

Problèmes actuels de l'arbitrage commercial international

Autor(en): **Reymond, Claude**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Revue économique et sociale : bulletin de la Société d'Etudes Economiques et Sociales**

Band (Jahr): **40 (1982)**

Heft 1

PDF erstellt am: **27.06.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-138868>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Problèmes actuels de l'arbitrage commercial international*

Claude Reymond
avocat, professeur associé
à la Faculté de Droit de Genève,
Lausanne

Dans le monde moderne, l'arbitrage joue un rôle majeur comme moyen de règlement des litiges du commerce international. Il faut entendre cette expression dans son sens le plus large, car l'arbitrage est très généralement utilisé non seulement dans les litiges relevant du commerce au sens strict où il est d'ailleurs traditionnel, mais de façon plus générale dans les domaines les plus variés de l'activité économique: grands travaux (construction de routes, d'aéroports, d'usines, de centrales énergétiques, etc.), accords de licence ou de distribution, relations aériennes, etc. Pour prendre un exemple dans un seul domaine, on relèvera que la plupart des grands accords de concession pour l'exploitation des ressources pétrolifères contiennent une clause qui soumet à l'arbitrage le règlement des difficultés entre l'Etat concédant et l'entreprise concessionnaire. On devine l'importance de ces clauses en cas de nationalisation. Elles ont donné lieu à des sentences portant sur des intérêts considérables et qui jouent un rôle majeur dans le développement du droit international¹.

Le recours à l'arbitrage n'est pas non plus le fait des seules entreprises de droit privé. La plupart des grands contrats internationaux, en tout cas dans les pays en voie de développement, interviennent avec des Etats, soit directement, soit indirectement avec des entreprises qui en dépendent. Pour prendre un exemple dans l'actualité, il suffit de citer les récents accords d'Alger entre le gouvernement des Etats-Unis et le gouvernement iranien, dont un chapitre important est consacré à l'organisation d'un arbitrage international pour régler le contentieux entre les entreprises américaines et l'Iran, consécutif à la dénonciation ou à l'inexécution de contrats conclus avant la révolution. En exécution de ces accords, un arbitrage international est en voie d'organisation à La Haye. Il durera plusieurs années et concernera plusieurs centaines de dossiers.

Il m'a paru dès lors intéressant de faire le point sur quelques-uns des principaux problèmes qui se posent actuellement dans l'arbitrage commercial international.

I.

Un premier ordre de questions touche à la nature et à la fonction de l'arbitrage. L'arbitrage est en effet une institution complexe qui participe de plusieurs domaines du droit. C'est ce qui en fait la difficulté et l'intérêt.

* Le professeur Claude Reymond a donné pendant plusieurs années le cours de Droit commercial à l'Ecole des Hautes Etudes Commerciales de l'Université de Lausanne. Le présent texte est celui de la dernière leçon donnée par le professeur Reymond devant les étudiants de l'Ecole des HEC.

Tout d'abord et fondamentalement, l'arbitrage résulte d'un *contrat* : la convention d'arbitrage, traditionnellement désignée comme *clause compromissoire* lorsqu'elle consiste à soumettre à l'arbitrage le règlement de difficultés éventuelles et comme *compromis* lorsqu'elle a pour but de soumettre à l'arbitrage une difficulté existante. La décision de recourir à l'arbitrage ne peut être prise que par les parties et sous la forme d'un accord contractuel. Soit dit en passant, c'est une des difficultés qu'a soulevée, aux Etats-Unis, la convention d'Alger que l'on vient de citer. Certaines sociétés américaines ont contesté la validité de la disposition par laquelle leur contentieux avec l'Iran devait être obligatoirement soumis à un arbitrage sans qu'elles y aient elles-mêmes consenti².

Mais l'arbitrage n'est pas que cela. Par son déroulement et par ses effets, il est très proche du débat judiciaire et, à trois titres en tout cas, il intéresse l'Etat.

Tout d'abord parce que la convention d'arbitrage a pour but et pour effet de soustraire obligatoirement un litige à la juridiction des tribunaux institués par l'Etat pour l'exercice d'une de ses fonctions fondamentales, la fonction judiciaire. Elle prive par conséquent les parties de la possibilité de s'adresser aux tribunaux en première instance ou en appel. Ensuite parce que l'Etat n'accepte généralement pas d'être indifférent à la façon dont se déroule un arbitrage qui se passe sur son territoire et qui conduit à une sentence qui fixera en principe définitivement les droits et les obligations des parties, cette sentence tirant son autorité, dans les autres pays, des conventions internationales auxquelles l'Etat a accédé³. Enfin parce que la sentence de l'arbitre est, dans la plupart des pays, l'équivalent d'un jugement. Elle ne peut plus être remise en question. Elle est exécutoire au même titre que le jugement d'un tribunal ordinaire et cela tant sur le plan national que sur le plan international.

