

CRITIQUE DE L'ARRÊT CONCERNANT LE SÀTANİZME DE L'ARRIYAGE DE TEŞVİH DE LA COME DE L'ÉLÉVATION TURQUE

par M. H. H. H.

Professeur de Droit Public à l'Université d'Istanbul

VARIETES

1. Introduction

L'arrêt rendu par la Cour Suprême le 27 mars 1974, dans lequel l'État a été déclaré responsable de l'arriyage de Teşvih, est un exemple remarquable de la jurisprudence administrative turque. Ce jugement a été rendu en vertu de l'article 147 de la Constitution de 1961, qui garantit le droit de recours devant la Cour Suprême contre les décisions des autorités administratives. L'arrêt a été rendu en faveur de la requête présentée par le demandeur, qui avait demandé l'annulation de l'arrêté de l'administration fiscale qui avait imposé une taxe sur le revenu. La Cour Suprême a jugé que l'arrêté était illégal en raison de l'absence de base légale et a ordonné l'annulation de l'arrêté et le remboursement de la taxe payée.

Cet arrêt a une grande importance pour le développement du droit administratif turc. Il a établi que la Cour Suprême a le pouvoir d'annuler les décisions des autorités administratives qui sont illégales. Cela a permis aux citoyens de faire valoir leurs droits devant la Cour Suprême et de demander le remboursement de l'argent payé. L'arrêt a également clarifié le rôle de la Cour Suprême en matière de recours administratifs. La Cour Suprême n'est pas une juridiction d'ordre ordinaire, mais elle a le pouvoir de contrôler l'activité des autorités administratives. Cela a permis de renforcer le droit de recours administratif et de protéger les droits des citoyens.

En conclusion, l'arrêt rendu par la Cour Suprême le 27 mars 1974 est un exemple remarquable de la jurisprudence administrative turque. Il a établi que la Cour Suprême a le pouvoir d'annuler les décisions des autorités administratives qui sont illégales. Cela a permis aux citoyens de faire valoir leurs droits devant la Cour Suprême et de demander le remboursement de l'argent payé.

CRITIQUE DE L'ARRÊT CONCERNANT LA NATIONALITÉ DE L'ARBITRAGE DU 10.3.1976 DE LA COUR DE CASSATION TURQUE

par

Rabi KORAL (*)

Professeur de droit Civil à l'Université d'Istanbul

1. Aperçu Général.

L'arrêt dont nous nous proposons, dans notre présent article, d'exposer la nature, de discuter les principes qu'il inclut, d'indiquer le stade qu'il atteint dans le développement du droit turc de l'arbitrage, l'arrêt que nous nous proposons de comparer avec notre présente jurisprudence et avec la doctrine turque et d'étudier du point de vue du Droit International Privé Turc et dux conflit des lois, l'arrêt dont nous nous proposons en résumé de fixer la valeur du point de vue du droit turc et de l'économie turque est celui de la XV^{ème} Chambre Civile de la Cour de Cassation du 10 Mars 1976 Nos 975/1617 et 876/1502 devenu définitif le 25 Janvier 1977.

Cet arrêt était relatif à la construction connue sous le nom de Barrage du Kéban et de sa centrale hydroélectrique et à la sentence arbitrale rendue au sujet du conflit survenu entre la D.S.I. (Devlet Su İşleri - Direction Générale des Eaux) et la C.C.I. (groupe de sociétés étrangères dénommé: la Compagnie de Construction Internationale). Après que cette sentence fut rendue elle a été présentée au Tribunal Civil d'Ankara pour être homologuée selon la procédure turque qui assure ainsi une ordonnance d'exécution. A la suite d'un recours en Cassation la XVI^{ème} Chambre Civile, sur le motif que la

(*) Traduction faite de l'article du même auteur paru en ture dans 'Mélanges à la mémoire du Prof. Hıfzı Timur, Istanbul 1976, p. 419 et ss.

sentence rendue ne serait pas une sentence arbitrale turque mais une sentence arbitrale étrangère, a rendu l'arrêt dont nous avons indiqué plus haut la date et le numéro. Cet arrêt est devenu définitif après le rejet de la demande de rectification qui avait été présentée contre lui¹.

Dans le premier article que nous avons publié en 1977 après cet arrêt, nous avons tâché de soutenir notre vue en indiquant qu'il convenait de déterminer l'élément de "nationalité" de la sentence rendue par les arbitres au sujet du différent survenu entre la DSI et la CCI selon le critère adopté par la Cour de Cassation toutes Chambres Civiles Réunies du 7 Novembre 1951 No. E/126 K/109 et en étudiant cet arrêt dans son principe².

L'arrêt du 10 mars 1976 étant devenu définitif à la suite du rejet de la demande de rectification, nous nous proposons par le présent article d'étudier et de faire d'après cet arrêt la critique du problème en l'envisageant sous l'angle de l'arrêt de la XV^{ième} Chambre Civile³.

L'arrêt du 10 Mars 1976 de la XVI^{ème} Chambre Civile décide que la sentence arbitrale mentionnée plus haut est "une sentence arbitrale étrangère" et que par conséquent elle ne peut pas profiter des

-
- 1) Voir en Annexe cet arrêt et l'exposé de l'opinion dissidente du Juge **Yavuz Okçuoglu** qui est le fruit d'une recherche de haute valeur scientifique. Nous préconisons que soit étudié avec soin cet exposé d'opinion dissidente dont par principe nous partageons les conclusions et qui permet de mieux comprendre le fond juridique de ce problème qui mérite une étude spéciale.
 - 2) **Rabi Koral**, "Hakemlik münasebetine izafe edilecek yerlilik veya yabancılık vasıfları hakkındaki Türk sistemi ve 1951 tarihli Yargıtay Genel Kurulunun "Otorite Kanunu" kriteri" İst. Hukuk Fak. Mec. cilt XLII, sayı 1-4. Cette étude a été publiée en français aux Annales de la Faculté de droit sous le titre de : *Systeme turc concernant l'attribution de nationalité aux sentences arbitrales et critères consacrés par notre cour de Cassation.* Ann. Fac. Droit. 1976-78, Nos. 40-41-42.
 - 3) En connexion avec cet arrêt, voir la critique intéressante et basée sur une riche bibliographie faite par le **Prof. Turgut Kalpsüz** (Hakem Kararlarının Milliyeti - La nationalité des sentences arbitrales) parue à la (Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi - Revue de la Banque et du Droit Commercial), 1978, t. IX, No. 3, p. 601 et s.

facilitées procédurales accordées à l'exécution des sentences arbitrales turques.

On sait que par son arrêt toutes Chambres Civiles Réunies du 7 Novembre 1951, la Cour de Cassation a fait connaître que dans notre pays les sentences arbitrales étrangères seraient soumises aux mêmes formalités que les jugements des tribunaux étrangers et que par conséquent elle a rendu très difficile l'exécution de ces sentences⁴. Il en résulte que dans la pratique actuelle de notre pays, décider qu'une sentence arbitrale est "étrangère" équivaut à en rendre l'exécution si difficile qu'elle devient quasiment impossible sauf de rares exceptions⁵. Tel est comme nous le verrons plus bas le résultat de l'arrêt de la XVIème Chambre Civile de cassation par lequel la sentence arbitrale, rendue au sujet de la construction du Barage de Kéban et de sa Centrale Hydroélectrique, est devenue, en principe, inexécutable dans notre pays⁶.

4) Au sujet de la critique de cet arrêt voir **Rabi Koral**, "Hususi Hukukta Milletlerarası Hakem Kararlarının İcrası, II (veya Yabancı Kanunlara Tebean Hakem Kararlarının Türkiye'de İcrası, II) "(en français : l'Exécution des sentences arbitrale internationales en droit privé, II (oubien : L'Exécution en Turquie des sentences arbitrales rendues sous l'autorite du droit étranger II), İst. 1958, pp. 48-75.

5) Ces exception sont les traités conclus par la Turquie. A leur sujet voir : **Rabi Koral**, "Hususi Hukukta Milletlerarası Hakem Kararlarının İcrası, I veya : Yabancı kanunlara tebean verilen hakem kararlarının Türkiye'de icrası, I, (Exécution des sentences arbitrales internationales en droit privé, I ou bien : Exécution en Turquie des sentences arbitrales rendues en vertu du droit étranger I, Huk. Fak. Mec. (Revue de la Fac. de Droit d'Istanbul), 1951, t. XVII, p. 159. De même **Sait Rezaki - Salim Özdemir**, *Uluslar Özel Hukuk Sözleşmeleri*, (Conventions de Droit International Privé), 1974, pp. 83-171; **Prof. Kudret Ayiter**, *Vollstreckbarkeit ausländischer Schiedssprüche in der Türkei*, *Revue Konflikt und Ordnung*, 1978, München.

6) Nous disons en principe, car devant une telle difficulté, nous avons, en considération du fait que dans notre législation il n'existe pas de règles spéciales pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères préconisé, en nous basant sur la pratique internationale et la jurisprudence, un mode d'exécution spécial et nous l'avons traité dans ses détails. Voir notre ouvrage cité à la réf. No. 4, pp. 77-100 et 105-140.

Au lieu d'accorder aux sentences arbitrales étrangères, conformément aux règles du droit international privé la possibilité d'être exécutées selon les règles et la procédure propres aux actes contractuels, notre Cour de Cassation (toutes chambres réunies) par son arrêt de 1951 les a soumises à la procédure concernant les jugements et particulièrement à *l'exequatur envisagé par les articles 537 et s. du Code de Procédure Civile*, et ainsi, elle a créé un important obstacle au développement du droit de l'arbitrage international turc. Nous avons, exposé un par un, ces obstacles dans notre ouvrage publié en 1958 sous le titre "Yabancı kanunlara tebean verilen hakem kararlarının Türkiye'de icrası, II" (Exécution en Turquie des sentences arbitrales rendue sous l'autorité d'une loi étrangère, II)⁷.

Maintenant la XVIème Chambre Civile de la Cour de Cassation en étendant plus qu'il ne le convenait la notion de "sentence étrangère", ceci en considérant comme étrangère une sentence arbitrale qui avait été rendue en conformité au système juridique turc, a, par conséquent élargi la portée de cet obstacle et a ajouté ainsi un nouvel inconvénient au développement du droit de l'arbitrage international turc.

Face à cette situation nous avons exposé dans nos précédents écrits qu'une telle mentalité et qu'une telle pratique influenceraient défavorablement l'économie et les relations juridiques internationales de notre pays⁸.

Mais il y a ceci qu'en décidant par leur arrêt de 1951 que les sentences arbitrales étrangères seraient soumises à *l'exequatur* comme les jugements des tribunaux étrangers, les Chambres Réunies n'ont pas contrevenu au droit international conventionnel existant, et même, en déterminant bien distinctement les motifs de leur arrêt, elles ont permis, ce qui est le plus important, d'en fixer les limites et l'étendue et ont exposé en l'occurrence ce que l'on entendait par *sentence arbitrale étrangère*. Alors que l'arrêt de 1976 de notre XVIème Chambre Civile n'a pas exposé ouvertement sur quelles données du droit conventionnel reposait sa notion de sentence

7) op. cit., 48-75 et s.

8) Voir notre article cité à la réf. No. 2; de même Dr. Turgut Kalpsüz, l'étude citée réf. No. 3, p. 616.

arbitrale étrangère, ni quelle en était l'étendue, elle a donc engendré de grands inconvénients.

Avant de passer à l'étude de l'arrêt précité, prononcé à la majorité, nous allons en raison de son importance et afin qu'il serve de base à notre examen, présenter ici son texte complet⁹.

2. Texte de l'Arrêt du 10 Mars 1976 de la Quinzième Chambre Civile de la Cour de Cassation

Quinzième Chambre Civile

<i>Numero du rôle</i>	<i>Numero de la décision</i>
75/1617	76/1052

Demandeur : La Compagnie de Constructions Internationales, la Compagnie Française d'Entreprises et la Société Impregilio; leur avocat: A.Y.

Défendeur : Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü, (Direction Générale des Eaux) ses avocats: Y.K. et I.A.

Sur la demande des avocats du défendeur que soit examinée par la Cour de Cassation la sentence arbitrale qui tranche le différend entre les parties et sur l'envoi du dossier joint à la communication de la 6^{ème} Chambre du Tribunal Civil d'Ankara datée du 27 Fév. et placée sous le numéro 1975/14, les explications orales des avocats qui sont venus à l'instance au jour et à l'heure fixés ont été entendues, mais vu l'heure tardive en vue de décision l'affaire a été remise à un autre jour. Cette fois après examen sur dossier et après délibération il a été jugé comme suit:

-
- 9) Le juge qui s'est opposé à cet arrêt, le Dr. **Yavuz Okçuoglu** a exposé avec raison que, dans l'état de la cause, il n'était pas question d'une sentence arbitrale étrangère, mais comme nous le pensons d'une sentence arbitrale turque et il en a conclu que cette sentence devait par principe être rendue exécutoire en Turquie.

Nous donnons ici le texte de l'arrêt car il servira de base à notre critique. En annexe au présent article nous donnons le texte *in extenso* avec l'avis dissident du juge le Dr. Yavuz Okçuoglu.

A r r ê t

1 — Il avait été convenu dans le contrat d'entreprise conclu entre les parties qu'en cas de différend on aurait recours à l'arbitrage, il avait été prévu que l'on s'en référerait aux "...règles et procédure de la Chambre de Commerce Internationale..... pour la Constitution du tribunal arbitral et pour sa procédure" (clause 34 du Contrat). De plus quand le différend survint et que les arbitres prirent l'affaire en main, ceux-ci conclurent un accord selon lequel par principe le Règlement de Conciliation et d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale s'appliquerait, selon lequel l'arbitrage aurait lieu à Lausanne et selon lequel la sentence serait remise au Secrétariat de la Chambre de Commerce Internationale de Paris. C'est en se conformant à ces dispositions que le demandeur a remis sa requête, le 26 Février 1970, au Secrétariat Général de la Chambre de Commerce Internationale. Comme il est indiqué dans la première et la seconde réponse il a été en grande partie correspondu par l'entremise du Secrétariat et les réponses nécessaires y ont été remises par le défendeur. Dans sa lettre du Novembre 1970 le Secrétaire Général faisait savoir aux parties intéressés qu'"au reçu de la somme requise le dossier de l'affaire en question serait remis au tribunal arbitral" (Règlement de Conciliation et d'arbitrage; art. 8 et s. et art. 14). Les arbitres se réunirent à Lausanne et rendirent leur sentence. Conformément à l'accord des parties cette sentence fut déposée au Secrétariat et fut approuvée par la Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale.

2 — En prenant en considération les faits fixés par l'examen du dossier cités plus haut, il a été considéré indispensable de faire même en leur traits essentiels les remarques nécessaires au sujet de la nature de la sentence arbitrale afin de pouvoir répondre à la question de savoir avant tout s'il était possible de s'adresser à la Cour de Cassation à l'encontre de cette sentence arbitrale et l'on a ainsi abouti à une conclusion à la lumière de ces données.

a) Les arbitres résolvent le différend de caractère juridique surgissant entre les parties (art. 516 du Code de Proc. Civ.) ils prennent une décision à la suite de l'instance procédurale. Les arbitres peuvent s'adresser à des experts et entendre des témoins et

procéder aux formalités y afférentes. En termes plus généraux il est possible de dire que le Code de Proc. Civ. en ses art. 521, 526, 527, 533, 534 et 536 a rapproché la procédure arbitrale de la procédure normale des tribunaux étatiques.

b) Pour que les arbitres puissent résoudre leur conflit il faut que les parties se soient mise d'accord à ce sujet. Cet accord, se forme par un contrat dans le cadre du Droit des Obligations mais au point de vue de ses conséquences il peut être qualifié de procédural. D'ailleurs l'institution arbitrale est règlementée par notre code de procédure. L'exécution de la sentence rendue par l'arbitre est soumise par le code de procédure a certaines conditions. Donc, bien que le compromis repose sur la volonté des parties, ses résultats entre dans le champ d'application du Code de Procédure Civile, il convient ici de parler des principes du droit public.

c) Les sentences arbitrales sont de caractère judiciaire. Etant donné que leur exécution dépend d'une ordonnance d'exécution selon l'art. 536 du Code de Proc. Civ. elles entrent dans le cadre du pouvoir judiciaire. Quoique limitée la voie de recours en cassation leur est ouverte (art. 533). Au sujet des sentences arbitrales il existe la possibilité d'une révision de jugement (art. 534). De plus au sujet de ces sentences on peut avancer que le principe de l'autorité de la chose jugée s'applique. Les sentences arbitrales sont déposées aux greffes du tribunal (art. 532). Selon les lois fiscales des droits doivent être versés à leur sujet. Ces sentences peuvent tout comme les jugements des tribunaux être l'objet de "voies d'exécution."

d) Pour devenir exécutoire la sentence arbitrale a besoin d'une ordonnance du président du tribunal ou du juge selon l'art. 536. Il faut pour cela aa) qu'il existe du point de vue formel une sentence, bb) qu'elle ait été rendue en conformité aux conditions de l'arbitrage et dans les formes requises, cc) qu'elle n'aille pas à l'encontre de l'ordre public. Cette recherche est faite d'office. Il en est de même en Cassation. Donc il s'agit bien d'un acte juridictionnel.

3 — On peut voir que pareillement à ce qui a lieu dans un procès les arbitres statuent au sujet d'un conflit. Les résultats d'un compromis se réalisent dans le cadre du droit procédural. L'exécution de la sentence est soumise à certaines conditions.

a) Le contrôle exercé par la Cour de Cassation sur la sentence arbitrale entre dans ses attributions judiciaires. L'arrêt qu'elle rend à ce sujet est de nature judiciaire. Mais l'acte judiciaire de la Cour de Cassation a un effet qui se limite aux frontières du territoire de l'Etat. En d'autres termes, dans les limites où s'exerce la souveraineté territoriale, il peut être question du contrôle de la Cour de Cassation au sujet des sentences rendues par les arbitres qui prennent en main le différend, qui le jugent et qui le résolvent. Donc, il est impossible de soumettre à la Cour de Cassation dont le contrôle judiciaire se limite aux frontières jusqu'où s'étend la souveraineté de l'Etat, la sentence rendue par les arbitres qui se sont réunis à Lausanne pour instruire le différend et statuer à son sujet. Il convient selon le principe de la territorialité de qualifier d'étrangère la sentence rendue par les arbitres qui se réunissent à l'étranger et qui y jugent. Etant donné que dans le cas de l'espèce il ne se présente pas de sentence rendue conformément aux art. 536 et 537 du Code de Proc. Civ. on ne peut recourir en Cassation contre la sentence arbitrale étrangère. Ici il est question de la reconnaissance et de l'exécution en Turquie d'une sentence arbitrale rendue en pays étranger.

b) D'autre part pour déterminer l'extranéité de la sentence arbitrale, on peut permettre l'application du "critère" du "droit procédural" mais pas le "critère" concernant l'ordre public (les dispositions impératives). Selon les Clauses du Contrat "la Constitution du tribunal arbitral, la procédure et les formes qu'il utilisera seront soumises aux règles y afférentes de la Chambre de Commerce Internationale" L'application des dispositions de Conciliation et d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale, la remise de la demande au Secrétariat de la Cour d'Arbitrage, le fait que ce même Secrétariat remet le dossier d'arbitrage aux arbitres, le dépôt de la sentence auprès de la Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale et l'obtention de l'approbation de cette Cour autant de faits démontrant que le Droit Procédural Turc n'a pas été vraiment appliqué. Dans notre procédure il n'est pas question de la Cour Arbitrale ni du Secrétariat, quant à la "remise" de la sentence et à son "contrôle" ce sont deux situations contraire à l'ordre public.

Donc il convient d'admettre qu'il s'agit bien là d'une sentence arbitrale étrangère.

4. D'après les raisons énumérées plus haut, il a été conclu que la voie du recours en Cassation était close que par conséquent le demandeur devait être débouté.

Donc, il a été arrêté le 10 Mars 1976 à la majorité que le recours du demandeur était rejeté et que par conséquent, il n'y avait pas lieu à apprécier un montant de frais d'avocat pour l'adiense.

Président	Membre	Membre	Membre
K. Palabıyık	N. Himmetođlu	A. S. Buç	M.R.Karahasan

Membre
K. Okçuođlu
(opinion dissidente)

3. Critique de la contradiction existant entre l'arrêt de la Quinzième Chambre Civile et celui rendu par la cour de cassation Toutes Chambres Civiles Réunies.

On ne peut prétendre que l'arrêt de 1976 ne se soit pas penché sur les questions fondamentales concernant l'arbitrage, ainsi les points sur lesquels nous porterons notre critique démontrent que la XV Chambre Civile de la Cour de Cassation s'est penchée sur divers sujets fondamentaux se rapportant à l'arbitrage. Tant pour cela que pour le fait que cet arrêt ait rendu possible une critique sur les sujets mentionnés, nous voulons exprimer notre considération à son égard. Toutefois ajoutons immédiatement que la Haute Cour n'a pas abouti à une solution opportune car certains des fondements sur lesquels elle s'est basée ne sont pas adéquats et d'autres n'ont pas été suffisamment approfondis.

Avant tout nous considérons comme une grave lacune le fait que la Chambre Civile n'ait pas mentionné l'arrêt de 1951 des Chambres Civiles Réunies. En vérité l'arrêt de 1951 des Chambres Civiles Réunies déterminait jusqu'à présent le critère de la pratique turque en ce qui concerne l'attribution d'une nationalité aux sentences arbitrales. Ce critère qui s'énonçait ainsi: "Est étrangère la sentence arbitrale rendue sous l'autorité d'une loi étrangère" a pris sa place dans la littérature juridique turque et s'est établi depuis longtemps tant dans la théorie que dans la pratique de notre pays.

Dans notre précédent article¹⁰ destiné à l'analyse de la signification et de la nature de l'arrêt, nous avons exprimé que les Chambres Civiles Réunies de notre Cour de Cassation admettaient, en ce qui concerne la détermination de la "nationalité" de l'arbitrage, non pas la théorie "juridictionnelle" mais la théorie "contractuelle" de cette institution et que cela avait pour résultat de mettre en évidence que l'institution en question — c'est à dire l'arbitrage — ne se base pas sur le droit public mais sur le droit privé. Depuis des années et sans être l'objet d'aucune critique, ce critère a été admis et confirmé par les arrêts qui ont suivi celui des Chambres Réunies et par les écrits de tous nos juristes, sans exception¹¹.

