie plus moderne, du caractère obligatoire (*verbindlich*) de la sentence arbitrale. Nous avons pensé que grâce à cela, les sentences arbitrales étrangères seraient libérées du second obstacle qui est celui du double *exequatur* biens qu'elles soient exécutées selon la procédure propre aux jugements des tribunaux étrangers³⁷.

A l'occasion d'une réunion qui a eu lieu à Ankara du 25 au 27 Septembre 1978 au seing du Ministère des Affaires Etrangères au sujet des conventions internationales sur l'arbitrage et à laquelle des conseillers légistes et des haut fonctionnaires de certains Ministères ont pris part, nous avons exprimé notre vue à ce sujet³⁸.

Au cours de notre dernier entretien avec les membres enseignant de l'Institut des Relations Internationales de la Faculté de Droit d'Istanbul nous avons eu la possibilité d'être informé de l'aspect final du Projet élaboré par cet Institut et du contenu des article 42, 43, 44 relatifs à cette question^{38a}.

37) Article cité à la réf. No. 4 (tiré à part p. 52 e ts.); de même l'ouvrage cité à la réf. No. 5, pp. 120-123.

38) Cette réunion tenue à Ankara au Ministère des Affaires Etrangères sous la présidence du conseiller légiste Dr. Kemal Özerdem pour éclaircir maint sujets concernant l'arbitrage international a été très profitable et il nous semble qu'il y aurait grand profit à répéter de telles réunions.

38a) **Exécution des sentences arbitrales étrangères :**

Article 42 — Les sentences arbitrales étrangères ayant acquis autorité de chose jugée et force exécutoire peuvent être exécutées.

L'exécution de la sentence arbitrale étrangère doit être requise du tribunal de grandes instances ou du tribunal de commerce du lieu choisi par écrit par les parties. Faute d'un tel accord des parties, le tribunal soit du domicile soit de la résidence se trouvant en Turquie de la partie perdante soit du lieu de la situation des biens susceptibles d'être l'objet d'une pour-

Nous avons été très content de voir qu'un système distinct et

suite pour dette est considéré compétent.

Requête et procédure d'investigation:

Article 43 — La partie qui requiert l'exécution de la sentence arbitrale doit joindre à sa requête les documents cités ci-dessous en nombre de copies égal à celui des parties adverses.

a — L'original ou la copie certifiée conforme du compromis ou de la clause compromissoire,

b — L'original ou la copie certifiée conforme de la sentence arbitrale ayant acquis en due forme l'autorité de chose jugée et la force exécutoire ,

c — La traduction certifiée conforme des documents cités en (a) et en (b) s'il ne sont pas rédigés en Turc.

Pour l'exécution de la sentence arbitrale étrangère le tribunal applique par analogie les dispositions des articles 38, 39 et 40.

Cause de refus :

Article 44 — Dans les cas ci-dessous, le tribunal rejette la demande d'exécution de la sentence arbitrale étrangère.

a — Si la sentence arbitrale va à l'encontre de la morale générale, de l'ordre public ou de l'intérêt public,

b — Si le conflit objet de la sentence arbitrale ne peut selon les lois turques être résolu par la voie arbitrale,

c — Si l'une des parties n'a pas été représentée en due forme devant les arbitres et que par la suite elle ait déclaré ouvertement ne pas accepter les actes accomplis, !

d — Si la partie contre laquelle l'exécution de la sentence arbitrale est requise n'a pas été mise au courant en due forme du choix de l'arbitre ou si elle a été privé de la possibilité d'acter ou de se défendre,

e — Si le compromis ou la clause compromissoire sont nuls selon le droit auquel ils ont été soumis par les parties ou à défaut selon le droit du pays où la sentence a été rendue,

f — Si le choix des arbitres ou la procédure appliquée par ceux-ci sont contraires à l'accord des parties ou à défaut d'un accord contraire au droit du pays où la sentence arbitrale a été rendue,

g — Si la sentence arbitrale n'a selon le droit duquel elle est soumise ou au droit du pays où elle a été rendue, pas acquis autorité de chose jugée ou force exécutoire ou encore si elle a été annulée par l'autorité compétente du lieu où elle a été rendue.

La charge de la preuve des faits cités en (d), (e), (f) et (g) incombe à la partie contre laquelle l'exécution est requise.

indépendant de dispositions spéciales à l'exécution des sentences arbitrales étrangères que nous avons préconisé et soutenu depuis 1958 a été élaboré par le dernier texte du "Projet de Loi de Droit International Privé et de Procédure Internationale" particulièrement en ses articles 42, 43 et 44.

En effet la soumission de l'exécution des sentences arbitrales étrangères non pas à la procédure d'exécution des décisions des tribunaux étrangers mais à une procédure qui exprimera les particularités de l'arbitrage et le caractère contractuel de celui-ci, ainsi que l'adoption pour cette raison dans notre législation de dispositions spéciales était un point sur lequel, tel que nous l'avons exposé, nous avons insisté dès le début.

Nous félicitons de tout cœur tant l'Institut que les intéressés du Ministère de ce que, bien qu'encore à l'état de projet de loi, ce point soit en voie de réalisation à la suite des modifications apportées par la coopération entre l'Institut et le Ministère.

En voyant que dans le Projet trois articles, les articles 42 à 44 ont été élaborés au sujet de l'exécution, dans notre pays, des sentences arbitrales étrangères et en ayant conscience que par les dispositions de ces articles, ainsi que nous le remarquerons plus bas, pour la première fois et de manière fondamentale, le caractère contractuel de l'arbitrage a été dans la pratique mis au premier plan, nous pouvons avoir la conviction que du point de vue de l'exécution dans notre pays des sentences arbitrales étrangères le système de contrôle le plus conforme à l'institution tend à être réalisé.

Dès maintenant le premier résultat positif à noter dans le projet de loi est que ce dernier ne renvoie point, tel qu'il a été fait jusqu'alors, la question de l'exécution des sentences arbitrales au chapitre de l'exécution des jugements des tribunaux étrangers mais au contraire tente par l'élaboration de dispositions contenant les particularités de l'arbitrage de réaliser dans notre pays l'exécution de ces sentences.

Le second résultat positif à noter est la mise à l'écart de la condition de "réciprocité" qui peut être considérée en vigueur à la

suite de l'interprétation de notre Code de Procédure et qui même avait pris place dans l'ancienne rédaction du Projet⁴⁰.

Le troisième résultat positif est que les conditions de l'exécution, tel que nous le verrons plus bas, aient été axés sur une vue selon laquelle l'arbitrage est dans le fond une institution de caractère contractuel.

Toutefois avant d'aller plus avant dans cet exposé, soulignons dès à présent que l'aspect des articles d'exécution du Projet élaboré conjointement par l'Institut et le Ministère que nous allons critiquer avec le plus de force est sa persévérance dans la recherche de l'acquisition par les sentences arbitrales du caractère définitif et exécutoire selon la loi à laquelle elles sont soumises; ceci en vue de leur exécution ainsi que le mentionne l'article 42 du Projet⁴¹.

L'acquisition par une sentence arbitrale du caractère définitif et exécutoire selon la loi conformément à laquelle elle a été rendue dépend du fait de son acquisition de l'autorité de chose jugée tout comme les jugements des tribunaux. En d'autres termes, pour que les sentences arbitrales soient définitives et exécutoires dans leur pays il faut que les délais du recours soient écoulés où et qu'elles aient été contrôlées et ratifiées par une autorité compétente de ce pays⁴².

Or la recherche de cette condition équivaut à soumettre deux fois la sentence arbitrale à l'*exequatur*. Nous l'avons avancé auparavant et nous avons exposé qu'une telle condition propre à l'exécution des jugements des tribunaux ne devait nullement être recherchée pour les sentences arbitrales⁴³.

40) Pour les projets antérieurs élaborés dans notre pays au sujet de l'exécution des sentences arbitrales étrangères voir l'ouvrage cité à la réf. No. 5, pp. 181-193. La condition de "réciprocité" a été supprimée pour la première fois à la suite du Symposium organisé par l'Institut de Droit International de la Faculté de Droit d'Istanbul, article cité à la réf. No. 4, p. 469 et s. (tiré à part, p. 51 et s.).

41) Pour la loi à laquelle sont soumis les conventions d'arbitrage ou pour la loi que le projet d'arbitrage prévoit, voir l'article 44 alinéas (f) et (g) du Projet.

42) Voir l'art. 536 du Code de Procédure Civile Turc.

43) Notre article cité à la réf. No. 4, p. 471; du même auteur l'article cité à la réf. No. 18, 1961, p. 134; principalement l'ouvrage cité à la réf. No. 5, pp. 120-123.

La recherche de la réalisation de cette condition envisagée par le premier alinéa de l'art. 42, le titre (b) de l'art 43 et le titre (g) de l'art. 44 n'est malgré tout conciliable ni avec la nature contractuelle de l'arbitrage, caractère que nous avons exposé en toute occasion, ni avec le nouvel ordonnancement de l'exécution. Ordonnancement conforme à la nature contractuelle de l'arbitrage et que les articles 42, 43 et 44 eux mêmes tentent d'instaurer ainsi qu'on le verra plus bas.

