QUELQUES IMPLICATIONS DE LA NATURE DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE

I

La convention d'arbitrage est un contrat du droit de la procédure

1. Dans le domaine du droit disponible, il est loisible aux parties de s'engager à recourir à des arbitres pour la solution de leurs différences. Dans son artclie 209, la Constitution-même de la République portugaise admet le tribunal arbitral, tout à côté des tribunaux de l'État. Différemment de ceux-ci, le tribunal arbitral n'a pas, de par sa formation par un acte privé, ni compétence exécutoire ni la possibilité d'ordonner des mesures conservatoires ou provisoires, sauf si, pour ces dernières, elles sont prévues dans la convention d'arbitrage et ne dépassent pas le cadre de l'anticipation de la mesure au fond requise[1].

[1] SCHWAB-WALTER, **Schiedsgerichtsbarkeit**, München, Beck, 1990, p. 55. Il ne peut non plus ordonner la production de documents en possession de la partie ou d'un tiers, qui refuse sa collaboration, ni convoquer des témoins ou des experts, exiger le serment d'un témoin ou condamner la partie pour mauvaise foi ou un tiers pour faux témoignage (SCHWAB-WALTER, **cit.**, pp. 122-125; CLAUDIO CECCHELLA, **L'arbitrato**, Torino, Utet, 1991, p. 147).

Il est aujourd'hui généralement admis que les arbitres ont des pouvoirs juridictionnels et qu'ils accomplissent une fonction juridictionnelle. Mais il est encore controversé si la convention d'arbitrage, sans laquelle celui-ci n'a pas lieu, ressort du droit matériel ou du droit de la procédure.

Selon l'article 202-2 de la Constitution portugaise, les tribunaux ont pour mission de "trancher des questions d'intérêts privés" et cette mission est commune aux tribunaux d'État et aux arbitres, même si ces derniers sont dispensés, par la convention d'arbitrage, de juger selon la loi et peuvent donc aller au-delà d'une garantie stricte des droits et des intérêts légalement protégés des citoyens. Par ailleurs, les arbitres sont tenus d'exercer cette mission en toute respect des principes fondamentaux de la procédure civile. Cela suffit pour que le tribunal arbitral soit de **nature juridictionnelle**[2].

Cette nature ne met pourtant pas en cause la constatation que la source du pouvoir juridictionnel des arbitres est différente de la source du pouvoir juridictionnel des tribunaux de l'État, lesquels jouissent du *jus imperii*

[2] La référence de la Constitution portugaise à l'arbitrage date d'une révision effectuée dans l'année 1982. D'autre part, ce n'est qu'après le Décret-Loi 31/86, du 29 août, que la loi ordinaire soumet explicitement le procès d'arbitrage aux principes fondamentaux régissant la procédure civile. Auparavant, il était possible d'affirmer la nature non juridictionnelle de l'arbitrage, dont un arrêt de fixation de jurisprudence du 15.2.78 (DR de 23.3.78) retira la sujétion des arbitres aux règles de droit civil de la responsabilité délictuelle (à l'envers de la règle de l'irresponsabilité des juges pour leurs décisions) et à la juridiction des tribunaux communs (tandis que les juges ne répondent qu'à l'encontre de l'État et devant une cour d'appel ou la cour suprème). Dès 1986, les tribunaux portugais reconnaissent normalement le caractère juridictionnel de la décision des arbitres (voir, par exemple, pour ne citer qu'un arrêt, celui que la Cour Suprème a prononcé le 11.3.99 (www.dgsi.pt, proc. 98B1128).

découlant de leur intégration institutionnelle. Le pouvoir de décision des arbitres **ressort de la volonté des parties** et il est donc contenu dans les limites que la loi définit pour la reconnaissance de cette volonté[3]. Son fondement est donc pareil à celui du contrat: tout comme les particuliers peuvent, dans le domaine de l'autonomie contractuelle, auto-réglementer leurs intérêts et, notamment, prévenir des différends ou les faire cesser moyennant des contrats de **transaction**, ils peuvent aussi bien, dans le même domaine et à condition qu'une loi spéciale ne l'interdise pas, charger des tiers de trancher les différends qui se sont élevés entre eux (compromis d'arbitrage) ou les différends futurs qui pourront s'élever dans le domaine d'un rapport déterminé (clause compromissoire). La convention d'arbitrage est donc unanimement considérée un **contrat**, soit que celui-ci se présente séparé, soit qu'il s'insère dans le texte d'un contrat de droit civil[4]. La

---

[3] Pour ceux qui considèrent l'autonomie contractuelle un règlement originaire, historiquement existant dans le domaine de la morale, du coutume et de la religion, avant même sa reconnaissance par la loi, et continuant de régler librement les activités contractuelles particulières (SANTORO PASSARELLI, **Atto juridico**, Enciclopedia del diritto, Milano, IV, p. 207; RENATO SCONAMIGLIO, **Contributo alla teoria del negozio giuridico**, Napoli, 1969, pp. 88-89 et 99), la source directe des effets du contrat est la volonté des parties, sans l'intermédiation de la loi. Mais, quelle que soit la position que l'on prenne sur son articulation avec la réalité sociale préexistante, la loi parvient toujours à définir les limites de la volonté autonome, ce qui, en dernière analyse, lui confère la caractère de source médiate des effets de droit du contrat.