L'arbitrage a ainsi une double nature, *contractuelle* et *juridictionnelle*. Le phénomène est d'ailleurs connu et admis de longue date. Comment cette dualité se marque-t-elle aujourd'hui?

Sur le plan international comme dans la plupart des législations nationales (il y a des exceptions : certains pays interdisent l'arbitrage à leurs entreprises, par exemple l'Arabie Saoudite), la convention d'arbitrage est reconnue comme un accord contractuel à caractère obligatoire ayant pour effet d'écarter la compétence des tribunaux ordinaires quant à la contestation qu'elle vise. En droit international, c'est l'effet du Protocole de Genève de 1923, remplacé aujourd'hui dans la plupart des pays par l'article 2 de la Convention de New York de 1958.

Dans beaucoup de pays dont la Suisse⁴, la jurisprudence a reconnu l'autonomie de la convention d'arbitrage. On entend fondamentalement par là que la clause arbitrale est un contrat distinct de celui dans lequel elle est insérée, ce qui entraîne un certain nombre de conséquences importantes. Tout d'abord l'invalidité du contrat principal ne provoque pas automatiquement celle de la clause arbitrale. En second lieu, il est très généralement admis que l'arbitre est juge tant de la validité du contrat principal que des conséquences de son invalidité. C'est ce que prévoit, par exemple, l'article 8, alinéa 4, du Règlement de la Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI). Enfin, autre conséquence du même principe, dans nombre de systèmes l'arbitre est même juge de sa propre compétence, en particulier de la validité de la convention d'arbitrage elle-même. C'est le cas, par exemple, dans le système du Concordat suisse (article 8) ou dans l'arbitrage CCI (article 8, chiffre 3).

Ce principe n'est toutefois pas universel: en droit anglais, par exemple, l'arbitre n'est pas juge de sa propre compétence.

Cela ne veut pas dire cependant que le législateur et le juge se désintéressent totalement de la manière dont se déroulent les arbitrages sur leur territoire, ni de la sentence de l'arbitre. C'est ici que se marque l'aspect juridictionnel de l'arbitrage.

Une des questions les plus délicates que pose l'arbitrage commercial international est de savoir si et jusqu'à quel point l'arbitre international est soumis à la réglementation de l'arbitrage du pays où il se déroule (pays du siège de l'arbitrage) ou, en tout cas, au contrôle de ses décisions, en cours d'arbitrage ou en fin d'arbitrage (contrôle de la sentence).

Ici les opinions et les législations nationales sont loin d'être unanimes. C'est aujourd'hui l'un des problèmes les plus disputés de l'arbitrage. Pour les uns, l'origine contractuelle de l'arbitrage a pour conséquence nécessaire que les parties doivent être aussi libres dans l'organisation de l'arbitrage qu'elles le sont quant au choix de l'arbitrage comme mode de solution des litiges. Cette liberté s'impose d'autant plus que le siège de l'arbitrage est bien souvent choisi soit pour des raisons de pure commodité, soit encore parce que le pays où il est fixé est totalement étranger au litige. C'est un fait d'expérience que la grande majorité des arbitrages internationaux qui se déroulent en Suisse n'ont rien à voir avec notre pays. Dès lors, disent les défenseurs de la liberté de l'arbitrage, l'arbitre international doit pouvoir échapper à une réglementation qui a été conçue pour les arbitrages internes. A moins que les parties n'en aient convenu autrement, l'arbitre doit être libre tant dans l'organisation et la direction de l'instance arbitrale que dans sa décision sur le fond⁵.

Pour d'autres, au contraire, l'arbitre, certes désigné par un choix contractuel, ne peut exercer d'autorité et ne peut émettre une sentence que parce que le droit lui en donne le cadre juridique et le pouvoir. Paraphrasant la célèbre formule de Bracton *Lex facit regem*, F. A. Mann a forgé la formule *Lex facit arbitrum*, c'est la loi qui fait l'arbitre⁶.

Sur ces questions, les législations nationales apportent des solutions très diverses. Certaines entendent régir jusque dans le détail le déroulement de l'arbitrage et réservent au juge le contrôle étroit des sentences, allant parfois jusqu'à celui des décisions de procédure des arbitres. C'est ainsi que, dans la tradition du droit anglais, chaque partie pouvait demander à l'arbitre de soumettre au juge ordinaire la ou les questions de droit de la solution desquelles dépendait le sort de l'arbitrage et provoquer ainsi une décision de justice qui liait l'arbitre (procédure dite du *special case*) et qui pouvait à son tour être portée en appel jusqu'à la Chambre des Lords, la plus haute juridiction du Royaume-Uni. Comme on le verra plus bas, cette procédure a été abrogée par l'*Arbitration Act* de 1979. Plus près de nous, le droit de Zurich (Zurich joue un rôle très important dans l'arbitrage international) soumet l'arbitrage à la procédure applicable devant ses tribunaux de première instance et il ouvre largement la porte au recours contre les décisions de procédure des arbitres pendant le cours de l'arbitrage, ainsi que contre la sentence elle-même.