De ce point de vue la substitution dans le texte du terme "obligatoire" aux termes définitif et exécutoire ne sera pas seulement la solution la moins désavantageuse mais encore une base conforme au nouveau système que l'on veut instaurer et de plus une base le confirmant⁴⁴.

D'après cela, dès à présent, nous proposons que les termes définitif et exécutoire contenus dans les art. 42, 43 et 44 du Projet soient remplacés par le terme "obligatoire" et nous sommes convaincu que ceci est nécessaire pour créer l'harmonie avec le nouvel ordonnancement et supprimer ainsi que nous allons le voir la contradiction.

Le terme "obligatoire" étant l'équivalent du terme anglais "*binding*" utilisé par la Convention de New-York de 1958 qui est la plus grande convention conclue jusqu'à nos jours sur l'exécution des sentences arbitrales étrangères, est un terme dont nous préconisons l'usage vu aussi il nous accordera la possibilité d'adhérer plus facilement à cette convention⁴⁵.

44) Nous avons qualifié de moins désavantageuse la modification adoptée par le Projet à l'issue du Symposium mais la modification que nous suggérons ici est de nature à supprimer la contradiction, à assurer l'harmonie, et à compléter le nouveau système. Voir l'article cité à la réf. No. 4, p. 472 (tiré à part p. 54).

(*) en turc "baglayıcı".

54) Notre article cité à la réf. No. 16, 1961, p. 134-135. Dans le texte de la Convention de New-York ce terme a été exprimé en anglais par le mot "binding" et en français par le mot "obligatoire" ce qui est l'équivalent du terme allemand "verbindlich". Pour la raison qui a fait préférer ce terme à celui de (définitif) utilisé par les Protocoles de Genève de 1923-1927 voir notre article cité dans cette réf. p. 134.

Ce terme est en second lieu un terme qu'il convient de préférer car à l'opposé de celui du Projet, il n'exige pas que la sentence soit rendue exécutoire dans son pays d'origine.

Nous considérons superflu de nous étendre ici sur les détails (déjà cités dans nos précédents écrits) de la raison pour laquelle nous préférons le terme (obligatoire) à ceux de (définitif et exécutoire) qui sont des reliques de la thèse du caractère juridictionnel⁴⁶.

Toutefois dès à présent mettons en lumière que pour l'exécution d'une sentence arbitrale, exiger qu'elle ait été rendue définitive et exécutoire dans son pays équivaut à la soumettre à un double contrôle⁴⁷.

D'autre part si l'on doit exiger le contrôle dans le pays d'origine⁴⁸ il n'est pas nécessaire d'élaborer trois articles contenant des conditions pour rééditer un contrôle dans notre pays. De ce point de vue l'un des deux systèmes de contrôles doit être considéré superflu.

Dans notre système d'exécution actuel nous ne rencontrons pas de dispositions détaillées de contrôle telles que celles contenues dans les articles 42 - 44. Nous tenons les sentences arbitrales étrangères pour égales aux jugements des tribunaux en ce qui concerne l'exécution; de ce point de vue nous voulons que les sentences envisagées soient définitives et exécutoires dans leur pays. Aussi recherchons nous pour cette raison que les sentences aient été contrôlées et authentifiées préalablement dans leur pays.

Toutefois à l'heure actuelle en prenant en considération le caractère contractuel des sentences arbitrales et en partant du

46) Ouvrage cité à la réf. No. 5, pp. 120-123; article cité à la réf. No.18, 1961, p. 134 et s.; article cité à la réf. No. 4, p. 470 (cité à part p. 52).

47) En ce qui concerne l'inconvénient du point de vue théorique de l'application à de telles sentences du système d'exécution propre aux décisions des tribunaux voir l'ouvrage cité à la réf. No. 5, pp. 48-75.

48) Pour la signification de cette expression voir l'article 44 (f) et (g) du projet; voir pour les 3 art. concernés la réf. no. 38a.

principe selon lequel les contrats sont valables en tous lieux, c'est nous qui exerçons en tant que pays d'exécution le contrôle nécessaire à la lumière des articles 42-44. Donc dans ce cas un contrôle préalable n'est plus nécessaire ici.

En effet ainsi que nous le verrons plus bas, un système de contrôle indépendant se trouve créé pour la reconnaissance et l'exécution en Turquie des sentences arbitrales internationales par le jeu des articles 42 à 44. Ce système de contrôle en tenant compte de la base contractuelle des sentences arbitrales fait passer leur solidité et leur validité par une série d'épreuves. Etant donné que ces contrôles sont exercés, il n'est plus nécessaire de rechercher pour ces mêmes sentences arbitrales un contrôle préalable sous le nom de recherche du caractère définitif et exécutoire. Agir en sens contraire provoque l'inconvénient du "double *exequatur*" contre lequel s'élèvent tant les lois modernes que les conventions internationales et les juristes connus. Persister dans cette direction n'a aucun sens. Par conséquent étant donné que nous acceptons pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères un nouveau système de contrôle propre au caractère de celles-ci, afin d'agir conformément aux nécessités de ce système il convient de se contenter de cela et de ne pas rechercher que soient acquises par les sentences arbitrales étrangères les attributs de définitif et d'exécutoire.



Mis à part l'inconvénient cité plus haut et au sujet duquel nous préconisons qu'il y soit remédié au plus tôt, nous voulons, avant de terminer, compléter brièvement notre exposé en faveur du système adopté par les articles 42 à 44 du dernier Projet, articles que, nous considérons par principe conformes dans leur essence aux nécessités de l'institution.

Comme nous l'avons exposé plus haut, les principes contenus dans ces articles doivent être tenus par nous pour favorables et conformes aux nécessités de l'arbitrage étant donné qu'ils reposent sur la considération du caractère d'acte de droit privé de celui-ci.

En effet, avec une courte investigation, nous pouvons voir que les principes inclus dans les articles cités sont tout à fait

ceux ayant pour but l'exécution de la sentence arbitrale étrangère sur la base d'une action en exécution (*ex contractu*), système que, faute de mieux, nous avons défendu dès les premières lignes de cet article. C'est pour cela que nous pouvons présenter ce Projet comme une preuve confirmant le système basé sur l'action en exécution, système que à cause du manque de dispositions concernant l'exécution des sentences arbitrales étrangères nous avons soutenu dans le temps, et prouvent que les principes impliqués par l'action en exécution sont ceux qui sont les plus conformes à l'institution qu'est l'arbitrage^{49 50}.

D'autre part si l'on soumet à un léger examen les dispositions des articles 42 à 44 on aperçoit qu'elles sont en harmonie avec celles des Conventions de New-York de 1958 et de Genève de 1961 qui ont admis le concept de la base contractuelle des sentences arbitrales^{51 52}.

49) Dans nos publications de l'an 1958 en relation avec l'action en exécution (*ex contractu*), nous avons fait une liste de conditions d'exécutions que nous pouvons résumer comme suit :

a) La sentence arbitrale devra être rendue sur la base d'un compromis ou d'une clause compromissoire valable,

b) Le tribunal arbitral devra être dûment constitué et les arbitres devront rendre leur sentence dans les limites de leur compétence,

c) La procédure d'arbitrage devra se dérouler et la sentence arbitrale devra être rendue conformément aux dispositions concernant l'arbitrage la loi étrangère sous l'autorité de laquelle elle a été soumise.

d) La sentence arbitrale ne devra pas être contraire aux règles de l'ordre public turc et son objet devra, selon le Droit Turc, pouvoir être résolu par la voie arbitrale.

e) En outre en tant que conditions secondaires nous avons recherché que les sentences arbitrales soient finales et quelles n'aient pas été annulées (ouvrage cité à la réf. No. 5, p. 133-134).

50) Pour le texte concernant l'exécution des sentences arbitrales étrangères inclu dans le Projet élaboré conjointement par l'Institut de Droit International et de Relations Internationales et par le Ministère de la Justice, voir la réf. No. 38a.

51) L'article à prendre ici en considération est l'article 5 de la Convention de New-York de 1958 qui s'énonce ainsi :
Convention de New-York de 1958.

52) L'article à prendre ici en considération est l'article IX de la Convention de Genève de 1961.

Nous avons d'ailleurs nous mêmes prévu en 1958, avant la Convention de New - York, des dispositions similaires à celles de cette Convention tant pour la Turquie que pour ceux des autres pays n'ayant pas dans leur législation de dispositions spéciales concernant l'exécution des sentences arbitrales internationales ayant préconisé dans des cas pareils le système de l'action en exécution *ex contractu*⁵³.

Et même, si l'on examine les dispositions du Projet sous cet angle, on s'aperçoit qu'elles sont semblables à celles concernant les règles d'exécution qui ont été adoptées par la Chambre Internationale de Commerce dont le siege est à Paris et qui, ayant foi en la théorie contractuelle même avant nous, a utilisé dans ce but pour la première fois et opportunément, en place de l'expression sentence arbitrale étrangère, l'expression sentence arbitrale internationale⁵⁴.

