L'ORDRE JURIDIQUE ARBITRAL : RÉALITÉ, UTILITÉ ET SPÉCIFICITÉ

——CONFÉRENCE COMMÉMORATIVE JOHN E.C. BRIERLEY——

*Emmanuel Gaillard**

L'ordre juridique arbitral existe-t-il ? S'il est perçu par les arbitres, souvent de manière intuitive mais très réelle, c'est qu'il existe. L'ordre juridique arbitral ne doit pas cependant être exclusivement conçu comme une représentation mentale du rôle des arbitres et de la source de leur pouvoir de juger. Il existe en tant que système de droit.

L'auteur propose trois visions structurantes de l'arbitrage susceptibles d'éclairer l'intégralité des questions relevant de la matière. L'ordre juridique arbitral est l'une de ces visions, celle qui conçoit l'arbitrage comme un phénomène transnational et s'attache à la forte convergence entre les ordres juridiques nationaux.

En premier lieu, l'auteur examine les critères distinctifs de l'ordre juridique arbitral et l'existence d'un tel ordre juridique du point de vue des arbitres. Il aborde en particulier le caractère complet d'un système de normes possédant tous les degrés d'impérativité, l'aptitude de l'ordre juridique arbitral à penser ses sources, ses sujets et ses organes, ainsi que son effectivité. Il aborde également les conséquences qui s'attachent à l'existence d'un ordre juridique arbitral, notamment en ce qui concerne des questions aussi importantes que celles de l'effet des *anti-suit injunctions* hostiles à l'arbitrage et des normes à impérativité renforcée.

En second lieu, l'auteur explore le point de vue des autres ordres juridiques sur l'ordre juridique arbitral. En particulier, la reconnaissance de l'ordre juridique arbitral par les ordres juridiques nationaux est illustrée par la mise en œuvre de notions telles que l'ordre public transnational, la faculté de renoncer à tout recours en annulation ou la reconnaissance des sentences annulées au siège. L'auteur aborde ensuite la question plus délicate des rapports entre l'ordre juridique arbitral et l'ordre juridique international.

Is there such a thing as an arbitral legal order? Because it is perceived by arbitrators—though in an intuitive, but no less real, manner—it can only be said to exist. The arbitral legal order is not, however, only a mental representation of the role of arbitrators and of the source of their power to adjudicate. It exists as a system of law.

The author proposes three structuring visions of arbitration that shed light on the entirety of issues arising in the field. The arbitral legal order is one such vision of arbitration that conceives arbitration as a transnational phenomenon and focuses on the strong convergence of national legal orders.

The author first examines the distinctive features of the arbitral legal order and the existence of such a legal order from the arbitrators' perspective. He discusses in particular the comprehensive nature of a system of norms that contain all degrees of obligatory force, the ability of the arbitral legal order to conceive its own sources, its subjects and organs, as well as its effectiveness. He also examines the consequences of the existence of the arbitral legal order, particularly in relation to issues as important as the effect given to anti-suit injunctions that are hostile to arbitration, and the effect given to mandatory rules.

The author then explores the arbitral legal order from the perspective of other legal orders. In particular, the implementation of notions such as transnational public policy, parties' freedom to waive actions to set aside the arbitral award, and the enforcement of awards set aside at the place of arbitration illustrate national legal orders' recognition of concepts truly pertaining to the arbitral legal order. The author then addresses the more delicate issue of the interaction between the arbitral legal order and the international legal order.

* Professeur de droit à l'Université Paris XII, responsable du groupe Arbitrage International de Shearman & Sterling LLP. Le présent article est tiré du texte de la Conférence commémorative John E.C. Brierly donnée le 24 septembre 2009 à la Faculté de droit de l'Université McGill à Montréal, à la demande des professeurs Fabien Gélinas et Frédéric Bachand.

© Emmanuel Gaillard 2010

Citation: (2010) 55 McGill L.J. 891 ~ Référence : (2010) 55 R.D. McGill 891

Introduction 893

I. **Réalité, utilité et spécificité de l'ordre juridique arbitral pour les arbitres du commerce international** 896

A. Critères distinctifs de l'ordre juridique arbitral 896

1. Caractère complet et cohérent de normes possédant tous les degrés d'impérativité 897
2. Aptitude à penser ses sources 898
3. Sujets et organes 898
4. Effectivité 899

B. Conséquences de l'existence de l'ordre juridique arbitral 900

1. Anti-suit injunctions 900
2. Normes à impérativité renforcée 901

II. **Réalité, utilité et spécificité de l'ordre juridique arbitral pour les autres ordres juridiques** 903

A. Pour les ordres juridiques étatiques 903

1. L'ordre public transnational 903
2. La faculté de renoncer à tout recours en annulation 904
3. La reconnaissance des sentences annulées au siège 905

B. Pour l'ordre juridique international 906

Introduction

C'est un exercice bien périlleux que celui qui consiste à tenter d'appréhender en quelques pages un sujet aussi complexe que celui de l'ordre juridique arbitral : réalité, utilité et spécificité.