D'autres législations laissent à l'arbitre une très grande liberté, à la seule condition de respecter l'égalité des parties. Certaines autorisent même les parties à renoncer à tout contrôle juridictionnel de la sentence. C'est précisément sur ce point que le droit anglais a été fondamentalement modifié par l'*Arbitration Act* de 1979⁷. Cette loi remplace le *special case* par un système limité d'appel, mais autorise les parties étrangères au Royaume-Uni à renoncer à tout droit de recours. Cette innovation révolutionnaire, la renonciation au droit

de recours étant en général considérée comme contraire à l'ordre public, a rencontré beaucoup d'écho dans le monde de l'arbitrage. Les tribunaux anglais conservent néanmoins un droit de contrôle en cas de *misconduct* de l'arbitre, par quoi il faut sans doute entendre la violation des principes fondamentaux de la procédure, comme l'égalité des parties ou l'exigence du contradictoire.

D'autres législations enfin, adoptant une position moyenne, réglementent le déroulement de l'arbitrage par quelques dispositions de principe, laissant pour le surplus toute latitude aux parties et à l'arbitre quant à la direction de l'arbitrage; elles n'organisent qu'un contrôle limité de la sentence. Il ne surprendra personne que le droit suisse, toujours ennemi des extrêmes, soit de ceux qui ont adopté cette position. Encore faut-il d'abord préciser ce que l'on peut entendre par droit suisse. En raison précisément de son caractère juridictionnel, l'arbitrage ressortit au droit de procédure qui est réservé aux cantons par la Constitution fédérale. Conscients des difficultés que présentait pour l'arbitrage en Suisse la multiplicité de lois de procédures, dont certaines n'étaient en rien adaptées à l'arbitrage international, quelques hommes clairvoyants, au premier rang desquels il faut rappeler le nom de M. André Panchaud, ancien président du Tribunal fédéral, et les cantons romands, emmenés, une fois n'est pas coutume, par le canton de Vaud ont pris l'initiative d'une loi uniforme sur l'arbitrage, sous la forme du Concordat intercantonal sur l'arbitrage de 1969, aujourd'hui adopté par la grande majorité des cantons suisses (vingt et un au 30 juin 1981), dont tous ceux qui entrent en ligne de compte pour l'arbitrage international, avec toutefois une exception majeure, celle de Zurich. Le Concordat sur l'arbitrage représente aujourd'hui, en Suisse, le droit commun de l'arbitrage et cela d'autant plus que beaucoup de ses dispositions ont influencé la récente réforme du Code de procédure civile zurichois. En bref, le Concordat organise le cadre de l'arbitrage tout en laissant aux parties et à l'arbitre la plus grande liberté dans son déroulement. Il maintient un recours contre la sentence, en le limitant pour l'essentiel au cas de la décision arbitraire. Jusqu'ici les tribunaux cantonaux ont fait un usage à juste titre parcimonieux de leur pouvoir de déclarer une sentence arbitraire et l'on peut considérer le Concordat comme un instrument utile pour l'arbitrage international en Suisse⁸. Il provoque néanmoins des réserves, en Suisse et à l'étranger, certains critiquant le fait même que le droit interne suisse s'applique impérativement à un arbitrage international qui n'a d'autre lien avec la Suisse que son siège, d'autres proposant d'autoriser des parties toutes étrangères à la Suisse à renoncer à tout recours contre la sentence de l'arbitre, à l'image du droit anglais depuis 1979. On retrouve cette formule dans l'avant-projet de loi fédérale de droit international privé.

Il faut souligner ici que la réglementation étatique de l'arbitrage, en Suisse ou à l'étranger, n'est pas nécessairement hostile à l'arbitrage. Bien au contraire, elle représente souvent un appui pour l'arbitre ou pour les parties, ainsi lorsqu'elle met à leur disposition un mécanisme de désignation des arbitres en cas de carence de la partie qui refuse de participer à l'arbitrage bien que liée par une clause arbitrale.