Juridiquement, il n'est pas impossible pour la Quinzième Chambre Civile de la Cour de Cassation de changer une situation établie depuis vingt cinq ans ou de corriger une vue erronée. On ne peut rien objecter de ce point de vue. Mais, dans une telle situation, et dans un incident dont chaque aspect présente son importance, il convient d'admettre qu'il n'est pas juste, sans mentionner l'arrêt des Chambres Réunies ou sans indiquer que la jurisprudence suivie depuis des années est erronée d'établir une nouvelle jurisprudence en contradiction avec l'ancienne, ceci en se basant sur une argumentation qui, comme on le verra plus bas, exige des éclaircissements.

En résumé, si la XV Chambre Civile de la Cour de Cassation avait déterminé la "nationalité" des sentences arbitrales non pas par des arguments insuffisants et dépourvus de clarté, mais à l'aide du critère établi par l'arrêt de 1951 des Chambres Réunies, la sentence arbitrale concernant le Barrage de Kéban aurait, pour les raisons que nous exposerons plus bas, été considérée en tant que sentence arbitrale "nationale" et ainsi une possibilité aurait été assurée pour son exécution en Turquie. Nous voulons exprimer que c'est en général

10) Notre article cité à la réf. No. 2, Revue citée, pp. 155-178. Pour la critique générale de cet arrêt notre ouvrage cité à la réf. No. 4.

11) Pour l'analyse détaillée voir notre article cité à la réf. No. 2. Pour la confirmation de cette vue l'article du **Prof. Dr. Kalpsüz** paru en 1978, réf. No. 2, p. 611.

d'abord de ce point de vue que l'arrêt de la XVIème Chambre Civile de la Cour de Cassation est critiquable¹².

4. **Les faits et les actes sur lesquels se base l'arrêt et les étapes par lesquelles est passée la procédure arbitrale.**

Selon notre information les faits matériels et les actes juridiques concernant l'arbitrage en question et leur prolongement peuvent s'énumérer comme suit:

a) D'abord, le contrat principal du 16 Mai 1966 par lequel l'engagement a été pris en vue de la construction du Barrage de Kéban et de ses dépendances, se trouve être conclu en Turquie. Ce contrat a obtenu le visa de la Cour des Comptes de Turquie pour la raison que l'une des parties était un organisme étatique. Le lieu d'exécution du contrat, c'est à dire le lieu de construction du dit barrage se trouve dans la région de Kéban située en Turquie. Enfin la siège de la Direction Générale des Eaux qui est un organisme d'Etat et qui est la partie la plus importante à ce contrat, se trouve en Turquie.

b) De même la convention d'arbitrage jointe au contrat principal du 16 Mai 1966 conclu entre la DSI et la CCI met obstacle à ce que les différends à survenir du fait de ce contrat puissent être déférés aux tribunaux étatiques turcs. C'est à dire que si la clause compromissoire n'avait pas été ajoutée au contrat principal du 16 Mai 1966, ce sont les tribunaux turcs qui auraient été compétents selon le Droit International Privé Turc pour résoudre le conflit^{12a}.

En plus des remarques exposées plus haut:

c) Dans l'acte de mission, qui indique les attributions que les parties accordent aux arbitres, il a été fixé qu'à l'exclusion des règles concernant la nomination du troisième arbitre toute la procédure

12) Cette critique ne s'adresse pas au juge Okçuoglu membre de la XVIème Ch. Civ. qui a émis une opinion dissidente. En vérité l'argumentation de ce juge de valeur est conforme à celle de l'arrêt de 1951 des Ch. Réunies et est digne d'être prise en considération.

12a) Voir Ph. Fouchard, op. cit., p. 72, No. 124.

de l'arbitrage y compris le règlement des frais du tribunal arbitral et des honoraires d'avocats serait soumise à l'autorité de la loi turque et qu'en dehors des cas librement envisagés par les parties, se seraient les règles de la Chambre de Commerce Internationale qui régiraient cette procédure¹³.

d) D'autre part dans les requêtes que les parties avaient soumises au tribunal arbitral il avait été réciproquement exposé que d'abord on se conformerait aux dispositions d'ordre public turc, que le tribunal arbitral se réunirait à Lausanne, que dans la mesure où cela ne serait pas contraire à l'ordre public turc on se conformerait aux dispositions de conciliation et d'arbitrage édictées par la Chambre de Commerce Internationale et qu'en ce qui concerne ce que ces dispositions n'auraient pas réglé on s'en référerait aux dispositions du Code de Procédure Civile Turc¹⁴.

e) En outre il apparaît du texte de l'opinion dissidente, de l'acte de mission du 3 Février 1972, du contenu de la sentence arbitrale du 10 Décembre 1974 et de plus de la correspondance que les parties ont eue réciproquement, que les dites parties avaient décidé de se conformer d'abord aux règles d'ordre public turc, puis aux dispositions du Règlement de la Chambre de Commerce Internationale et là où ce règlement n'offrait pas de dispositions, à celles du Code de Procédure Civile Turc.

f) En dehors de cela les points suivants sont à noter:

Les parties ont décidé que l'arbitrage aurait lieu à Lausanne (Suisse), elles se sont adressées plus d'une fois au Tribunal d'Ankara pour obtenir une prolongation de la durée de l'arbitrage. Une fois la sentence rendue à Lausanne, le demandeur l'a faite approuver la

13) "que sous réserve des règles relatives à la nomination du troisième arbitre, la **procédure arbitrale**, y compris le règlement des honoraires et des frais du tribunal arbitral **est soumise à l'autorité de la loi Turque** et régie par les règles établies par la Chambre de Commerce Internationale, à Paris, sous réserves de dérogations dont les parties conviendraient."

14) A ce sujet voir dans l'Annexe du présent article les informations contenues dans le texte de l'opinion dissidente du Juge **Okçuoglu**. De même **Kalpsüz** article cité, p. 612.

présentant au Secrétariat de la Chambre de Commerce International On a pu assurer la signification aux parties après déposition aux greffes du Tribunal Civil d'Ankara de la sentence rendue conformément à la convention d'arbitrage conclue entre les parties. Sur ce une des parties, la DSI a formé un recours en Cassation prétendant que le Tribunal Civil ne devait pas homologuer cette sentence pour la raison qu'elle était étrangère et qu'il n'était donc pas juste qu'elle fut soumise à une procédure d'exécution semblable à celle concernant les sentences arbitrales turques. Enfin la XVIème Chambre Civile de la Cour de Cassation a admis ce recours et a rendu un arrêt celui du 10 Mars 1976 dont nous faisons ici la critique. Une demande de rectification du jugement faite par le groupe des sociétés étrangères dénommé CCI a été rejetée le 25 Juin 1977.

5. Les six points sur lesquels se base l'arrêt du 10 Mars 1976 de la quinzième chambre civile de la cour de cassation.

a) *L'argument selon lequel nous nous trouverions en face d'un acte juridictionnel.*

1 — La XVIème Chambre, dans son arrêt, a trouvé nécessaire de se pencher sur la question de la nature juridique des sentences arbitrales. Elle a mis en lumière, au sujet de ces sentences, que, tout comme cela est le cas pour les jugements des tribunaux, il est question de la solution d'un *différend de caractère juridique*, qu'à la suite d'une instance il s'exerce une fonction consistant à *prendre une décision*, qu'en s'adressant à des experts, en entendant des témoins et en accomplissant d'autres activités procédurales on se rapproche de la procédure judiciaire, que les sentences arbitrales acquièrent en définitive l'autorité de la chose jugée, qu'elles sont l'objet de "voies d'exécution", qu'en résumé on se trouve en face d'un acte judiciaire. Par ces remarques la XVIème Chambre Civile exprime que l'arbitrage et les sentences arbitrales rendues en conséquence et même le contrôle exercé par la Cour de Cassation sont des actes judiciaires similaires aux jugements des tribunaux¹⁵, mais elle a ajouté que ces

15) Cette interprétation de la Cour de Cassation rappelle l'opinion que Lainé avait rendu avant 1899. Voir Clunet 1899, p. 641 et aussi l'article cité à la réf. No. 4, p. 169.

actes juridiques sont limités aux frontières du pays en question. La Cour de Cassation en a conclu qu'à l'instar de la fonction judiciaires des tribunaux qui reste dans les limites du territoire et ne s'étend pas aux territoires des pays étrangers, l'arbitrage, que l'on peut rattacher à un Etat, ne peut s'étendre au territoire d'un Etat étranger, que par conséquent l'arbitrage doit être considéré comme une institution nationale au même titre que la juridiction des tribunaux. Enfin se basant sur l'assertion selon laquelle l'arbitrage serait un acte juridictionnel, la Cour de Cassation aboutit à la conclusion selon laquelle les sentences arbitrales rendues hors du territoire national ne peuvent nullement s'assurer la possibilité d'acquérir la qualité de sentence arbitrale turque.

b) *L'argument selon lequel il convient de prendre en considération le critère du lieu de l'arbitrage*

2 — Encore dans le même arrêt la XVIème Chambre Civile fait savoir que la Cour de Cassation d'un Etat ne peut exercer son contrôle en tant que Cour de Cassation que pour les sentences rendues par des arbitres entendant, jugeant et résolvant des différends entrant dans le champ de sa souveraineté, qu'il est donc dans ce cas impossible de soumettre la sentence rendue en Suisse dans la ville de Lausanne au contrôle de la Cour de Cassation Turc dont le pouvoir régulateur ne s'étend que dans les limites de la souveraineté territoriale de la Turquie.

La Cour de Cassation a ajouté que du point de vue du principe de la territorialité, il convient de qualifier de *sentence arbitrale étrangère* la sentence rendue à l'étranger par des arbitres qui s'y sont réunis et y ont jugé.

Nous voyons que la Haute Cour en insistant sur la notion du lieu de l'arbitrage et sur celle de l'étendue de la souveraineté de l'Etat aboutit à la conclusion que ce sont uniquement les sentences arbitrales rendues dans les limites territoriales de la souveraineté qui peuvent être qualifiées de nationales et que les sentences arbitrales rendues, ainsi que c'est le cas dans l'état de la cause, à Lausanne, ville de Suisse, seront qualifiées d'étrangères. Selon cette vue notre Cour de Cassation veut atteindre un certain résultat prenant pour

point de départ d'une part le caractère juridictionnel de l'arbitrage d'autre part la notion de souveraineté de l'Etat et en invoquant le principe de la territorialité. Il est évident que les faits que nous avons exposés ci-dessus nécessitent l'étude de la question de savoir si l'arbitrage, que nous allons étudier plus bas, est soumis à la loi de l'autonomie ou à la loi du lieu de l'arbitrage.

c) *L'argument du critère influant le qualificatif d'étranger*

3 — De plus la XVIème Chambre Civile dit que "dans de telles situations..... il est question de la reconnaissance et de l'exécution en Turquie d'une sentence arbitrale *rendue en pays étranger*" et tâche ainsi de lier à un critère territorial l'extranéité des sentences arbitrales.

Avec cette pensée, la XVIème Chambre Civile a laissé de côté le critère basé sur la volonté¹⁶ que les Chambres Réunies avaient établi, en 1951, en exprimant qu'une "sentence arbitrale rendue sous l'autorité d'une loi étrangère est une sentence étrangère" et aussi que "si même de par le lieu où elle est rendue, on ne peut attribuer à une sentence arbitrale le qualificatif d'étrangère, on peut toutefois, du point de vue de la loi à laquelle sont soumis le compromis et le contrat principal, discuter de son extranéité". La XV chambre Civile a ainsi sans même discuter le degré d'opportunité de cet arrêt des Chambres Civiles Réunies —comme si la question survenait pour la première fois dans la pratique— voulu faire reposer l'extranéité des sentences arbitrales sur le critère du lieu de l'arbitrage.

d) *L'argument selon lequel il convient de prendre en considération le critère du contrat de droit procédural.*

4 — La XVIème Chambre Civile, après s'être basée sur les trois principes que nous avons exposé plus haut, étaye son point de vue, peut être pas assez clairement, d'un quatrième principe qu'une partie de la littérature juridique allemande a soutenu, principe qui peut être considéré récent en droit turc, et que des juristes Turcs tel le

16) article cité à la réf. No. 2, p. 161.

Dr. Yavuz Alangoya ont adopté, principe enfin qui repose sur la différence entre le droit procédural et le droit matériel¹⁷.

Rappelons quelques phrases de cet arrêt:

“Cet accord se forme par un contrat dans le cadre du droit des obligations, mais au point de vue de ses conséquences il peut être qualifié de procédural” “D’ailleurs l’institution arbitrale est réglementée par notre Code de Procédure Civile, l’exécution de la sentence rendue par l’arbitre est soumise par le Code de Procédure à ce que certaines conditions aient été remplies. Donc, bien que le compromis repose sur la volonté des parties, ses résultats ne peuvent être atteints qu’en conformité aux conditions prévues, en dehors de la volonté des parties, par la loi procédurale. Aussi quand, du point de vue de ses résultats, le compromis entre dans l’aire du droit procédural, il convient de parler des principes de droit public”, “On peut voir que, pareillement à ce qui a lieu dans un procès, les arbitres statuent au sujet d’un conflit. Les résultats d’un compromis se réalisent dans le cadre du droit procédural. L’exécution de la sentence est soumise à certaines conditions”.

Encore dans le même arrêt il est dit que:

“...d’autre part pour déterminer l’extranéité de la sentence arbitrale, on peut permettre l’application du critère du droit procédural. Mais ce droit et ses dispositions impératives concernant l’ordre public ne peuvent être envisagés comme des dispositions d’ordre dispositif.”

Ainsi par ces phrases notre Cour attire l’attention sur un point fort intéressant dont le droit turc n’a, jusqu’à ce jour, pas fait grande mention et dont, on peut dire que la discussion dans notre pays n’a pas encore été complétée.

Sauf erreur, la vue de la Cour de Cassation peut s’exprimer ainsi; tout en ayant un aspect de nature du droit des obligations et par conséquent du droit civil, l’arbitrage trouve réellement sa place dans le droit procédural. Il s’agit d’un accord procédural donc

17) **Dr. Yavuz Alangoya**, *Medeni Usul Hukukunda Tahkimin Niteligi ve Denetlenmesi* (La nature et le contrôle de l’arbitrage en droit de procédure civile), İstanbul 1973.

d'un accord de droit public. Par conséquent il est territorial et se rapporte au lieu de l'arbitrage, de ce point de vue le critère qui détermine la nationalité de l'arbitrage est celui du lieu où il se déroule et non celui de la volonté des parties.

Tel est l'objectif que notre Cour de Cassation a en vue. Elle précise que c'est du critère du lieu de l'arbitrage que ce dernier acquiert son qualificatif d'étranger. Mais, elle tente, cette fois-ci, d'atteindre son but par la prémisse selon laquelle l'arbitrage est, non pas une institution du droit matériel, mais une institution du droit procédural.

e) Le critère issu du rattachement au Règlement de la Chambre de Commerce Internationale.

5 — Un argument contenu dans l'arrêt de la XVIème Chambre Civile, argument propice à discussion, mais à notre avis, conduisant la Haute Cour vers une contradiction, est celui selon lequel les parties se référant au Règlement de la Chambre de Commerce Internationale ont décidé de procéder à l'arbitrage d'après ce règlement.

En effet, la XVIème Chambre Civile s'exprime à ce sujet textuellement ainsi "il été prévu que l'on s'en référerait aux règles et procédure de la Chambre de Commerce Internationale pour la constitution du tribunal arbitral et pour la procédure qu'il suivrait, en outre selon l'acte de mission l'application du Règlement de Conciliation et d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale a été prévue, la somme requise a été déposée auprès du Secrétariat Général, la sentence a été remise au Secrétariat de la Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale, certaines communications ont eu lieu par l'entremise de ce Secrétariat, enfin la sentence a été approuvée par la Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale".

Dans le même arrêt la XVIème Chambre Civile dit que: "La soumission de la constitution du tribunal arbitral et de la procédure et des formes qu'il utilisera aux règles y afférentes de la Chambre de Commerce Internationale l'application des dispositions de conciliation et d'arbitrage de cette Chambre, la remise de la demande au Secrétariat de sa Cour d'Arbitrage, le fait que ce même Secrétariat

remet le dossier d'arbitrage aux arbitres, le dépôt de la sentence auprès de la Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale... autant de faits démontrant que le Droit de Procédure Turc n'a pas été vraiment appliqué. Dans notre procédure il n'est pas question de la Cour Arbitrale, ni du Secrétariat, quant au "dépôt" de la sentence et à son "approbation" ce sont deux situations contraires à l'ordre public. Donc il convient d'admettre qu'il s'agit bien là d'une sentence arbitrale étrangère".

Ici un point attire notre attention la Cour de Cassation a voulu, en invoquant cette fois la relation existant avec la Chambre de Commerce Internationale, aboutir au même résultat que celui précédent, c'est dire au résultat selon lequel dans l'état de la cause se trouvait une "*sentence arbitrale étrangère*". Nous reviendrons sur ce point un peu plus bas.

f) *Le résultat provenant du critère selon lequel l'arbitrage serait une institution de droit public.*

6 — Voilà, sauf erreur, les fondements et la signification de l'argumentation complexe et même difficile à déchiffrer de l'arrêt du 10 Mars 1976 de la XVIème Chambre Civile de la Cour de Cassation. Etant donné qu'en conclusion de cette argumentation, on tente d'exprimer indirectement que l'arbitrage serait une *institution du droit public*, nous voulons chercher ici si oui ou non il en est ainsi. Dans le fond il aurait été préférable à l'heure actuelle, que l'assertion selon laquelle l'arbitrage serait une institution de droit public fût envisagée de façon directe et non telle qu'elle l'a été. C'est pour cela que nous nous proposons d'expliquer ce point au cours de notre critique ci-dessous en l'envisageant directement.

6. **Critique de l'arrêt de la cour de cassation du point de vue des six critères fondamentaux précités.**

a) *La confrontation du critère de la loi du lieu de l'arbitrage et du critère de la loi de l'autonomie.*

Depuis 1956 nous avons étudié la question de savoir si pour la détermination de la "nationalité" de l'arbitrage c'est à la loi du lieu où il se déroule ou à la loi de l'autonomie c'est à dire à la loi à la-

quelle les parties l'on soumise que l'on doit s'en référer; et nous avons exposé que le système turc de droit international privé était, en matière d'arbitrage, plus favorable à la loi de l'autonomie¹⁸. Le Professeur Ergin Nomer a soutenu le même point de vue dans son article cité plus bas¹⁹. Citons le Professeur Turgut Kalpsüz parmi ceux qui sont de la même opinion et qui critiquent à fond l'arrêt de la Cour de Cassation du point de vue de l'autonomie de la volonté²⁰.

Nous n'avons pas encore rencontré en arbitrage d'auteur turcs qui du point de vue du Droit International Privé réfutent la théorie de l'autonomie et se montrent ouvertement en faveur de la théorie du lieu de l'arbitrage.

Parmi les auteurs étrangers modernes ceux qui soutiennent la vue de la loi d'autonomie forment la majorité²¹. Les conventions internationales concluent en cette matière mettent également au premier plan la théorie de l'autonomie²². On se rappelle que les Chambres Civiles Réunies de la Cour de Cassation ont préféré, dans leur

-
- 18) **Koral**, "Türk Devletler Hususi Hukukunda Hakemlik" (L'arbitrage en Droit International Privé Turc) HFM., Prof. Muammer Raşit Seviğ'e Armağan, 1956 (tiré à part Mélanges en l'honneur du Prof. **Muammer Raşit Seviğ** 1956, p. 30-40).
- 19) **Dr. Ergin Nomer**, "Milletlerarası Hakemlik Sözleşmelerinde Kanunlar İhtilâfı" (Les Conflits de Lois dans les Contrats d'Arbitrage Internatinaux), IV. Ticaret Hukuku Haftası (Tahkim Haftası), IVième Semaine du Droit Commercial et Bancaire (Semaine de l'Arbitrage), 1965, p. 521-523.
- 20) **Kalpsüz**, article cité à la réf. No. 3, 1978, p. 608 et s. Nous pouvons même dire que le Professeur Kalpsüz a réservé exclusivement le fondement de sa critique à cette autonomie.
- 21) **E.F. Klein**, Considérations sur l'arbitrage en Droit International Privé, Bâle 1955, p. 223, 224 et s. et encore **E.F. Klein**, L'arbitrage international de droit privé, Annuaire Suisse de Droit International, Vol. XX, 1963, p. 44; **Philippe Fouchard**, L'arbitrage Commercial International, Paris 1963, p. 105, 122 et s., 537 et s., 468, 449 et s.; **B. Goldman**, Arbitrage (Droit International Privé), Dalloz, Répertoire de Droit International, Vol. I, p. 113, p. 116, p. 127. A ce sujet voir notre article cité à la réf. No. 2, p. 162-163.
- 22) Pour ces convention voir İst. Hukuk Fakültesi Mecmuası (Rev. de la Fac. de Droit d'Ist.), 1961, V, 24, No. 3-4 et à la même revue notre article de l'année 1965, V, XXX, No. 3-4.

arrêt de 1951 la théorie de l'autonomie en ce qui concerne l'attribution de l'extranéité aux sentences arbitrales²³.

En théorie abstraite il ne serait pas juste de reprocher à la XVIème Chambre Civile de préférer la loi du lieu de l'arbitrage à celle de l'autonomie. Il y a à l'heure actuelle des auteurs et des jurisprudences qui persistent dans une telle préférence. On peut même remarquer que les Conventions de 1958 de New-York et de 1961 de Genève prennent de place en place la loi du lieu de l'arbitrage en considération. On ne peut donc pas dire que notre Cour de Cassation soit seule dans sa préférence d'une vue territorialiste²⁴.

Le fait que la raison de ce choix n'ait pas été expliquée de façon satisfaisante, le fait que le critère admis par l'arrêt aille à l'encontre des fondements adoptés par le Droit et la Doctrine Turcs²⁵ et des fondements de l'arrêt des Chambres Civiles Réunies rendu préalablement, finalement le fait que cette vue est en voie d'être abandonnée par la minorité qui la soutient constituent autant de raisons qui une fois réunies sont de nature à affaiblir l'argumentation de la XVIème Chambre. Si nous ajoutons les critiques faites par nous à l'encontre des autres arguments de la Haute Cour, la faiblesse de l'arrêt rendu apparaît plus distinctement. Et même, ainsi que nous allons l'exposer plus loin, nous sommes d'avis que la justesse de notre critique appa-

23) Pour l'étude de cette jurisprudence sous l'angle de l'autonomie - lieu d'arbitrage notre article cité à la réf. No. 2.

24) Voir pour la thèse du lieu de l'arbitrage cité par **Gollman** : **Sauser - Hall**, Institut de droit international (Ann. Inst. 1959, II, p. 369-379); **Pillet**, Traité prat. dr. int. pr. t. 2, No. 659, p. 533; **Martin**, Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence française, t. I, parag. 217 à 219; **Niboyet**, Traité de droit international privé français, t. VI, No. 1981.