[4] La clause compromissoire est considérée un contrat autonome face au contrat de droit matériel où elle est insérée, n'ayant pas nécessairement le traitement de celui-ci, notamment en ce qui concerne sa validité (SCHWAB-WALTER, **cit.**, p. 36; CLAUDIO CECCHELLA, **L'arbitrato**, Torino, Utet, 1991, p. 97; SATTA-PUNZI, **Diritto processuale civile**, Padova, Cedam, 1987, p. 874, celui-ci tout en niant la nature juridictionnelle de l'arbitrage et la nature "toute procédurale" de la convention d'arbitrage). L'autonomie de la clause compromissoire est établie dans le droit portugais et elle entraîne la compétence des arbitres pour décider de la nullité ou l'annulabilité de la convention, conformément à l'article 16-1 de la Loi-Modèle UNCITRAL. La règle de l'autonomie ne connaît que les

similitude des prescriptions de l'article 1248 du Code Civil portugais, concernant la transaction, et de l'article 1, nºs 1 et 3, du Décret-Loi 31/86, concernant l'arbitrage, est, à cet égard, notoire[5].

En avançant un peu plus, on dira que la convention d'arbitrage est un contrat ressortissant **du droit de la procédure**[6]. Cette caractérisation est

---

limites découlant de la situation où le vice du contrat affecte aussi la clause compromissoire, aussi bien que de celle où, le contrat étant nul et non avenu pour une cause d'indisponibilité de son objet, les arbitres ont reçu le pouvoir – illicite – de connaître du droit indisponible (TARZIA-LUZZATTO-RICCI, **Legge 5 Gennaio 1994, n. 25**, Padova, Cedam, 1995, p. 32).

[5] Art. 1248 du Code: "La transaction est le contrat par lequel les parties préviennent ou font cesser un différend moyennant des concessions réciproques. Ces concessions peuvent, entraîner la constitution, la modification ou l'extinction de droits différents de celui faisant l'objet de la contestation". Article 1 du DL 31/86: "Tout différend ne se rapportant pas à des droits indisponibles ni n'étant pas exclusivement soumis par une loi spéciale à un tribunal judiciaire ou à un arbitrage nécessaire peut être commis par les parties, moyennant convention d'arbitrage, à une décision arbitrale. Il est loisible aux parties d'inclure dans la notion de litige, au delà des questions de nature contentieuse au sens strict, toute autre question, notamment concernant le besoin de préciser, compléter, actualiser ou réviser les contrats ou les rapports de droit qui sont à l'origine de la convention d'arbitrage". Cette similitude est parfois poussée jusqu'à l'affirmation que le compromis n'est qu'un contrat de transaction dont l'objet sera déterminé par des tiers (ROCCO, **La sentenza civile**, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 39-41). Les expressions "juridiction conventionnelle" (**LA PLAZA, Derecho procesal civil español**, Madrid, 1942, II, p. 483) ou "justice privée" (BRUNO OPPETIT, **Théorie de l'arbitrage**, Paris, Presses Universitaires de France, 1998, p. 32), aussi bien que l'affirmation que "la convention d'arbitrage suppose l'attribution à un tiers du pouvoir de trancher un litige et aussi le remplacement de l'autorité judiciaire par celle d'arbitres ou d'amiables compositeurs", le défaut de cette deuxième condition "nous laissant sur le terrain de la transaction" (JOSÉ MARIA CHILLON MEDINA, **Tratado de arbitrage privado y internacional**, Madrid, 1991, p. 90), reposent sur la similitude constatée.

[6] Je suis EMILIO BETTI, **Per una classificazione degli atti processuali di parte**, Rivista di diritto processuale, 1928, I, pp. 110-112, et VITTORIO DENTI, **Negozio processuale**, Enciclopedia del Diritto, XXVIII, p. 139, pour lesquels il ressort du droit de la procédure tout acte d'exercice de pouvoirs de disposition des parties sur les moyens ou les conditions de la garantie du droit.

repoussée par ceux qui, en suivant la théorie de l'inclusion, ne confèrent la nature d'acte du procès qu'à celui qui s'intègre dans la procédure-même, ce qui exclue tous les actes qui ont lieu hors de la procédure, même s'ils ne relèvent que pour le procès ; tel est le cas du pouvoir judiciaire, du pacte de juridiction ou de compétence, du désistement des voies de recours ou de la convention d'arbitrage[7]. Mais la constatation qu'il y a des actes qui, bien qu'en ayant lieu hors de la suite des actes de la procédure, ont comme but de conformer les conditions (positives ou négatives) requises pour la prononciation d'une décision au fond, ou pour la pratique d'un acte de la procédure-même, entraîne l'affirmation de leur nature d'actes du procès, étant donné que tous leurs effets se produisent dans le domaine de la procédure[8]. Aussi la doctrine dominante est-elle d'avis que la convention d'arbitrage est un acte du droit de la procédure, de par le fait qu'elle donne naissance à une **exception de procédure**, dont les parties ont l'entière disponibilité et qui a pour but d'éviter une composition judiciaire du litige[9].

---

[7] SATTA-PUNZI, **Diritto processuale civile** *cit.*, pp. 207-208; ARWED BLOMEYER, **Festgabe für Rosenberg**, 1949, pp. 51 ss; LARENZ, **Archiv für die civilistische Praxis**, 157, pp. 265 ss.

[8] CASTRO MENDES, **Do conceito de prova em processo civil**, Lisboa, Ática, 1961, pp. 76--77.