Comment le droit de l'arbitrage va-t-il évoluer? On peut penser que, conformément aux vœux des praticiens de l'arbitrage international, le droit admettra de plus en plus largement, par l'évolution de la jurisprudence ou par voie législative, de dispenser l'arbitre international de tout ou partie des contraintes du droit de l'arbitrage interne, soit en adoptant deux réglementations différentes comme vient de le faire le droit français⁹, soit en faisant un usage plus large que cela n'a été le cas en Suisse jusqu'ici de la distinction entre les

prescriptions dont l'observation s'impose parce qu'elles sont d'ordre public international et celles dont l'arbitrage international est libéré parce qu'elles ne sont que d'ordre public interne¹⁰. C'est dire que l'évolution sera marquée, à mon avis, par un renforcement du caractère contractuel de l'arbitrage.

Un autre aspect important de l'arbitrage international est dû au rôle des conventions internationales dans ce domaine. Elles portent sur deux aspects capitaux de l'arbitrage. Elles assurent tout d'abord la reconnaissance du caractère obligatoire de la convention d'arbitrage dont l'invocation fait échec à l'action que porterait devant les tribunaux ordinaires la partie qui ne respecterait pas la clause arbitrale qu'elle aurait souscrite. C'était déjà l'effet du Protocole de Genève de 1923, remplacé aujourd'hui, dans la plupart des Etats, par l'article 2 de la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales.

Les conventions internationales assurent d'autre part l'efficacité internationale des sentences arbitrales, dont la reconnaissance et l'exécution à l'étranger sont assurées au même titre que celles des jugements des tribunaux ordinaires, sinon même plus largement. C'était l'effet de la Convention de Genève de 1927 remplacée aujourd'hui dans la plupart des Etats par la Convention de New York de 1958.

Le quatrième aspect de l'arbitrage international se manifeste précisément au stade de la reconnaissance des sentences arbitrales étrangères. Dans le système de la Convention de New York, le juge requis d'ordonner l'exécution d'une sentence étrangère (*exequatur*) n'est autorisé à la refuser que si l'une des conditions limitativement énumérées à l'article 5 de la Convention n'est pas remplie. Mais à côté de ces conditions figure la réserve générale de l'ordre public. Il est significatif que, dans nombre de pays, les juridictions nationales font preuve d'une très grande retenue dans l'usage de cette réserve. C'est précisément à ce sujet qu'a été développée la distinction importante entre l'ordre public interne et l'ordre public international, qui permet de limiter les cas dans lesquels une sentence étrangère se verra opposer la contrariété à l'ordre public. Ici encore la reconnaissance internationale des sentences arbitrales est largement assurée.

Il apparaît ainsi, en conclusion de ce premier groupe de remarques, que l'arbitrage, surtout s'il est international, n'est pas une institution simple ni univoque. Il y a *des* arbitrages. Selon que le siège en est fixé à Londres, à Paris, à Zurich ou à Lausanne, l'arbitrage pourra avoir un caractère différent. Mais il serait faux d'exagérer ces différences. En fait, l'arbitrage international se déroule en général de la même manière, quel que soit son siège. Les difficultés surgissent plutôt de la confrontation d'entreprises et de conseils provenant de traditions juridiques parfois très différentes. De plus, des recours aux tribunaux ordinaires ne se produisent que dans une minorité d'arbitrages. A cet égard les statistiques de la Chambre de Commerce Internationale sont révélatrices: la très grande majorité des sentences rendues sous l'autorité de sa Cour d'arbitrage sont exécutées sans difficulté.

II.

Quoi qu'il en soit du cadre juridique de l'arbitrage, il convient d'examiner maintenant les différents types d'arbitrage, car il en existe beaucoup. A l'image de la publicité, il faut se demander, lorsqu'il est question d'arbitrage, de quel type d'arbitrage il s'agit: *Which arbitration?*

L'arbitrage classique, convenu de cas en cas, résultant de clauses plus ou moins complexes, existe toujours. Sous le nom d'arbitrage *ad hoc*, il a toute sa place dans les grands contrats et dans les litiges entre grandes entreprises.

Mais, depuis longtemps, d'autres types d'arbitrage se sont ajoutés à l'arbitrage *ad hoc*. Que l'on pense d'abord au très ancien *arbitrage de qualité* qu'un arbitre anglais désignait un jour comme «Look and smell arbitration», tel qu'il se pratique dans les grandes places commerciales: arbitrage des grandes associations professionnelles à Londres (GAFTA, FOSFA, etc.), arbitrage du commerce du café et du poivre au Havre, arbitrage d'autres matières premières à Rotterdam ou à Hambourg, pour ne citer que quelques exemples.

Que l'on pense également au traditionnel arbitrage maritime. Combien de contrats ne contiennent-ils pas la clause classique: «Arbitration in London»? Que l'on songe également à l'arbitrage spécialisé du monde de l'assurance et de la réassurance.