La première difficulté que soulève ce sujet est tout simplement de savoir si l'ordre juridique arbitral existe. Beaucoup le nieront. Confronté à un tel défi, on pourrait être tenté d'apporter une réponse toute philosophique. Comme toujours en matière philosophique, tout l'art consiste dans le choix de la prémisse. Le désir de répondre par l'affirmative à la question posée peut ainsi conduire à faire une réponse à la Berkeley. S'il est vrai qu'« être, c'est être perçu »[1], on peut dire que l'ordre juridique arbitral existe parce qu'il est perçu, parce qu'il est appréhendé, de manière souvent intuitive, mais très réelle par des arbitres, pas forcément par tous les arbitres, mais par des arbitres. Certes, les arbitres ne se réfèreront que très rarement de manière expresse à une telle théorie. Les arbitres ne feront pas de la référence à l'ordre juridique arbitral une prémisse de leur raisonnement. En revanche, ils épouseront souvent ce que recouvre l'idée de l'ordre juridique arbitral, c'est-à-dire une manière de concevoir l'arbitrage et tout particulièrement l'origine de leur pouvoir de juger et leur rôle à l'égard des opérateurs du commerce international qui ont fait de l'arbitrage un mode commun de règlement des différends.

L'essentiel est de comprendre que l'on se trouve ici dans le monde des idées et que la notion de réalité ne peut se concevoir, dans ce contexte, que comme la réalité d'une idée. Tout comme la notion d'État ou celle d'ordre juridique étatique, qui ne sont pas inhérentes à l'organisation des sociétés, la notion d'ordre juridique arbitral n'est qu'une idée, une représentation mentale du rôle des arbitres et de la source de leur pouvoir de juger[2].

Ce n'est pas la seule manière d'appréhender le phénomène arbitral. Il existe, à notre sens, trois représentations, trois visions structurantes de l'arbitrage dont chacune est susceptible de répondre à, ou en tout cas, d'éclairer l'intégralité des questions du droit de l'arbitrage[3].

---

1 George Berkeley, *A Treatise Concerning the Principles of Human Knowlege*, Dublin, Jeremy Pepyat, 1710.

2 Sur la notion de réprésentation appliquée à l'arbitrage international, voir Emmanuel Gaillard, « The Representations of International Arbitration » (2010) 1 Journal of International Dispute Settlement 271.

3 Voir généralement Emmanuel Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008 [Gaillard, *Aspects philosophiques*] ; Emmanuel Gaillard, *Legal Theory of International Arbitration*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010.

La première représentation, la plus traditionnelle, qui a longtemps été dominante en Angleterre, est celle qui fait de l'arbitre un organe de l'ordre juridique du siège de l'arbitrage. Le siège est conçu comme un for et l'arbitre est institué par l'ordre juridique local : « je suis un arbitre siégeant en Angleterre, je me vis comme juge anglais ». Dans cette conception, l'arbitre n'est qu'une sorte de juge local. C'est F.A. Mann qui a le mieux conceptualisé cette représentation de l'arbitrage dans son fameux article « Lex Facit Arbitrum » de 1967[4].

La deuxième représentation opère par rapport à la précédente une complète inversion, pour ne pas dire une révolution copernicienne. Ce qui donne à la convention d'arbitrage puis à la sentence qui en découle sa juridicité, c'est le fait qu'un certain nombre de droits sont prêts, à certaines conditions, à reconnaître et à faire exécuter ce qui n'était jusqu'à ce moment qu'un processus privé. La convention d'arbitrage est un acte privé, la sentence est un acte privé, les institutions d'arbitrage commercial sont des organisations privées. C'est le contact ultime avec les ordres juridiques étatiques qui valide rétrospectivement le processus et lui confère sa juridicité. La meilleure description qui en a été faite est celle qu'Arthur von Mehren a donnée dans une conférence à Tel Aviv en 1986. Après avoir insisté sur le fait que l'arbitrage international contemporain est « *ambulatory in nature* », l'auteur indiquait :

> *[N]o sovereign enjoys an exclusive right to deal with the award and one or more sovereigns' denial of recognition or enforcement does not deprive the award of its legitimacy nor necessarily render it worthless.*
>
> *In the case of judicial proceedings, sovereignty is focussed; in the case of international commercial arbitrations, it is diffuse or distributed. As a result, unlike the judge, the arbitrator has no* lex fori [notes omises][5].