[9] ROSENBERG-SCHWAB, **Zivilprozessrecht**, München, Beck, 1986, p. 1151; JAUERNIG, **Zivilprozessrecht**, München, Beck, 1998, p. 348; SCHWAB-WALTER, *cit.*, p. 63; CLAUDIO CECCHELLA, *cit.*, p. 42; ANSELMO DE CASTRO, **Direito processual civil declaratório**, Coimbra, Almedina, 1982, I, p. 17, et II, pp. 92-93. Plus radicalement, il y a des auteurs qui ont recours à des critères tels que celui de la nature de la loi (de procédure) réglant les conditions et les effets de l'acte (WERNER NIESE, **Doppelfunkzionelle Prozesshandlungen**, Göttingen, 1950, p. 85), celui qui considère la fonction principale ou typique (de conformation du procès) qu'il accomplit (GOTTFRIED BAUMGÄRTEL, **Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess**, Berlin, Franz Wahlen, 1957, pp. 78-80 et 92) ou celui du domaine du droit (de la procédure civile) où

Si, au lieu de l'effet négatif de l'exception, l'on préfère regarder l'effet positif de l'attribution de compétence aux arbitres, bien que celui-ci suppose toujours l'invocation de la convention d'arbitrage par l'une des parties, on est aussi devant un effet dont la nature procédurale est incontestable: la formation d'un tribunal doté, en tant que tel, de pouvoirs de juridiction et qui prononcera une sentence ayant l'effet de chose jugée et la force exécutoire[10].

2. L'origine contractuelle de l'arbitrage volontaire explique entre autres, le procédé qui est suivi, en droit portugais, pour la définition de **l'objet du différend** soumis à l'arbitrage, lequel n'a pas de pareil devant la juridiction de l'État. Elle justifie encore que l'on ouisse soutenir un encadrement propre de la question de la disponibilité des parties sur les **questions préjudicielles de droit**. Elle explique, enfin, l'orientation à suivre en ce qui concerne la détermination de la loi applicable à la **convention d'arbitrage international.**

---

les effets se produisent (SACHSE, **Beweisträge**, Zeitschrift für deutschen Zivilprozessrecht, 54, pp. 416-418), critères ceux-ci qui aboutissent également à la conclusion sur la nature procédural de ces actes.

[10] Sur la portée de la force exécutoire et de l'effet de chose jugée de la sentence arbitrale dans la polémique sur la nature juridictionnelle de l'arbitrage: LUIGI BIAMONTI, **Arbitrato (Diritto processuale civile)**, Enciclopedia del diritto, II, pp. 900-903. Voir aussi WOLFRAM HENCKEL, **Prozessrecht und materielles Recht**, Göttingen, 1970, p. 35. La Cour Suprème portugaise a dû se prononcer sur la nature procédurale de la convention d'arbitrage dans un arrêt du 29.5.91, **BMJ**, 407, p. 458, où la constatation des deux effets sus-mentionnés a fondé la décision que le jugement des arbitres constatant la caducité d'une convention n'entraînait pas la constatation implicite de la caducité du droit-même découlant du contrat où la convention était insérée.

II
La détermination de l'objet du différend

3. La procédure civile judiciaire s'initie par la demande initiale, acte de requête de la tutelle des tribunaux qui introduit l'instance. Mais le principe de la demande, ainsi manifesté, va au-delà de cet aspect abstrait: la tutelle judiciaire a un contenu concret, le demandeur formulant une prétension fondée dans une *causa petendi*. Cette prétension se présente doublement déterminée: le demandeur affirme une certaine situation subjective de droit civil et, éventuellement (dans les actions constitutives), la volonté d'un effet de droit civil à produire sur la base de la situation affirmée ; il sollicite un certain type de mesure pour la tutelle de ce droit ou intérêt qu'il veut faire valoir. Pour la *causa petendi*, elle est formée des faits constituant la situation de droit affirmée, celle-ci découlant, selon le demandeur, de l'application des règles de droit à ces faits. L'objet ainsi formé peut, pendant l'instance, être élargi d'une demande reconventionnelle[11] ou réduit, élargi ou modifié par le demandeur, à quelques conditions près[12]; mais il n'est pas soumis, avant la proposition de l'action, à d'autres restrictions.

[11] Article 274 du Code de Procédure Civile.

4. Les choses se passent différemment dans le procès d'arbitrage.

Dans la convention-même d'arbitrage, les parties doivent énoncer les différends dont elles veulent réserver aux arbitres la solution, en les soutrayant à la juridiction de l'État. En cas de compromis d'arbitrage, il s'agit de différends déjà élevés, soit des points face auxquels les parties divergent et qui donneront lieu, dans la procédure à suivre, à de futures prétensions; en cas de clause compromissoire, il suffit de circonscrire le type ou les types de différend potentiel prévu dans le domaine d'un certain rapport juridique[13].

La **prétension**, fondée dans la *causa petendi*, constitue elle-même l'objet du procès civil (article 4 du Code de procédure civile français), dressé sur la base d'un **conflit d'intérêts**, les deux formant, à la rigueur, le différend soumis. Celui-ci n'est donc complété, dans le procès judiciaire, que quand la demande initiale est présentée. Quand la loi de l'arbitrage exige aux parties de déterminer les différends qui se sont déjà élevés entre elles, elle n'impose pas encore de concrétiser les prétensions; elle n'exige que **l'individualisation des conflits d'intérêts** sur la base desquels l'objet du procès sera dressé, soit une **délimitation rien que générique des futures prétensions**; ceci entraîne **l'individualisation, aussi *grosso modo,* de la**

---

[12] Articles 272, 273 et 506 du Code de Procédure Civile portugais.

[13] Article 1er, nº 1, de la loi portugaise de l'arbitrage: "La convention d'arbitrage peut avoir comme objet un différend actuel, bien qu'il soit soumis à un tribunal judiciaire (compromis d'arbitrage), ou des différends éventuels ressortissant d'un rapport de droit, contractuel ou extracontractuel, déterminé (clause compromissoire).

causa petendi, sans laquelle le différent continuerait d'être indéfini[14]. Bien entendu, il est loisible aux parties de faire aussitôt une **délimitation plus rigoureuse, soit plus spécifique**: notamment, si le compromis est signé quand une cause est déjà pendante auprès d'un tribunal judiciaire, elles peuvent délimiter tout de suite l'arbitrage selon l'objet du procès en cours, soit établir que le recours aux arbitres aura lieu pour l'appréciation concrète des demandes déjà formulées dans le procès judiciaire; rien ne les empêche non plus, quand il n'y a pas de procès en cours, **de concrétiser dès lors leurs prétensions**. Mais cette **précision** est tout à fait optative : les parties ne sont tenues, pour le moment, que de faire ladite délimitation générique du domaine à l'intérieur duquel la future demande initiale et une éventuelle demande réconventionnelle auront lieu. Autrement, on exigerait aux parties, sans justification valable, d'anteciper le moment normal de la procédure ole demandeur et, éventuellement, le défenseur doivent conformer l'objet du procès.