Un autre type d'arbitrage a pris un développement considérable dans les années de l'entre-deux guerres et surtout depuis la guerre 1939–1945: l'arbitrage institutionnel, c'est-à-dire l'arbitrage convenu par référence au mécanisme et au règlement d'une institution permanente. Le plus important est celui de la Chambre de Commerce Internationale qui est même plus qu'un arbitrage institutionnel, puisqu'on l'a justement désigné comme un *arbitrage administré*.

Ce type d'arbitrage présente les caractéristiques suivantes: il met à la disposition des parties un centre d'arbitrage assurant un mécanisme de désignation des arbitres et d'organisation de l'arbitrage qui se déroule selon le règlement édicté par l'institution. Dans le cas de l'arbitrage administré, on rencontre encore deux éléments importants: le contrôle du déroulement de l'arbitrage par l'institution, ainsi qu'un contrôle limité de la sentence. Nombreux sont aujourd'hui les centres d'arbitrage. Pour ne parler que de l'Europe, il faut citer, outre la CCI, la Chambre de Commerce de Zurich, la London Court of Arbitration, la Chambre de Commerce de Stockholm.

Le règlement d'arbitrage approuvé par l'Assemblée générale des Nations Unies du 15 décembre 1976 (Résolution 31/98), sur recommandation de sa Commission pour le droit commercial international (règlement CNUDCI/UNCITRAL) représente un cas particulier. Il s'agit d'une réglementation très détaillée du déroulement de l'arbitrage, applicable, comme dans l'arbitrage institutionnel, par le seul effet d'une référence dans la convention d'arbitrage, mais sans lien avec un centre d'arbitrage permanent. En d'autres termes, il s'agit d'un règlement purement conventionnel qui peut être utilisé dans un arbitrage *ad hoc* ou dans le cadre d'un arbitrage institutionnel. Si utile que soit le règlement CNUDCI/UNCITRAL, il ne dispense pas de la référence à un centre d'arbitrage dont l'intervention permettrait de sauver l'arbitrage. En effet, il ne prévoit qu'une seule intervention institutionnelle, celle du Secrétariat de la Cour Internationale de Justice en ce qui concerne la désignation des arbitres, lorsque les parties n'ont rien prévu à ce sujet. Il convient donc que les parties qui souscrivent la clause CNUDCI/UNCITRAL songent à désigner une institution chargée de ce rôle («appointing authority»). Il n'en demeure pas moins que la recommandation des Nations Unies a donné à ce règlement un prestige certain, surtout dans les pays du tiers monde.

Contrairement à ce que l'on pourrait penser, le fonctionnement de l'arbitrage institutionnel dans le cadre juridique fixé de manière plus ou moins stricte par les Etats ne donne pas lieu à des difficultés majeures.

III.

Pour terminer, examinons quelques-uns des problèmes qui se posent actuellement dans le déroulement même de l'arbitrage. Et tout d'abord, comment l'arbitre va-t-il décider? Selon le droit? Selon son sentiment?

La réponse est quasi universelle: l'arbitre prononce selon les règles du droit, à moins que les parties ne l'aient expressément autorisé à statuer comme amiable compositeur, en équité comme on le dit plus volontiers en droit suisse.

La solution n'est pas aussi simple qu'il ne paraît. Tout d'abord, comment l'arbitre va-t-il déterminer le droit applicable au litige dont il est saisi? Dans l'immense majorité des cas, ce litige a surgi à l'occasion d'un contrat dont l'interprétation ou l'exécution donne lieu à difficulté. En principe, il appartient aux parties de choisir, dans un contrat international, à quel système juridique elles entendent soumettre leur contrat. Toutefois, pour les raisons que nous allons voir dans un instant, les parties ne font pas toujours ce choix. Il appartient dès lors à l'arbitre de désigner le droit applicable, ce qui soulève la question préalable du choix de la règle de conflit (soit de droit international privé) qui permettra de déterminer le droit applicable.

C'est à ce moment du raisonnement que surgit une des questions fondamentales que pose l'arbitrage international. L'arbitre doit-il, à l'instar du juge ordinaire, déterminer le système de droit interne qui régira le litige, au risque de constater que ce droit est peu fait pour résoudre les problèmes propres à un contrat international? Peut-il au contraire, en l'absence d'un choix du droit applicable par les parties, trancher leur différend selon les principes juridiques généraux qui sont à la base du commerce international? Pour désigner ces principes généraux, on a forgé l'expression de *Lex mercatoria*. On entend par là un système de règles juridiques qui se dégagent de la pratique du commerce international et dont la formulation est en grande partie l'œuvre de l'arbitrage international dont les sentences sont de plus en plus souvent publiées, avec les réserves qu'impose le caractère confidentiel de l'arbitrage. Sous des formes diverses, parfois par référence aux principes communs aux législations nationales qui pourraient être applicables, il est indéniable que la *Lex mercatoria* joue un rôle d'une importance croissante dans la résolution par l'arbitrage des litiges du commerce international.