25) Dans toute nos publications pareus jusqu'à ce jour la nature de l'arbitrage selon le Droit Turc a été étudiée. Cette critique s'adresse également (en dehors de son critère oppotun pour l'attribution du caractère d'étrangères aux sentences arbitrales) à l'arrêt de 1951 des Chambres Civiles Réunies qui soumet à la procédure de l'**exequatur** les sentences arbitrales étrangères tout comme les jugements des tribunaux. Nous avons toujours défendu la vue selon laquelle l'arbitrage n'est pas une institution juridictionnelle etatique mais une institution de justice privée.

raîtra mieux si nous démontrons que, de par les critères qu'elle a avancés, la Cour de Cassation est entrée en une certaine mesure en contradiction avec elle-même.

En résumé il aurait fallu d'après nous que pour déterminer la nationalité de l'arbitrage notre Cour de Cassation ait préféré le critère de l'autonomie. Ceci à raison de la nature que l'on peut attribuer à l'arbitrage d'après les dispositions du Code de Procédure Civile et à raison encore de l'opinion de la majorité des juristes modernes Turcs et étrangers et enfin à raison de la jurisprudence des Chambres Civiles Réunies de notre Cour de Cassation et de celle de la majorité des tribunaux étrangers²⁶.

Avec cela il faut reconnaître que la nature complexe de l'arbitrage en tant qu'institution et la nécessité où l'on se trouve du point de vue de notre sujet de l'envisager sous l'angle du conflit des lois, chose qui aggrave encore sa complexité, mettent la Haute Cour et nous même en face de questions difficiles à résoudre.

En face de cette situation compliquée le désir de la Quinzième Chambre Civile de la Cour de Cassation, dont on peut se rendre compte même si cela n'est pas exprimé très clairement, d'envisager le sujet *sous plus d'un angle* et sa tentative de résoudre le problème en invoquant plus d'un argument, nous ont guidé dans l'observation de la question sous des angles variés. Pour cette raison nous devons exprimer notre appréciation, envers l'arrêt de la haute Cour pour nous avoir permis d'étudier le problème plus profondément, d'étendre notre critique sur un plus vaste terrain et d'élargir le champ de vision de l'arbitrage dans notre pays.

*
**

L'un des arguments sur lesquels la Cour de Cassation base son arrêt se rapporte à la question de savoir, ainsi que nous l'avons exposé plus haut, si l'arbitrage est de nature contractuelle ou de nature judiciaire. En effet plusieurs points de l'argumentation de la 15. Chambre Civile, par exemple les alinéas 2/a, 2/c et 2/d citent

26) Voir nos études citées aux réf. No. 4 et 5 particulièrement notre étude citée à la réf. No. 4, p. 82.

tous *la nature juridictionnelle de l'arbitrage*²⁷. Nous allons étudier ces critères sous le chapitre prochain. Le résultat de cette étude influencera la solution du problème du choix à faire entre le critère de la loi d'autonomie et celui de la loi du lieu de l'arbitrage. En effet ceux qui préconisent l'application à l'arbitrage de la loi d'autonomie sont ceux qui lui attribuent une nature contractuelle, ceux qui veulent l'application de la loi du lieu de l'arbitrage sont ceux qui lui attribuent une nature juridictionnelle. Pour les premiers, les contrats ne connaissent pas de frontières, ils sont valables en tous pays, donc il faut prôner la loi d'autonomie en matière d'arbitrage et considérer en conséquence la nationalité de l'arbitrage. Par contre ceux qui pensent que l'arbitrage est de nature juridictionnelle l'envisagent comme territorial, car quand le tribunal d'un Etat exerce son droit de juger, il emploie en même temps l'autorité étatique.

Selon ces derniers l'arbitrage doit en définitive être soumis à l'ordre juridique impératif du pays où il y est procédé donc il doit être soumis à l'autorité de la *loi du lieu de l'arbitrage*.

C'est en cela que consiste la philosophie incluse sous le titre que nous étudions c'est à dire sous le titre qui tente de résoudre le dilemme de la loi du lieu d'arbitrage ou loi de l'autonomie. Pour compléter la solution de ce problème, il faut étudier la question de savoir si l'institution est de caractère contractuel ou judiciaire, ainsi que nous allons l'en déduire de l'arrêt de la 15^{ème} Chambre Civile. Nous allons le faire aussitôt et brièvement sous le chapitre suivant.

b) L'argument basé sur la comparaison des critères contractuel et judiciaire.

C'est très brièvement que nous allons étudier ce point qui est l'une des bases de l'arrêt de la 15^{ème} Chambre Civile de la Cour de Cassation, car nous avons longuement traité ce sujet dans nos écrits précédents où nous avons exposé, en faisant toutes les analyses nécessaires, que l'arbitrage était basé, particulièrement selon les principes du Droit Turc, sur un fondement contractuel et que

27) Pour le texte complet de cet arrêt voir l'annexe joint à cette étude.

notre vue était celle qui convenait le mieux aux exigences de ce Droit²⁸.

En faveur de cette thèse se présentait à un moment donné la presque totalité des auteurs Turcs, aujourd'hui on peut citer la majorité de nos juristes²⁹. La raison de ce changement est peut être l'apparition du problème de savoir si l'arbitrage est une institution de droit matériel ou de droit procédural. Nous nous occuperons de ce problème un peu plus loin.

Nos tribunaux se sont montrés un certain temps en faveur de la thèse contractuelle³⁰, toutefois, en raison de l'arrêt de 1951 de la Cour de Cassation toutes Chambres Civiles Réunies, la jurisprudence des tribunaux turcs a adopté la thèse du caractère juridictionnel et depuis lors dans notre pays des jugements de tribunaux ont été rendus³¹ qui permettaient l'exécution des sentences arbitrales étrangères en les comparant à des jugements de tribunaux étrangers. Cette solution est non seulement complètement contraire au Droit Turc et à notre point de vue, mais encore, elle arrête, dans son fondement, le développement de l'arbitrage international en ce qui concerne notre pays. La critique de ces arrêts et particulièrement de celui de 1951 des Chambres Civiles Réunies, du point de vue de la thèse juridictionnelle a été faite par nous même de façon détaillée³².

Il est évident que malgré toutes nos critiques et les arguments que nous avons émis en considération du caractère contractuel de

28) Ouvrage cité à la réf. No. 4 particulièrement, p. 77 etc.; article cité à la réf. No. 5 particulièrement, pp. 168-178; article cité à la réf. No. 18 (tité à part, pp. 13); article cité à la réf. No. 2 (tiré à part pp. 5-10).

29) article cité à la réf. No. 5, p. 171-172; Parmi nos juristes modernes qui adoptent la thèse contractuelle il est possible de citer le **Dr. Ünal Tekinalp** article cité à la réf. No. 2, p. 164 et s.; le **Dr. Ergin Nomer**, notre article (tiré à part p. 39); l'article du **Dr. Turgut Kalpsüz** cité plus haut p. 603, 606 et s.

30) article cité à la réf. No. 5, p. 172-173.

31) Au sujet des arrêts importants des tribunaux turcs et de l'arrêt de 1951 des Chambres Civiles Réunies voir notre ouvrage cité à la réf. No. 4, p. 22 et s.

32) Voir notre ouvrage cité plus haut, p. 22 à 48 et particulièrement 48 à 75 et même 77 à 100.

l'arbitrage sous l'angle du Droit Turc, la thèse "juridictionnelle" est dominante dans la pratique de notre pays en ce qui concerne "l'exécution des sentences arbitrales étrangères" et qu'il faut en rattacher la raison à l'arrêt de 1951.

Toutefois le même principe ne s'applique pas à la question de savoir quelles sentences arbitrales sont nationales et quelles autres sont étrangères. Ici c'est le principe contractuel qui doit influencer. En effet nous avons mis pour la première fois en évidence par nos écrits que l'arrêt de 1951 des Chambres Civiles Réunies avait adopté au sujet de la détermination de la nationalité de l'arbitrage non pas la thèse juridictionnelle mais la thèse contractuelle et que cela avait créé une divergence de vue au sein de nos Chambres Réunies³³. Dans l'article qu'il a publié aussitôt après que l'arrêt de 1976 a été rendu, le Dr. Turgut Kalpsüz également en a exposé le caractère contractuel³⁴.

En face de cette situation, ainsi que nous l'avons exposé au début de cette étude, il aurait été souhaitable que la 15^{ème} Chambre Civile se soit conformé aux exigences de la thèse contractuelle qui apparaît clairement dans l'arrêt de 1951 des Chambres Civiles Réunies. Donc ainsi que nous l'avons exposé auparavant il n'est pas à propos que sans même mentionner l'arrêt des Chambres, la 15^{ème} Chambre Civile s'y oppose.

Avant de terminer notre investigation se trouvant sous le présent chapitre, nous voulons rappeler les points fondamentaux de notre vue personnelle vue que nous avons exposée dans nos très anciennes publications relatives à la nature de l'arbitrage. Nous avons défendu depuis longtemps qu'il allait de soi que *l'arbitrage fut de caractère judiciaire*. Nous avons avancé depuis longtemps que l'arbitrage est un fonction judiciaire, qu'il vise à départager celui qui a raison, a séparer le bien du mal, le juste de l'injuste. Toutefois, nous avons exprimé pour la première fois³⁵, parmi les juristes locaux et étrangers

33) notre article cité à la réf. No. 2, p. 185 et s.

34) Kalpsüz, article cité p. 601 et 611.

35) Voir Koral, "Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim" (arbitrage dans notre ancien et nouveau droit), İst. Hukuk Fakültesi Mec-

dès l'année 1947, que cette fonction judiciaire, à la différence de *celle des tribunaux*, est une fonction en dehors du droit public, basée sur un contrat, prenant sa force d'une convention d'arbitrage et appartenant au droit privé, que donc l'arbitrage est une fonction entrant dans le champ de la justice privée à l'opposé de la justice rendue par les tribunaux. Par conséquent l'appréciation que l'on en fera doit être faite en considération de ce que cette institution est toujours une *institution privée*, se trouvant basée sur un contrat c'est une telle appréciation que le Droit Turc impose.

Dans nos publications nous avons exposé que le fait que l'arbitrage possède une nature judiciaire a peut être pu, en induisant en erreur certains auteurs Turcs et étrangers, occasionner qu'ils lui attribuent une nature similaire à celle des jugements des tribunaux; aussi pour défendre notre vue nous avons mis en avant tous les arguments que nous avons pu trouver dans les droits turc et étrangers³⁶.

Aujourd'hui il est un fait évident que les juristes modernes de même que les conventions internationales aboutissent à la proposition selon laquelle l'arbitrage —qu'il soit considéré contractuel ou judiciaire— est une institution *basée sur le droit privé* et même se montrent enclins à adopter de plus en plus l'idée de la fonction de justice privée³⁷.

muası 1947 (Rev. de la Fac. de Droit d'Istanbul 1947, No. 1, p. 208 et notre étude citée à la réf. No. 5, p. 174 et s.

Depuis ce jour jusqu'à aujourd'hui le droit modernes'est rapproché de plus en plus de cette vue; ainsi voir **Ch. N. Fragistas**, Rev. Crit. de DIP 1960 (tiré à part p. 2 et s. et p. 8).

36) Voir plus haut la réf. No. 35.

37) A ce sujet étudier : **Pallieri, Balladore**, L'Arbitrage privé dans les Rapports Internationaux, Rec. C. Ac. 1935, v. I, p. 291 et s.; **David René**, Le Concept d'Arbitrage privé et les Conventions Internationales, Etudes Juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière, Paris 1964; **David René**, Arbitrage du XIXe siècle, Mélanges offerts à René Savatier, Paris 1965, **David René**, Conception française et Conception anglaise de l'Arbitrage, Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch, Paris 1970, **Goldman, B.** article cité à la réf. No. 18; **Goldman**, Regles de Conflit, Règles d'application immédiate et Règles matérielles dans l'Arbitrage Commercial International, Travaux du Comité Français du Droit International Privé 1967; **F.E. Klein**, op. cit., à la réf. No. 18;

En face de cette situation nous ne trouvons pas à propos que, depuis 1951, nos tribunaux considèrent les sentences arbitrales de nature juridictionnelle, en les soumettant quant à leur exécution à la même procédure que celle des jugements des tribunaux étrangers.

De même que nous avons avancé qu'il fallait que cette vue — que les Chambres Réunies ont adoptée, nous en sommes convaincus, comme étant moins nuisible, vu le manque de dispositions expresses à l'exécution des sentences arbitrales étrangères — changeât, nous avons également avancé que³⁸ le *critère contractuel* de l'arbitrage auquel s'en sont référées les Chambres Réunies par l'arrêt de 1951, pour l'attribution à l'arbitrage du caractère de national ou d'étranger, devait être pris comme base du point de vue de l'exécution des sentences arbitrales et que la considération de leur caractère juridictionnel devait se circonscrire dans ses justes limites. Nous voulons exprimer enfin que nous considérons critiquable sur ce point l'arrêt de la 15^e Chambre Civile qui va à l'encontre de toutes ces notions.

Plus haut nous avons exprimé à l'occasion de la critique de l'arrêt de la 15^{ième} Chambre Civile qu'un point devait être plus clairement exprimé. Ce point était la détermination de la base qui pourrait servir à différencier les qualificatifs de "national" et d'"étranger". Nous allons nous pencher sur cette question au chapitre suivant.

c) L'argument basé sur le critère déterminant la nationalité de l'arbitrage.

De même qu'elle ne donne pas d'indication spéciale sur la façon dont se constitue la nationalité des sentences étrangères, la XV^{ième} Chambre Civile n'a pas utilisé le critère posé par l'arrêt de 1951 des Chambres Civiles Réunies.

Fouchard, op. cit., à la réf. No. 18; **Lalive Pierre**, Sur la Contribution de l'Arbitrage au Développement d'un Droit du Commerce International, p. 387; Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, Genève 1977; **Lalive Pierre**, le Droit applicable au fond du litige en matière d'arbitrage, Rassegna dell'arbitrato, 1977 Roma, p. 1 à 19; **Fragistas**, Ch. N., article cité à la réf. No. 35.

38) article cité à la réf. No. 2, p. 178.

Toutefois la Haute Cour la expose qu'étant donné qu'elle se forme à l'intérieur des limites où "s'exerce la souveraineté territoriale" il convient selon le principe de la territorialité de qualifier d'étrangère "la sentence rendue par des arbitres qui se réunissent à l'étranger et qui y jugent".

En fait une telle explication est dépourvue de clarté et d'opportunité. Certes les auteurs étrangers et nous même admettons et avouons combien est difficile la détermination de la nationalité des sentences arbitrales au sujet d'une institution aussi complexe que l'arbitrage.

Nous n'allons pas entrer dans les détails et les tréfonds de cette question, seulement exprimons ceci que pour déterminer la nationalité de l'arbitrage nous nous trouvons en butte à de nombreux sujets: faut-il prendre en considération l'accord des parties et le lieu de sa conclusion ou le lieu de son exécution ou bien la loi à laquelle est soumis cet accord ou bien encore le lieu où l'on procède à l'arbitrage ou encore la loi à laquelle est soumis le contrat principal sur lequel se base la convention arbitrale c'est à dire la loi qui s'applique pour résoudre le différend principal⁴⁰.

Les critères auxquels on s'adresse pour déterminer la nationalité de l'arbitrage ne peuvent pas être considérés épuisés. Aujourd'hui

40) Voir **Fouchard**, op. cit., Nos 114, 115, 116. En outre **Koral**, notre article cité à la réf. No. 18, pour les conventions d'arbitrage, p. 20 et s., pour la procédure d'arbitrage, p. 42 et s.; d'autre part voir **Fouchard**, op. cit., pour les conventions d'arbitrage No. 105 et s., No. 146 et s., No. 716 et No. 125; pour la procédure d'arbitrage No. 499 et s., 501 et s., 497 et s., No. 511 et s., enfin pour la loi applicable au conflit principal concernant l'arbitrage, No. 537 et s., 546 et s.; de même voir **Goldman**, op. cit. pour les conventions d'arbitrage, No. 108, No. 111 et s., pour la procédure d'arbitrage No. 187 et s. et 189 et s. et pour la loi applicable au conflit No. 227 et s.; **Nomer**, cite la même difficulté, op. cit., p. 503. Par principe l'auteur en séparant par chapitre la loi applicable à la convention d'arbitrage p. 503, la loi applicable à la procédure p. 514, et la loi applicable par le tribunal d'arbitrage, peut être considéré comme ayant admis cet aspect du problème.

39) Voir **Nomer**, op. cit., p. 501 et 503.

de nouvelles vues ont été avancées. On a dit que les sentences arbitrales véritablement étrangères sont celles qui sont rendues à la suite d'arbitrages procédant selon la loi étrangère et ayant appliqué la loi étrangère au différend. On a même considéré surannée et destinée à être abandonnée la notion d'extranéité, on a dénommé sentences internationales des sentences qui ne sont soumises à la loi d'aucun pays et qui sont rendues au cours d'arbitrages procédant sous les directives d'institutions indépendantes se basant sur des règles nouvelles (une sorte de *lex mercatoria*) créées par ceux qui s'occupent de commerce international tels que des commerçants, des industriels formant une communauté internationale en plein développement⁴¹.

Selon des auteurs qui adoptent la théorie contractuelle en arbitrage le principe est la *convention arbitrale* car c'est par cette convention que les parties se lient en vue de s'adresser à l'arbitre. D'une part la convention arbitrale lie les parties, de l'autre, elle empêche que le différend n'atteigne le tribunal, par conséquent quoique indirectement elle lie également les tribunaux. Donc la *convention arbitrale* est la base de toutes choses. Par conséquent pour déterminer la nationalité de l'arbitrage, il faut voir quelle est la loi à laquelle sont soumises les conventions arbitrales, il faut soumettre à la même loi la procédure de l'arbitrage et les diverses autres relations le concernant.

Balladore Pallieri le fameux juriste Italien est le fondateur de cette théorie qui a pris place dans la littérature juridique en tant que *système de la loi unique* en arbitrage. Cette thèse a été soutenue en Suisse en 1955 par Klein et en 1956 en Turquie par nous

41) Pour les vues très modernes dont nous parlons voir, **Fouchard**, op. cit., p. 34 et 41, 49, 269, 756, 760; **Goldman**, article cité No. 1-22, 112, 229, 230, 265 et s. De même **Goldman**, *Frontières du droit et lex mercatoria*, archives de philosophie du droit v. LX, 1964, p. 177 et s.; **Motulsky**, l'évolution récente en matière d'arbitrage international, *Revue de l'arbitrage*, Paris 1959, p. 3; **Motulsky**, l'internationalisation du droit français de l'arbitrage, *Revue de l'arbitrage*, Paris 1963, p. 10; **Fragistas**, article cité, p. 14-19 et s.; **Habscheid**, Nationale oder supranationale Schiedsprüche, *Zeitschrift für Zivilprozess*, 1957, p. 25 et s.

même⁴². Bien que nous soyons aujourd'hui d'avis que l'idée de soumettre l'arbitrage à une loi unique doit être révisée⁴³, nous pouvons, en prenant pour point de départ la théorie contractuelle, déduire les résultats suivants en connexion avec le différend survenu entre la DSI et la CCI, objet de l'arrêt de la 15^{ème} Chambre Civile.

aa) D'abord étant donné que l'accord principal des parties concernant le barrage de Kéban a été conclu en Turquie et qu'il est question que ce contrat soit exécuté en Turquie, et même que la partie qui peut être considérée comme la plus importante, la DSI, se trouve en Turquie⁴⁴, il convient faute par les parties d'avoir prévu l'application de la loi d'un pays déterminé (nous expliquerons plus loin que la référence au Règlement de la Chambre de Commerce Internationale n'équivaut pas à la référence à la loi d'un pays déterminé) d'appliquer, selon les règles courantes du Droit International Privé, la loi turque à l'arbitrage en question.

bb) De même si nous tentons d'appliquer le critère admis en 1951 par les Chambres Civiles Réunies, ce critère s'inspirant du principe contractuel et la volonté des parties pouvant être considérée, selon les données incluses dans les faits de la cause orientée vers l'application de la loi turque, il faut reconnaître que l'application de cette loi est normale (répétons que plus bas nous verrons

42) **Pallieri**, *Balladore*, article cité à la réf. No. 37, p. 319 et s. et 335 et s.; **F.E. Klein**, ouvrage cité à la réf. No. 21, p. 205 et s., 215 et s. et 217; **Koral**, article cité à la réf. No. 2, p. 13 et s.; A ce sujet voir **Nomer**, *op. cit.*, p. 504. Note : il faut prendre en considération que les trois auteurs cités plus haut ont cinq tendances prépondérantes et que, d'après les résultats auxquels il aboutit, Nomer est partisan de la thèse contractuelle. Au sujet de la loi unique **Kalpsüz**, *op. cit.* à la p. 603 dit que : "Dans le fond le question se présente dans le pays où l'on requiert l'exécution de la sentence arbitrale, en tant que la fixation du principe adopté par l'ordre juridique national dans la détermination de la nature juridique des sentences arbitrales, ceci en prenant en considération la nature juridique de la convention arbitrale que le droit international privé soumet en entier à la même loi".

43) Voir **Fouchard**, *op. cit.*, p. 69 parag. 118.

44) Voir la réf. No. 40. De même **Arminjon** : *Précis de dr. int. priv.* 2^{ème} éd. III, No. 344.

que la référence au Règlement de la Chambre de Commerce Internationale ne s'y oppose pas).

cc) Nous avons exposé plus haut les faits matériels concernant le différend entre la DSI et la CCI. Selon notre interprétation —interprétation correspondant à celle du Professeur Kalpsüz et même à celle exprimée dans l'avis dissident du juge Okçuoğlu au sujet de l'arrêt de la 15^{ième} Chambre Civile⁴⁵ — les parties ont décidé, par principe, l'application des dispositions impératives de la loi turque; en ce qui concerne les dispositions supplétives, elles s'en sont référées au Règlement de la Chambre de Commerce Internationale, enfin elles se sont mises d'accord pour faire remplir par les dispositions de la loi Procédurale Turque les lacunes que pourraient présenter les dispositions de ce Règlement⁴⁶. Un tel accord doit être considéré comme prévoyant que l'arbitrage procède sous l'autorité des dispositions du Droit Procédural Turc. Du reste nous avons fait la même interprétation, dans notre écrit qui analysait ce sujet du point de vue de l'arrêt de 1951 des Chambres Civiles Réunies, avant que celui de la XVI^{ième} Chambre Civile ne soit devenu définitif⁴⁷.

dd) En fait on ne peut pas prétendre dans notre exemple que la convention d'arbitrage liée au contrat principal, ni l'acte de mission dressé à la suite de l'accord des parties afin de permettre aux arbitres de juger, n'aient été bien rédigés. On se rend compte que les parties en utilisant des formules telles que "sont réservées les dispositions d'ordre public turques" entendaient par là les dispositions impératives de la Loi Procédurale Turque.