Notre système qui s'inspire de l'action en exécution *ex contractu* apparaît être le plus détaillé; les principes de la Chambre de Commerce Internationale élaborés pour promouvoir le Droit Commercial International semblent les mieux ordonnés; la Convention de New - York nécessitant l'adhésion générale que necessite les conventions générales se montre la plus simplifiée; enfin en matière d'arbitrage international la Convention de Genève qui veut instaurer un système unifié paraît du point de vue des causes d'annulation avoir réduit la question à deux ou trois dispositions; toutes ces solutions sont des dispositions qui s'inspirent du même principe et qui visent à assurer la réalisation de la même idée mère, contractuelle.

Nous n'allons pas examiner ici une par une les dispositions du Projet ni présenter de larges développements à leur sujet⁵⁵. Un tel travail reste en dehors de l'objectif de la présente étude que nous voulons très courte. Toutefois en montrant que le nouveau Projet

53) Voir plus haut la réf. No. 49.

54) Pour texte de l'Avant - Projet proposé à l'Organisation des Nations Unies avant 1953 par la Chambre Internationale de Commerce voir: C.C.I., l'exécution des sentences arbitrales internationales, Paris, avant - projet de convention adopté par le Comité de l'arbitrage Commercial International à la session du 13 mars 1953.

s'inspire en place du système *juridictionnel*, en matière d'arbitrage, d'un système *ex contractu* nous avons voulu démontrer que l'institution de l'action en exécution est un système inclu dans la base elle-même de l'exécution à l'échelle internationale des sentences arbitrales. Certes, même se contenter uniquement de comparer les dispositions du Projet avec celles des textes cités plus haut, dont nous avons donné la teneur en note de fond, aurait été suffisant pour se faire une idée de la situation. Malgré cela nous voulons exposer brièvement notre pensée.

Dans le système d'exécution *ex contractu* que nous proposons, il est exigé que les sentences arbitrales basées sur un compromis soient valides et valables selon les données du droit contractuel et que les arbitres aient rendu leur sentence dans les limites prévues par le compromis. Ainsi dans notre ouvrage paru en 1958, au sujet de l'action en exécution, nous avons préconisé la réalisation des conditions principales que nous avons exposées succinctement plus haut. Nous nous contenterons de comparer ces conditions avec celles prévues par le Projet⁵⁵.

1 — Selon la première condition que nous proposons la sentence arbitrale doit être rendue sur la base d'un compromis ou d'une clause compromissoire valables. Les conditions incluses dans l'art. 44 en (e) correspondent à la disposition que nous proposons⁵⁶.

2 — La deuxième condition essentielle contenue dans notre proposition consiste en ce que le tribunal arbitral soit constitué en due forme et en ce que les arbitres aient statué dans les limites de leurs pouvoirs. L'article 44 en (f) correspond partiellement à ce principe.

3 — La troisième condition essentielle dans notre proposition consiste en ce que la procédure d'arbitrage ait été dûment suivie et en ce que la sentence arbitrale soit conforme aux dispositions

55) Voir l'ouvrage cité à la réf. No. 5.

56) Pour ces conditions ainsi que pour leur commentaire et leur exposé voir l'ouvrage cité à la réf. No. 5, p. 114; de même voir la réf. No. 49.

57) Pour tous les articles du Projet auxquels nous nous intéressons voir la note de fond No. 49.

spéciales à l'arbitrage de la loi étrangère sous l'autorité de laquelle elle a été rendue. L'art. 44 en (c), (e) et partiellement en (f) répond à cette nécessité.

4 — Le quatrième grand principe contenu dans notre proposition consiste en ce que la sentence arbitrale n'aille pas à l'encontre des règles du Droit Public Turc et que le sujet soit selon le Droit Turc susceptible d'être résolu par la voie arbitrale. L'art. 44 en a) et en (b) répond à cette exigence.

En exposant plus haut les quatre principes de base reposant sur la nature contractuelle de l'arbitrage nous démontrons que le Projet avec quelques petits amendements a adopté complètement ces principes que nous avons proposés concernant le contrôle auquel serait soumises les sentences arbitrales étrangères au sujet desquelles une décision d'exécution doit être rendue⁵⁸.

En dehors des quatre principes cités plus haut nous avons également énuméré certaines conditions secondaires pour l'exécution basée sur une *action en exécution* que nous avons préconisée pour le cas où dans un pays des dispositions adéquates font défaut. En tête de ces conditions secondaires vient celle de l'acquisition par la sentence arbitrale du caractère "obligatoire". A un certain moment le terme "final" avait été employé en ce sens. Nous aussi au début l'avions employé. Toutefois à l'usage il s'est avéré que ce terme avait l'inconvénient de présenter plusieurs significations. Le terme (obligatoire) ayant été employé par la Convention de 1958 de New-York et ce terme occasionnant moins de confusion, nous aussi avons employé le terme "obligatoire" et avons abandonné le terme "final"⁵⁹.

Encore dans notre proposition en tant que principe secondaire avons nous exposé comme une raison faisant obstacle à l'exécution, *l'annulation* de la sentence arbitrale dans le pays "où elle a été rendue" ou encore le fait que l'on ait eu recours aux voies lé-

58) Pour de larges développements concernant les principes que nous proposons voir notre étude citée à la réf. No. 5.

59) Ouvrage cité à la réf. No. 5, p. 120 et s.; Au sujet du terme "baglayıcı" (obligatoire) que nous avons utilisé par la suite article cité à la réf. No. 18, 1961, p. 134.

gales pour son annulation⁶⁰. Le Projet en son article 44 (g) *in fine* prévoit la procédure "d'annulation" comme dans notre proposition et dispose en conséquence.

Toutes ces ressemblances qui se fondent sur l'institution de l'action en exécution démontrent fort bien que le Projet sur lequel nous nous penchons fonde lui aussi son système sur l'institution de "l'action en exécution" *ex contractu*.

Si nous comparons les dispositions du Projet aux dispositions correspondantes tant du Projet de 1953 de la Chambre de Commerce Internationale, que de la Convention de 1958 de New - York et même à celles concernant l'institution de l'annulation incluses dans la Convention de Genève de 1961, nous sommes frappés par le fait que la ressemblance des dispositions du Projet avec ces documents originalement inspirés du système de *l'action en exécution ex contractu*.

Toutefois ainsi que nous l'avons exposé plus haut, les termes (définitif) et (exécutoire) se trouvant dans la première phrase de l'art 42 dans l'art. 43 en (b) et 44 en g) doivent être changés avec une expression apte à exprimer la condition du "caractère obligatoire" dans les sentences arbitrales à exécuter, on ne doit nullement exiger les caractères "définitif" et "exécutoire" qui sont des termes employés pour les jugements des tribunaux.

Si on laisse le Projet sans lui faire cette importante modification, ce Projet sera, ainsi que nous l'avons expliqué plus haut, étranger au système de l'action en exécution qu'il a adopté, en outre une contradiction surviendra par rapport aux autres dispositions particulières s'y trouvant.

Par exemple, nous pouvons induire aussi des dispositions de l'art. 44 en (e) et en (g) que le Projet adopte la théorie contractuelle. On voit que dans ces deux alinéas, du point de vue de la loi qui gouvernera l'arbitrage, la loi considérée importante est non pas la loi du lieu de l'arbitrage, loi qui serait conforme au système juridictionnel, mais à l'opposé, conformément au système contractuel,

60) Ouvrage cité à la réf. No. 49, p. 127 pour le sens dans lequel nous avons employé l'expression "où elle a été rendue" voir l'art. 44 en (e), (f) et (g) du Projet.

la loi choisie par les parties. Et si les parties n'ont pas ouvertement exprimé leur choix, en présumant qu'elles se sont mises d'accord sur la loi du lieu de l'arbitrage, cette dernière se trouve être prise en considération mais à titre secondaire seulement.

Encore selon l'art. 44 en (g) *in fine* il est question de l'annulation des sentences arbitrales. Ceci est une autre raison prouvant que le Projet envisage la nature contractuelle de l'institution. Car sur le terrain juridique la voie de l'annulation est prévue seulement pour les contrats. L'adage "Les voies de nullités n'ont lieu contre les jugements" est un très vieil adage encore valable.

Un dernier point démontrant que le système d'exécution prévu par le Projet est de nature contractuel est la disposition du dernier alinéa de l'art. 44 chargeant les parties (dans le Projet chargeant la partie demandant l'exécution) de prouver que les conditions exigées en (d), (e), (f) et (g) du même article se trouvent réalisées.

Le principe sur lequel repose cette disposition, c'est à dire le principe selon lequel le juge ne prend pas d'office en considération les conditions qui ferent obstacle à l'exécution, prouve que l'institution est en relation bien plus étroite avec le Droit Privé qu'avec le Droit Public. Ainsi dans notre proposition en préconisant qu'il n'est pas nécessaire, par principe, que le juge Turc recherche d'office si les conditions tant essentielles que secondaires que nous avons énumérées ont été remplies dans la sentence arbitrale étrangère amenée devant lui afin l'obtenir ordre d'exécution, nous nous trouvons avoir nous aussi exprimé une idée conforme aux nécessités du principe contractuel⁶¹.