Ce phénomène est sans aucun doute facilité par la pratique très répandue de confier aux arbitres les pouvoirs d'amiables compositeurs. L'étendue de ces pouvoirs donne lieu à discussion. En particulier, l'arbitre amiable compositeur peut-il trancher le litige qui lui est soumis selon son sens de l'équité, sans aucune référence à des principes généraux? C'est en tout cas ce qu'admet le droit interne suisse. D'autres pays sont plus restrictifs. Quoi qu'il en soit, c'est un fait d'expérience que l'arbitre amiable compositeur, s'il se considère en général comme libéré de l'obligation de se référer à un système de droit positif, se garde de rendre une décision fondée sur de seules considérations d'équité. Il se réfère volontiers à des règles juridiques d'ordre général. En fait, il applique à sa manière une *Lex mercatoria*.

Il faut bien voir que la décision de recourir à l'arbitrage est bien souvent un moyen plus ou moins élégant d'échapper à une double difficulté. Tout d'abord, aucune des parties à un contrat international n'accepte facilement de soumettre un litige éventuel aux tribunaux de l'autre. Le pays d'accueil considère en général comme une atteinte à sa souveraineté ou à son prestige le fait de se soumettre à une juridiction étrangère. Il redoute au surplus que des

tribunaux étrangers n'aient tendance à favoriser une entreprise qui leur sera plus proche qu'un gouvernement. Le partenaire industriel éprouve pour sa part une certaine méfiance quant à la compétence et à l'indépendance des tribunaux du pays d'accueil, dont l'accès lui serait au surplus considérablement compliqué par la nécessité d'user d'une langue étrangère. Ces considérations conduisent bien souvent les deux parties à admettre le recours à l'arbitrage.

Le même type de questions se pose lorsqu'il s'agit de convenir du droit qui régira le contrat. Ici encore, l'Etat d'accueil insiste souvent pour qu'il s'agisse de son propre système juridique. Or, parfois, ce droit est d'un accès difficile, ne serait-ce que pour des questions de langue. De plus, il n'a pas toujours atteint le développement nécessaire pour résoudre les questions complexes que peut soulever un grand contrat international. Enfin, bien des partenaires redoutent de se soumettre à un droit que leur cocontractant étatique peut modifier à son gré, parfois, cela s'est vu, pour se soustraire aux obligations découlant du contrat lui-même. Ici encore, les parties admettent plus aisément de se soumettre à l'arbitrage, laissant aux arbitres la responsabilité de désigner les règles juridiques applicables à la solution du litige qui leur sera soumis. Bien souvent, les rédacteurs du contrat admettent d'échapper à l'application d'un droit national par le recours à une clause d'amiable composition ou encore par une référence aux principes généraux du droit.

Un second ordre de questions a trait à l'étendue des pouvoirs de l'arbitre. Nous touchons ici aux limites de l'arbitrage. A la différence du juge étatique, l'arbitre n'a d'autre autorité que celle que lui attribuent les parties et celle, assez limitée, que peut lui conférer le règlement du centre d'arbitrage ou, le cas échéant le droit du siège de l'arbitrage. La question de l'extension des pouvoirs de l'arbitre est au premier rang des préoccupations du monde de l'arbitrage. Cette extension peut reposer sur la convention des parties, dans le cas, encore bien rare aujourd'hui, où la clause arbitrale les a prévus. Mais elle peut aussi découler du règlement du centre d'arbitrage auquel les parties se sont référées. C'est ainsi que se pose la question de l'adaptation des contrats de longue durée. Le litige classique conduit à un arrêté de compte final entre les parties. Or, bien souvent, la question qui les divise ne peut pas être résolue d'une façon adéquate par la liquidation du contrat. Le vrai problème consiste à réadapter le contrat à la suite d'un changement de circonstances pour en assurer la poursuite. Il devient de plus en plus fréquent que les parties confèrent aux arbitres le pouvoir de réadapter leur contrat¹¹.

Dans tout conflit porté devant les juridictions ordinaires, le juge a le pouvoir d'ordonner des mesures immédiates, sans attendre le jugement au fond. En revanche, l'arbitre ne dispose en général pas de ce pouvoir. Certaines législations le disent expressément, ainsi le Concordat suisse qui le réserve au juge ordinaire même en cas d'arbitrage. Il est souhaitable que l'arbitre dispose de ce pouvoir qui lui permettra, par exemple, d'ordonner la poursuite des travaux nonobstant le litige ou, au contraire, d'autoriser la reprise du chantier par une nouvelle entreprise ou par le maître de l'ouvrage, à exiger des garanties de l'un ou de l'autre, etc. Des études importantes sur ce problème (le référé arbitral) sont en cours.