Par principe, il est possible de déduire de l'étude des documents concernant les faits de la cause que les parties n'ont pas, à ce sujet, prévu l'application, en dehors des lois turques, d'une loi d'un pays étranger⁴⁸. A bien y penser, on se rend compte que de l'arrêt

45) Pour **Kalpsüz** voir la réf. No. 7, pour l'avis dissident du juge **Okçuoğlu** voir la fin de notre article.

46) Voir la partie concernant les faits matériels et les actes sur lesquels se base la 15^{ième} Ch. Civ.

47) notre article cité à la réf. No. 2 (tiré à part p. 182, 183, 185).

48) Voir la réf. No. 46.

de la XVIème Chambre Civile non plus, on ne peut déduire que les parties aient donné la primauté, en dehors de la loi turque, à *la loi d'un pays étranger déterminé*, il est enfin évident qu'elle aurait dû le mentionner dans l'arrêt qu'elle prononçait, si elle avait rencontré un tel éclaircissement soit dans la convention arbitrale soit dans l'acte de mission.



Notre Cour de Cassation s'est penchée sur les faits de la cause non pas conformément à la mesure issue des principes contractuels, mais conformément aux principes du contentieux judiciaire. Comme résultat en avançant que les sentences arbitrales sont des actes de caractère de contentieux judiciaire et en même temps procédural, elle a exposé le caractère public et inévitablement territorial de ces sentences et conséquemment elle a abouti à la conclusion selon laquelle la loi qui régirait l'arbitrage ne pourrait être laissée à la libre volonté des parties.

Selon notre opinion le fait que le qualificatif de contractuel attribué à l'institution juridique qu'est l'arbitrage soit la base de cette institution est une preuve suffisante de l'inopportunité de la vue citée plus haut.

Et même, étant donné que l'arbitrage est une institution basée sur le contrat, nous voulons rappeler qu'il n'est dans le fond pas teut à fair opportun de la qualifier de "nationale" ou d'"étrangère". Etant donné que les contrats sont valables en tous lieux et ne connaissent pas de frontières nous voulons répéter qu'il ne peut être question de leur nationalité. Ce dont il est question c'est le fait qu'ils soient soumis à une loi déterminée du point de vue du Droit International Privé. Par conséquent, il aurait été plus juste de parler non pas de "l'exécution des sentences arbitrales étrangères" mais de "l'exécution de sentences arbitrales rendues en vertu d'une loi étrangère." conformément aux règles de conflit de lois.

De même que pour le contrat de vente, d'entreprise ou de location nous ne disons pas contrat de vente étrangère, contrat d'entreprise étrangère ou contrat de location étrangère il ne faut pas

utiliser non plus pour la convention d'arbitrage ou pour la sentence arbitrale également le terme d'étranger. Comme à ce sujet nous avons donné des précisions dans nos anciens articles, nous ne voulons pas entrer dans les détails⁴⁹.

En résumé, par le fait que l'arbitrage soit une institution qui intéresse le droit des contrats, sa qualité de turc ou d'étranger déduite du lieu où il s'est déroulé n'est pas un qualificatif de droit public mais tout simplement un *qualificatif de droit privé* provenant du principe selon lequel il doit être soumis aux lois d'un pays déterminé par les règles du Droit International Privé ou de conflit des lois. Par conséquent, ainsi que nous l'avons toujours soutenu, sur le terrain international ce n'est pas à la loi du lieu de l'arbitrage mais à celle de l'autonomie qu'il faut s'en rapporter. Nous sommes convaincu que par cette attitude nous avons agi conformément au point de vue des juristes turcs qui sont partisans de la thèse contractuelle et qui forment la majorité dans notre pays⁵⁰.

Il n'est pas nécessaire de répéter ici que la grande majorité des auteurs étrangers et des jugements des tribunaux étrangers sont partisans de la thèse contractuelle et que deux grandes conventions internationales modernes se basent essentiellement sur un fondement contractuel⁵¹.

49) Voir l'article cité à la réf. 5, pp. 183-185; De même **Koral**, "Birleşmiş Milletler New - York Konferansı ve 10 Haziran 1958 tarihli Sözleşme", İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, XXIV et XXVI 1961 (La Conférence de New - York des Nations Unies et la Convention du 10 Juin 1958) (Rev. de la Fac. de Droit d'Istanbul, tiré à part p. 18). A ce sujet voir **Bartin**, Principes de droit international privé, 1930, v. I, p. 603 et s.; **Metzger**, "The Arbitration and private international law" (International Trade Arbitration) 1958, p. 230; **V. von Beringe**: "Die Nationalitätsbestimmung bei Scheidessprüchen, Neue Juristische Wochenschrift, 1959, p. 77-78.

50) Ouvrage cité à la réf. No. 4, p. 77 et s.; notre étude citée à la réf. No. 5, p. 171; notre étude citée à la réf. No. 35, p. 201 et s.; entre nos nouveaux auteurs **Kalpsüz**, **Tekinalp**, et **Nomer** peuvent être cités comme se ralliant à la thèse contractuelle ainsi que cela ressort de nos explications ci dessus.

51) Voir plus haut la réf. No. 37.

d) *Le critère selon lequel l'arbitrage est une institution de droit public*

Avant de passer à la critique d'un autre point de l'arrêt de la Cour de Cassation répétons qu'à l'encontre de ce que l'on peut déduire de cet arrêt, nous ne voyons pas que l'*arbitrage* puisse dans son essence relever du droit public. En fait dans l'institution juridique de l'arbitrage et particulièrement dans les attributs surajoutés par la suite, il existe un caractère de droit public. En effet après que la sentence arbitrale a été rendue, nous voyons que le droit public pour ainsi dire l'approuve et qu'il la rend finalement semblable aux jugements des tribunaux. Les attributs de "chose jugés", de "définitif", "d'exécutoire" ne sont autres que des attributs de droit public. Toutefois ces attributs acquis par la suite et surajoutés ne modifient en rien l'essence de l'arbitrage. Au contraire dans le cas où une sentence arbitrale passe une frontière, elle abandonne virtuellement tous ses attributs surajoutés de droit public et conservant sa qualité *juridiciaire basée sur le droit privé* passe cette frontière et se voit reconnaître dans le nouveau pays.

Donc les attributs relevant du droit public et qui sont surajoutés à l'arbitrage sont par principe territoriaux, ils restent dans les limites territoriales du pays auquel appartient la loi qui régit l'arbitrage, toutefois les conventions d'arbitrage, tous les actes et tous les attributs qui sont basés sur elles, particulièrement la procédure de l'arbitrage et finalement la sentence arbitrale rendue continuent à être valables en tous lieux, conséquemment à leur soumission à la loi sous l'autorité de laquelle il a été procédé en vertu du droit international privé c'est à dire à la loi de l'autonomie. Nous sommes convaincu que cette opinion, émise pour la première fois dans notre publication de 1951, conserve encore sa vitalité et exprime avec clarté sur l'essence de la nature de l'arbitrage⁵².

En conséquence, on ne peut considérer appropriée l'attitude de notre Cour de Cassation qui, pour la raison que la procédure a eu lieu

52) article cité à la réf. No. 5, p. 178 et s.; et notre ouvrage cité à la réf. No. 4, p. 66 et s.; et p. 105 et s.; de même voir **Fragistas**, op. cit., 1960, p. 2-8 et les réf. y attenantes pour ses vues qui sont conformes à une parties de nos idées.

à l'étranger et a été soumise à l'approbation d'une institution étrangère, en *laissant de côté l'essence* de l'arbitrage qui se base sur le droit privé, accorde de l'importance aux attributs surajoutés appartenant au droit public dont il n'est par principe pas question qu'ils franchissent les frontières d'un pays et, avec la pensée que d'une façon ou d'une autre ils ont acquis caractère de droit public, à la place du critère "volontariste" en tant que critère déterminant la nationalité de l'arbitrage qui en lui même est de caractère privé et contractuel, accorde de l'importance au critère "territorial" et, avançant les idées exposées plus haut au sujet d'un arbitrage auquel il a été procédé conformément aux lois turques s'abstient de faire exécuter la sentence arbitrale, sous l'argument qu'elle a acquis le caractère d'une sentence arbitrale "étrangère".

e) Le critère selon lequel l'arbitrage est un contrat concernant le droit procédural.

La pensée fort intéressante de la XV^{ième} Chambre Civile de la Cour de Cassation et qui a été avancée pour la première fois par notre Haute Cour s'exprime ainsi que nous l'avons exposé auparavant comme suit: l'arbitrage n'est pas un contrat de droit matériel, mais un contrat de droit procédural, étant de droit procédural, il appartient au droit public. Appartenant au droit public ce n'est plus la loi d'autonomie, mais la loi du lieu de l'arbitrage qui prime. Pour cette raison la sentence arbitrale rendue hors de Turquie doit être considérée étrangère en vertu du critère du lieu de l'arbitrage⁵³.

Nous avons exposé intégralement le texte de l'arrêt de la XVI^{ème} Chambre Civile de la Cour de Cassation sous le titre des arguments sur lesquels repose l'arrêt⁵⁴. Cette argumentation de la Cour de Cassation semble solide et n'a pas été soumise à discussion dans notre pays autant que l'on a été les vues du caractère "contractuel" ou du caractère "juridictionnel". La vue selon laquelle l'arbitrage est un contrat du droit procédural trouve ainsi que nous l'avons dit précédemment, d'importants partisans en droit Allemand. Dans notre

53) A ce sujet nous avons exprimé notre vue dans notre étude citée à la réf. No. 2.

54) Voir notre exposé sous le titre No. 5 de cet étude.

pays, c'est Prof. Dr. Yavuz Alangoya qui avec son intéressant ouvrage⁵⁵ est le défenseur de cette thèse, mais seulement du point de vue du droit interne. On se rend compte que le Prof. Baki Kuru également, sans aller au delà du terrain du droit interne, partage le même opinion⁵⁶.

Avant de passer à la critique de cette opinion, pour clarifier la situation, nous voulons attirer l'attention sur un point qui est commun aux critères tant contractuel que que juridictionnel. En y prêtant attention on peut se rendre compte que la Haute Cour ne se contente pas seulement d'attirer l'attention sur le fait que l'arbitrage serait une institution procédurale mais en même temps elle souligne presque avec insistance que l'arbitrage serait une institution relevant du droit public. La question de savoir si l'arbitrage relève du droit public est apparue pour la première fois lors de la discussion sur le caractère "juridictionnel" ou "contractuel" de l'institution. A l'occasion de la discussion du caractère procédural ou matériel de la convention d'arbitrage cette notion apparait de nouveau.

Dans l'étude que nous avons rédigée auparavant, en commentant l'arrêt du 7 Novembre 1951 des Chambres Civiles Réunies sous l'angle des sentences arbitrales étrangères, le dilemme du contrat "matériel ou procédural" avait été étudiée dans ses moindres détails et il en avait été conclu que, envisagée comme de droit matériel ou comme de droit procédural la convention arbitrale ne peut jamais être considérée comme relevant du droit public, que cette question n'était pas sans solution et qu'elle n'empêchait point que l'arbitrage soit une institution relevant du droit privé. A cette occasion en citant l'article du Prof. Tekinalp dont l'opinion est dans la même parallèle que la nôtre et qui a étudié la littérature juridique allemande, nous avons donné des explications détaillées et convaincantes. Vue son importance nous donnons ici en note de fond ce passage de notre étude⁵⁷.

55) Voir réf. No. 17.

56) **Baki Kuru** : Usul Hukuku (Droit de Procédure), 1974, p. 987 et 1028 (Tahkim Haftası) (Semaine de l'Arbitrage), p. 481-484.

57) Voir notre article cité à la réf. No. 3, p. 162 et s. Ces passages sont entre autres ainsi rédiges :

L'ouvrage du distingué Prof. Dr. Yavuz Alangoya a

Dans le présent article en annexe à nos explications nous voulons confirmer et renforcer notre pensée en citant les idées du dis-

traité de l'institution juridique de l'arbitrage du point de vue et du droit matériel qui ressortit au droit privé et du droit procédural qui ressortit du contentieux de l'Etat, et en définitive il l'a interprété en tant qu'une institution dont le caractère primordial est beaucoup plus que d'appartenir au droit matériel, de ressembler à la juridiction étatique et même, en tant qu'institution directement en rapport avec la juridiction étatique pour la raison qu'en conséquence de la convention arbitrale la compétence du tribunal de l'Etat peut être exclue au sujet du différend.

Avec cette vue Y. Alangoya a exclu l'arbitrage du champ des institutions du droit privé (Yavuz Alangoya, op. cit., 55-62 et encore 63-65).

Ce résultat auquel aboutit mon valeureux élève Alangoya, en prenant en considération les subtilités du Droit Allemand est digne d'appréciation, mais nous voulons rappeler l'observation qu'il n'a pas citée dans son ouvrage, observation faite depuis longtemps en Suisse par Klein, en Turquie par moi-même, observation qui initialement est celle du Professeur Balladore Pallieri, qui peut être considéré comme un des pères de l'approche moderne de l'arbitrage. Selon cette vue devenue célèbre de Balladore Pallieri l'auteur souligne que, contrairement à la conception selon laquelle l'arbitrage serait une institution relative au droit public, il était question dans cette institution non pas de soustraire quelque chose à la compétence de l'Etat ou à celle de la justice publique mais, en tranchant un litige par des voies purement privées, d'empêcher ce litige, d'arriver au stade de soumission à la juridiction étatique (*).

(**Balladore Pallieri**, L'arbitrage privé dans les rapports internationaux, Recueil des Cours de l'Aca. de Droit International, 1935, t. I, p. 893; **Klein**, Considérations, p. 243.

Koral Prof. Muammer Raşit Seviğ'e Armağan, Mélanges en l'honneur du Prof. Muammer Raşit Seviğ, 1956, p. 13).

D'autre part, nous avons exposé dans nos deux écrits sur "l'exécution des sentences arbitrales étrangères" que la vue selon laquelle l'arbitrage a une nature **judiciaire** ne doit pas avoir pour conséquence qu'il soit absolument considéré de la nature d'une **juridiction d'Etat** et aussi qu'il faut faire une place à la justice privée (voir les réf. 4 et 5).

A l'encontre de la vue du distingué professeur **Kuru** et même à l'encontre de ceux qui avec lui soutiennent la vue selon laquelle le caractère dominant de l'arbitrage est d'être une

tingué juriste le Prof. Ergin Nomer qui en tant que partisan de l'application complète de la loi de l'autonomie en D.I.P. a soutenu

institution du droit procédural, nous pouvons avancer que :

Premièrement, nous apprenons tout d'abord, des mêmes écrits de M. Tekinalp et Alangoya que même en Allemagne les auteurs sont divisés quant au point de savoir si l'arbitrage appartient, même du point de vue théorique, au terrain du droit matériel ou bien à celui du droit de procédure, **Tekinalp, comm.** cité p. 18 réf. No. 2 et No. 3; **Alangoya, op. cit.**, p. 46 et 50.

Deuxièmement, nous pensons que le fait qu'un acte juridique appartienne au droit de procédure ou bien à celui du droit matériel ne joue pas par lui même un rôle décisif. Pour qu'il y ai une différence du point de vue du problème que nous cherchons à résoudre il est nécessaire de prouver non seulement que le dit acte juridique, est classifié comme appartenant au terrain du droit de procédure mais en outre qu'il possède un caractère qui provient du droit public. Or nous apprenons du communiqué même de M. Tekinalp que ceci n'est pas nécessairement le cas dans notre problème. V. références, Nos. 14, 19 et 20.

En outre l'observation faite par notre confrère M. Kuru comme quoi "il n'existe dans notre code de procédure civile ni une section qui se rapporte aux contrats de procédure" ni des dispositions générales réglant "ce type de contrat" ainsi que ses explications concernant cette observation nous renforcent dans cette opinion. Pour explication ultérieures du même auteur en ce sens **V. Semaine, p. 59; contra Alangoya, p. 64.**

Troisièmement, l'opinion de M. Tekinalp d'après laquelle l'arbitrage, étant semblable à la conciliation hors du tribunal, doit être considéré tout à fait comme un acte de droit privé et les explications qu'il donne sur le point que même si l'arbitrage produit un effet sur le terrain du droit de procédure ceci ne serait pas suffisant pour qu'il soit envisagé comme un acte de droit public, sont en somme convaincantes et méritent d'être prises en considération. **Tekinalp, Semaine, p. 28; Alangoya, p. 64.**

En outre, le point de vue du même auteur, d'après lequel la traduction de l'article 536 du notre Code de Procédure Civile qui correspond à l'article 491 du texte Suisse n'était pas fidèle au texte original et que le terme inclut dans l'article 491 alinéa 2 de texte de Neuchatel d'après lequel "Elle (la sentence arbitrale) a la même force et produit les mêmes effets qu'un jugement rendu par les tribunaux ordinaires", n'ayant pas été repris dans l'article 536 du texte turc il devrait s'ensuivre que les auteurs Turcs ne pouvaient pas conclure, en se basant sur ce dernier, que l'arbitrage était une institution de droit de pro-

la thèse que nous avons émise pour la première fois en 1956 et aussi celle du juriste allemand v. Raape auquel le Prof. Nomer se réfère.

cédure tel que le faisaient les auteurs allemands, paraît être un point de vue pertinent et malgré qu'il soit un argument formel digne de considération; **Tekinalp**, *ibid.*, u. 19, 24, 28.

Quatrièmement, nous croyons que le point de vue de M. Baki Kuru qui, tout en admettant que les relations arbitrales sont initialment de caractère privées, prétend que celle-ci acquièrent, après l'homologation de la part du président du tribunal, le caractère de jugement, et se transforment ainsi en actes de droit de procédure n'est pas convaincant; **Kuru**, *Procédure*, p. 1028, comm., p. 29.

Nous pensons en effet que cette homologation peut être interprétée de diverses manières et que la thèse d'après laquelle elle transformerait la nature juridique de l'institution arbitrale en jugement rendu par un tribunal ou en acte ayant caractère public est une thèse qui ne peut-être soutenue juridiquement avec succès sans s'attirer de fortes critiques.

En effet M. Tekinalp tout en partant du même point arrive à la conclusion que l'homologation du lode ne transformerait nullement la nature juridique de l'arbitrage (**Tekinalp**, comm. pp. 33-34), nous même avons soutenu dès nos premiers articles que malgré que l'homologation ultérieure de la sentence arbitrale lui attribuait des qualificatifs comme ceux de chose jugée de décision définitive et enfin de sentence avec force exécutoire, ces qualificatifs n'étaient pourtant pas suffisants pour changer la nature initiale de l'arbitrage c'est à dire pour le transformer d'institution de droit privé en institution de droit public, point de vue que d'ailleurs nous croyons être en conformité avec notre théorie sur la nature juridique de l'arbitrage; V. références No. 21 et 23.

Nous ne voulons pas poursuivre cet exposé sans mentionner comment un grand juriste tel que Weiss considéré avec raison comme l'un des grands fondateurs de la théorie du contrat pourrait tomber dans une position difficile à comprendre. En effet en admettant, après avoir brillamment et admirablement soutenu la thèse de la théorie contractuelle, que la sentence arbitrale aurait produit tout les effets d'un jugement seulement et simplement pour avoir été homologué par le président du tribunal étatique, nous pensons que le célèbre juriste soit tombé dans une position ambiguë qui pourrait facilement nous induire en erreur. Car nous ne pouvons pas concéder que le simple fait d'une homologation presque mécanique telle que celle faite par le président du tribunal, suffirait pour transformer

Le Prof. Nomer se penche sur le départ entre le droit matériel et le droit procédural que l'on trouve dans la doctrine juridique alle-

la nature contractuelle de l'arbitrage en celle de jugement du tribunal; **Weiss**, op. cit., p. 29 et s.; pour notre opinion, étude cit., I, pp. 171 et 180-181.

Cinquièmement, nous pensons qu'il serait opportun de distinguer nettement la considération des diverses relations arbitrales du point de vue du droit interne d'un pays, telle que celle envisagée dans la littérature allemande (voir la distinction faite entre les conventions de droit matériel et celles de droit de procédure), du problème que l'arbitrage soulève sur le terrain du droit international privé de ce pays. Car il est bien probable qu'il puisse exister une différence entre la conception ou l'interprétation des règles d'un pays faites du point de vue de son droit international privé par relation à celui de son droit interne.

Il serait intéressant de constater ici comment la distinction faite par les auteurs allemands d'après laquelle l'arbitrage ferait partie du droit matériel ou bien du droit de procédure d'un pays, est une distinction destinée à résoudre les problèmes que l'arbitrage produirait non pas sur le terrain du droit international privé, mais spécialement ceux qui surgiraient du terrain du droit interne. En effet nous pouvons facilement constater que M. Alangoya a envisagé cette question du point de vue des problèmes que l'arbitrage souleverait sur le terrain de notre droit interne (**Alangoya**, op. cit., p. 38-81) et M. Tekinalp en a fait de même dans son communiqué à l'occasion de la Semaine de l'Arbitrage (**Tekinalp**, comm. cit., pp. 15-29).

Or, nous pouvons observer ici que lorsqu'il s'agit de résoudre des problèmes de droit international privé, les règles de droit interne ne devraient toujours pas être appliquées strictement et avec autant de rigueur, au contraire comme le pense M. Postacioğlu, les intérêts internationaux pourraient même nécessiter l'application ou l'adoption de règles plus souples et mieux appropriées à la solution des problèmes de cette nature (V. Réf. No. 27).

En réalité nous pensons qu'aujourd'hui, l'application de l'arbitrage sur le terrain international, acquiert une importance plus grande et se développe plus rapidement que son application sur le terrain national. Car malgré que l'organisation étatique pourrait très facilement exercer sa fonction de juridiction sur le terrain national, dans les relations commerciales et économiques internationales, qui dans ces derniers temps s'accroissent et acquièrent une importance même plus grande que celles

mande mais précise en se référant à *v. Raape* qu'en droit allemand la qualification de droit matériel prime l'autre (Voir *v. Raape*: Inter-

des relations purement nationales, la fonction de l'arbitrage international non seulement se développe de plus en plus rapidement mais supplée aussi à la lacune qui existe du point de vue de l'existence d'une vraie juridiction internationale, c'est à dire même, ayant force et compétence supranationale.

Ainsi, nous pouvons conclure que les principes commerciaux, industriels et économiques internationaux concernant le droit international privé de chaque pays doivent être considérés comme ayant une importance supérieure aux règles se référant au droit purement interne et leur application doit être faite avec plus de scrupule et de diligence.

Sixièmement c'est pour cette raison qu'il est nécessaire d'envisager le problème en question du point de vue du droit international privé et d'interpréter la divergence d'opinion des auteurs Allemands, concernant leur droit interne, en ayant soin d'éviter dans la mesure du possible d'étendre cette divergence à des terrains qui ne la concerne pas.