Cette précision de l'objet du futur procès n'est pas possible lors de la stipulation d'une clause compromissoire. Elle ne le sera qu'avant l'introduction de l'instance. Selon l'article 11, nº 3, de la loi portugaise de l'arbitrage, la partie qui décide de recourir à l'arbitrage doit, tout d'abord, en faire la communication à la partie adverse, tout en **précisant**, dans cet acte de communication, **l'objet du différend**, quand celui-ci n'a pas été déjà déterminé dans la convention d'arbitrage. Malgré sa rédaction, la loi n'exige

[14] RAUL VENTURA, **Convenção de arbitragem**, ROA, Lisboa, 1986, II, p. 352.

pas une énonciation précise de la prétention, notamment, quand on a trait à une obligation d'argent, sa liquidation immédiate[15]: tel que nous l'avons vu pour le compromis, la prétention ne doit faire l'objet que d'une **délimitation générique** et, pour la *causa petendi*, son **individualisation** suffira, la partie n'étant pas tenu d'alléguer tout de suite tous les faits qui la remplissent[16]. Mais, tel aussi que dans le cas du compromis, cela empêche pas la partie d'aller au-delà de ce qui lui est requis et de délimiter plus strictement la prétention ou la *causa petendi*, soit le domaine de l'actuation des arbitres dans la composition du différend. L'exigence de la loi[17], justifiée par le besoin de communiquer à la partie adverse la matière du différend, délimitée dans le domaine plus général de la clause compromissoire, découle de la source négotiale de l'arbitrage volontaire: on doit savoir, au départ, ce que les arbitres décideront, c'est-à-dire ce que les parties veulent qu'ils décident, la partie adverse à celle qui prend l'initiative de l'arbitrage pouvant, dès qu'elle reçoit cette communication, élargir l'objet qui lui a été indiqué, ce à l'intérieur du domaine défini par la convention d'arbitrage et moyennant une

---

[15] Mais, si la contestation n'a pour objet que le montant de la dette, celui qui, selon le demandeur, est dû, doit être indiqué.

[16] C'est l'allégation et la preuve de l'ensemble de ces faits qui entraînent la condamnation du défendeur, si toutefois d'autres faits, constituant des exceptions, ne l'empêchent. La demande n'est donc **fondée** que quand ils font tous l'objet d'une allégation, le juge ayant le pouvoir, s'ils sont insuffisants, d'inviter le demandeur à compléter la *causa petendi*. Mais l'**individualisation** de celle-ci se contente d'une allégation incomplète qui sera plus tard dévelopée, à condition qu'elle permette d'identifier, *grosso modo*, l'évèment qui est à la base de la demande, une demande initiale **déficiente** pouvant donc assurer la fonction individualisante de la *causa petendi*, sans quoi elle est **nulle** (inepte) **et non aucune**. La communication de l'article 11 de la loi de l'arbitrage doit acomplir cette fonction d'individualisation, quitte à la postérieure demande initiale ou pièce équivalente de remplir la fonction de fondamentation de la *causa petendi*.

[17] Cette exigence aussi

communication similaire à l'adversaire[18] [19]. La désignation de l'arbitre de chaque partie, quand elle n'a pas été faite auparavant, doit accompagner ces deux notifications, et cette autre exigence constitue une raison suppplémentaire pour la première: il ne revient, par exemple, pas au même de désigner un arbitre en supposant qu'il aura comme mission de déterminer des dommages et intérêts en tant qu'expert non juridique ou d'interpréter et appliquer une clause pénale, le même pouvant être dit de la désignation de l'arbitre président, soit par un accord entre ceux désignés par les parties, soit par le choix d'un tiers[20].

Dès que la phase des notifications initiales est concluse et que le tribunal arbitral est formé, la procédure qui s'ensuit observe les règles déterminées par les parties ou, à défaut, celles que les arbitres-même

---

[18] La loi portugaise ne le dit pas, mais le principe de l'égalité des armes (article 16, alinéa a), de la loi de l'arbitrage) l'impose. Il s'ensuit aussi, malgré le silence de la loi, que si la partie ayant pris l'initiative de l'arbitrage veut désigner un autre arbitre à la place de celui qu'elle a primitivement indiqué, compte tenu de la nature diverse de la matiére découlant de l'élargissement de l'objet du différent, ce pouvoir doit lui être reconnu, quand il est justifié.

[19] .. Le désaccord des parties sur l'objet du différent, soit, l'opposition d'une partie à l'objet prétendu par l'autre, est, à l'heure actuelle, tranché par le tribunal judiciaire, avant même la discussion et la décision en instance d'arbitrage. Ce point de régime, bien qu'on l'interprète restrictivement, en le limitant aux cas où la partie opposante prétend que l'objet prétendu dépasse les limites définies par la convention d'arbitrage, ne s'harmonise pas avec la règle selon laquelle les arbitres décident de sa propre compétence, quitte à la partie qui a soulevè la question de l'incompétence de demander ultérieurement l'annulation judiciaire de la décision au fond, après que celle-ci soit prononcée, en invoquant comme raison le défaut de juridiction selon la convention d'arbitrage. Ce point de régime disparaîtra bientôt, d'après une loi du Gouvernement qui sera en vigueur après le 15.9.93.