Avant de terminer ce sujet, effleurons un autre point selon lequel la recherche de la condition de l'acquisition du caractère définitif et de la force exécutoire crée des contradictions avec les articles du Projet pris un à un. L'art. 44 en (g) du Projet exige que les sentences arbitrales fondant la base d'une exécution soient définitives "ou" qu'elles soient venus à un point tel qu'on puisse demander l'exécution. Cette dernière expression demande qu'on y prête attention et nous laisse un peu songeur. Quel est le but

61) Ouvrage cité à la réf. No. 49, p. 128.

qui a été envisagé par l'utilisation de l'expression "venir à un point tel que l'on puisse en demander l'exécution". Est-ce seulement, ainsi que nous le pensons, le fait que la sentence arbitrale devienne "obligatoire" pour les parties que l'on entend par cette expression? Nous opinons pour l'affirmative. Le Projet peut avoir sciemment et intentionnellement employé cette alternative surtout que celle-ci, est la seule qui soit conforme aux nécessités contractuelles du système d'exécution. Quant au mot "ou" se trouvant entre les deux membres de phrases, il nous renforce dans notre conviction sur l'inutilité de la condition d'acquisition du caractère définitif ou de la force exécutoire.

Avec ces explications nous avons ainsi exposé notre vue concernant ce Projet qui est indirectement en relation avec notre sujet. Bien sûr qu'il était possible de mieux mettre en valeur ce Projet en le soumettant à une étude plus approfondie. Nous comptons le faire dans un autre article. Toutefois répétons le, nous approuvons par principe de Projet qui ouvrira de nouveaux horizons au Droit de l'Arbitrage International Turc à condition que l'on prenne en considération son important inconvénient qui crée des contradictions et qui est incompatible avec les principes de l'arbitrage international moderne et à condition aussi que l'on y fasse les modifications nécessaires.

Nous trouvant actuellement face à face avec une législation qui ne renferme aucune disposition indiquant comment les sentences arbitrales étrangères seraient exécutées, nous avons ravivé le système dont nous avons parlé au début de cette étude et que nous avons proposé depuis longtemps. Ce système qui a pour but d'assurer l'exécution des sentences arbitrales étrangères à l'aide d'une action en exécution, avait été traité par nous il y a vingt deux ans pour la raison que notre législation ne comportait pas de dispositions spéciales à cette matière et qu'il n'y avait pas de convention internationale dont la Turquie fit partie et aussi parce que la voie d'exécution propre aux jugements des tribunaux étrangers à laquelle notre jurisprudence renvoyait la question ne fonctionnait pas. Il nous a paru de notre devoir de rappeler ce système qui est le seul auquel l'on puisse s'adresser, qui a toujours été conforme à la signification et à la nature de l'institution de l'ar-

bitrage, qui conserve encore toute sa vitalité, qui a été expérimenté avec succès par les systèmes juridiques étrangers et dont la conformité aux dispositions contenues dans le dernier projet de modification de notre Code de Procédure Civile que nous avons cité a été prouvée. Ainsi en face de l'impasse où nous nous trouvons, avons nous voulu mettre en valeur ce système en tant que seconde issue à laquelle on puisse toujours s'adresser au sujet de l'exécution dans notre pays des sentences arbitrales étrangères.

Si l'on veut établir des dispositions spéciales conformes à la nature de l'arbitrage et à la législation visant l'exécution des sentences arbitrales internationales, il faut, sans doute, adopter des dispositions adaptées aux règles générales du droit matériel et procédural qui soient suffisamment distancées de celles qui appliquent par analogie la procédure d'exécution des jugements des tribunaux étrangers; c'est à dire des dispositions simplifiées ayant pour but de faciliter l'exercice de l'arbitrage sur le plan international et d'en assurer la promotion.

Sans aucun doute, il convient, si l'on veut adopter ce système en l'introduisant dans les conventions internationales ou dans la législation d'un pays de le simplifier et de le rendre plus maniable étant donné qu'il contient les données techniques nécessaires et qu'il répond aux conditions de l'arbitrage en constituant la base la plus conforme aux exigences actuelles de celle-ci. L'usage international le montre également. Par exemple, dans les dispositions adoptées pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères par la Convention de 1958 de New-York ont peu voir que le système de l'action en exécution a été adopté en une forme très simplifiée⁶².

Il est possible de faire la même constatation pour le Projet de 1953 de la Chambre de Commerce Internationale⁶³. Du point de vue des actions en nullité, la Convention Internationale de Genève de 1961 a fait peut-on dire la même chose⁶⁴.

*
**

62) Voir pour les art. concernant la question la note de fond, No. 51

63) Voir note de fond, No. 54.

64) Voir note de fond, No. 52.

Peut-on dire la même chose pour le Projet de l'Institut? Sans qu'il soit possible de répondre complètement par l'affirmative, nous voulons conclure ici en répétant que nous apprécions le Projet dans son principe et dans son orientation ainsi que sa contribution à la promotion du Droit Turc de l'Arbitrage.

Le but de cette étude est de montrer que *l'action en exécution ex contractu* est une issue se trouvant à la base du droit moderne de l'arbitrage en conséquence de la nature juridique de ce dernier, et que cette action est le procédé dont il est possible de faire usage alors que toutes les autres voies se trouvent coupées. Le but de cette étude est également d'étayer cette vue par tous les arguments juridiques.

Sans aucun doute, en cas où nos tribunaux admettent cette possibilité ils assureront, dans cette période où chez nous l'arbitrage international se trouve dans une impasse, une large contribution au Droit et aux besoins du commerce international.

d. La théorie de l'action en exécution et les nouvelles décisions des tribunaux.

Nous avons considéré utile d'ajouter en Première annexe à cette étude une décision que nous avons rencontrée pour la première fois dans la jurisprudence de notre pays et qui, bien qu'indirectement, concerne la thèse de *l'action en exécution*. Décision qui a été rendue par le 4^{ème} Tribunal de Commerce d'Istanbul et qui a été soumise au Contrôle de la Cour de Cassation.

La XI^{ème} Chambre Civile n'a pas vu l'action sur laquelle se basait la décision du 4^{ème} Tribunal de Commerce d'Istanbul comme une action en exécution *d'une sentence arbitrale* internationale, elle a cassé cette décision du tribunal local car elle a considéré le procès comme visant à l'exécution *d'un document* obtenu à la suite d'un accord de preuve concernant l'article 287 du Code de Procédure Civile et d'autre part elle a considéré la décision objet du litige non pas comme le rapport d'un arbitre - expert mais comme une *sentence arbitrale normale*.

En Seconde Annexe nous donnons cet arrêt et en Troisième Annexe l'arrêt rendu encore par la XI^{ème} Chambre de la Cour de Cassation sur la demande en rectification d'arrêt.

Bien que l'étude de ces décisions, leur discussion et particulièrement la solution de la question de savoir si les sentences arbitrales peuvent être considérées comme des accords concernant la preuve et celle de différencier les arbitres qui remplissent une fonction juridictionnelle des arbitres chez qui la qualité d'expert prédomine, nécessitent une étude spéciale. Pour l'instant ce qui selon nous est important est de mettre en valeur la pensée de ceux qui d'une façon ou d'une autre tentent de servir la cause de *l'action en exécution* dans cette période où dans notre pays l'arbitrage international se trouve dans une impasse.

Pour la première fois dans notre pays un tribunal, en considérant comme un accord de preuve une sentence arbitrale qui ne pouvait recevoir exécution à cause de la jurisprudence erronée de 1951 de la Cour de Cassation, a pris cette sentence pour base d'une action en exécution et ainsi a permis qu'elle soit exécutée.

Si le 4^{ème} Tribunal de Commerce avait pu dire : "Même étrangère une sentence arbitrale internationale qui franchit les frontières d'un Etat conserve sa substance. Même si cette substance est de caractère judiciaire elle est basée sur une notion de *justice privée* c'est à dire sur le compromis des parties. Aussi moi en tant que 4^{ème} Tribunal de Commerce d'Istanbul face au fait que les sentences arbitrales étrangères qui sont la forme finale du compromis des parties ne peuvent pas être exécutées autrement, j'ai décidé de la faire exécuter sur la base *d'une action en exécution* "nous n'aurions rien eu à redire contre cette attitude conforme à la vue que nous avons maintenue jusqu'à aujourd'hui. Nous aurions exprimé notre satisfaction à la pensée que la seconde issue que nous avons défendue dans nos écrits a été enfin découverte et que l'arbitrage international se trouve dépêtré de l'impasse où a été injustement conduit.

Est-ce qu'il serait juste de sous-estimer cette décision du 4^{ème} Tribunal de Commerce d'Istanbul qui aboutit au même résultat mais par le biais de l'action basé sur "l'accord concernant la preuve" et, en la sousestimant, d'éteindre dès le début et sans lui donner la possibilité d'une interprétation, d'une discussion ni d'un jugement de valeur cette faible lueur qui pour la première fois poind dans notre pays sur ce sujet. En cela nous sommes perplexes.

Voici en Annexes I, II et III ces toutes nouvelles décisions judiciaires que nous avons considérées dignes d'être publiées ici en attendant que leur critique soit scientifiquement menée, car quoi qu'indirectement elles nous rappellent l'existence de la *seconde issue*, elles s'en rapprochent et pour le moins elles ouvrent la porte aux discussions sur le plan scientifique.