Ce qui d'après nous, doit nous guider, du point de vue du droit international privé allemand, c'est la loi Allemande elle même et les dispositions que celle-ci nous offre à propos de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales étrangères. En effet le texte modifié de la ZPO allemande envisage dans son paragraphe 1044 une procédure de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères tout à fait différente de celle des jugements étrangers; elle considère donc, de ce point de vue, les sentences arbitrales étrangères comme ayant un caractère différent de celui des actes publics tels que les jugements des tribunaux étrangers; **Koral**, op. cit., II, p. 12; **Goldschmidt**, Zivilprozessrecht, 1932, p. 270; **A. Schönke**, Zivilprozessrecht, 1948; **L. Rosenberg**, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 1949; **A. Nussbaum**, Internationales Jahrbuch für Schiedsgerichtswesen, vol. I, p. 37 et s. Vol. II, p. 301, vol. III, p. 336; **Klein**, op. cit., pp. 28-35.

Nous pouvons même aller jusqu'à considérer que la loi allemande a sous cet angle résolu le problème en faveur de la thèse contractuelle. D'ailleurs en examinant les différentes dispositions du nouveau paragraphe 1044 du dit code, nous pouvons constater que celles-ci sont rédigées non pas d'après la thèse de la théorie du jugement mais plutôt peut-être d'après celle qui considère l'arbitrage comme une institution de nature contractuelle. Pour plus de renseignements cf. **Alangoya**, op. cit., p. 39-59; **Tekinalp**, comm. cit., pp. 28-35.

nationales *Privatrecht* 5.éd. Berlin 1955 p. 554). L'auteur, en résumé, cite cette phrase de Raape: "Toutefois ceci est évident

On peut donc voir la raison pour laquelle nous avons envisagé de traiter l'arbitrage surtout du point de vue du droit international privé Turc et de concentrer notre attention spécialement sur la différenciation qui existe entre les sentences arbitrales nationales et celles de caractère étranger. Pour cette raison nous avons cru nécessaire d'entamer la solution de notre problème en mettant surtout en évidence les règles de conflit de loi du droit Turc. En effet comme nous allons de nouveau le constater plus bas, notre problème étant surtout un problème de droit international privé Turc il est nécessaire d'envisager sa solution directement sous cet angle.

Avant de continuer nos recherches sur ce point nous voulons rappeler de nouveau ici que les points de vue que nous soutenons dans cette étude sont des points de vue que nous nous sommes formés et que nous avons soutenus dès nos premiers travaux. Que les sentences arbitrales étaient, contrairement aux jugements des tribunaux, basées sur un fond essentiellement contractuel, que les effets de chose jugée, sentence définitive et de force exécutoire contractées ultérieurement par ces sentences n'étaient pas suffisantes pour transformer la nature de l'arbitrage en celle de jugement ou d'institution ayant caractère public par conséquent il n'était nullement opportun d'exécuter les sentences arbitrales étrangères en les assimilant aux jugements des tribunaux étrangers et enfin qu'il était nécessaire d'appliquer ici un système d'exécution et de contrôle provenant des principes essentiellement contractuels, telles sont les notions que nous avons toujours défendues et auxquelles nous sommes toujours resté fidèle. Ce sont ces mêmes principes qui constitueront pour nous des fils directeurs dans notre présente étude et critique (Koral, *op. cit.*, II, p. 48-76).

Nous avons remarqué plus haut que le droit allemand, depuis la modification de 1930 du Code de Procédure Civile, soumettait la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères à un système conforme à la nature juridique des contrats. Il serait donc opportun en considérant et en évaluant le droit allemand de se baser sur l'opinion émise par les auteurs de ce pays non pas à propos de la solution des problèmes de leur droit interne mais à propos du traitement que doit subir l'arbitrage sur le terrain du droit international privé, spécialement en tenant compte de la lettre et de l'esprit de l'article 1044 du ZPO qui subordonne la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales à un système tout à fait différent de celui

que par ces contrats les parties veulent soumettre à un ordre juridique déterminé leurs rapports juridiques et appliquer les dispo-

des jugements. Enfin comme nous l'avons déjà dit, nous avons en nous associant aux idées des auteurs contemporains allemands, considéré depuis longtemps l'esprit du nouveau texte de la ZPO comme un argument qui militait en faveur de la théorie du Contrat (**Koral**, op. cit., II, p. 12).

Septièmement, une autre constatation que nous nous réjouissons de faire est que le nouveau projet de loi de Procédure Civile Turque que citent et auquel font allusion MM. Postacıoğlu et Üstündag, est fortement inspiré du paragraphe 1044 de Code de Procédure Civile Allemand. Nous pouvons donc conclure que la nouvelle tendance turque au sujet de la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères est conforme aux aspirations modernes internationales et aux exigences de la nature contractuelle de l'arbitrage; **Üstündag**, op. cit., p. 135. Notons ici que même avant 1930 les tribunaux allemands considéraient les sentences arbitrales pareilles aux contrats et les exécutaient sur base d'une action en exécution *ex contractu*, **Koral**, op. cit., II, p. 12, p. 112; **Klein**, op. cit., p. 54.

Le point de vue de M. Postacıoğlu selon lequel il admettrait l'exécution des sentences arbitrales étrangères en Turquie conformément aux dispositions de l'exécution des jugements des tribunaux afin que des premières ne soient pas dépourvues du contrôle nécessaire est parallèle à notre ordre d'idées. En effet nous aussi avons pendant un certain temps cru devoir soutenir que l'exécution des sentences arbitrales étrangères en Turquie ait lieu conformément aux dispositions des jugements plutôt que de les laisser exécuter sans contrôle sérieux préalable en les assimilant aux sentences nationales (**Koral**, op. cit., II, p. 22).

Pourtant il ne serait plus question aujourd'hui de continuer à appliquer une telle procédure, car la pratique de plus en plus accrue suivant laquelle l'arbitrage est traité, surtout sur le terrain du droit international privé, en tant qu'acte contractuel, ne peut passer inaperçue et ne doit plus nous permettre de continuer de persister dans cette ancienne voie. Pour le système actuel d'exécution des sentences arbitrales étrangères **V. Goldman**, op. cit., p. 132 et ss; pour la Convention de New York de 1958 notamment, No. 288, Pour la Convention de 1961 de Genève, No. 295; cf. aussi nos articles sur New York, 1958, Rev. Fac. Dr. 1959, p. 309-41; sur Conv. Genève 1961, Rev. Fac. Dr. 1965, no. 3 et 4.

Nous devons donc au moins suivre l'exemple du Code de Procédure Civil Allemand qui en prenant en considération la

sitions du droit matériel d'un droit déterminé pour les conflits nés ou pouvant naître du rapport juridique. Il est admis que *cette qualification prime l'autre* et que les conventions d'arbitrage se forment généralement comme les contrats d'obligation ordinaires" (Nomer: Semaine de l'arbitrage, article cité p. 507).

Nomer, encore, continue ainsi: "Ce que l'on peut dire du point de vue du conflit des lois au sujet des contrats d'obligation est également valable pour les conventions arbitrales. L'extranéité d'une convention arbitrale peut être déterminée selon le même principe. Une convention arbitrale comportant un élément d'extranéité est une convention arbitrale étrangère (Nomer, article cité p. 507).

Nomer qui a approfondi la littérature allemande, dans une autre partie de son article, après avoir écrit tant sur la théorie du droit matériel que sur celle du droit procédural s'exprime ainsi: "aussi bien

nature privée des sentences arbitrales a élaboré un système de reconnaissance et d'exécution de celles-ci qui correspond beaucoup plus à leur nature.

En France, depuis bien longtemps, les sentences arbitrales ne sont pas assujetties au système d'exéquatur des jugements, au contraire l'arbitrage est de plus en plus soumis aux règles des contrats. Dans ce pays c'est la thèse d'acte privé qui prévaut **Goldman**, Dalloz 1968, II, No. 242 et s.; **Koral**, op. cit., II, p. 13-14; **Pestacioglu**, Semaine de l'Arbitrage, p. 38; **Klein**, op. cit., p. 39-53.

Enfin en Suisse la tendance toujours plus accentuée du Tribunal Fédéral est de considérer l'arbitrage comme une institution contractuelle (**Klein**, op. cit., 71 et s.).

Huitièmement, il est bien possible de continuer à énumérer ces motifs, seulement nous ne voulons pas mettre fin à l'énumération sans mentionner, toujours en notre faveur, les dispositions des conventions modernes internationales. La Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 Juin 1958 et la Convention de Genève du 21 Avril 1961 sur l'arbitrage commercial international qui sont imbuées de principes provenant du droit contractuel et ont abandonné depuis longtemps les notions qui considéraient l'arbitrage comme une institution de droit public, ainsi que la méthode qui exécutait les sentences arbitrales étrangères en les assimilant aux jugements étrangers (V. réf. No. 51).

en théorie qu'en pratique on rencontre des auteurs et des décisions qui confirment les deux théories. A ce sujet en laissant de côté les détails, ainsi que nous l'avons exposé auparavant, nous nous contentons de répéter *que le caractère de droit matériel ou contractuel qui est généralement adopté* dominera la convention arbitrale" (Nomer, article cité p. 510). Compte tenu de cette situation, ni en doctrine allemande ni en doctrine turque, surtout du point de vue du Droit International Privé on ne peut avancer que la théorie du droit procédural soit supérieure à celle du droit matériel.

Avant de terminer l'examen de la question de savoir si l'arbitrage est de droit matériel ou de droit procédural nous voulons ajouter que si le professeur Alangoya a exprimé dans son ouvrage que l'arbitrage possède une nature juridictionnelle et qu'il a une fonction de jugement par assimilation (syllogisme) comparable à celle des tribunaux de l'Etat, dans aucune partie des pages de son ouvrage qu'il a consacré à ce sujet il n'a exprimé que cette fonction ressortirait à la fonction publique (Alangoya, op. cit. p. 30 à 90). Il fallait donc que la Cour de Cassation puisse exprimer plus ouvertement le caractère "public" de l'arbitrage pour justifier le critère territorialiste qu'il adopte.

En effet il aurait fallu que même si l'on admet que l'arbitrage serait non pas une convention du droit civil, mais un contrat du droit procédural, pour préférer à l'élément de l'autonomie de la volonté, l'élément lieu de l'arbitrage comme élément déterminant l'extranéité de cet arbitrage que la Cour de Cassation fesse ressortir le caractère de droit public de l'institution.

Dans son livre le Prof. Alangoya se penche d'une façon méticuleuse et directe sur l'idée selon laquelle on se trouve en face d'une fonction juridictionnelle que par conséquent il y a là une institution ressemblant au contentieux judiciaire ou dont on peut noter l'analogie avec ce contentieux, mais on ne peut pas dire que le Prof. Alangoya aurait par cette idée mis le caractère de droit public de l'institution au premier plan (Alangoya op. cit. p. 57).

Si ici on prétend qu'en adoptant la thèse du "contentieux judiciaire" on se trouverait avoir admis du même coup, mais indirectement le caractère public de l'arbitrage inclus dans la cette fonction

caractère qui se trouve dans les jugements des tribunaux, il serait possible de se contenter d'avancer tous les arguments émis depuis Weiss à l'encontre de la théorie du contentieux judiciaire, tous arguments convaincants qui exigent que la théorie contractuelle prédomine.

Quant à nous, tout en adhérant par principe à la vue des partisans de la thèse contractuelle, nous avons avancé, depuis longtemps mais avec une nuance qui différencie notre point de vue, que, bien que basé sur un contrat, l'arbitrage accomplit une fonction judiciaire, de ce point de vue nous sommes forcément proches à la vue des partisans du contentieux judiciaire et de celle de M. Alangoya. D'autre part, toutefois, nous avons exposé depuis l'année 1947 avec insistance qu'il n'était pas opportun d'assimiler l'arbitrage qui est une institution de justice privée au contentieux judiciaire.

Par conséquent nous ne sommes contre l'opinion ni des anciens auteurs ni de M. Alangoya, mais il va de soi qu'en soutenant que comparativement à la justice de l'Etat l'arbitrage est une justice privée, nous soyons opposés à l'idée selon laquelle l'arbitrage serait une institution du droit public (Koral, article cité à la réf. No. 4 İstanbul 1951 p. 174 et s.). Nous voulons exprimer notre satisfaction d'avoir rencontré bien que fort longtemps après les vues d'auteurs européens qui correspondent complètement à notre théorie (*Fragistas*, article cité, *Revue Critique*, 1960, p. 2 et s. a ce sujet consultez *Philippe Fouchard*, XI Colloque des Instituts d'étude Judiciaire, Rapport général, *Revue de l'arbitrage* 1980, No. 2 p. 415).

En résumé à raison des causes citées plus haut, nous sommes d'avis que l'assertion-selon laquelle, à l'encontre de notre vue et de façon exigeant une démonstration, l'arbitrage serait une fonction "publique", - ne peut être considérée comme un argument suffisant pour préférer la théorie territorialiste à la théorie de l'autonomie de la volonté pour l'attribution de l'extranéité à cette institution. Nous ne voyons donc pas d'opportunité dans l'assertion de la 15. Chambre Civile de la Cour de Cassation qui s'énonce ainsi: "On ne peut prendre en considération le critère concernant le libre arbitre quand il s'agit d'ordre public (ou de dispositions impératives)".

f) *Le critère basé sur le renvoi au Règlement de la Chambre de Commerce Internationale.*

Selon les critères dont nous constatons l'adoption dans les alinéas (a) et (e), la 15^{ième} Chambre Civile de la Cour de Cassation a soutenu que l'arbitrage était une institution du droit public, qu'elle remplissait une fonction juridictionnelle, que cette fonction était également publique, qu'il en résultait qu'on se trouvait devant une institution locale et que par conséquent la loi à appliquer à l'arbitrage se déterminait *en dehors de la volonté des parties*, et a abouti, en prenant en considération la loi du lieu de l'arbitrage, à la conclusion que l'arbitrage en question s'étant déroulé en Suisse dans la ville de Lausanne et la sentence ayant été rendue également en cette ville, on se trouvait devant une sentence arbitrale étrangère.

Le critère dont nous ferons ici en (f) la critique est différent. Certes la Haute Cour cette fois aussi, a avancé que les parties avaient soumis la procédure de l'arbitrage au Règlement de la Chambre de Commerce Internationale, qu'elles avaient prévu l'application du Règlement de Conciliation et d'Arbitrage de cette Chambre et qu'en fait elles avaient appliqué le Règlement en question et pour cette raison la Haute Cour semble avoir abouti à la conclusion que l'arbitrage en question devait être considéré comme arbitrage étranger, c'est à dire à la même conclusion que celle à laquelle elle avait abouti selon les critères cités plus haut. Mais il y a là une contradiction.

En effet selon notre énumération faite plus haut les cinq premiers critères attribuaient de l'importance à celui du *lieu* de l'arbitrage alors que le sixième critère étudié sous le présent alinéa met au premier plan la *volonté* des parties.

Etant donné que notre Haute Cour dans son arrêt attribuait l'extranéité à l'arbitrage en se basant sur ce que la procédure s'était déroulée à Lausanne, sur ce que la sentence avait été rendue en cette même ville, il n'y avait pas lieu à ce qu'en plus de cela, l'extranéité soit attribuée en raison du fait que les parties s'en étaient référées au Règlement de la Chambre de Commerce Internationale et qu'elles aient *voulu* l'application de ce Règlement.

En effet si selon la vue de la Cour de Cassation la référence au Règlement de la Chambre de Commerce Internationale pouvait avoir une influence, la Chambre de Commerce Internationale se trouvant en France et la loi gouvernant l'arbitrage étant la loi territoriale il faudrait en conclure que les dispositions de la loi française devraient s'appliquer. Or ceci est en contradiction avec la conclusion à laquelle la Cour de Cassation avait abouti dans les alinéas précédents, car il est évident que l'on ne peut considérer acceptable que l'arbitrage soit soumis conjointement et à la loi Suisse et à la loi Française.

Nous n'imaginons pas un seul instant que notre Haute Cour puisse avoir eu l'intention à priori d'empêcher coûte que coûte l'exécution de la sentence objet du différend. Et d'autre part étant donné qu'elle n'adopterait pas sciemment des vues qui se contredisent, il faut en conclure que la Cour ne s'est pas rendue compte qu'elle s'est fourvoyée dans une inconséquence.

Bien qu'elle ait conclu, en avançant divers arguments dont il a été question plus haut, que la sentence arbitrale objet du litige était étrangère, la Haute Cour n'a pas indiqué à quelle loi était soumise cette extranéité. Si elle avait approfondi la question et c'est à dire si elle avait tenté de se prononcer sur le *rattachement de cet arbitrage à la loi d'un pays donné*, elle aurait remarqué que cet arbitrage se trouvait face à face avec les lois Suisse et Française ou encore face à face avec la loi Suisse et un ordre juridique supranational et se trouvant dans la nécessité de faire un choix, elle aurait eu ainsi l'occasion de corriger cette inconséquence. Nous considérons de ce point de vue que le fait que la Cour de Cassation ait statué sans suffisamment approfondir le sujet a été une cause de contradiction. Mais ici nous voulons nous pencher en outre sur un point plus important encore.

Selon notre opinion le fait qui cause la principale inconséquence est que ce soit la *volonté* qui constitue le sixième critère alors que les cinq premiers critères sur lesquels se basait la Cour de Cassation reposaient sur la notion de territorialité (lieu de l'arbitrage). La référence faite au Règlement de la Chambre de Commerce Internationale et l'intention de voir appliquer ce règlement est l'expression de la déclaration de volonté des deux parties qui sont l'une la D.S.I.

et l'autre la C.C.I. Ce qui veut dire qu'en écartant la loi normalement applicable elles s'adressent de leur *plein gré* au Règlement de la Chambre de Commerce Internationale.

Ici l'on se trouve devant un sujet entrant dans le champ du Droit International Privé. Si nous nous le rappelons bien, le contrat principal a été conclu en Turquie avec lieu d'exécution dans ce même pays. La convention arbitrale que les parties ont conclu d'un commun accord et de leur plein gré empêche que les tribunaux turcs ne prennent l'affaire en main. En résumé ainsi que nous l'avons exposé au début du présent article tous les critères sont de nature à soumettre le conflit aux lois turques. Malgré cela les parties ont préféré que le Règlement de la Chambre de Commerce Internationale s'applique au lieu de la loi turque. Notre Cour de Cassation en a conclu que l'arbitrage en question était étranger.

Le fait que notre Cour accorde de l'importance à ce sixième critère indique directement et clairement qu'elle considère important le critère de la *volonté*. Ce qui veut dire qu'elle aurait dû être considérée comme niant le résultat auquel elle avait abouti par les cinq premiers critères qui aboutissent au critère *territorial*. Nous aurions dû, par conséquent, soit supposer non valables les cinq premiers critères soit nous basant sur ceux-ci considérer le sixième inexistant. D'après la plus grande partie de l'arrêt de la Cour de Cassation et d'après les développements que comportait cette partie nous comprenons que notre Haute Cour a accordé une plus grande importance aux éléments contentieux, fonction publique et territorialité (ou lieu de l'arbitrage) et n'a nullement voulu admettre le critère volontariste. Par conséquent c'est à juste titre que nous considérons ce sixième critère comme réfuté à raison de la contradiction qui se présente.

Avant de terminer, notre exposé, ajoutons que si notre Haute Cour, en accordant de l'importance à la volonté des parties d'être soumises au Règlement de la Chambre de Commerce Internationale, avait approfondi la question sous cet angle, en face du fait qu'elle devait faire son choix entre la loi suisse (la ville de Lausanne se trouvant en Suisse) et la loi française (le siège de la Chambre de Commerce Internationale se trouvant en France) et en voyant qu'aucune

des parties n'avait entrevu l'application d'une de ces deux lois, elle aurait trouvé le moyen d'aboutir à la juste solution en remarquant que la loi que les parties voulaient voir gouverner, tant la convention arbitrale que la procédure d'arbitrage *était la loi turque*, ceci selon les critères que nous avons maintes fois exposés plus haut et selon le système du Droit International Privé Turc⁵⁸.

En effet tant la loi à laquelle est soumise le contrat principal et les relations de ce contrat avec la Turquie que la loi à laquelle est soumise la convention arbitrale et la relation de cette convention encore avec la Turquie et aussi tant le résultat auquel nous aboutissons par l'interprétation de la volonté expresse des parties tant enfin les règles de conflit de lois turques, nous montrent que la loi turque doit régir l'arbitrage entre la D.S.I. et la C.C.I. et que les parties ont eu pour objectif de se conformer aux dispositions impératives de la loi turque⁵⁹.

**

En laissant de côté le résultat auquel nous avons aboutit plus haut, nous voulons nous pencher sur une autre probabilité. On sait que la Cour de Cassation en s'éloignant du critère territorialiste était entrée dans le champ du critère volontariste. Si nous approfondissons le sujet sous cet angle est-ce qu'il serait possible de donner dans une certaine mesure raison à notre Cour de Cassation? Nous allons examiner ce point sous l'alinéa suivant.

58) Du point de vue du rattachement des institutions d'arbitrage international à une loi nationale voir **Klein**, p. 243 et s.; **Balladore**, op. cit., t. 51, p. 349; **Koral**, Türk Devletler Hususi Hukukunda Hakemlik (L'arbitrage en D.I.P. Turc); **Nomer**, article cité, p. 502, 503. Du point de vue du fait que ces institutions et le droit qu'elles appliquent ont de plus en plus tendance à être d'un caractère anational ou supranational, **Fouchard**, op. cit., No. 508, 516, 576, 756; **Goldman**, op. cit., No. 41, 45, 187, 195, 227, 265; **Fragistas**, article cité p. 14 et s.. Pour la vue selon laquelle l'adoption de la clause d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale n'équivaut nullement à une soumission à la loi française **Goldman** article cité No. 112, 113.

59) En faveur aussi de la soumission de l'arbitrage à une loi nationale **Klein**, op. cit., No. 133.

Précisons. Notre Cour de Cassation a laissé de côté les cinq-critères qui nécessitaient l'adoption du critère territorialiste du lieu de l'arbitrage, et a adopté, même ne serait ce que pour un instant, le sixième critère qui nécessite l'adoption du principe volontariste. Est-ce qu'en mettant en premier plan l'adoption par la Cour de Cassation du critère volontariste et le fait que les parties se soient adressées à l'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale qui est de renommée mondiale, nous pouvons donner à cette situation une autre signification que celle que nous lui avons donnée? C'est à dire est-il possible d'attribuer à l'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale une nature plus importante que celle que nous lui avons attribué dans nos critiques ci-dessus? En résumé est-il possible de considérer comme un arbitrage qui soit étranger par lui-même l'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale. Ce point sera examiné dans l'alinéa suivant⁶⁰.