[20] Au Portugal, quand les parties ne disposent autrement, le choix appartient au président de la Cour d'appel du lieu de l'arbitrage.

déterminent. Dans tous les cas, cependant, le droit de la défense impose que le défendeur soit cité pour répondre dans un délai raisonnable (article 16-b de la loi de l'arbitrage), ce qui postule normalement l'exigence d'une **demande initiale** et de **conclusions en réponse**, lesquelles remplissent dans le procès d'arbitrage des fonctions pareilles à celles qu'elles remplissent dans le procès judiciaire. Le demandeur a donc la charge de **formuler la prétension** et d'invoquer la *causa petendi*, avec l'allégation complète de tous les faits qui la constituent, et le défendeur peut faire pareillement, en **reconvention**. L'objet du différend est désormais rigoureusement déterminé, au dedans du domaine précédemment defini[21].

III
LA QUESTION PRÉJUDICIELLE

5. Ce n'est pas que le **procès** conduisant à la détermination de l'objet du différend soumis à la juridiction arbitrale qui diffère de celui qui est

[21] Si les arbitres sont tenus d'appliquer les règles de procédure du droit portugais, la demande peut être **élargie** ou **modifiée** aux termes (limités) des articles 272, 273 et 506 du Code de Procédure Civile (dans la réplique, s'il y en a; jusqu'à la fin des débats, si l'objet de l'élargissement est une conséquence ou un développement de la demande initiale ou qu'il découle de faits produits en cours d'instance; à tout moment, si les parties sont d'accord). Mais cet élargissement ou changement est opéré face à la demande initiale: il s'agit d'altérer ce que le demandeur a demandé dans l'acte de proposition de l'action, et non pas d'altérer ce qu'il a annoncé qu'il demanderait dans l'acte de communication qui a introduit la procédure d'arbitrage. L'élargissement ou la

soumis à la juridiction de l'État. L'objet du procès judiciaire et celui du procès arbitral peuvent aussi bien différer dans la mesure où les parties veuillent maintenir hors du domaine de l'appréciation des arbitres des questions préjudicielles qu'il appartient normalement au tribunal de trancher.

6. Il a fait l'objet de discussion entre les auteurs, aussi bien que dans la juridiction de quelques pays[22], le problème, affirmativement résolu par la disposition explicite des articles 12 et 58 du Code de procédure civile français, de savoir si, malgré le principe de la légalité du contenu de la décision (art. 203 de la Constitution de la République portugaise), il est

---

modification fait, par exemple, dans la réplique devra se contenir **dans les limites définies dans cette notification initiale**.

[22] Surtout en Allemagne (voir FRITZ BAUR, **Vereinbarungen der Parteien über präjudizielle Rechtsverhältnisse im Zivilprozess**, Festschrift für Eduard Bötticher, Berlin, 1969, WOLFGANG GRUNSKY, **Grundlagen des Verfahrenrechts**, Bielefeld, Gieseking, 1974 (2e édition), pp. 19-23, PETER SCHLOβER, **Einverständliches Parteihandeln im Zivilprocess**, Tübingen, Mohr, 1968, pp. 1-3 et 33-34, LUDWIG HÄSEMEYER, **Parteivereinbarungen über präjudizielle Rechtsverhältnisse**, Zeitschrift für Zivilprozess, 85, pp. 212 et 217, et HANS FRIEDRICH GAUL, **Willensmängel bei Prozesshandlungen**, Archiv für die Civilistische Praxis, 172, pp. 349-350). Le *Bundesgerichtshof* a eu l'occasion de prononcer des décisions opposées sur cette question. Elle n'a jamais été tranchée en tant que telle dans les tribunaux portugais. Dans un domaine proche de celui-ci, on discute cependant si un tribunal de recours peut – et doit – apprécier des questions préjudicielles que les parties n'ont pas posées dans leurs conclusions et qui n'ont pas fait l'objet de la décision sous recours, soit des questions nouvelles que les parties n'ont pas discutées. Selon un courant restrictif important de la jurisprudence de la Cour Suprème, le tribunal de recours est limité, dans son appréciation, aux questions soulevées par les parties, *maxime*, par la partie recourante dans ses conclusions; elle admet donc implicitement qu'un accord (exprès ou tacite) entre la partie recourante et la partie adverse est possible qui soustrait à la connaissance du tribunal de recours certaines questions préalables de fait ou de droit, bien qu'elles soient, de par sa nature, en règle relevables d'office.

permis aux parties, dans le domaine du droit disponible, de **disposer** de la solution de questions de droit préjudicielles et, par accord exprès ou reconnaissance unilatérale de l'une entre elles, de les **soutraire** à la connaissance du tribunal et les **poser** directemente comme fondement de la sentence, parce qu'elles ne font pas l'objet d'une contestation.

La réponse affirmative se fonde sur l'absence d'un différend sur ces questions – le tribunal doit trancher des contestations et des divergences existentes entre les parties –, sur l'analogie retirée de l'admission d'un acte de transaction, de désistenent ou d'acquiescement n'ayant pour objet qu'une partie de la demande et sur la constatation qu'il est loisible aux parties d'aboutir à un résultat pareil hors du procès, moyennant un contrat qu'elles sont toujours libres de signer. Mais la constatation inverse que, l'accord des parties sur une question préjudicielle se limitant à la fixation d'un **fondement** de la décision finale, il n'agit pas directement sur l'objet-même du procès et donc sur les rapports de droit civil auquel il se rapporte, mais seulement sur la liberté d'actuation du juge quand il donne la sentence, emmène un autre courant de la doctrine à lui nier tout effet.