Annexe I

République Turque
Tribunal d'Instances Principales d'Istanbul
Quatrième Chambre de Commerce

No de Fond : 1975/166

No de Décision : 1978/331

*Jugement du 4ième Tribunal de Commerce d'Instances
Principales d'Istanbul, habilité à juger au nom
de la Nation Turque.*

Demandeur : T.S.A. (Suisse)
Avocats : Maître R.A. et Maître C.E.
Défendeur : A.Y.S. ve T.A.Ş.
Avocats : Maître R.C. et Maître S.Ö.

La demande

L'avocat du demandeur par l'action qu'il a intentée le 12 Mars 1975 a avancé que la société défenderesse avait le 10 Octobre 1978 demandé qu'il lui soit fait une offre d'achat concernant 7000 tonnes de tourteau de tournesol qu'elle s'appretait à vendre; que le demandeur voulait acheter ce tourteau par l'entremise de la Société à responsabilité limitée de Commerce et d'Industrie de Produits Agricoles et offrait pour chaque tonne 100,60 dollars et que le défendeur avait accepté cette offre qui était la plus avantageuse; que le défendeur en avait informé Goldtat le 13 Octobre 1972 et que quand Goldtat l'avait fait savoir au demandeur ce dernier par son télégramme daté du 16 Octobre 1972 avait fait

connaître son accord; que par conséquent le contrat se trouvait conclu le 10 Octobre 1972.

Il a ajouté qu'après cela son mandant ayant préparé le contrat l'avait envoyé à la firme Goldtat pour le faire signer au défendeur; que la firme Goldtat l'avait remis le 20 Octobre 1972 au défendeur pour signature et que celui-ci l'ayant signé, ce contrat qui avait été conclu par télégramme se trouvait des lors signé contenant en détail toutes les conditions; et que le défendeur au lieu de faire sa demande d'inscription nécessaire selon le Décret et le Règlement sur l'Exportation publiés au J.O. Turc du 14 Février 1972 n'avait fait aucune démarche pour obtenir une licence d'exportation alors que selon l'art. 14 dudit règlement cette demande devait avoir eu lieu dans les cinq jours qui suivaient l'arrivée du télégramme.

Il continue en expliquant que le défendeur un certain temps après la conclusion et la signature du contrat, avait demandé par téléphone au demandeur de lui envoyer un nouvel exemplaire du contrat mais que la place de la date y soit laissée en blanc, et qu'un tel document a été fourni au défendeur sur confiance, sans recherche du but ni de l'objectif de cette demande. Il précise encore qu'alors que le demandeur attendait l'exécution du contrat la firme Goldtat lui fit savoir le Premier Décembre que le défendeur demandait un changement de prix, mais que cette demande fut catégoriquement refusée et que le défendeur fit enfin sa démarche le 5 Décembre 1972 auprès des autorités compétentes mais qu'elle fut vaine car l'ancien prix n'était pas conforme au prix actuel. Il continue en faisant savoir que la société demanderesse par son télégramme du 3 Janvier 1973 mit le défendeur en demeure et s'adressa, conformément à la clause compromissoire incluse dans le contrat, à la Grain and Feed Trade Association de Londres, que le défendeur plaida sa cause devant l'arbitre et qu'il agit en recours contre la sentence, que les arbitres le condamnèrent à verser un total de 437.500 dollars d'indemnité et 405 livres sterlings de frais d'arbitrage, que bien que l'on se soit adressés au défendeur par entremise de banque pour le recouvrement du montant on ne put obtenir aucun résultat.

Il fait valoir qu'en comparant le prix fixé à celui atteint à la date où la marchandise devait être livrée le dommage s'élève à

437.500 dollars, qui à raison de 13,85 livres turques par dollar et 31,81 livres turques par livre sterling selon le cours des devises publié au J.O. le 12 Février 1975 correspond à 6.072.258 Ltqs (livres turques). Il avance que du point de vue juridique le contrat se trouve conclu au plus tard le 16 Octobre 1972 et qu'il aurait fallu, selon la législation turque en vigueur à cette époque, faire dans les cinq jours les démarches pour l'obtention de la licence d'exportation, que le défendeur ne l'ayant pas faite est responsable du dommage subi de ce fait par le demandeur, que le rejet pour raison de hausse de prix de la démarche entreprise le 5 décembre 1972 par le défendeur pour obtenir la réalisation de l'inscription ne supprime pas l'obligation d'indemniser; que d'ailleurs il n'y avait pas obstacle à faire inscrire la vente vu que le prix fixé par le contrat était conforme au niveau international des prix. Il ajoute que le Ministère n'avait pas accordé la licence propre à la réalisation de l'exportation basée sur le contrat conclu, que le défendeur avait par la suite vendu ces 7000 tonnes de tourteaux à un prix plus élevé et qu'il avait réalisé l'inscription de l'opération et l'exportation sur la base du nouveau prix, que le refus du Ministère ne supprimait point la validité de l'accord du 16 Octobre 1972, que la conclusion de l'acte ne dépendait pas de l'obtention de la licence, que cette obtention concerne l'ordonnancement de la protection de la monnaie turque et que le manque de licence ne peut annuler le contrat; que le contrat est valide que si une l'exportation envisagée n'ayant pas eu lieu la marchandise avait été exporté à quelqu'un d'autre il conviendrait de considérer cette nouvelle exportation faite pour le compte de l'acheteur (le demandeur), qu'il faut donc que la différence de prix lui soit payée, que d'ailleurs les parties ont prévu que le différend qui surviendrait entre elles serait résolu par l'arbitrage, qu'elles en ont précisé les détails et qu'elles se sont adressées à l'arbitrage tant comme demandeur que comme défendeur, qu'il a été fait usage de la voie de recours, que par conséquent bien qu'en Turquie on ne puisse pas faire exécuter les sentences arbitrales *on peut quand même en vertu de l'art. 287 considérer la sentence arbitrale comme un accord relatif à preuve* et en tenant compte de cette demande l'avocat a demandé qu'une somme de 6.072.258 Ltqs. équivalente à 437.500 dollars et à 405 livres sterlings plus l'intérêt, les

frais de justice et les honoraires des avocats soient payés par le défendeur.

Objection *in limine litis* et réponse sur le fond

Dans sa réponse du 6.5.1975 l'avocat du défendeur a avancé que le demandeur était de nationalité étrangère qu'il devait donc selon les articles 97 et suivants du Code de Procédure Civile fournir une caution et en répondant sur le le fond, il a avancé que son mandant était d'accord pour la vente à raison de 100,60 selon l'offre de Goldtat qui était la plus avantageuse et qu'il avait écrit le 13 Octobre 1972 qu'il confirmait la vente de 7000 tonnes de tourteaux de tournesol, qu'ainsi le contrat se trouvait conclu avec la firme Goldtat; que l'offre du demandeur faite par le télégramme de son mandant était de 100 dollars 25 cents, qu'il est faut que Goldtat ait fait son offre au nom du demandeur que dans la lettre de confirmation leur nom n'apparaît pas, que bien que cette firme semble dans la position d'une représentation indirecte il est possible que ce soit une autre personne que le demandeur.

L'avocat précise que son mandant avait reçu un télégramme expédié de Genève en date du 16 Octobre 1972 signé Remzi Tolit, que ce télégramme en référence à Goldtat mentionne diverses dates de chargement de 7000 tonnes de tourteaux de tournesol à raison de 100,60 dollars par tonnes et confirme l'achat, qu'en ce qui concerne divers rapports il y est dit que les dispositions du précédent contrat du 27 Septembre 1972 serait applicables et que le contrat est posté, que jusqu'à cette date son mandant ne savait pas que Goldtat agissait au nom de la partie demanderesse, que pour cette raison il attendit l'arrivée du contrat, mais que le demandeur au lieu d'expédier le contrat au défendeur l'expédia à Goldtat, que ce télégramme était daté du 16 Octobre 1972. Il précise encore que Goldtat remit ce télégramme à la société mandante le 23 Octobre 1972, que seul à cette date le défendeur est sensé être informé et que conformément au règlement de l'exportation publié au J.O. No. 14099 du 14 Fevrier 1972 le défendeur s'adressa à l'administration d'inscription des prix, que le contrat fut entre ses mains le 23 Octobre 1972 qu'il était donc en droit de s'adresser à l'administration le cinquième jour ouvrable.