Il faut bien reconnaître, si l'on se préoccupe de la légitimité de la part des États à saisir le phénomène arbitral, qu'entre l'État qui prête ses hôtels ou ses centres de conférences pour qu'un arbitrage puisse s'y tenir et celui ou ceux qui permettent la saisie de comptes bancaires ou la vente forcée d'actifs pour assurer l'exécution de la sentence, ces derniers ont un titre plus fort que le précédent à dire ce qu'est un processus arbitral digne de sanction juridique[6].

---

4 F.A. Mann, « Lex Facit Arbitrum » dans Pieter Sanders, dir., *International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1967, 157.

5 Arthur Taylor von Mehren, *Limitations on Party Choice of the Governing Law: Do They Exist for International Commercial Arbitration?*, Tel Aviv, Tel Aviv University, 1986 aux pp. 19-20.

6 Voir Emmanuel Gaillard, « L'exécution des sentences annulées dans leur pays d'origine » J.D.I. 1998.645 à la p. 673.

Cette représentation peut être qualifiée de westphalienne par analogie avec l'ordre juridique du monde après le *Traité de Westphalie*, en ce qu'elle permet à chaque État de valider rétrospectivement le processus arbitral, indépendamment de ce que font les autres.

Du point de vue des États, cette deuxième représentation de l'arbitrage est assez satisfaisante. Elle consiste à inviter chacun d'entre eux à raisonner directement sur la matière brute qu'est la convention arbitrale, puis la sentence, plutôt que de se préoccuper de la manière dont un autre État, fût-il celui du siège, a traité le sujet. Du point de vue des arbitres, la difficulté est plus grande. Le ou les lieux d'exécution ne sont pas connus et peuvent eux-mêmes avoir des prétentions contradictoires. Pour les départager, l'arbitre, qui sait qu'un certain nombre d'États sont prêts, à certaines conditions, à reconnaître sa sentence, peut réagir de deux manières. Il peut se contenter de départager les prétentions contradictoires en déclarant l'une d'elles applicable. Il reste alors dans une représentation mentale westphalienne. Il peut au contraire se préoccuper du consensus qui tend à se dégager dans la communauté des États sur ce que constitue une convention d'arbitrage valable, un processus arbitral régulier et des normes susceptibles de régir, d'une manière adaptée au caractère international de la situation, le fond du litige. Ce consensus lui-même est une réalité. Lorsqu'il entre dans cette logique, l'arbitre devient sensible aux règles transnationales ou à l'idée d'un ordre juridique arbitral.

En un mot, la première représentation est portée par l'analogie avec le juge du siège de l'arbitrage ; la deuxième par une conscience aiguë de la diversité, si ce n'est de la dispersion, des ordres juridiques nationaux. La troisième repose au contraire sur l'idée qu'il existe entre les ordres juridiques nationaux de fortes convergences, invitant l'arbitre à faire prévaloir la norme largement acceptée sur celle qui relève du particularisme local. C'est dans le passage du pluriel au collectif que peut se comprendre l'évolution entre ces deux dernières représentations, la représentation westphalienne et celle de l'ordre juridique arbitral.

Le présent article consiste à se préoccuper exclusivement de la troisième représentation, sans oublier l'existence des deux autres, de façon à tenter de vérifier l'hypothèse selon laquelle, en tant que représentation, elle peut être considérée comme une réalité présentant une véritable utilité et pourvue d'une spécificité permettant de la distinguer des autres ordres juridiques. C'est ce que nous nous efforcerons de faire en nous plaçant successivement du point de vue des arbitres (I) et de celui des autres ordres juridiques susceptibles d'appréhender le phénomène arbitral (II).

I. Réalité, utilité et spécificité de l'ordre juridique arbitral pour les arbitres du commerce international

Des conséquences d'une importance pratique considérable sont susceptibles de découler du fait que les arbitres disposent, ou puissent concevoir de disposer, d'un ordre juridique arbitral. Avant d'examiner quelques-unes de ces conséquences, il y a lieu de tester l'hypothèse de l'ordre juridique arbitral au regard des caractéristiques habituelles d'un ordre juridique.

A. Critères distinctifs de l'ordre juridique arbitral

En l'absence de définition unanimement acceptée de ce qui constitue un ordre juridique, nous confronterons l'hypothèse de l'ordre juridique arbitral à ce qui nous paraît constituer les caractéristiques essentielles d'un ordre juridique.