Dès 1991 (art. 2-1 du Décret-Loi 211/91, du 14 juin), la loi portugaise admet la présentation, par les parties, d'une demande conjointe où elles s'accordent, totalement ou partiellement, sur les faits de la cause; mais rien de pareil est dit pour les questions de droit (sur lesquelles la loi n'admet expressément qu'une prise de position, commune ou séparée, des parties). Il

en découle que, devant le tribunal judiciaire, les parties ne peuvent pas disposer de la solution de **questions de droit** préjudicielles, mais seulement de la solution de **questions de fait**.

7. Dans le domaine de la juridiction arbitrale, une autre solution, à mon avis, s'impose. Ici, compte tenu de l'origine contractuelle du pouvoir juridictionnel, il ne s'agit plus, rigoureusement, de savoir si les parties peuvent **soutraire** aux arbitres la connaissance de certaines questions relevables d'office, mais plutôt si, quand elles délimitent le domaine de leur actuation, elles peuvent le faire **ne leur conférant pas** le pouvoir de les connaître, parce qu'elles-mêmes énoncent, d'un commun accord, la solution qui leur doit être donnée.

Revenons à la similitude entre la transaction et la convention d'arbitrage, celle-ci dans la modalité du compromis.

Face à une situation de différend actuel, indépendante ou postérieure à la proposition d'une action dans un tribunal judiciaire, il est permis aux parties de s'accorder **directement** une nouvelle réglementation de leurs intérêts, moyennant transaction. Elles peuvent aussi le faire **par voie indirecte**, en commettant à un arbitre la réglementation de leurs intérêts, moyennant mission de statuer en amiable compositeur. Elles peuvent enfin régler quelques points contestés et conventionner que d'autres feront l'objet

d'une réglementation arbitrale, tout en pouvant, dans les deux cas, déterminer que l'objet de la réglementation comprendra la constitution, la modification ou l'extinction de droits différents du droit contesté[23].

Pareillement, lors des communications initiales de la procédure d'arbitrage, les parties peuvent, quand elles délimitent l'objet de l'arbitrage, ne pas formuler certaines prétentions qu'il leur était loisible de formuler, déconsidérer des *causae petendi* sur lesquelles il leur était possible de fonder la demande ou, encore, **s'accorder** sur la solution de quelques questions, **de fait ou de droit**, préalables à l'appréciation de la prétention formullée. Dans tous ces cas, les parties veulent délimiter le domaine de l'actuation du tribunal formé par leur volonté pour trancher les points objet de contestation qu'elles lui soumettent, tout en réservant les autres pour un autre tribunal arbitral ou en se mettant d'accord pour certaines solutions qu'elles imposent aux arbitres en tant que fondements acquis pour la décision qu'ils sont tenus de prononcer.

Les parties peuvent attribuer aux arbitres le pouvoir de décider *ex aequo et bono*, et, ce faisant, **elles renoncent à l'application de toute règle de droit**; on ne voit pas de raison pour laquelle elles ne pouraient pas, aussi d'un commun accord (exprès ou tacite), fixer certains fondements de la sentence, sur lesquelles les arbitres ne seront donc pas tenus de se prononcer. Tout en exerçant leur pouvoirs d'autonomie contractuelle, les parties

[23] Articles 1248-2 CC et 1-3 de la Loi d'Arbitrage (voir note 5).

définissent ainsi le domaine de l'actuation des arbitres, qu'elles chargent de trancher les points vraiment contestés, et le tribunal arbitral doit respecter l'objet défini, qu'il ne pourra pas dépasser. Il ne s'agit plus, comme dans le domaine de la discussion sur l'admissibilité de l'accord sur la question de droit préjudicielle en tribunal judiciaire, d'établir **une équivalence** entre le pouvoir de disposition de la partie du procès civil et l'autonomie contractuelle des sujets de droit civil[24], mais plutôt de considérer une actuation qui se situe **directement dans le domaine du contrat de droit privé.**

Il s'ensuit qu'une actuation pareille des parties **pendant l'instance arbitrale** *stricto sensu* (c'est-à-dire, après la formation d'un tribunal arbitral *ad hoc* ou la saisine d'un tribunal arbitral permanent) n'aura plus le même traitement. Celui-ci reste réservé à cette actuation lors de la formation de la **convention d'arbitrage** ou pendant l'échange des **notifications initiales** de la procédure arbitrale *lato sensu*. Une actuation postèrieure fera plutôt objet d'un traitement pareil à l'accord des parties sur la question préjudicielle **pendant l'instance judiciaire**.

[24] Cette équivalence est défendue à outrance par un courant doctrinaire important qui défend une conception unitaire de la liberté de disposition des droits, dans le procès et hors du procès, dont la plus grande manifestation dans le champ du droit privé est l'autonomie contractuelle et dont le principe de la demande, les figures de l'aveu et de l'admission, l'accord des parties sur les faits de la cause, et, précisément, **leur accord sur l'existence de droits préjudiciels** sont les manifestations dans le domaine de la procédure. GRUNSKY et HENCKEL figurent, en Allemagne, entre les plus grands défenseurs de ce courant doctrinaire.

Quoi qu'il en soit, quand la solution d'une question préjudicielle de droit relève pour la **fixation des faits de la cause**, comme il est le cas pour l'interprétation des règles de loi applicables à l'interprétation d'un contrat, l'accord des parties produira toujours des effets dans le plan des faits. Selon le cas, il produira l'effet propre de l'aveu ou il inversera la charge de la preuve, effet celui-ci que la loi portugaise attribue à la promesse de payer ou à la reconnaissance d'une dette sans indication de cause (article 458 du Code civil portugais).