7. Les autres causes qui soutiennent notre vue à l'encontre de l'arrêt de la Cour de Cassation.

a) Le fait que selon notre droit la Chambre de Commerce Internationale ne peut être considérée comme une institution internationale de droit public.

Dans notre article précédent nous avons donné la réponse de la question qui trouve son expression dans l'énoncé du présent alinéa. Ici nous allons tâcher de compléter cette réponse⁶¹.

a) La Chambre de Commerce Internationale n'est pas une communauté officielle de nations englobant divers pays. Elle est par principe un organisme privé fondé par des commerçants et des industriels de divers pays⁶².

60) Pour la vue selon laquelle l'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale est de nature internationale voir notre réf. No. 5. Pour certaines de ses idées dans le sens de l'étude que nous avons faite concernant les six points sur lesquels se base la Quinzième Chambre Civile de la Cour de Cassation en donnant son arrêt voir en Annexe.

61) Voir notre article cité à la réf. No. 2, p. 186 et s.

62) En ce qui concerne la nature juridique de la Chambre de Com-

b) La Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale aide par son Règlement à trancher les différends survenant sur le plan international privé entre des commerçants, des industriels et des personnes qui échangent des marchandises et des services dans les relations de droit privé internationales. Cette Cour a un rôle à remplir dans le choix des arbitres qui trancheront ces différends, mais elle ne fait pas directement de l'arbitrage⁶³.

c) En arrière plan de la Chambre de Commerce Internationale il n'y a pas un Etat. Son Règlement n'est pas de la nature d'une législation étatique, il ne comporte pas un caractère de droit public. Il ne serait pas, non plus, juste de classer les dispositions de ce Règlement étatique, il ne comporte pas un caractère de droit public, pour la raison qu'il n'a pas la portée d'une loi. Ce Règlement est de nature contractuelle et ne possède pas une nature basée sur des normes juridiques en dehors de lui⁶⁴.

d) Avec sa Cour d'Arbitrage et son Secrétariat, la Chambre de Commerce Internationale n'étant pas une *institution publique* quand elle révisé les sentences arbitrales et qu'elle appose son sceau par l'entremise du Secrétariat, elle ne peut pas être considérée comme une autorité qui à l'instar des tribunaux d'Etat contrôlerait les sentences arbitrales et leur attribuerait caractère définitif et force exécutoire. De ce point de vue il est impossible d'envisager que l'on reconnaisse aux sentences arbitrales rendues conformément à ce Règlement de la Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale des attributs issus du droit public semblables à ceux des jugements des tribunaux tel que le caractère définitif et la force exécutoire qu'acquiert les sentences rendues conformément à la loi d'un pays après leur homologation par le tribunal de ce pays.

**

Il est possible de faire ressortir les deux résultats suivants des principes que nous avons notés plus haut: Premièrement, être soumis

merce Internationale voir **Fouchard**, op. cit., No. 345-349 et de même 472-490; **Klein**, op. cit., p. 29.

63) Confr. **Fouchard**, op. cit., p. 347, 350; **Goldman**, op. cit., p. 40, 41.

64) Confr. **Goldman**, No. 192-193; **Fouchard**, No. 472-490; **Klein**, p. 29.

au Règlement de la Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale veut dire être soumis à un règlement déterminé et aux règles spéciales d'un organisme privé déterminé qui gouvernent l'arbitrage. Ici il n'est pas question d'être soumis aux dispositions légales d'un Etat étranger. Par conséquent les sentences rendues conformément au Règlement de la Chambre de Commerce Internationale ne peuvent être considérées rendues en vertu d'une *loi étrangère* déterminée.

Deuxièmement, on ne peut pas attribuer une "nationalité dans le sens admis par ceux qui le considèrent de droit public, à un arbitrage auquel il a été procédé selon le Règlement d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale. Aussi ne peut-on pas considérer en tant que sentence arbitrale étrangère une sentence rendue selon ce Règlement.

Répetons le, les dispositions du Règlement de la Chambre de Commerce Internationale sont des règles neutres et l'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale est uniquement un arbitrage de nature privée. Cet arbitrage est par conséquent, ainsi que nous l'avons exposé plus haut, non pas un arbitrage normatif basé sur des règles, mais tout simplement un arbitrage basé sur des principes contractuels⁶⁵.

Si pour les sentences arbitrales rendues selon le Règlement de la Chambre de Commerce Internationale, on recherche, de plus, l'existence d'une disposition légale, il faut selon la théorie volantariste admettre *l'existence de dispositions d'une loi* choisie par les parties. Donc, dans une relation juridique, si les parties se sont référées au Règlement d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale c'est la loi désignée par la règle de conflit de loi applicable à cette relation juridique qui prend la première place et le Règlement de la Chambre de Commerce Internationale qui est rédigé de façon à ne pas contrevenir aux dispositions impératives de la plupart des Etats se trouve soumis à cette loi. Ainsi dans notre cas aussi, c'est la loi turque, loi que la DSI et la CCI ont choisie par principe pour résoudre leur conflit, qu'il faut considérer comme étant au premier

65) Voir la réf. précédente.

plan, et il faut considérer comme lui étant soumises les dispositions du Règlement de la Chambre de Commerce Internationale qui sont de caractère neutre, qui n'ont pas un aspect ayant trait au droit public et qui même ne contiennent rien qui puisse contrevenir aux dispositions impératives du Droit Turc⁶⁶. Telle étant la situation à l'inverse de la pensée de notre Cour de Cassation, la référence au Règlement de la Chambre de Commerce Internationale n'implique pas le choix d'une loi nouvelle (et sûrement pas étrangère). La référence au Règlement est sensée faite sous condition que l'arbitrage soit régi par la loi à laquelle il lui fait être soumis. Dans notre cas, il est clair que cette loi est la loi turque. Ce résultat auquel nous aboutissons est admis par le droit classique et conventionnel et se trouve dans la parallèle de la pensée d'Arminjon, de Pallieri de Klein, c'est un résultat que nous aussi avons soutenu⁶⁷.

D'autre part ce résultat est également conforme au Droit International Privé Turc. Car ce dernier repose sur le système de *conflit de lois*. Le *conflit* d'un règlement dont l'appartenance à telle ou telle nation n'a pas été précisée par une loi ne peut mettre en action le mécanisme du Droit International Privé Turc. C'est pour cela qu'un arbitrage auquel il a été procédé selon un règlement envisagé en dehors du système et de la hiérarchie du droit positif d'un Etat ne peut, par principe dans le système de Droit International Privé Turc, être considéré comme arbitrage étranger et la sentence rendue selon ce Règlement ne peut être considérée comme sentence arbitrale étrangère⁶⁸.

Nous voyons que même si nous écartons le Règlement de la Chambre de C. Internationale du terrain français où siège cette

66) Voir **Klein**, p. 231, 239. Pour la vue selon laquelle l'arbitrage a une nature anationale ou supranationale en plus des auteurs cités à la réf. d'en haut voir Clive Schmitthoff, *The sources of the law of international trade*, Londres, 1964; **Ph. Kahn**, *la vente commerciale internationale*, Paris 1961; **Goldman**, *Prontières du droit et lex mercatoria*, Arch. Phil. Droit, 1964, 117. Voir à ce sujet l'article cité de **Kalpsüz**.

67) Plus haut la réf. No. 58.

68) Pour la vue selon laquelle la Chambre de Commerce Internationale est non pas une institution étrangère mais une institution internationale voir plus haut la réf. No. 58.

Chambre si nous l'écartons donc de la souveraineté de la loi française, dans le cadre du droit classique et de la législation turque et particulièrement du système de Droit International Privé Turc, il n'est pas à propos pensons nous en ce moment, d'attribuer à ce Règlement la nature d'une norme légale étrangère. Par conséquent, dans ces conditions, il n'est pas juste d'hésiter à ordonner l'exécution en Turquie, à titre de sentence arbitrale turque, de la sentence rendue selon le Règlement de la Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale au sujet de l'arbitrage entre la DSI et la CCI étant donné que cette sentence ne peut acquérir la qualification de sentence arbitrale "étrangère"⁶⁹.

*
**

69) Ce résultat auquel nous aboutissons se base sur les données du Droit Turc et sur la nécessité pour l'arbitrage d'être, en vertu des principes classiques admis jusqu'à l'heure actuelle, **soumis à la loi d'un Etat** déterminé. Toutefois, ajoutons d'emblée, que sur le plan du droit arbitral, prétendant qu'un droit arbitral anational ou supranational est en train de se faire jour à la suite des contracts internationaux entre commerçants, industriels et autres intéressés, d'éminents juristes tels que Fouchard ou Goldman ou Eisemann et autres encore admettent chacune des institutions arbitrales telles que la Chambre de Commerce Internationale (qui joue un rôle important dans ce développement) comme des institutions internationales indépendantes et non comme des institutions étrangères.

Nous n'avons pas l'intention de prendre d'emblée position pour ou contre ce point de vue qui nous semble apte à faciliter le développement de l'arbitrage international et à créer de grandes possibilités sur ce plan. Nous comptons dans une autre étude exposer notre opinion au sujet de cette vue qui est fort nouvelle et qui même en France n'est pas encore assez répandue dans la pratique internationale et qu'il nous faut envisager avec circonspection. Mais exprimons ici qu'il ne nous est possible ni d'envisager cette vue comme correspondant à celle de la XVIème Chambre Civile de la Cour de Cassation ni d'admettre que la sentence rendue en référence au Règlement de la Chambre de Commerce Internationale soit une sentence étrangère (et non internationale).

En effet premièrement, on ne peut penser que la Cour de Cassation ait statué selon une théorie très moderne et au stade de développement. Deuxièmement l'objectif de cette théorie est

Nous nous trouvons par les explications données plus haut avoir critiqué l'arrêt du 10 Mars 1976 de la Quinzième Chambre Civile de la Cour de Cassation et mis en évidence que les arguments sur lesquels il s'appuie sont insuffisants et inopportuns.

A cette critique, il est possible d'ajouter des points secondaires qui étayaient notre vue, mais jugeant que cela ne constituerait pas une ajoutée considérable au système de notre critique, nous nous contenterons d'indiquer seulement un ou deux de ces points.

b) Le dépôt de la sentence arbitrale à la Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale et l'approbation de cette sentence.

Dans la dernière partie de son arrêt la Cour de Cassation a fait savoir que: le dépôt de la sentence arbitrale à la Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale en vue de son approbation par cette Cour démontre que le Droit Procédural Turc n'a pas

d'assurer la validité internationale des sentences de la Chambre de Commerce Internationale et non de rendre plus difficile leur exécution en considérant ces sentences comme des sentences étrangères.

Troisièmement, cette théorie est celle de ceux qui n'admettent pas celle du lieu de l'arbitrage mais ont adopté la théorie de la volonté. Pour ceux qui adoptent la théorie du lieu de l'arbitrage, l'application de cette théorie ne peut faire naître que des résultats néfastes.

Quatrièmement, pour admettre que notre Cour de Cassation ait adopté une vue internationaliste si avancée, il faudrait que nous ayons les preuves qu'elle ait abandonné le principe fondamental du droit turc conventionnel et classique selon lequel la relation internationale se rattache à la loi d'un pays.

Cinquièmement, notre pays n'a pas encore ratifié la Convention des Nations Unies de 1958 de New-York. Cette ratification aurait pu être considérée comme une importante étape pour surmonter l'obstacle en question, mais elle n'a pas encore été réalisée.

Nous comptons, ainsi que nous l'avons dit plus haut, étudier plus tard jusqu'à quel point les vues des auteurs tels que Goldman, Fouchard, Fragistas, Eisemann peuvent s'accorder avec la notre.

été appliqué dans le vrai sens du mot, et de plus que dans la Procédure Turque une place n'a pas été prévue pour cette Cour d'Arbitrage ni pour son Secrétariat que par conséquent il est contraire à l'ordre public de déposer la sentence à la Cour et de la lui faire approuver. Finalement la Haute Cour concluant que "il faut admettre l'existence d'une sentence arbitrale étrangère" s'est abstenu de permettre que la sentence arbitrale concernant le différend entre la DSI et la CCI se voit exécutée comme les sentences arbitrales turques.

Il nous est impossible de partager cette vue car, premièrement, le dépôt de la sentence arbitrale à la Cour ou au Secrétariat de telle ou telle institution et même sous quel nom que ce soit l'approbation de cette sentence par cette Cour ou ce Secrétariat n'implique pas l'attribution d'une "nationalité" à cette sentence arbitrale. Cela est ainsi quelle que soit la théorie adoptée en matière d'arbitrage. Le seul fait du dépôt ou de l'approbation n'est pas un élément apte à attribuer à l'arbitrage nationalité ou extranéité. Ceci non seulement en ce qui concerne la Cour ou le Secrétariat de la Chambre de Commerce Internationale, au sujet desquels nous avons exprimé plus haut notre opinion, mais également pour les tribunaux d'Etat⁷⁰.

Quand le tribunal d'un Etat se trouve en face d'une sentence arbitrale rendue selon la loi de cet Etat l'homologation accorde à cette sentence les attributs de droit public dont nous avons parlé plus haut, attributs que normalement elle ne possédait pas auparavant. Ou bien le tribunal de cet Etat se trouve en face d'une sentence arbitrale rendue conformément à la loi d'un autre pays. Son homologation accorde à cette sentence la force exécutoire qui est encore un attribut de droit public, mais l'homologation ne transforme point une sentence locale en une sentence étrangère ni vice versa. Ceci est une donnée universellement admise et au sujet de laquelle

70) **Koral**, nos études citées aux réf. No. 3, 4 et 5, particulièrement à la réf. No. 5, p. 179; à la réf. No. 4, p. 33, 46 et 92 et notre article sur l'arbitrage en droit interne (Hukuk Fakültesi Mecmuası "Revue de la Fac. de Droit d'Istanbul" 1947, t. 13, p. 1078 et s.). Au sujet de la Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale et de son Secrétariat, **Klein**, op. cit., p. 29; **Fouchard**, op. cit., p. 214.

ne s'élève, en droit arbitral, aucune controverse, il est donc inopportun d'imaginer le contraire. Donc, premièrement, de ce point de vue, il est impossible de se ranger à l'argumentation de la Cour de Cassation.

Deuxièmement, la présentation, à telle ou telle fin, d'une sentence arbitrale à une autorité autre que celles du pays auquel elle est soumise n'est pas contraire à l'ordre public. Il ne peut rien y avoir de plus normal que la présentation d'une sentence arbitrale aux autorités et même aux tribunaux du lieu ou des lieux où l'on veut qu'elle soit exécutée. Il est normal de présenter la sentence arbitrale à fin de son exécution ou pour l'obtention d'un autre avantage aux tribunaux ou aux autorités du lieu où se trouve le domicile du défendeur, les biens de celui-ci ou le lieu que nécessite l'intérêt du demandeur. Il n'est en cela pas question d'un inconvénient quelconque. En définitive la présentation d'une sentence à une autorité étrangère n'est nullement contraire à l'ordre public. Ceci est un point qui n'admet aucune discussion⁷¹.

Troisièmement, le fait qu'une sentence arbitrale soit contraire à l'ordre public ou qu'elle contienne un élément qui lui soit contraire n'est pas une raison pour que la *sentence soit étrangère*. Si les conditions requises sont réunies cette sentence arbitrale doit être admise comme devant être exécutée comme une sentence turque, mais la demande d'exécution peut être repoussée si la sentence est pour telle ou telle raison contraire à l'ordre public. En résumé la notion de contrariété à l'ordre public ne peut être une raison valable pour considérer étrangère une sentence arbitrale qui par principe devrait être considérée nationale.

Ainsi nous terminons notre critique à l'égard de l'arrêt du 10 Mars 1976 de notre Haute Cour. Selon notre opinion, le résultat auquel nous avons abouti est que *cet arrêt ne peut nullement être considéré comme un arrêt exemplaire du point de vue du Droit International Privé Turc ni comme un arrêt apte à éclairer la pratique*.

71) A ce sujet **Fouchard**, op. cit., p. 530. Voir en Annexe pour sa vue, qui correspond partiellement à la notre, les lignes de Yavuz Okçuoglu traitant de la Chambre de Commerce Internationale.

c) *L'exécution des sentences arbitrales étrangères et l'Arrêt des Chambres Civile Réunies.*

Avant de terminer notre article, nous voulons exprimer qu'il est *grand temps de réviser* notre arrêt de 1951 des Chambres Civiles Réunies qui soumet l'exécution des sentences arbitrales étrangères aux mêmes conditions que celles des jugements des tribunaux étrangers.

A l'heure actuelle le droit de l'arbitrage est un élément important se développant sous tous ses aspects et qui contribue au progrès sur le plan international du commerce et de l'industrie. Il est absolument nécessaire de donner à ce droit la place qu'il mérite et de remplir les conditions que cela requiert et particulièrement d'établir un ordonnancement qui au lieu d'empêcher l'exécution des sentences le *rende possible*.

En effet la plupart des législations modernes ont établi des dispositions spéciales pour l'exécution des sentences arbitrales. Il n'est donc nullement opportun de soumettre, selon des vues archaïques, l'exécution de ces sentences aux dispositions régissant celle des jugements des tribunaux⁷².

La Turquie adhérera tôt ou tard du point de vue de l'ordonnancement de l'arbitrage international à la Convention de New-York puis à celle de Genève. Alors apparaîtra plus clairement l'inconvénient de soumettre à celle des jugements des tribunaux étrangers, la procédure d'exécution de ces sentences, soumission qui équivaut à nier l'autonomie de l'institution de l'arbitrage et de l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

8. L'exécution des sentences arbitrales étrangères et le Projet de Loi sur le Droit International Privé et sur la Procédure Internationale.

a) *L'avant -projet de loi sur le droit international privé et sur la procédure internationale.*

Nos explications données plus haut sont également valables pour "l'avant -projet de loi sur le droit international privé et sur la pro-

72) A la réf. No. 4 notre ouvrage cité p. 48-68 et 77-99.

cédure internationale" élaboré par l'Institut de Droit International et de Relations Internationales de la Faculté de Droit d'Istanbul qui est le fruit d'un travail de haute tenue scientifique et qui s'il est mis en vigueur apportera une grande contribution au Droit International Privé Turc. Dans cet avant-projet bien qu'une partie spéciale ait été envisagée relativement à l'exécution des sentences arbitrales étrangères la solution a été encore renvoyée aux dispositions concernant l'exécution des jugements des tribunaux étrangers. A première lecture de ce texte on se rend compte que pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères rien n'a été modifié aux principes de double exequatur et de réciprocité, principes que jusqu'à ce jour presque unanimement tous les auteurs ont critiqué⁷³.

Les jugements des tribunaux sont des actes de droit public pour eux une telle solution est justifiable. Les sentences arbitrales sont en dernière analyse de nature de justice privée reposant sur un contrat, à leur égard, des vues politiques telles que la condition de réciprocité et la condition qu'elles aient obtenu un exequatur qui les rende exécutoires dans leur pays d'origine (ce qui les rend sujettes au double exequatur) font perdre à l'arbitrage l'utilité que l'on en attend⁷⁴.

Chaque auteur moderne qui s'est penché sur ce sujet a énoncé ces critiques. Libérer l'arbitrage de ces obstacles est devenu le slogan du jour. Il est possible de voir que cet inconvénient est écarté par les conventions internationales⁷⁵.

73) Ancien art. 39 de l'Avant-Projet, Symposium de l'Avant-Projet de Loi sur la Procédure Civile Internationale, Istanbul 1978, p. 28.

74) Avant-Projet art. 30 et art. 32 al. 2. Ici la condition du caractère définitif a été recherchée, ce qui implique que la sentence ait été homologuée par le tribunal du pays selon la loi duquel elle a été rendue et par conséquent qu'elle ait été rendue exécutoire c'est à dire qu'elle ait reçu l'**exequatur** de droit interne.

75) **Koral**, Au sujet de l'exécution des sentences arbitrales étrangères "Birleşmiş Milletler New-York Konferansı ve 10 Haziran tarihli Sözleşme" (La Conférence de New-York et la Convention du 10 Juin 1958), Istanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası (Revue de la Fac. de Droit d'Istanbul), t. XXIV ve t. XXVI.

Une importante modification a été apportée à l'art. 32 de l'avant-projet, grâce au symposium tenu pour reviser certaines parties de cet avant-projet, avant-projet qui très sérieusement élaboré répond à la nécessité de remplacer la Loi Provisoire de 1330 (1915) sur les Droits et les Devoirs des Etrangers en Turquie qui n'a pu persister et éviter la désuétude que par les efforts et interprétations faites par les experts du Droit International Privé Turc et particulièrement par mon regretté maître le Professeur Ordinarius Muammer Raşit Sevig. Selon cette modification qui a été apportée à l'art. 37 bien que l'exécution des sentences arbitrales étrangères continue à être soumise aux dispositions concernant l'exécution des jugements des tribunaux étrangers du moins la condition de réciprocité a été supprimée⁷⁶.

b) La modification urgente que nous avons proposée.

Cette modification constituerait un grand progrès en faveur du Droit Turc de L'Arbitrage International. Si l'article était dans sa forme définitive rédigé comme suit: "Les sentences arbitrales étrangères qui acquièrent un caractère obligatoire sont exécutées selon la procédure concernant l'exécution des jugements des tribunaux étrangers sans que les conditions de réciprocité et de caractère définitif soient requises".

Pour le moins seraient écartés ainsi deux importants inconvénients que l'on invoque pour s'opposer à ce que les sentences arbitrales internationales soient exécutées comme des jugements de tribunaux étrangers et ainsi on se rapprocherait davantage de la Convention de New-York de 1958 qui est le plus moderne des documents concernant l'exécution des sentences arbitrales étrangères⁷⁷.

En terminant cet article que nous avons consacré à la critique de l'arrêt de 1976 de la XVIème Chambre Civile de la Cour de Cas-

76) Le texte révisé de l'art. 37 de l'Avant-Projet est ainsi: "Les sentences arbitrales étrangères sont exécutées selon la même procédure que les jugements des tribunaux étrangers sans que la réciprocité ne soit exigée."

77) A la Conférence de New-York après de longues recherches le terme "binding" a été adopté et a été introduit à l'art. 5 de la convention, voir. Koral, article cité (tiré à part p. 50).

sation nous avons aussi exposé notre vue en ce qui concerne la future législation de notre pays sur les sentences arbitrales étrangères. Nous souhaitons de tout coeur que l'addition proposée par nous pour l'art. 37 du projet soit adoptée.

ANNEXE I

L'ARRÊT DE 1976 DE LA QUINZIÈME CHAMBRE CIVILE DE LA COUR DE CASSATION

Publique Turque
Cour de Cassation
Quinzième Chambre Civile

Rôle 1975/1617

Décision 1976/1052

Demandeur : La Compagnie de Constructions Internationales, la Compagnie Française d'Entreprises et la Société Impregilio; leur avocat: A.Y.