Il avance encore qu'aucune faute n'est imputable au défendeur vu que le contrat signé et envoyé par le demandeur le 16 Octobre 1972 a été reçu par le défendeur le 23 Octobre 1972, que l'administration d'inscription des prix, tenant compte de la date du contrat refusa de procéder à la formalité vu que cinq jours ouvrables se trouvaient écoulés, que contre cela son mandant avait demandé au demandeur de lui envoyer un contrat non daté et que la demande adressée à l'administration sur la base du 27 Novembre 1972 dans les cinq jours ouvrables a été rejetée pour la raison qu'entre temps une hausse de prix de 100 à 115 dollars par tonne était survenue sur le marché international, que tant la firme Goldtat que le demandeur avaient été informés de ce fait, que sur ce fait le demandeur, la firme Goldtat et les représentants de la firme qui achetait la marchandise se sont adressés de concert au Ministère mais que le 21 Décembre 1972 ils ont été informés qu'il ne pouvait être fait suite à leur demande, que par la suite l'exportation de cette marchandise a été soumise à la formalité de la licence que par conséquent l'impossibilité d'exporter est apparu, que cette situation a été expliquée au demandeur par télégramme daté du 30 Décembre 1972, qu'en réponse le demandeur trouvant le défendeur en faute et se référant à la clause compromissoire incluse dans le contrat du 16 Octobre 1972 *déféra l'affaire à l'arbitre se trouvant à Londres et que finalement le défendeur se trouvait condamnée à payer en sus des frais la somme mentionnées dans la sentence arbitrale qui était jointe à la requête adressée au Tribunal Turc par le demandeur*, mais que ni la clause compromissoire ni les sentences arbitrales ne peuvent être considérées comme étant des accords concernant la preuve (accords prévus par l'art. 287 du Code de Procédure Civile), que les sentences arbitrales étrangères ne peuvent être exécutées en Turquie, que par conséquent ni les faits de la cause, ni leurs conséquences juridiques ne sont de nature à lier les tribunaux turcs, que la clause compromissoire se contente de fixer le montant du dommage dans les conflits à naître et qu'ainsi la sentence arbitrale ne peut être admise comme le prétend le demandeur en tant qu'accord de preuve concernant le dommage, que ceci est de la nature de l'accord désignant l'arbitre-expert dans les conflits concernant les assurances, que le contrat final a été conclu sur la base de 100 dollars et 60 cents à la suite

d'un accord en la forme orale entre la firme Goldtat et le défendeur, que ce dernier jusqu'au 23 Octobre 1972 ne savait pas que Goldtat agissait en tant que représentant et n'avait donné aucun sens au télégramme du 16 Octobre 1972 et par conséquent avait considéré dangereux de s'adresser prématurément à l'administration d'inscription des prix, qu'il se trouvait en pleine perplexité sur la question de savoir si Goldtat était représentant ou s'il avait cédé sa créance, que par conséquent il n'était pas fautif de ne pas avoir entrepris la formalité d'inscription de prix, car une telle démarche ne peut se faire sur la seule présentation d'un télégramme. Or dans ce télégramme il était précisé que le contrat suivait, mais que si le contrat remis directement à la firme Goldtat avait été envoyé directement au défendeur, ce dernier aurait pu en temps utile faire sa démarche pour l'inscription, que c'est le demandeur et la firme Goldtat qui étaient responsables du refus d'inscription, que le défendeur ayant envoyé son télégramme de confirmation le 13 Octobre 1972, la date à partir de laquelle il devait se trouver lié par le contrat était le 13 Octobre 1972 en référence au représentant, qu'ainsi il ne pouvait être question d'un contrat conclu entre les parties, que le défendeur après avoir vu sa demande d'inscription rejetée a fait connaître la situation au demandeur et lui a demandé un contrat non daté, que ce contrat qui a été daté du 27 Décembre 1972 avec l'assentiment du demandeur a été présenté à l'administration des inscriptions de prix mais que cette demande n'a pas abouti vu la hausse des prix et la nécessité d'une licence.

L'exportation ayant été interdite du fait qu'il n'avait pas été procédé à l'inscription du prix qui ne convenait pas, vu les dispositions du Règlement du Régime de l'Exportation et celles de la Loi sur la Protection de la Valeur de la Monnaie Turque instaurant le contrôle du prix du tourteau, il n'est pas possible de faire droit à la demande étant donné que le défendeur n'a pas fait une vente dont l'objet serait délivré en Turquie, que la vente n'a été faite qu'en vue de l'exportation, que pour cette raison il n'est pas fautif quant à l'exécution, qu'il convient de rejeter la demande pour raison d'impossibilité juridique d'exécuter le contrat, qu'étant donné que l'inexécution n'est pas imputable à la faute du défendeur, que *la sentence rendue par la Cour Arbitrale de Londres ne pos-*

sède ni le qualificatif de acte judiciaire ni celui d'accord de preuve, et que par conséquent la demande est privée de valeur juridique, qu'il convient dans cette action que le demandeur prouve l'existence et l'étendue de son dommage selon les dispositions du Code de Procédure Civile, que le défendeur a informé le demandeur par son télégramme du 30 Décembre 1972 de son impossibilité de remplir son engagement que trois jours après on ne peut parler d'un dommage se perpétuant par une attitude spéculative, que le dommage ne peut être tout au plus que proportionnel au manque à gagner, que pour cette raison il convient de rejeter la demande.

Réponse du demandeur

L'avocat du demandeur dans sa réponse du 8 Juillet 1975 fait savoir qu'en vertu de la Convention Turco - Suisse Reglementant les Relations Judiciaires en Matière Civile et Commerciale la caution judicatum solvi n'est pas nécessaire, que l'on a informé le défendeur que la firme Goldtat était le représentant d'une firme étrangère en lui disant que la firme acheteuse serait révélée ultérieurement, que le défendeur au reçu du télégramme du 10 Octobre 1972 avait appris qui était l'acheteur, que même dans le cas contraire il était en mesure de la faire savoir à Goldtat ou à son mandant, que le défendeur qui se trouvait le 13 Octobre 1972 face à face avec Goldtat en tant que représentant devait commencer le 16 Octobre 1972 les formalités requises par l'apparition de l'acheteur c'est à dire du demandeur, qu'aucune réserve n'ayant été formulée le contrat se trouvait conclu à cette date, que son mandant se trouvait avoir rempli toutes ses obligations, que le défendeur était contrevenu aux conditions de l'accord et que non seulement il ne s'était adressé nulle part mais qu'encore il n'avait rien fait savoir, que le défendeur dans sa lettre adressée le 15 Décembre 1972 à l'Union des Exportateurs avait confirmé que le contrat était conclu le 16 Octobre 1972, que compte tenu des dispositions du Règlement de l'Exportation, il n'avait pas agi comme un commerçant diligent, qu'il avait outrepassé les délais donné lieu à des dommages qu'à cette date il aurait dû se conformer à la nécessité d'être diligent vu qu'il n'avait que cinq jours pour faire inscrire le contrat qu'en cas de doute ou de perplexité, alors qu'il aurait dû le faire savoir il n'a pas agi ainsi.

Que le fait que les parties aient dressé et signé le contrat et que ce contrat contienne une clause compromissoire devait naturellement avoir un sens, qu'étant donné qu'il est d'interprétation générale que quand une disposition d'un contrat n'est pas textuellement mise en application il convient de l'appliquer de la manière la plus proche au but et à l'objectif des parties et que le fait que quand le demandeur s'adressa à l'arbitrage le défendeur se rendit à Londres qu'il pris part aux réunions et qu'il agit en recours contre la sentence arbitrale démontre la validité du contrat, que par conséquent *il ne se trouve aucun obstacle à ce qu'il soit considéré comme un accord de preuve*, que le défendeur vendit à un prix beacucup plus élevé cette marchandise qu'il ne leur avait pas vendu et qu'il en avait obtenu grand profit, qu'il fallait si la clause compromissoire n'était pas considérée comme un accord de preuve que le dommage soit complètement remboursé.

Phases du jugement et dicussion des arguments

Les pièces justificatrices énumérés dans la requête présentée par l'avocat du demandeur sont au nombre de 14, d'autre part les orginaux et les traductions de la correspondance et des actes d'engagements ont été remis.

La demande du défendeur au sujet de la caution *judicatum solvi* est rejetée pour la raison que les conditions requises par la Convention Turco - Suisse visant l'exemption de caution sont remplies.

Le Tribunal, prenant en considération le Code de Procédure Civile et son application, a admis, ainsi qu'il sera expliqué plus bas, l'existence d'un accord de preuve dans les rapports juridiques entre les parties conformément à l'art. 287 de cette loi.

Tant qu'ils ne vont par à l'encontre de la morale, des bonnes moeurs et de la loi, les accords réciproques nés de la libre volonté des parties ont toujours été considérés juridiquement valables. Les individus, de même qu'ils peuvent résoudre leurs différends en intentant des actions devant les tribunaux, peuvent en concluant des compromis faire résoudre ces différends en dehors des tribunaux par des arbitres qu'ils choisissent. Le Code de Procédure

Civile consacre ces deux voies et fixe les dispositions qui les concernent.