IV
LA LOI APPLICABLE À LA CONVENTION D'ARBITRAGE INTERNATIONAL

8. L'autonomie de la convention d'arbitrage a des conséquences dans le domaine de l'arbitrage international.

Primo, dans le domaine de l'application de la Convention de New York, la **validité** de la convention d'arbitrage doit être constaté face à la **loi à laquelle les parties l'ont soumise** ou, dans le silence de celles-ci, à la **loi du pays où la sentence est prononcée**. Bien que l'article V, nº1-a, qui le prescrit, ne s'appplique qu'aux deux moments de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence arbitrale, l'article II, nº 3, doit être interprété de

même quand, dans un moment antérieur, il prévoit que le tribunal d'un État contractant vérifie l'inopérance ou l'impossibilité d'appliquer la convention d'arbitrage: la validité de celle-ci doit être constatée à la lumière des règles applicables selon l'article V, nº 1-a[25], la même conclusion s'imposant pour son **interprétation** préalable. Or, cette règle ne coïncide ni avec celle découlant des articles 3, 4 et 8-1 de la Convention de Rome du 19.6.80 ni avec celle que l'on retire de la rémission de l'article 35-1, du Code Civil portugais aux articles 41, 42 et 46-1 de ce même code[26]; il s'ensuit que son application, *maxime* quand il faut recourir au critère qu'elle impose supplétivement, peut emmener à ce que la loi de la convention d'arbitrage

[25] Ainsi, SCHWAB-WALTER, **cit.**, p. 375, et les auteurs qu'il cite. La règle supplétive …, non pas pour la loi de l'État où le tribunal arbitral **fonctionna**, mais pour celle de l'État où il **doit fonctionner**.

[26] Article 35: "1. La perfection, l'interprétation et l'intégration d'un acte de déclaration sont réglées par la **loi applicable** à la substance de l'acte, laquelle est aussi applicable au défaut et aux vices de la volonté". Article 41: "1. Les obligations créés par l'acte, aussi bien que sa substance, sont réglées par la **loi que les parties ont désignée ou qu'elles ont eu en considération**; 2. La désignation ou la référence des parties ne peut, cependant, tomber que sur une loi dont l'applicabilité corresponde à un intérêt sérieux des déclarants ou soit en connexion avec un des éléments de l'acte relevants dans le domaine du droit des conflits". Article 42: "1. À défaut de détermination de la loi compétente, on a trait, dans les actes unilatéraux, à la loi de la résidence habituelle du déclarant et, dans les contrats, à la **loi de la résidence habituelle connue des parties**. 2. À défaut d'une résidence connue, on applique, aux contrats gratuits, la loi de la résidence habituelle de celui qui attribue le bénéfice et, dans tout autre contract, la **loi du lieu de sa formation**". Article 46: "1. La réglementation de la possession, de la propriété et des autres droits des choses est définie par la **loi de l'État dans le territoire duquel les choses se trouvent situées**". L'article 35, nº 1, remet aux règles du "statut de l'acte", lesquelles varient selon le contenu de celui-ci (BATISTA MACHADO, **Lições de direito internacional privado**, Coimbra, Almedina, 1982, p. 351), raison pour laquelle cette rémission ne se limite pas aux règles des obligations et des droits réels; mais, aux effets de cette étude, on n'a pas besoin de développer la comparaison.

diffère de la loi du contrat dans lequel elle est incluse ou auquel elle se rapporte.

Secundo, hors du domaine de la Convention de New York, la caractérisation de la convention d'arbitrage comme un contrat du droit de la procédure civile pose la question de savoir si l'on ne doit pas lui appliquer **toujours** la *lex fori*, soit la loi du lieu où les arbitres siègent ou doivent siéger. La réponse à cette question doit cependant être négative: étant donné que les parties sont libres de s'accorder sur les règles de la procédure d'arbitrage et que la juridiction arbitrale se fonde sur **l'autonomie contractuelle**, il ne ferait pas de sens qu'elles ne puissent pas choisir également la loi réglant la convention arbitrale elle-même. La liaison entre le contrat de droit civil et le contrat du droit de la procédure, *maxime* quand ils s'insèrent dans le même document, **peut** emmener à ce qu'il soit conforme à la volonté des parties d'appliquer à tous les deux dls règles de la même loi matérielle[27], surtout quand elles ont choisi, d'accord avec les règles applicables du droit des conflits, la loi matérielle à appliquer au fond[28]; mais on est alors devant un problème d'interprétation du contrat et l'activité d'interprétation peut enduire une autre conclusion[29].

---

[27] SCHWAB-WALTER, **cit.**, pp. 377-378.

[28] Il ne s'agit pas d'un facteur de désignation automatique de la loi applicable, mais d'un élément de valeur dans l'interprétation de la volonté que les parties ont **tacitement manifestée** (SCHWAB-WALTER, **cit.**, p. 378).

[29] Voir encore SCHWAB-WALTER, **cit.**, p. 378. Voir aussi que la Convention de Rome sépare le statut du contrat de celui de la convention d'arbitrage, clause compromissoire comprise, à laquelle il n'est pas applicable (article 1, nº 2, alinéa d) de la convention).

On ne doit notamment pas penser que les parties ont voulu appliquer à la convention d'arbitrage les règles de la loi matérielle applicable au fond quand le contrat de droit civil auquel la convention se rapporte, est réglé par des règles appartenant à plusieurs ordres juridiques. C'est le cas, par exemple, si une partie du contrat, éventuellement complexe[30], détermine l'application du statut personnel[31] et une autre partie celle du statut des obligations[32] ou du statut du droit des choses[33], quitte à savoir si, aux effets de l'article 35-1 du Code civil portugais, le besoin d'un traitement unitaire n'impose pas de déterminer, parmi les lois matérielles applicables au fond, celle que l'on doit considérer prévalente pour l'effet de sa réglementation, ce qui, à la limite, pourraît entraîner la conclusion que toutes les parties dudit contrat seraient, après tout, réglées par la même loi matérielle. La convention d'arbitrage ne se compatit pas avec la multiplication des lois applicables : il n'est donc pas défensable que l'interprétation et le régime de validité d'une même clause compromissoire puissent différer selon que son application est

[30] Il peut s'agir, inclusivement, d'une union de contrats.