Défendeur : Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü (Direction Générale des Eaux); ses avocats: Y.K. et I.A.

Sur la demande des avocats du défendeur que soit examinée par la Cour de Cassation la sentence arbitrale qui tranche le différend entre les parties et sur l'envoi du dossier joint à la communication de la 6ième Chambre du Tribunal Civil d'Ankara datée du 27 Fév. et placée sous le numéro 1975/14, les explications orales des avocats qui sont venus à l'instance au jour et à l'heure fixés ont été entendues, mais vu l'heure tardive en vue de décision l'affaire a été remise à un autre jour. Cette fois après examen sur dossier et après délibération il a été jugé comme suit:

A r r ê t

1 — Il avait été convenu dans le contrat d'entreprise conclu entre les parties qu'en cas de différend on aurait recours à l'arbitrage, il avait été prévu que l'on s'en référerait aux "...règles et procédure de la Chambre de Commerce Internationale..... pour la cons-

titution du tribunal arbitral et pour sa procédure" (Clause 34 du Contrat). De plus quand le différend survint et que les arbitres prirent l'affaire en main, ceux-ci conclurent un accord selon lequel par principe le Règlement de Conciliation et d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale s'appliquerait, selon lequel l'arbitrage aurait lieu à Lausanne et selon lequel la sentence serait remise au Secrétariat de la Chambre de Commerce Internationale de Paris. C'est en se conformant à ces dispositions que le demandeur a remis sa requête, le 26 Février 1970, au Secrétariat Général de la Chambre de Commerce Internationale. Comme il est indiqué dans la première et la seconde réponse il a été en grande partie correspondu par l'entremise du Secrétariat et les réponses nécessaires y ont été remises par le défendeur. Dans sa lettre du Novembre 1970 le Secrétaire Général faisait savoir aux parties intéressés qu "au reçu de la somme requise le dossier de l'affaire en question serait remis au tribunal arbitral" (Règlement de Conciliation et d'arbitrage; art. 8 et s. et art. 14). Les arbitres se réunirent à Lausanne et rendirent leur sentence. Conformément à l'accord des parties cette sentence fut déposée au Secrétariat et fut approuvée par la Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale.

2 — En prenant en considération les faits fixés par l'examen du dossier cités plus haut, il a été considéré indispensable de faire même en leurs traits essentiels les remarques nécessaires au sujet de la nature de la sentence arbitrale afin de pouvoir répondre à la question de savoir avant tout s'il était possible de s'adresser à la Cour de Cassation à l'encontre de cette sentence arbitrale et l'on a ainsi abouti à une conclusion à la lumière de ces données.

a) Les arbitres résolvent le différend de caractère juridique surgissant entre les parties (art. 516 du Code de Proc. Civ.) ils prennent une décision à la suite de l'instance procédurale. Les arbitres peuvent s'adresser à des experts et entendre des témoins et procéder aux formalités y afférentes. En termes plus généraux il est possible de dire que le Code de Proc. Civ. en ses art. 521, 526, 527, 533, 534 et 536 a rapproché la procédure arbitrale de la procédure normale des tribunaux étatiques.

b) Pour que les arbitres puissent résoudre leur conflit il faut que les parties se soient mise d'accord à ce sujet. Cet accord, se

forme par un contrat dans le cadre du Droit des Obligations mais au point de vue de ses conséquences il peut être qualifié de procédural. D'ailleurs l'institution arbitrale est règlementée par notre code de procédure, l'exécution de la sentence rendue par l'arbitre est soumise par le code de procédure a certaines conditions. Donc, bien que le compromis repose sur la volonté des parties, ses résultats ne peuvent être atteints qu'en conformité aux conditions prévues, en dehors de la volonté des parties, par la loi procédurale. Aussi quand le compromis du point de vue de ses résultats entre dans le champ d'application du Code de Procédure Civile, il convient ici de parler des principes du droit public.

c) Les sentences arbitrales sont de caractère judiciaire. Etant donné que leur exécution dépend d'une ordonnance d'exécution selon l'art. 536 du Code de Proc. Civ. elles entrent dans le cadre du pouvoir judiciaire. Quoique limitée la voie de recours en cassation leur est ouverte (art. 533). Au sujet des sentences arbitrales il existe la possibilité d'une révision de jugement (art. 534). De plus au sujet de ces sentences on peut avancer que le principe de l'autorité de la chose jugée s'applique. Les sentences arbitrales sont déposées aux greffes du tribunal (art. 532). Selon les lois fiscales des droits doivent être versés à leur sujet. Ces sentences peuvent tout comme les jugements des tribunaux être l'objet de "voies d'exécution."

d) Pour devenir exécutoire la sentence arbitrale a besion d'une ordonnance du président du tribunal ou du juge selon l'art. 536. Il faut pour cela aa) qu'il existe du point de vue formel une sentence, bb) qu'elle ait été rendue en conformité aux conditions de l'arbitrage et dans les formes requises, cc) qu'elle n'aille pas à l'encontre de l'ordre public. Cette recherche est faite d'office. Il en est de même en Cassation. Donc il s'agit bien d'un acte judiciaire.

3 — On peut voir que pareillement à ce qui a lieu dans un procès les arbitres statuent au sujet d'un conflit. Les résultats d'un compromis se réalisent dans le cadre du droit procédural. L'exécution de la sentence est soumise à certaines conditions.

a) Le contrôle exercé par la Cour de Cassation sur la sentence arbitrale entre dans ses attributions judiciaires. L'arrêt qu'elle rend à ce sujet est de nature judiciaire. Mais l'acte judiciaire de la Cour

de Cassation a un effet qui se limite aux frontières du territoire de l'Etat. En d'autres termes, dans les limites où s'exerce la souveraineté, territoriale, il peut être question du contrôle de la Cour de Cassation au sujet des sentences rendues par les arbitres qui prennent en main le différend, qui le jugent et qui le résolvent. Donc, il est impossible de soumettre à la Cour de Cassation dont le contrôle judiciaire se limite aux frontières, jusqu'où s'étend la souveraineté de l'Etat, la sentence rendue par les arbitres qui se sont réunis à Lausanne pour instruire le différend et statuer à son sujet. Il convient selon le principe de la territorialité de qualifier d'étrangère la sentence rendue par les arbitres qui se réunissent à l'étranger et qui y jugent. Etant donné que dans le cas de l'espèce il ne se présente pas de sentence rendue conformément aux art. 536 et 537 du Code de Proc. Civ. on ne peut recourir en Cassation contre la sentence arbitrale étrangère. Ici il est question de la reconnaissance et de l'exécution en Turquie d'une sentence arbitrale rendue en pays étranger.

b) D'autre part pour déterminer l'extranéité de la sentence arbitrale, on peut permettre l'application du "critère" du "droit procédural". Mais pas le "critère" concernant l'ordre public (les dispositions impératives). Selon les Clauses du Contrat "La constitution du tribunal arbitral, la procédure et les formes qu'il utilisera seront soumises aux règles y afférentes de la Chambre de Commerce Internationale" L'application des dispositions de Conciliation et d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale, la remise de la demande au Secrétariat de la Cour d'Arbitrage, le fait que ce même Secrétariat remet le dossier d'arbitrage aux arbitres, le dépôt de la sentence auprès de la Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale et l'obtention de l'approbation de cette Cour, autant de faits démontrant que le Droit Procédural Turc n'a pas été vraiment appliqué. Dans notre procédure il n'est pas question de la Cour Arbitrale ni du Secrétariat, quant à la "remise" de la sentence et à son "contrôle" ce sont deux situations contraire à l'ordre public.

Donc il convient d'admettre qu'il s'agit bien là d'une sentence arbitrale étrangère.

4. D'après les raisons énumérées plus haut, il a été conclu que la voie du recours en Cassation était close que par conséquent le demandeur devait être débouté.

Donc, il a été arrêté le 10 Mars 1976 à la majorité que le recours du demandeur était rejeté et que par conséquent, il n'y avait pas lieu à apprécier un montant de frais d'avocat pour l'audience.

Président	Membre	Membre	Membre
K. Palabıyık	H.Himmetoqlu	A. S. Buç	M.R.Karahasan

Membre
K. Okçuoqlu
(opinion dissidente)

AVIS DISSIDENT

1 — Afin de permettre une claire compréhension du conflit juridique nous considérons utile de mettre le cas ouvertement en lumière et de rapporter textuellement certaines déclarations faites par les parties.

Le groupe des compagnies étrangères (C.C.I.) qui est l'entrepreneur et qui est également la partie demanderesse, s'était engagé envers le défendeur La Direction Générale des Eaux (D.S.I.) par le contrat signé le 19 Février 1966 pour la construction du Barrage de Kéban et de ses dépendances. Le contrat a été en outre signé le 16 Mai 1966 par devant notaire et a été visé par la Cour des Comptes le 31 Mai 1966. Selon l'article 34 du contrat en cas de différend, les parties choisiraient chacune un arbitre, les deux arbitres choisis choisiraient à leur tour le troisième arbitre. Au cas où ces deux arbitres ne pourraient se mettre d'accord sur le choix du troisième arbitre ou encore si l'une des parties ne pouvait choisir son arbitre soit le troisième arbitre soit l'arbitre de la partie et le troisième arbitre seraient choisis par la Chambre de Commerce Internationale siégeant à Paris. Encore selon l'art. 34/c au cas où le troisième arbitre ne serait pas choisi et au cas où il n'aurait pas été décidé d'un commun accord de l'application d'une autre procédure, la constitution du tribunal arbitral et son mode de travail ainsi que la procédure qu'il suivrait seraient soumis aux méthodes et règles prévues à ce sujet par la Chambre de Commerce Internationale.

A la page 27 de la requête du demandeur, le groupe entrepreneur formé par les sociétés étrangères fait la déclaration suivante:

“Notre demande repose expressément sur le droit et les règlements turcs. En effet il est évident que les obligations que le contrat conclu impose aux parties doivent être jugées selon le Droit Turc. Le contrat a été conclu en Turquie et a pour objet la construction d'un barrage sur le territoire turc. Le contrat prévoyant comme procédure arbitrale celle de la Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale, les règles procédurales turques ne peuvent s'appliquer que sur les points que le Règlement de la Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale n'a pas prévu ou encore là où elles ressortissent à l'ordre public turc”.

Les avocats du défendeur, la D.S.I., dans leur réponse (p. 12 art. 10/d) dissent “Le demandeur a exposé que d'abord s'appliquent les règles d'ordre public turc puis les dispositions du Règlement de la Chambre de Commerce Internationale, et que là où il manque de dispositions les règles du droit procédural turc s'appliquent. En précisant que les règles d'ordre public turc ne gouvernent pas seulement du point de vue de la procédure mais également sur le fond les relations entre les parties, nous exprimons que nous nous rallions aux explications du demandeur”.

La partie demanderesse, la C.C.I. avait choisi comme arbitre le Professeur Guy Flattet et le défendeur avait choisi le Professeur Halûk Tandoğan. Les arbitres des parties avaient choisi comme troisième arbitre le Juge Pierre Cavin, membre du Tribunal Fédéral Suisse.

Après échange de vues les arbitres et les parties se sont réunies et ont établi l'acte de mission. Cet acte comporte les signatures des fondés de pouvoirs des parties. Selon l'accord se trouvant en page trois de cet acte:

a) Les parties se sont mises d'accord pour que l'arbitrage ait lieu à Lausanne (c'est à dire pour que le tribunal arbitral se réunisse et procède au jugement à Lausanne)

b) En outre les parties se sont mises d'accord pour se soumettre quant à la procédure à suivre devant les arbitres, aux dispo-

sitions du Code de Procédure Civile Turc pour les cas que les dispositions d'Arbitrage et de Conciliation de la Chambre de Commerce Internationale n'auraient pas réglés et en tous cas aux règles d'ordre public du Droit Turc.

c) La sentence arbitrale sera déposée auprès du Secrétariat de la Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale après quoi la partie qui le désirera déposera la sentence aux greffes du Tribunal d'Ankara dans les délais et selon les conditions prévues par le Code de Procédure Civile Turc.

Les arbitres en se basant sur l'accord des parties et sur les délais accordés conformément à l'art. 529 du Code de Procédure Civile Turc par le juge du Tribunal Civil d'Arrondissement d'Ankara ont rendu leur sentence dans les délais requis. Cet arrêt après remise au Tribunal Civil d'Ankara et signification faite aux parties par le juge, a été l'objet d'une requête en Cassation adressée par le défendeur.

De ce qui a été dit plus haut il ressort que:

A — L'accord des parties a été conclu en Turquie, le lieu de l'exécution aussi est en Turquie.

B — De ce point de vue l'art. 34 du contrat, article qui contient la clause compromissoire se trouve lui aussi conclu en Turquie.

C — A la présente clause compromissoire il a été ajouté par les parties dans l'acte de mission que l'on se conformerait aux dispositions concernant l'ordre public turc, et que le tribunal arbitral se réunirait à Lausanne. En outre il a été admis que les dispositions de Conciliation et d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale qui ne dérogent pas à l'ordre public turc s'appliqueraient et que là où ces dispositions font défaut on s'adresserait à celles du Code de Procédure Civile Turc.

D — Le délai de l'arbitrage a été prolongé plusieurs fois par le juge du Tribunal Civil d'Ankara en conformité à l'art. 529 du Code de Procédure Civile.

E — Les arbitres se sont réunis à Lausanne, y ont jugé et rendu leur sentence. Celle-ci a été déposée auprès du Secrétariat de la Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale, de

plus elle a été également remise au Tribunal Civil d'Ankara. La signification a été assurée. En outre recours en cassation a été fait par le défendeur.

2 — La différence de vue entre la majorité des membres du Tribunal et la minorité consiste en ce que la majorité considère comme étrangère et par conséquent sujette à l'exequatur cette sentence arbitrale, alors que le membre du Tribunal dont l'opinion est dissidente considère cette sentence en tant que sentence arbitrale turque et ne voit pas de nécessité à faire jouer la procédure de l'exequatur.

L'opinion de la majorité est basée sur deux arguments: *Premièrement*, dans ses lignes principales, la compétence judiciaire de la Cour de Cassation se limite aux frontières de la Turquie, alors que dans cette situation où les arbitres ont rendu leur sentence en pays étranger, du point de vue du principe de la territorialité, il est nécessaire de considérer comme étrangère la sentence rendue. *Deuxièmement*, pour l'attribution de l'extranéité à une sentence étrangère on peut admettre l'application du critère du "droit procédural" et ne pas adopter uniquement celui basé sur l'ordre public. Or le fait que les parties eussent admis que le différend soit soumis au Règlement de Conciliation et d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale démontre que les parties ne se sont pas complètement conformées au droit procédural turc. Donc la sentence en question est étrangère.

Ainsi que nous l'exposerons dans les alinéas suivants nous ne nous rangeons à aucun de ces deux arguments.

3 — Le pouvoir juridictionnel appartient à l'Etat et est exercé au nom de la Nation Turque par des tribunaux indépendants. De ce point de vue, celui qui veut faire valoir le bien fondé de son droit ne peut par principe s'adresser qu'aux tribunaux. Toutefois, notre Code de Procédure Civile permet dans ses articles 516-536 aux parties de se mettre d'accord pour soumettre leur différend (arbitrage) à des particuliers (arbitres).

Selon les faits de la cause, le demandeur est de nationalité étrangère. L'art. 97 de notre Code Procédural reconnaît aux étrangers qui ne sont pas domiciliés en Turquie la possibilité de s'adresser aux

Tribunaux Turcs, de même l'art. 3 de la Loi Provisoire du 23 Février 1330 (1915) reconnaît aux étrangers séjournant en Turquie la même possibilité.

Encore selon les faits de la cause, si le demandeur étranger avait choisi de s'adresser au tribunal, c'est le Tribunal Civil d'Ankara qui aurait été compétent (art. 9 du Code de procédure Civile Turc) et au cas où il aurait eu gain de cause, il aurait pu faire exécuter ce jugement en Turquie. Etant donné que notre Code de Procédure Civile permet de s'adresser à la voie arbitrale au lieu du tribunal et étant donné que la personne de nationalité étrangère peut profiter de cette possibilité et étant donné aussi que dans les deux cas il faudra se conformer aux dispositions d'ordre public, le fait de s'adresser à l'arbitrage au lieu du tribunal ne change pas la situation.

Les arbitres peuvent être Turcs ou étrangers. Dans notre code de procédure aucune disposition n'empêche les étrangers d'être arbitres. En doctrine et dans les arrêts des tribunaux, il y a unanimité pour admettre que les étrangers puissent être arbitres (Prof. *Baki Kuru*: Hukuk Muhakemeleri Usulü (La Procédure Civile) 1968 p. 738 et les arrêts de la Cour de Cassation cités à cette page en note 64; Prof. *Sabri Şakir Ansay* : Hukuk Yarghama Usulleri (Les voies de Procédure Civile 1950 p. 342).

Quels doivent être le critère, la mesure qui accordent la qualification d'étrangère à une sentence arbitrale? Il est admis en général que la clause compromissoire arbitrale, adoptée par les parties ou le compromis qu'elles conviennent par la suite et leurs relations avec les arbitres ressortissent au début au droit privé et sont des relations d'ordre contractuel. Bien que généralement il soit admis que c'est par la suite, en conséquence de l'homologation accordée par le juge que la sentence acquiert la force exécutoire et peut ainsi être qualifiée de judiciaire, ce point est encore sujet à discussion. En Droit Turc règne le principe de la liberté contractuelle. Ce principe est admis en général par le droit privé du monde entier. Comme on le sait, dans une relation d'obligation s'il se trouve un élément d'extranéité (par exemple, le fait que l'une des parties soit de nationalité étrangère), cette relation intéresse en même temps le Droit International Privé. Le Droit International Privé lui aussi donne la primauté à la volonté des parties au sujet du conflit des lois. Et le prin-

cipe de l'autonomie de la volonté dans ce droit exprime que le contrat doit être soumis à la loi que les parties ont désignée soit directement soit indirectement (Prof. *Osman Fazıl Berki*: Devletler Hususî Hukuku (Droit International Privé) t. II 1963 p. 297, 298; Ord. Prof. *Muammer Raşit Sevig - Prof. Vedat Sevig*: Devletler Hususî Hukuku (Droit International Privé, 1962 p. 376, 377). Etant donné que la clause compromissoire ou la convention arbitrale sont par principe des relations d'obligations (*Baki Kuru*, op. cit. p. 730; *S. Şakir Ansay*, op. cit. p. 339; Dr. *Ünal Tekinalp*, Hakem Sözleşmesinin Hukukî Mahiyeti Hakkında Düşünceler, Tahkim Haftası Prensées concernant la nature juridique de la convention arbitrale, Semaine de l'Arbitrage) p. 15-29; Ord. Prof. *Mustafa Reşit Belgesay*: Hakem Kararlarının Hukukî Mahiyeti, Tahkim Haftası (Nature Juridique des Sentences Arbitrales, Semaine de l'Arbitrage p. 43-54). Dans cette convention, la désignation faite par les parties du droit applicable au fond et à la procédure est naturellement possible selon le principe de l'autonomie de la volonté et dans ce cas les arbitres rendront leur sentence selon les règles du droit choisi par les parties. De ce point de vue, la volonté des parties a la primauté sous l'angle du droit et de la procédure applicables. Naturellement que le lieu où le tribunal arbitral se réunit a son importance en Droit International Privé. Cette importance consiste en ce que dans le cas où les parties sont de nationalité différentes, si elles n'ont pas fait connaître dans leur contrat le droit et particulièrement le procédure applicables c'est la procédure du pays où se réunit le tribunal arbitral qui est généralement admise. Toutefois ainsi que nous l'avons expliqué, la volonté des parties est primordiale et ce n'est qu'au cas où les parties n'ont pas désigné dans leur contrat la loi applicable, que la loi du lieu de l'arbitrage peut être prise en considération. Mais si les parties ont désigné de leur plein gré le droit et la procédure applicables, le lieu où se réunit le tribunal arbitral n'a plus aucune importance du point de vue de la solution du différend, car par la convention on se trouve délivré de l'emprise des règles juridiques qui s'appliquent en ce lieu et qui ressortissent des droits de souveraineté de cet Etat. En Droit International Privé face à l'importance du principe de l'autonomie de la volonté et à la liberté des parties dans la détermination du droit et de la procédure applicables basée sur ce principe, on comprend que le lieu de réunion des ar-

bitres est loin d'être un critère par lequel on puisse attribuer l'étranéité à la sentence arbitrale.

De même qu'il est loin d'être exemplaire, le critère territorialiste n'apporte aucune solution à certaines situations et même provoque de nouveaux différends. Bien qu'il y ait des auteurs qui accordent une place au critère territorialiste, cette mesure a été en général critiquée dans la doctrine (Prof. *Rabi Koral*, *Türkiye'de Yabancı Hakem Kararlarının İcra Sistemi, Tahkim Haftası*. Le système d'exécution des sentences arbitrales étrangères en Turquie, *Semaine de l'Arbitrage*, p. 488; *Frédéric-Edouard Klein*, *Considération sur l'arbitrage en dr. int. priv.* 1955 p. 223-245). Si nous supposons que pour la solution d'un différend par voie d'arbitrage trois arbitres de nationalités différentes, un Américain, un Anglais et un Allemand aient été choisis, qu'ils se soient réunis trois fois tour à tour en Amérique, en Angleterre et en Allemagne et qu'ils aient rendu leur sentence. Bien que cette sentence doive selon le critère territorialiste être considérée comme étrangère se pose les questions de savoir: où le tribunal arbitral sera considéré s'être réuni et par conséquent quel sera l'Etat auquel ressortit cette sentence? Il est très important de le savoir, car pour faire acquérir à une sentence arbitrale la force exécutoire il faut obtenir un jugement d'exequatur tout comme pour les jugements des tribunaux étrangers (Code de Procédure Civile Turc art. 537-545) et la première condition à ce sujet est l'existence d'une convention avec cet Etat étranger (art. 540/1). La Turquie a conclu de telles conventions avec l'Allemagne et l'Angleterre, mais pas avec l'Amérique (Sait Rezaki / Selim Azdemir ; *Uluslararası Özel Hukuk Sözleşmeleri* (Les Conventions de D.I.P. 1974 p. 83-171).

Dans cette situation, il se présente une importante différence selon que cette sentence arbitrale sera qualifiée d'anglaise ou d'allemande ou bien d'américaine. Car si cette sentence est qualifiée d'anglaise ou d'allemande elle pourra recevoir exécution en Turquie, alors que cela sera impossible si elle est qualifiée d'Américaine.