L'importance des contrats du commerce international a pour conséquence que leur exécution fait en général appel à une multitude d'entreprises: entrepreneur général, sous-traitants, fournisseurs, par exemple dans un contrat classique de travaux publics. Le financement du projet fait intervenir des banques, il entraîne l'émission de garanties diverses (garantie d'exécution, garantie de remboursement d'acomptes, etc.) et l'intervention d'organismes de garantie à l'exportation. Tout litige se répercutera donc nécessairement sur ceux

qui n'y sont pas partie. Certains en provoqueront d'autres : action récursoire de l'entrepreneur contre un sous-traitant, action parallèle du maître de l'ouvrage contre l'entrepreneur et contre la banque émettrice d'une garantie, pour ne citer que deux cas courants.

Les tribunaux ordinaires disposent des pouvoirs nécessaires pour contraindre un tiers à participer au procès ou pour joindre deux causes connexes. L'arbitre qui tire ses pouvoirs de la volonté des parties qui l'ont désigné ne dispose de cette faculté que si elle lui a été conférée par tous les intéressés, ce qui est rare. Ici encore, des études sont en cours pour trouver une réglementation de ce type de problèmes en matière d'arbitrage¹².

Un troisième ordre de problèmes très actuel dans notre domaine est celui de la renonciation à tout recours en matière d'arbitrage. Ainsi que nous l'avons rappelé, beaucoup de législations considèrent que la faculté de recourir contre une sentence arbitrale est d'ordre public, ce qui a pour conséquence que les parties ne peuvent pas y renoncer d'avance. Or bien souvent, ces recours n'ont pas d'autre but que de retarder l'exécution de la sentence. De plus et surtout le caractère contractuel de l'arbitrage ne devrait-il pas autoriser les parties à renoncer conventionnellement à leur droit de recours contre une sentence défavorable ? Déjà l'article 24 du règlement CCI dispose que « par la soumission de leur différend à l'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale, les parties s'engagent à exécuter sans délai la sentence à intervenir et renoncent à toutes voies de recours auxquelles elles peuvent renoncer. »

Le législateur anglais a autorisé, on l'a vu, les parties étrangères au Royaume Uni à renoncer à toutes possibilités de recours, sous certaines réserves et exceptions, il est vrai. La proposition a été faite dans l'avant-projet de loi fédérale de droit international privé d'introduire une même faculté dans l'arbitrage suisse. Le problème n'est pas simple. Les arguments pour ou contre cette solution sont nombreux.

Le dernier problème que je voudrais mentionner est à la limite du droit de l'arbitrage et du droit public, interne et international. Dans quelle mesure un Etat peut-il se soustraire à l'arbitrage ? La question est importante vu le rôle actuel des Etats dans le commerce international. Elle se pose à plusieurs stades de la vie du contrat. Il s'agit tout d'abord de savoir si l'Etat ou les entreprises qui en dépendent peuvent convenir d'une clause arbitrale. On sait par exemple que, dans la tradition du droit administratif français, l'Etat n'a pas le droit de compromettre. Cette règle se retrouve dans de nombreuses législations. Est-elle opposable dans un arbitrage international lorsque l'Etat a signé un contrat qui contient une clause arbitrale ? Il est en général admis que l'Etat qui a souscrit une clause arbitrale ou un compromis ne peut pas revenir sur son engagement en invoquant les règles de son propre droit interne. Il n'en reste pas moins que le problème resurgira le jour où le partenaire de l'Etat tentera d'obtenir l'exécution d'une sentence qui lui serait favorable. On a même vu un Etat, préoccupé du tour que prenait la procédure arbitrale dans laquelle il était engagé, modifier sa législation interne pour provoquer la disparition juridique de l'entreprise publique partie à l'arbitrage¹³.

Enfin, toujours dans le même domaine, dans quelle mesure un Etat peut-il se soustraire à l'exécution d'une sentence arbitrale qui lui est défavorable, en invoquant l'immunité d'exécution que lui reconnaît le droit international public ? Il s'agit d'un problème classique qui n'est d'ailleurs pas propre à l'arbitrage, puisqu'il se pose également à l'égard des jugements rendus par les tribunaux ordinaires. Je me bornerai à relever ici un de ses aspects liés à l'arbitrage. Les difficultés que pose l'exécution forcée sur son territoire d'une sentence

rendue contre un Etat incitant le partenaire à rechercher à l'exécuter dans d'autre pays, sur des biens propriété de cet Etat. En droit international, l'exécution n'est toutefois possible que sur des biens affectés à des fins économiques, par opposition aux biens destinés à l'exécution des tâches propres à l'Etat. Vu le rôle des Etats dans l'activité économique, il n'est pas impossible de trouver des biens entrant dans la première catégorie. Encore faut-il, en droit suisse en tout cas, que le lien de droit sur la base duquel la sentence a été rendue ait un rapport avec la Suisse¹⁴, ce qui restreint singulièrement les possibilités d'exécution.