Dans l'état de la cause, *il est évident qu'il n'y a aucun obstacle selon nos lois à ce que deux parties dont l'une se trouve à l'étranger et l'autre dans notre pays acceptent réciproquement la clause compromissoire pour les différends à naître au sujet d'un marché de tourteau. Ainsi dans le régime du commerce extérieur beaucoup de différends se trouvent réglés par cette voie.* Bien qu'en ce qui concerne la procédure de l'exécution des jugements rendues par les tribunaux étrangers notre Code de Procédure contienne des dispositions, rien n'est explicitement exprimé au sujet des sentences arbitrales. A propos d'une action intentée par un étranger qui avait déjà obtenu sur le même sujet gain de cause dans une sentence arbitrale rendue par des arbitres choisis d'un commun accord, *il appert que la plus saine voie qui doit être préférée et qui est la plus équitable consiste à considérer comme accord de preuve la situation juridique des parties dans cette voie de droit qu'elles ont librement choisie.*

Le demandeur et le défendeur concluant le contrat par l'entremise de la représentation de la firme Goldtat par l'accord du 16 Octobre 1972 concernant un marché de 7000 tonnes de tourteaux où ils acceptent l'arbitrage s'adressent à l'arbitre au sujet du différend né de la question de l'inscription et le défendeur utilise la voie de recours, tout cela démontre que la voie arbitrale a été adoptée. Donc particulièrement pour confirmer son efficacité dans la vie commerciale internationale il convient que les parties acceptent son résultat. La situation qui se présente ici est non pas l'institution de l'arbitre - expert mais le fait qu'il ait été envisagé que les arbitres se prononcent sur le fond du différend. Car d'une part le défendeur est venu présenter ses preuves au Tribunal Arbitral d'autre part les arbitres ont abouti au résultat en prenant en considération les demandes et les réponses. Donc étant donné qu'il n'y a dans tout ceci rien d'illégal, doivent être par les particularités qu'elles comportent complètement considérées de cette nature les sentences arbitrales échelonnées dont le nombre est indiqué dans la requête, sentences qui précisent que le défendeur a été mis en demeure dans cette vente le montant du dommage causé

au demandeur. Et étant ainsi considérée comme un accord de preuve fixé par les parties et ne paraissant plus opportun de faire de la cause une affaire de tribunal il faut à ce sujet dédommager le demandeur du dommage qu'il a subi à titre de contractant selon le montant fixé par les arbitres.

Décision : Attendu que l'action a été intentée 437.500 dollars soit 212.850 dollars par la sentence arbitrale No. 209 du 9 Octobre 1973, 97.650 dollars par la sentence arbitrale No. 1068 du 16 Octobre 1973 et 127.200 dollars par la sentence arbitrale No. 1069 du 16 Octobre 1973 (total 437.500 dollars) plus 405 livres sterling de frais énumérés sous cinq titre; et attendu qu'à la date où l'action a été intentée le cours officiel du dollar était de 13,85 Ltqs soit 6.059,375 Ltqs. et celui de la livre sterling de 31,81 Ltqs. soit 12.883 Ltqs. il a été décidé le 28 Juin 1978, les voies de recours restant ouvertes, de charger le défendeur du paiement de 6.073,258 Ltqs et pour la période s'étendant de la date où l'action a été intentée jusqu'au jour du paiement 10 % d'intérêt commercial, des honoraires d'avocats fixés selon le tarif soit 140.240 Ltqs. et de 182.192 Ltqs de frais et droits de justice.

Président
Haydar Taray

Membre
Turgut Sengir

Membre
Alaettin Selçuk

Annexe II

République Turque
Cour de Cassation
Onzième Chambre Civile

No de Fond : 1978/5258

No de Décision : 1978/5916

Arrêt de la Cour de Cassation

Tribunal : Tribunal d'Instances Principales d'Istanbul 4ième
Chambre de Commerce
Date : 28 Juin 1978
No. : 75/166 - 331

Demandeur : T.S.A. avocat R.A. etc.
 Défendeur : A.Y.S. ve T.A.Ş. avocat R.C. etc.

En conséquence du procès qui s'est déroulé entre les parties la 4^{ème} Chambre de Commerce d'Istanbul a rendu sa décision No. 166 - 331 du 28 Juin 1978 L'avocat du défendeur a agi en recours. La date a été fixée pour le 12 décembre 1978. Les avocats du demandeur R.A. et C.E. et l'avocat du défendeur S.Ö. sont venus et ont constaté que le recours a été porté dans les délais requis. Les avocats ont été écoutés, mais vu le temps limité l'établissement de la décision a été remise à plus tard. Les pièces se trouvant au dossier ont été lues et après discussion il a été statué comme suit :

L'avocat du demandeur prétend que le contrat se trouve conclu 16 Octobre 1972 à la date où l'accord annoncé à la suite de la correspondance qui a eu lieu par l'entremise de la Société à responsabilité limitée de Commerce et d'Industrie des Produits Généraux Agricoles à la suite de l'acceptation par le demandeur qui a été faite par la société défenderesse de lui vendre 7000 tonnes de tourteaux de tournesol, que le défendeur au lieu de commercer les démarches nécessaires pour obtenir dans les cinq jours qui suivent cette date la licence d'exportation, afin de profiter des fluctuations de prix et de pouvoir demander une différence de prix, a fait cette démarche le 5 Décembre 1972 après que le délai était écoulé et que pour cette raison la différence qu'il a réclamé n'a pas été acceptée et que l'on a eu recours à l'arbitrage et que par la sentence de l'arbitre le défendeur a été condamné à payer 437.500 dollars de dommages et 405 livres sterling de frais, que cette sentence n'a pu être exécutée et que d'autre part les sentences arbitrales étant selon la vue de l'avocat de nature d'accord de preuve il demande que le défendeur paie 6.072.258 Ltqs. équivalent en monnaie turque de cette somme.

L'avocat du défendeur dans sa réponse réclame que la demande soit rejeté en argumentant qu'il n'y a pas eu au début de contrat direct entre le demandeur et la société mandante, que toute la correspondance a été faite avec la firme G. et vue c'est cette firme qui était connue par le mandant en tant qu'acheteur, que

seulement le 23 Octobre 1972 à la remise du télégramme daté du 16 Octobre 1972 et à la signature du contrat qu'en s'est rendu compte que la firme correspondante était partie demanderesse et qu'immédiatement les démarches ont été entreprises pour l'inscription du prix, mais que la date de la signature du contrat par le demandeur états le 16 Octobre 1972 le délai de cinq jours se trouvait écoulé et l'administration intéressée n'a pas fait l'inscription, qu'aussitôt il a été demandé un contrat non daté au demandeur, qu'à l'arrivée de ce contrat la date du 22 Novembre 1972 y a été écrite et que les démarches ont recommencé mais que cette fois devant la hausse du prix du tourteau sur le marché international ces démarches ont été sans résultats que le demandeur en a été aussitôt informé, que d'autre part l'arbitrage n'est pas un accord de preuve, que la sentence arbitrale étrangère ne peut être valable, que le différend doit être résolu par la tribunal, qu'ils n'admettent pas la demande.

Il a été décidé par le Tribubal d'admettre la demande en partant du point de vue que d'après les documents présentés d'après les dispositions du contrat le fait que les parties s'adressent au Tribunal Arbitral est selon selon l'art. 287 du Code de Procédure Civile un accord de preuve et même le recours du défendeur démontre qu'il a accepté cette condition par conséquent les parties sont liées par la sentence artibrale qui résoud leur différend.

Le défendeur a porté un recours contre la décision du Tribunal.

La demande o pour objet le paiement par le défendeur, en plus des frais de justice, des intérêts et des honoraires d'avocats, d'une somme de 6.072.258 Ltqs. correspondant à 437.500 dolars plus 405 livres sterling, ceci réservant le droit de demander les dommages qui peuvent survenir en cas de dévaluation de la monnaie turque jusqu'à la date du paiement.

Il n'existe pas de désaccord entre les parties sur le fait que l'action n'est pas une demande d'exequatur tendant à assurer l'exécution du point de vue procédural de la sentence arbitrale étrangère.

Etant donné qu'il n'est pas possible de faire exécuter en Turquie la sentence arbitrale basée sur la clause compromissoire incluse au contrat rendue par le tribunal arbitral constitué à Londres de-

vant lequel les parties se sont présentées et qui est devenu définitive après le recours qui fut porté contre elle par le défendeur, le désaccord se concentre sur la question de savoir si la clause compromissoire peut être admise comme étant l'accord de preuve de l'art. 287/2 du Code de Procédure Civile et la sentence arbitrale comme une décision de l'arbitre - expert.

Le désaccord consistant en cela pour le résoudre il faut examiner :

- a) Si la clause compromissoire du contrat est valable;
- b) Quelle est la nature selon la clause compromissoire de la sentence rendue par le tribunal arbitral constitué par des étrangers et qui est devenue définitive;
- c) Si en face du fait qu'il est impossible d'exécuter la sentence arbitrale en Turquie la clause compromissoire sera selon la théorie de la conversion admise à titre d'accord de preuve prévu par l'art. 287/2 du Code de Procédure Civile;
- d) Si au cas où la clause compromissoire serait admise comme accord de preuve, la sentence arbitrale serait interprétée comme une décision d'arbitre - expert;
- e) Si, au cas où la sentence arbitrale serait interprétée comme étant une décision d'arbitre - expert, on ne procéderait qu'à la recherche d'une grave erreur et si faute de découvrir une telle erreur on se contenterait de cette sentence pour aboutir au résultat.

1 — Etant donné que l'objet du litige est né d'un contrat de vente et ne ressortit point des matières qui ne dépendent pas de la volonté des parties, la clause compromissoire incluse au contrat est valable selon les art. 516, 517 et 518 du Code Procédure Civile. que le fait que les arbitres soient étrangers et que la sentence qu'ils ont rendue ne puisse être exécutée en Turquie n'écarte pas la validité de la clause compromissoire du contrat.