[31] L'application du statut personnel est, par exemple, appelée par un contrat que, dans le domaine du droit des sociétés commerciales, a trait à l'organisation de sociétés siégées dans des pays différents, on par un autre qui contient des clauses se rapportant au droit des successions ou au droit patrimonial de la famille.

[32] Ainsi, par exemple, un accord para-social ou on accord fiduciaire au but de mandat. L'accord para-social, aux moins aux termes où il est admis en droit portugais (art. 17 du Code des sociétés commerciales), coïncidant à peu près avec ceux qui sont normalement admis par la doctrine étrangère, a nature d'obligation (KARSTEN SCHMIDT, **Gesellschaftsrecht**, Carl Heymanns - Köln - Berlin - Bonn - München, 1991, pp. 506-510; MÁRIO LEITE SANTOS, **Contratos parassociais e acordos de votos nas sociedades anónimas**, Lisboa, Cosmos, 1996, pp. 18-21). En ce qui concerne la *fiducia cum amico* (contrat fiduciaire au but de mandat), elle implique, d'un côté, l'attribution d'une chose par le fiduciant au fiduciaire et, d'autre côté, des obligations du deuxième à l'encontre du premier.

faite dans le domaine des rapports juridiques personnels ou des rapports juridiques d'obligation ou du droit des choses auxquels se rapporte le différend à trancher au siège arbitral. Le **besoin d'une réglementation uniforme** emmène donc à poser et résoudre **avec autonomie** la question du statut applicable à la convention d'arbitrage.

À l'envers de ce qu'on lit soutient parfois[34], la convention d'arbitrage ne crée pas des **obligations** pour les parties, lesquelles sont libres de recourir aux tribunaux de l'État et de déduire, quand elles y sont demandées, l'exception de procédure de la prétérition du tribunal arbitral. En effet, la convention d'arbitrage n'exclue pas automatiquement la juridiction des tribunaux de l'État: ceux-ci conservent, jusqu'à ce que l'exception soit déduite, leur compétence. La convention d'arbitrage ne crée que des **charges** pour les parties (charge de proposer l'action devant les arbitres; charge d'invoquer l'exception de la prétérition du tribunal arbitral) ; celles-ci sont libres de les observer, tout en se soumettant, si elles ne le font pas, à la conséquence de ne plus pouvoir recourir à la convention d'arbitrage pour la composition de leur différend[35]. Le **statut des obligations** est cependant le plus proche: la liberté juridique d'observer ou de refuser d'observer la

---

[33] Ainsi, par exemple, un contrat versant sur la propriété d'un fond de commerce.

[34] Voir, par exemple, BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO, **La nuova disciplina dell'arbitrato**, Milano, Giuffrè, 1994, p. 8.

[35] SCHWAB-WALTER, **cit.**, p. 57. Il est, notamment, inadmissible d'invoquer l'incompétence du tribunal arbitral auquel on a recouru ou dont l'incompétence n'a pas été invoquée pendant l'instance arbitrale (art. 27, nº 2, de la loi portugaise d'arbitrage) ou celle du tribunal de l'État après que l'on a soutenu sa compétence devant la cour arbitrale (**cit.**, p. 53), ou après qu'on l'a saisi ou invoqué devant lui la prétérition du tribunal arbitral.

charge entraîne, par un argument *de majus ad minus*, l'application d'un statut découlant, en première ligne, de l'autonomie contractuelle[36]. Une fois écartée l'application forcée de la *lex fori*, on doit donc recourir à ce statut quand la convention ne doit pas se soumettre à la loi réglant le contrat où elle s'insère ou auquel elle se rapporte.

Dans les cas, donc, où l'on est pas sûr de la détermination de la loi applicable par les parties[37], on doit recourir aux critères supplétifs de la loi[38], quitte à établir préalablement la nature de la convention d'arbitrage en tant que telle et à définir, notamment, son caractère juridique, à la lumière de la loi applicable[39]. En effet, étant donné que la convention d'arbitrage est un contrat du droit de la procédure, on doit, à défaut de règles de conflit spécifiques de cette loi, recourir aux règles **générales** du Code civil pour déterminer la loi applicable aux actes de procédure auxquels la *lex fori* n'est pas automatiquement applicable, la résidence habituelle commune des parties ressortissant alors comme un important facteur de rattachement[40].

---

[36] Le rôle de l'intérêt des parties et du principe de l'autonomie contractuelle dans le statut des obligations est reconnu (BATISTA MACHADO, **cit.** pp. 358-361).

[37] En droit portugais, l'article 41 du Code Civil.

[38] En droit portugais, l'article 42 du Code Civil.

[39] Article 35 du Code Civil portugais: "2. La valeur d'une conduite en tant que déclaration de volonté est déterminée par la loi de la résidence habituelle connue du déclarant et du destinataire et, à defaut de celle-ci, par la loi du lieu où la conduite a été produite". Une règle similaire est établit, dans le nº 3, pour la valeur du silence.

[40] Voir, notamment, les articles 35, nº 2 (note 37 ci-dessus), 36, nº 1 (règle qui soumet la forme du contrat à la loi applicable à son contenu) et 42, nº 1 (note 24 ci-dessus) du Code Civil portugais.