IV.

L'arbitrage commercial international est ainsi un monde complexe et fascinant. Il ne faudrait pas toutefois que les problèmes et les difficultés relevés ici dissimulent deux faits essentiels: le rôle considérable de l'arbitrage commercial dans les contrats internationaux et le résultat satisfaisant de ce mode de résolution des difficultés nées de ces contrats. L'efficacité statistique de l'arbitrage international est certaine; les expériences de la Chambre de Commerce Internationale, pour ne parler que d'elle, sont là pour le démontrer.

Cette efficacité est particulièrement importante pour l'économie d'un pays comme la Suisse, axé sur l'exportation de biens et de services, mais qui ne dispose pas du poids diplomatique d'une grande puissance. Le recours à l'arbitrage représente pour l'économie suisse une sécurité incontestable, à laquelle elle est justement attachée.

¹ Citons, parmi d'autres, les sentences suivantes: Gouvernement d'Arabie Saoudite c. Arabian American Oil Company Ltd.; Sapphire International Petroleum Ltd. c. National Iranian Oil Company, et BP Exploration Company (Libya) c. Government of the Libyan Arab Republic.

² La question a été tranchée par la Cour suprême des Etats-Unis en faveur du Gouvernement américain (Dames & Moore v. Reagan, 2 juillet 1981).

³ Art. 3 de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (1958).

⁴ V. p. ex. les arrêts cités par le professeur Pierre Lalive dans le chapitre consacré à la Suisse dans le récent ouvrage *Le droit de l'arbitrage en Europe*, publié par la Chambre de commerce internationale (Paris, 1981).

⁵ Parmi les principaux auteurs qui défendent cette position, il faut citer le professeur Berthold Goldman (par exemple dans l'important chapitre qu'il a consacré à l'arbitrage dans le *Répertoire de droit international*, Dalloz, nos 189 ss.) et le professeur Philippe Fouchard, dans son ouvrage classique: *L'arbitrage commercial international* (Paris, 1965), p. 321 ss.

⁶ F. A. Mann, *Lex facit arbitrum*, Liber Amicorum for Martin Domke, New York, 1967, p. 157 ss.

⁷ Sur le nouveau droit anglais de l'arbitrage, v. Sir Michael Kerr, «The Arbitration Act, 1979», *The Modern Law Review*, 1980, p. 45 ss; Enid A. Marshall, «The Arbitration Act, 1979», *Journal of Business Law*, 1979, p. 241 ss.

⁸ V. p. ex. la jurisprudence commentée dans l'étude de J. F. Poudret, Cl. Reymond et A. Wurzbürger, «L'application du Concordat intercantonal sur l'arbitrage par le Tribunal cantonal vaudois (Dix ans de Jurisprudence)», *Journal des Tribunaux*, Lausanne, 1981, III^e partie, p. 65-128.

⁹ Décret du 12 mai 1981 (art. 1492 à 1507 du nouveau Code de procédure civile); v. Jean Robert; *L'arbitrage en matière internationale*, *Commentaire du Décret du 12.5.81*, Dalloz Sirey, 1981, p. 209-217.

¹⁰ V. p. ex. en droit suisse l'arrêt du Tribunal fédéral du 12.12.1975, Provenda S.A. c. Alimenta S.A., ATF 101 (1975) Ia p. 521 ss.

¹¹ v. le Règlement pour la régulation des relations contractuelles publié en 1978 par la Chambre de Commerce Internationale.

¹² *Multiparty Business Disputes*, publication de l'Institute of International Business Law and Practice (Institut du droit et des pratiques des affaires internationales), Paris, 1980.

¹³ v. l'arrêt du Tribunal fédéral du 5.5.1976: Société des Grands Travaux de Marseille c. Etat du Bangladesh, ATF 102 (1976) Ia p. 574 ss.

¹⁴ v. l'arrêt du Tribunal fédéral du 15.11.1978: Banque Centrale de Turquie (ATF 104 (1978) Ia 367 = JdT 1980 II 108), confirmé récemment dans une affaire concernant la République de Libye (Rép. de Libye c. Liamco, ATF 106 (1980) Ia 142).