2 — Selon la clause compromissoire le Tribunal Arbitral est formé à Londres et constitué d'étrangers. Bien que selon la jurisprudence constante de la Cour de Cassation, ni la nationalité des arbitres, ni le lieu où la sentence est rendue ne peuvent faire

attribuer à la sentence la qualification d'étrangère, dans l'état de la cause, la sentence arbitrale sur laquelle on se base ayant été rendue sous l'autorité d'une loi étrangère (loi anglaise) et ne s'étant pas référée aux lois turques, on se trouve dans l'obligation de la considérer en tant que sentence arbitrale étrangère.

3 — Dans le Code de Procédure Civile il ne se trouve pas de dispositions réglant la procédure selon laquelle les sentences arbitrales étrangères seront exécutées en Turquie. Toutefois la sentence arbitrale étant un acte juridictionnel résolvant un différend comme pour les jugements des tribunaux étrangers il convient d'appliquer les art. 537 et suivants du Code de Procédure Civile. A l'inverse de cette nature des sentences arbitrales l'accord de preuve prévu par l'art. 287/2 du même Code est une convention des parties fixant par écrit par quelle preuve une chose déterminée sera prouvée au sujet d'un différend.

De ce point de vue, en invoquant l'impossibilité selon la disposition de l'art. 540/1 du Code de Procéd. Civ. d'exécuter en Turquie la sentence arbitrale sur laquelle se base l'action, impossibilité tenant à ce que ni avec la Suisse pays du domicile légal du demandeur, lieu de conclusion du compromis ou de la clause compromissoire, ni avec l'Angleterre pays sous l'autorité de la loi duquel l'arbitrage se réroule n'ont conclu avec la Turquie de convention sur l'exécution des actes judiciaires, étant donné que tant les arbitres que les juges accomplissent des actes judiciaires en résolvant et en se prononçant au sujet des différends opposant les parties, on ne peut admettre en tant qu'accord de preuve de l'art. 287/2 du même Code ni la sentence arbitrale ni la clause compromissoire sur laquelle elle se base. La théorie de la conversion non plus ne permet pas cette admission, car non seulement la nature de l'accord de preuve n'est propice à cette interprétation mais de plus la clause compromissoire n'est pas atteinte dans sa validité pour que dans le but de rendre valide le contrat on ait recours à cette voie d'interprétation. *D'ailleurs ce dont il est question n'est pas le manque de validité de la clause compromissoire, mais l'impossibilité d'exécution en Turquie de la sentence du Tribunal Arbitral étranger rendu selon cette clause.* Il n'est pas besoin d'expliquer que l'impossibilité d'exécuter en Turquie la sentence

arbitrale étrangère est une toute autre chose que le défaut de validité de la clause compromissoire.

De ce point de vue la théorie de la conversion n'a pas de possibilité d'application.

4 — Alors que l'arbitre tout comme le juge est chargé de statuer en examinant les faits dans le cadre de la loi et des règles fixées par les parties, l'arbitre-expert est chargé de déterminer un fait dont dépend la solution d'une question juridique et pour cette raison son pouvoir est limité.

Alors que l'arbitre rend une sentence résolvant un différend, l'arbitre —expert détermine en se basant sur sa spécialité la valeur d'un objet ou le montant d'un dommage mais ne décide pas sur les droits ou sur les relations juridiques.

Donc il est impossible d'interpréter la décision d'un arbitre-expert comme la décision d'un arbitre.

5 — Face à la situation exposée plus haut la clause compromissoire et la sentence du tribunal arbitral basée sur cette clause ne pouvant être considérées comme l'accord de preuve de l'art. 287/2 du Code de Procéd. Civ. ni comme décision d'arbitre-expert, il serait illégal d'établir une décision qui mènerait à faire exécuter en Turquie la sentence arbitrale vu que cela est impossible selon l'art. 540/1 du Code de Procéd. Civ. en se basant uniquement sur cette sentence. Toutefois *il n'existe aucun obstacle légal à prendre la sentence arbitrale, en considération comme preuve dans ce procès.*

Pour les raisons citées plus haut, alors qu'il faut que les preuves relatives à la demande et à la réponse des parties soient réunies et que la sentence du Tribunal Arbitral sur laquelle se base le demandeur soit prise en considération pour aboutir à la solution du différend, fonder la décision telle qu'il est écrit n'est pas juste et par conséquent le jugement doit être cassé.

Conclusion : A l'unanimité il a été ariété le 28 Décembre 1978 que pour les raisons citées plus haut la décision du Tribunal est cassée en faveur du défendeur et 1400 Ltqs. doivent être perçues

du demandeur et remises au défendeur et que les droits perçus d'avance soient rendus au requérant sur sa demande.

Président
İsmail Doğanay

Membre
A.H. Ertaş

Membre
F. Çilingiroğlu

Membre
Ş. İyiyol

Membre
T. Başbuğoğlu

Annexe III

République Turque
Cour de Cassation
Onzième Chambre Civile

No de Fond : 1979/2002

No de Décision : 1979/2003

Arrêt de la Cour de Cassation

L'avocat du demandeur a agi pour l'obtention d'une rectification de l'arrêt No. 5258/5916 du 28 Décembre 1978 qui cassait la décision No. 166 - 331 du 28 Juin 1978 de la 4ième Chambre de Commerce du Tribunal d'Istanbul au sujet du procès entre T.S.A. et A.Y.S. ve T.A.Ş.

Considérant que la demande a eu lieu dans les délais convenables, les pièces ont été lues, la cause a été discutée et il a été jugé comme suit :

Etant donné qu'il est impossible de prononcer un jugement d'exequatur au sujet d'une sentence arbitrale rendue en Angleterre et sous l'autorité de la loi anglaise sur la base d'une clause compromissoire incluse dans un contrat de vente de 7000 tonnes de tourteaux, la société étrangère demanderesse, a intenté le présent procès en se basant sur le défaut de la société turque défenderesse de se conformer au contrat et a demandé le recouvrement de ses dommages s'élevant à 6.072.258 Ltqs. correspondant à 437.500 dollars et 405 livres sterling et a prétendu que selon la théorie de la conversion la clause compromissoire était de la nature d'un accord

de preuve envisagé par l'art 287/2 du Code de Procéd. Civ. et qu'en admettant le caractère obligatoire de cet accord de preuve il convenait de statuer en faveur du revouvement de la dite somme qui avait été fixée par la sentence arbitrale rendue à l'étranger par des arbitres étrangers et sous l'autorité de la loi étrangère.

Le défendeur soutenait qu'il fallait repousser cette demande car s'il n'avait pas procédé à l'exportation c'était en raison de la législation du change qui est d'ordre public, car il n'avait aucune faute dans l'inexécution du contrat, que la sentence arbitrale étrangère qu'il est impossible de faire exécuter ne peut présenter aucune valeur juridique devant les Tribunaux Turc, qu'il est impossible de se baser sur cette sentence du point de vue de la preuve du montant du dommage, que le demandeur doit prouver le dommage dans les formes requises par le droit procédural turc, que cette sentence arbitrale ne peut être admise à titre d'accord de preuve, que la sentence arbitrale étrangère est dénuée de toute valeur juridique, qu'il est impossible d'appliquer la théorie de la conversion.

Le Tribunal jugeant que la clause compromissoire était de la nature d'un accord de preuve, que cette situation quant à la nature de l'accord de preuve ne pouvait plus être débattue devant le tribunal et qu'il convenait de permettre le recouvrement du dommage dont le montant était fixé par les arbitres, a condamné le défendeur à verser ce montant cité dans la requête du demandeur et indiqué dans la sentence arbitrale.

Cette décision a été cassée par notre Chambre pour les raisons citées dans l'arrêt. L'avocat du demandeur fait cette fois une demande de rectification d'arrêt.

A raison des arguments cités par l'arrêt de la Cour de Cassation et étant donné que l'avis juridique que le demandeur a ajouté à sa demande et sur lequel il se base concerne davantage la possibilité d'intenter une action en exécution au sujet des sentences arbitrales étrangères qu'il est impossible d'exécuter et étant donné que l'on part du principe que dans le plus il y a le moins et que l'on considère possible d'accepter de telles sentences étrangères comme des accords de preuve et comme des rapports d'arbitre - expert alors qu'à raison que dans les fait de la cause ce que l'on qualifie de

plus ou de moins sont des choses tout à fait différentes l'une de l'autre, que la clause compromissoire et l'accord donnant pouvoir à l'arbitre-expert présentent cette différence de nature que l'une vise la résolution d'un problème de droit, l'autre l'appréciation de faits qui ne peut être faite qu'après que le problème juridique se trouve résolu, que pour pouvoir invoquer la théorie de la conversion il faut que le contrat objet du litige ne soit pas valable et que le contrat qui lui est substitué donne le même résultat or à raison que dans les faits de la cause la clause compromissoire est valable et qu'ainsi il n'y a pas lieu d'invoquer la dite théorie, il convient de rejeter la demande de rectification d'arrêt qui ne contient aucune des situations énumérées dans l'art. 440 du Code de Procédure Civile.

Conclusion : Pour les raisons citées plus haut la demande de rectification d'arrêt est rejetée d'après l'art. 442 du Code de Procédure et son requérant est condamné à 100 Ltqs. d'amenda à l'unanimité, le 26 Avril 1979.

Président
Ismail Doğanay

Membre
A. Zeyneloğlu

Membre
A.H. Ertaş

Membre
Y. Okçuoğlu

Membre
Ş. Torun