D'autre part du point de vue du principe territorialiste est-ce le lieu de réunion des arbitres ou bien celui où la sentence arbitrale a été signée qui sera pris en considération? Si la sentence n'a été signée sur aucun territoire mais en survolant la haute mer entre l'Angleterre et l'Amérique, comment sera résolu le problème? On

peut citer comme un autre exemple intéressant celui où les arbitres jugent et statuent durant une croisière. Le navire part de France et y retourne après avoir fait escale en Italie, en Grèce, en Égypte et en Espagne est-ce que le résultat change selon que la décision a été rendue en voguant sur les eaux territoriales d'un de ces pays ou en haute mer?" "Parfois pour faciliter les choses les arbitres se rendent dans un hôtel en Suisse pour la solution d'un différend commercial international. On ne peut pas prétendre qu'uniquement à cause d'un hôtel une procédure soit suivie sous l'autorité d'une loi locale" (*Rabi Koral*, Tahkim haftası (La Semaine de l'Arbitrage, p. 488). "Au cas où les arbitres qui habitent dans des pays différents arrivent à un résultat par voie postale la solution du problème présentera beaucoup plus de difficulté. L'arbitrage, particulièrement l'arbitrage international est une institution qui exige beaucoup d'élasticité. Il est impossible de le rattacher à un principe rigide comme celui de la territorialité. La volonté des parties doit avoir la priorité. Aucun des systèmes connus n'a choisi ni dans son droit positif, ni dans sa jurisprudence de rattacher l'arbitrage au principe de la territorialité" (F.-E. Klein, op. cit. p. 237). En cas d'adoption du principe territorialiste, on aboutira à un résultat étrange tel que de considérer étrangère une sentence arbitrale rendue par des arbitres se réunissant à Paris au sujet d'un différend auquel le droit turc a été appliqué tant dans ses dispositions impératives que supplétives et dont tant les parties que les arbitres sont Turcs, au sujet d'un contrat conclu et à exécuter en Turquie.

La Convention Internationale de Genève de 1961 en son art. IV/b reconnaît ouvertement la priorité de la volonté des parties. Selon les raisons ainsi exposées il est impossible de se rallier au principe territorialiste adopté, dans l'arrêt, par la majorité en tant que critère apte à attribuer à des sentences le caractère d'étrangère ou de locale quand il s'agit de sentences arbitrales internationales.

4 — Dans ce cas, il faut rechercher un autre critère pour attribuer l'extranéité à la sentence arbitrale. Nous avons en main le critère de la loi choisie par la libre volonté des parties. Ce critère est plus fort et plus conforme que celui de la territorialité et apte à éviter les inconvénients de celui-ci. Ce critère, en outre, reste inchangé même si les arbitres se trouvent dans des pays différents ou

à bord d'un navire au cours d'une croisière ou encore s'ils se prononcent par correspondance. On peut admettre le critère territorialiste ou du lieu de réunion des arbitres comme un principe secondaire applicable si dans la clause compromissoire ou dans la convention arbitrale il n'a pas été fait mention du droit et de la procédure applicables (Doç. Dr. Ergin Nomer: Milletlerarası Hakemlik Sözleşmelerinde İhtilaf, Tahkim Haftası, Conflit en Matière de Convention Arbitrale Internationale, Semaine de l'Arbitrage p. 503, 507, 511, 515, 521, 529). Généralement en doctrine et en jurisprudence étrangère et de façon absolue en jurisprudence turque le critère utilisé pour attribuer l'extranéité à une sentence arbitrale est la loi appliquée à celle-ci. Si ce critère est admis ni la nationalité des parties, ni celle des arbitres, ni le lieu de réunion de ces derniers n'a d'influence sur cette qualification. Selon la définition généralement admise la sentence arbitrale étrangère est celle qui a été rendue sous l'autorité d'une loi étrangère (*Rabi Koral*, *Hususî Hukukta Milletlerarası Hakem Kararlarının İcrası*. L'exécution des sentences arbitrales internationales, 1958 p. 48-50, *Rabi Koral*, *Yabancı Kanunlara Teb'an verilen hakem kararlarının Türkiye'de icrası* (L'exécution en Turquie des sentences arbitrales rendue selon le droit étranger 1951 p. 36; *Rabi Koral*, *Semaine de l'Arbitrage* p. 488, 493; *Ergin Nomer*, *Semaine de l'Arbitrage* p. 502 et même page note 6; *Baki Kuru*, *op. cit.* p. 757; F. - E. Klein, *op. cit.* p. 271) "En Droit Allemand une procédure d'arbitrage que régit ce même droit peut avoir lieu à l'étranger, il suffit qu'un tribunal allemand soit compétent pour que la sentence lui soit remise; en Droit Danois il est admis que les parties peuvent d'un commun accord choisir l'application du Droit du Danemark sans qu'il soit nécessaire qu'il ait été procédé à l'arbitrage en ce dernier pays. Selon le Droit Français la sentence arbitrale étrangère est la sentence rendue selon la loi étrangère à laquelle les parties l'ont soumise, ceci sans que ni la nationalité des arbitres, ni le lieu où il a été procédé à l'arbitrage n'ait d'importance. Le Droit Hollandais partage la même vue (Au sujet de ces notions concernant le "Droit Etranger" voir F. - E. Klein *op. cit.* p. 232, 233, 236).

A — La Cour de Cassation a longtemps partagé la même vue. Il nous paraît utile, afin d'apporter de la charté au sujet, de rapporter certains passages des textes des arrêts de cette cour. L'Arrêt du 7

Novembre 1951 E/126 K/109 de la Cour de Cassation toutes Chambres Civiles Réunies qui expose ouvertement la situation dans les lignes qui suivent: "Si l'on ne peut attribuer à la sentence arbitrale une nationalité selon celle des arbitres, ni selon le lieu de l'arbitrage, on peut discuter du point de savoir si l'extranéité peut être attribuée en conséquence de la loi à laquelle sont soumis tant le compromis que le contrat principal et si la sentence a été rendue *sous l'autorité d'une loi étrangère* cet arbitrage peut être considéré étranger. Il est évident qu'une sentence rendue au sujet d'un différend né d'un contrat dont le lieu d'exécution est l'Argentine et qui ne mentionne pas l'application des lois turques mais qui comporte une clause compromissoire est étrangère. (*Rabi Koral, Hususî Hukukta Milletlerarası Hakem Kararlarının İcrası (L'Exécution des Sentences Arbitrales Internationales en Droit Privé* p. 10, 11).

B — L'arrêt No. E/6330 et K/407 du 21 Janvier 1952 de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation qui s'exprime ainsi: "Selon l'énoncé du contrat et du compromis conclus entre les parties et selon la présente sentence arbitrale basée sur ce contrat et sur ce compromis, cette sentence est étrangère car rendue *sous l'autorité d'une loi étrangère*" (*R. Yeğengil op' cit.* p. 413 Révision No. 133).

C — L'arrêt No. E/6320 K/955 du 21 Juin 1952 de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation qui s'exprime ainsi:

"Le texte donné en (B) a été textuellement reproduit" (*Rabi Koral, même citation qu'en 27 p. 11*).

D — L'arrêt No. E/487 K/389 du 18 Février 1954 de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation qui s'exprime ainsi:

"Les sentences arbitrales rendues *sous l'autorité d'une loi étrangère* et visant la solution d'un différend né de contrats n'attribuant pas compétence au Droit Turc sont de nature de sentences arbitrales étrangères..." (*R. Yeğengil, op. cit.* p. 418 Décision No. 147).

E — L'arrêt No. E/3397 K/4190 du 21 Mai 1954 qui s'exprime ainsi:

"Selon l'énoncé du contrat et du compromis conclus entre les parties et selon la présente sentence arbitrale basée sur ce contrat et sur ce compromis, cette sentence est étrangère car rendue sous

l'autorité d'une loi étrangère (Dr. *Ekrem Edgü - Necmettin Arvas*. Temyiz Mahkemesi Ticaret Dairesi Emsal Kararları, Arrêts constituant précédents de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation) 1955 p. 108). On peut se rendre compte que le critère selon lequel la reconnaissance en tant qu'étrangère d'une sentence arbitrale rendue sous l'autorité d'une loi étrangère est généralement admis par la doctrine et la jurisprudence étrangère et turque.

5 — Ici il convient de s'étendre un peu sur l'expression "sous l'autorité d'une loi étrangère". Est-ce qu'être sous l'autorité d'une loi étrangère implique être soumis à toutes ses dispositions ou seulement à celles qui sont impératives. Selon le Petit Larousse (1968) le mot autorité signifie "puissance légitime, pouvoir de commander". Au Vocabulaire Juridique élaboré par une commission de juristes sous la direction du grand juriste français *Henri Capitant* les différents sens du terme autorité sont exposés comme suit: "Pouvoir de commander, organe jouissant de ce pouvoir, force à laquelle il faut se plier et qui provient d'un acte issu d'un organe jouissant du pouvoir de commander etc." Quant au Dictionnaire Juridique Turc, lui aussi, il définit l'autorité comme l'usage de la souveraineté et comme le pouvoir de commander. De ces définitions on se rend compte que par le terme autorité on veut exprimer la puissance de commander, le pouvoir de commander. Donc rendre sous l'autorité d'une loi équivant à rendre la sentence en se pliant aux dispositions impératives de cette loi. Il n'y a aucune obligation à se conformer à toutes les dispositions de cette loi et particulièrement à celles dont par leur libre volonté les parties peuvent se dispenser ou encore au sujet desquelles elles peuvent faire des modifications par leur libre volonté. Ce plier aux dispositions impératives est obligatoire dans l'enseignement juridique turc. Le Professeur *Rabi Koral* qui est reconnu comme une autorité en matière de sentences arbitrales internationales et au sujet de leur exécution et qui en 1958 à New-York et en 1961 à Genève a participé comme expert et délégué de Turquie aux sessions au sujet des sentences arbitrales internationales et de leur exécution et qui au nom du Gouvernement Turc a signé ces conventions, exprime également la même opinion en ces termes: "Une sentence arbitrale qui a été rendue sous l'autorité d'une loi étrangère, c'est à dire selon les dispositions impératives de celle-ci,

est étrangère" (Tahkim Haftası. Semaine de l'Arbitrage, p. 488). Le point de vue de *Baki Kuru* est que: "Seulement sous l'autorité de la loi turque..... s'il s'y trouve des dispositions impératives, se seront uniquement des dispositions que l'on appliquera. En se voyant appliquer également du point de vue du droit matériel ses dispositions impératives, la décision pourra être une sentence arbitrale turque" (Tahkim Haftası, Semaine de l'Arbitrage, p. 482). On doit admettre que certains auteurs bien que ne parlant que des sentences arbitrales étrangères rendues selon la loi étrangère et ne mentionnant pas l'autorité envisagent quand même uniquement les dispositions impératives. Il faut tout de même que la Cour de Cassation ait eu un objectif en vue en utilisant le mot "autorité". Dans le cas contraire il aurait suffi de dire "d'après la loi étrangère". Donc selon nous, la sentence arbitrale acquiert le qualificatif de sentence arbitrale du pays en conformité de la loi duquel elle a été rendue. D'autre part, selon nous, il ne suffit pas de se plier à la loi procédurale et aux dispositions visant l'arbitrage de cette loi. En nous rangeant à l'opinion du Prof. *Baki Kuru*, nous pensons qu'il faut également rechercher la conformité aux dispositions impératives du droit matériel. Par exemple étant donné qu'un contrat conclu en contrevenant à l'article 20 du Code des Obligations ne sera pas valide, la clause compromissoire y attenante non plus ne sera valide. De ce point de vue également la Cour de Cassation aura à porter son examen.

6 — Nous voulons nous pencher ici sur un autre point. Est-ce que la référence faite aux règles d'Arbitrage et de Conciliation de la Chambre de Commerce Internationale implique que ce soit un droit étranger qui ait été appliqué?

Tout en étant des organismes remplissant certaines fonctions, les Chambres de Commerce n'exercent jamais la fonction juridictionnelle et n'ont jamais été envisagées comme des institutions jouissant d'un droit qui leur soit propre. Il est possible qu'elles adoptent des règles ayant pour but de faciliter par voie d'arbitrage la solution de différends pouvant survenir entre leurs membres. Mais ces règles sont facultatives. Les parties peuvent décider de soumettre le différend à une autre loi procédurale. La possibilité d'adopter des règles d'arbitrage existant à l'égard des Chambres de Commerce locales est également valable pour les Chambres de Commerce Internationales.

La Chambre de Commerce Internationale de Paris en face du développement du commerce international, afin de rattacher à des règles connues d'avance et de rendre ainsi plus rapide la solution des différends pouvant surgir entre ses membres qui appartiennent à des Chambres de Commerce locales, a élaboré une réglementation tout à fait spéciale sous le nom de Règlement de Conciliation et d'Arbitrage. Les parties à un contrat international, préalablement par une clause compromissoire ou postérieurement par une convention arbitrale peuvent accepter d'être soumis à cette réglementation. Mais ainsi que nous l'avons exprimé plus haut, cette réglementation étant de caractère facultatif, les parties peuvent décider qu'il sera procédé à l'arbitrage selon d'autres règles.

Il n'est pas possible, en face de la situation exposée plus haut d'admettre en tant que droit étranger ces règles de Conciliation et d'Arbitrage élaborées par la Chambre de Commerce Internationale de Paris. Sans compter que si l'on qualifie ces règles de droit étranger, la question reste de savoir à quel pays sera considéré appartenir ce droit? Le fait que son siège soit à Paris n'est pas suffisant pour qualifier de françaises les règles qu'elle a élaborées. "Les dispositions d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale de Paris ont été élaborées de façon à satisfaire des systèmes juridiques divers. Si les parties ont accepté les dispositions d'arbitrage de cette Chambre de Commerce sous réserve des lois hollandaises d'arbitrage, il doit être procédé à l'arbitrage selon le Droit Hollandais..." "Il n'y a aucun inconvénient à ce qu'une Cour Permanente d'Arbitrage siégeant en Allemagne applique le Droit Hollandais" (*F. - E., Klein, op. cit. pj. 839 et 242*). La même situation existe dans ce procès. Les parties se sont mises préalablement d'accord pour réserver l'application des dispositions impératives du Droit Turc. Il est naturel que s'il existe des dispositions d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale de Paris qui sont en contradiction avec l'ordre public Turc ces dispositions ne s'appliqueront pas.

Sans compter que si dans la clause compromissoire ou dans la convention arbitrale, les dispositions d'arbitrage de cette Chambre de Commerce Internationale sont incluses mot pour mot, sauf exception tenant à l'ordre public, il n'y a rien à redire à cela et il est procédé à l'arbitrage selon ces dispositions. On ne peut prétendre

qu'il y ait une différence d'ordre juridique entre l'adoption textuelle de ces dispositions et une référence qui leur soit faite. Notre loi procédurale a accordé non seulement aux parties mais également aux arbitres la possibilité de déterminer la forme et les délais de la procédure (Code de Procédure Civile Turc art. 525). Par conséquent, il n'y a rien d'illégal à ce que les parties décident qu'il sera procédé à l'arbitrage selon des règles élaborées à l'avance.

Puis comme on le sait, dans la pratique de l'arbitrage en Turquie, généralement un secrétaire est choisi avec les arbitres ou par eux et celui-ci assure la rédaction du procès verbal, procède aux significations etc. La Chambre de Commerce Internationale en un certain sens, assume également cette fonction, les significations sont faites par le Secrétariat de cette institution. Pour cette raison la remise de la sentence au Secrétariat de cette Chambre, ne présente pas une importance juridique primordiale. Ainsi c'est parce que les parties savaient que cette remise au Secrétariat n'avait pas de valeur juridique qu'elles avaient en outre remis la sentence aux greffes du Tribunal Turc, et qu'elles ont tâché de se faire accorder une ordonnance d'exécution selon le Droit Turc (Code de Procédure Civile Turc art. 532, 536).

Par conséquent, on ne peut considérer étrangères les dispositions d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale de Paris. Etant donné que le dépôt de la sentence auprès du Secrétariat de la Cour d'arbitrage et l'approbation qu'elle reçoit de cette Cour ne présentent aucune valeur du point de vue du Droit Turc, et étant donné aussi qu'il n'est pas question d'une dérogation à l'ordre public, par le fait qu'elles aient été appliquées, les dispositions d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale ne sont pas de nature à faire obstacle à ce que la sentence arbitrale en question soit une sentence turque.

7 — Donc pour les raisons que nous avons tâché d'exposer depuis le début, particulièrement les parties s'étant mises d'accord pour admettre que la sentence soit rendue en conformité à l'ordre public turc c'est à dire aux dispositions impératives des lois turques, et une contrariété à ces dispositions n'ayant pas été constatée, il convient d'admettre, par principe, comme *turque* la sentence arbitrale dont il est question dans ce procès. Il y a accord de volonté

entre les parties pour que soit rendue une sentence arbitrale turque. Ce qui reste à faire à la Cour de Cassation consiste uniquement en ceci: faire son investigation à la lumière de l'article 533 du Code de Procédure Civile Turc, en prenant en considération les dispositions impératives du Droit Turc. S'il y a une raison casser la décision si non l'approuver.

Selon notre opinion, le fait pour la Cour de Cassation de considérer la sentence arbitrale en tant qu'étrangère et d'en refuser l'exécution est en opposition avec la doctrine et la jurisprudence turque et étrangère bien établie et avec le Droit International Privé.

Pour ces raisons et selon ces arguments je m'oppose à la décision de la majorité.

Dr. Yavuz OKÇUOĞLU
Juge à la Cour de Cassation

ANNEXE II

L'ARRÊT DE 1951 DES CHAMBRES CIVILES REUNIES DE LA COUR DE CASSATION

I — L'Arrêt des Chambres Civiles réunies de la Cour de Cassation

L'arrêt du 7 Novembre 1951 No. E/126 K/109 a de la Cour de Cassation toutes Chambres Civiles Réunies est rédigé dans ses points les plus importants comme suit:

“La sentence arbitrale rendue en Argentine par les arbitres choisis conformément à la législation de l'Argentine ayant été homologuée par la Présidence de la IVième Chambre Commerciale du Tribunal d'Arrondissement d'Istanbul par la décision du 4 Octobre 1947, les avocats agissant au nom du Ministère de l'Intérieur ont fait un recours en Cassation auprès de la Chambre Commerciale de cette Cour laquelle:

Attendu que le dépassement par la sentence arbitrale du stade de la poursuite ressortit au Droit des Poursuites et que l'approbation de la décision du Juge des Poursuites par la Chambre des Poursuites et Faillites de la Cour de Cassation, ne peuvent empêcher que cette sentence soit examinée par un Tribunal.

Attendu que la sentence en question ayant été rendue par des arbitres choisis en Argentine selon les lois de l'Argentine, que tant que les intéressés n'obtiendront pas du Tribunal Turc compétent *une décision d'exequatur analogue à celle concernant les jugements des tribunaux étrangers*, il n'y aura pas une possibilité légale que cetet décision soit, légalement exécutée en Turquie.

Attendu que la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation a cassé la décision qui sans remplir ces formalités a décidé d'homologuer cette sentence arbitrale comme si c'était une sentence arbitrale rendue conformément à la législation turque sous, pretexte qu'elle ait été signifiée aux parties et que les délais aient été écoulés.

Attendu que le juge du fond a revu le procès et a décidé de persister dans sa décision.

Attendu que l'homologation de la sentence arbitrale mentionnée par l'article 536 du Code de Procédure Civile n'a pas le caractère d'une simple annotation des faits matériels de savoir s'il y a eu signification ou recours en cassation, mais est un acte judiciaire qui attribue à la Sentence arbitrale, du point de vue de sa conformité à la procédure, à la forme et à l'ordre public, l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire et ainsi tranforme cette sentence arbitrale en jugement de tribunal.

Attendu que faute de disposition du Code de Procédure l'interdisant, il est possible d'agir en recours en Cassation à l'égard de cette homologation sous les chefs de dérogation à la procédure, à la forme ou à l'ordre public et étant donné que cette homologation a été cassée par la Chambre Spéciale de la Cour de Cassation sous les chefs de dérogation à la forme et à l'ordre public et étant donné que les arguments invoqués par le juge du fond dans sa décision de persistance obligent le demandeur à obtenir une décision d'exequatur de jugement et pour s'être ainsi présentés contraires à l'intérêt de celui-ci lui donnent également droit à recourir en Cassation et étant donné que la sentence arbitrale en est au stade de l'exécution et concerne donc le droit des poursuites et que la décision du Juge des Poursuites a été approuvée par la Chambres des Poursuites et Faillites de la Cour de Cassation, les objections faites à l'homologation ne pouvant être invoquées comme ayant l'autorité de la chose jugée et étant donné que cette homologation donne force exécutoire à la

sentence arbitrale, tant qu'elle ne sera pas supprimée par l'autorité d'où elle est issue, les plaintes faites au stade de l'exécution resteront sans résultat et que par conséquent la décision rendue par l'office des poursuites n'empêche pas que le recours contre l'homologation ne soit pris en considération.

Attendu que ni la nationalité des arbitres, ni le lieu de l'arbitrage ne pouvant attribuer l'extranéité à la sentence arbitrale, il est possible d'ouvrir la discussion sur l'extranéité de la sentence arbitrale du point de vue de la loi qui régit la convention arbitrale et le contrat principal.

Attendu qu'une sentence rendue sous l'autorité d'une loi étrangère peut être considérée comme étrangère,

Attendu que la sentence arbitrale rendue pour résoudre un conflit né d'un contrat à exécuter en Argentine et conclu également en Argentine ne se référant pas aux lois turques et comportant une clause compromissoire doit sans aucun doute être considéré comme sentence arbitrale étrangère.

Attendu que les dispositions concernant l'arbitrage qui sont contenues dans le Code de Procédure Civile Turc se référant à la forme ne s'appliquent qu'aux sentences arbitrales rendues sous l'autorité des lois turques et que les sentences arbitrales étrangères *ne peuvent recevoir exécution en Turquie tant qu'elles n'ont pas obtenu l'exequatur à la suite d'un examen par les autorités judiciaires turques en conformité avec la procédure d'exécution*. Attendu qu'il n'y a pas de défaut de procédure et qu'il n'a pas été exigé de caution judicatum solvi, face à la procédure suivie par le demandeur, en considération qu'une partie des autres chefs de recours sont sujet à discussion et que d'autres sont injustifiés.

Attendu que tant la décision du juge du fond que le recours du demandeur ne sont pas justifiés.

Donc, étant donné qu'il aurait été juste et nécessaire de se conformer à l'arrêt de la Chambre Spéciale, il est pour le juge du fond contraire au droit de persister dans sa première décision et étant donné que le recours en cassation invoqué par le défendeur sur ce chef est juste, il a été décidé à la majorité de casser cette décision de persistance du juge du fond".