Si un ordre juridique se définit comme :

- un ensemble structuré de normes revêtant tous les degrés d'impérativité et susceptibles de répondre à l'ensemble des questions relevant de la matière qu'il prétend régir ;
- capable de concevoir ses sources ;
- possédant des sujets et des organes susceptibles d'assurer la mise en œuvre des normes qu'il génère ; et
- satisfaisant à une condition minimale d'effectivité,

l'ordre juridique arbitral paraît bien présenter toutes les caractéristiques lui permettant de justifier d'une telle qualification[7].

---

[7] À notre sens, la qualification d'ordre juridique ne suppose pas satisfaite une condition supplémentaire de prévisibilité de la solution. Lorsque le droit de la République populaire de Chine contenait de nombreux textes susceptibles d'être opposés aux partenaires étrangers mais n'ayant fait l'objet d'aucune publication et présentés à ces partenaires comme secrets, il n'en demeurait pas moins justiciable de l'appellation d'« ordre juridique » (la première exigence de publication des mesures administratives, très partielle, résulte d'une loi du 21 avril 1987). Sur les sources du droit chinois contemporain, voir Peter Howard Corne, « Creation and Application of Law in the PRC » (2002) 50 Am. J. Comp. L. 369 à la p. 376. Il en va de même de tous les droits, encore nombreux dans le monde, dans lesquels la jurisprudence ne fait l'objet d'aucune publication systématique. Le fait qu'il soit opportun qu'un ordre juridique soit prévisible n'en fait pas une caractéristique relevant de son essence. On observera au demeurant que les règles transnationales dégagées par les arbitres sur le fondement d'analyses de droit comparé sont par définition plus prévisibles que celles d'un ordre juridique sélectionné par la méthode conflictuelle en fonction des hasards des rattachements puisqu'elles tendent précisément à écarter la règle particulariste au profit de celle qui fait l'objet d'une vaste acceptation de la communauté internationale. Sur cette

1. Caractère complet et cohérent de normes possédant tous les degrés d'impérativité

On a reproché à l'ordre juridique arbitral, ou à l'une de ses formes embryonnaires qu'était la méthode des règles transnationales, de manquer de consistance, d'être incomplet et contradictoire en ce qu'il contiendrait par exemple aussi bien la règle *pacta sunt servanda* que la théorie de l'imprévision, présentée comme son contraire.

En réalité, de telles contradictions n'existent que si l'on refuse de prendre en compte la dialectique du principe et de l'exception : la théorie de l'imprévision, pour autant que ses conditions restrictives soient satisfaites, n'est qu'une exception au principe de la force obligatoire des contrats. Les ordres juridiques nationaux connaissent eux-mêmes parfaitement ce type d'articulation.

C'est même l'une des preuves que, loin de se contenter de pieuses généralités telles que la bonne foi ou le respect des conventions, les règles de l'ordre juridique arbitral peuvent se développer à tous les degrés de généralité qu'un ordre juridique est appelé à couvrir. Du principe général de bonne foi découlent des règles plus précises : bonne foi dans l'interprétation des contrats, bonne foi dans l'exécution des contrats, interdiction de se contredire au détriment d'autrui, obligation de minimiser les pertes, en particulier. Pour peu que l'on accepte d'entrer dans la logique comparative des règles transnationales, celles-ci pourront fournir des réponses à des questions aussi précises que celle de savoir si une réclamation est prescrite ou s'il y a lieu d'assortir une condamnation à des intérêts simples ou composés. Si ces règles ne sont pas exposées dans les codifications multiples des principes transnationaux, au premier rang desquelles figurent les principes de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), la méthode comparatiste permettra de les dégager. Simplement, la règle particulariste, par exemple l'archaïque absence de reconnaissance par le droit français de l'obligation de minimiser les pertes, l'invalidation par le droit anglais de l'*agreement to agree* ou la prohibition indifférenciée des intermédiaires par le droit algérien antérieur à 1991, sera écartée au profit d'une règle faisant l'objet d'une acceptation plus générale dans la communauté internationale.

La méthode permet de dégager le consensus de la communauté des nations aussi bien sur des principes supplétifs que sur des règles qui traduisent des impératifs fondamentaux caractérisant les exigences de

---

question, voir Emmanuel Gaillard, « General Principles of Law—More Predictable After All? » N.Y.L.J. (6 décembre 2001) 3.

l'ordre public transnational. C'est, pour reprendre l'expression de Pierre Lalive, l'ordre public réellement international[8].

Les règles matérielles du commerce international d'origine transnationale peuvent ainsi être comprises comme un ensemble complet, structuré de normes, possédant tous les degrés d'impérativité que l'on trouve dans les ordres juridiques nationaux[9].

2. Aptitude à penser ses sources

L'aptitude de l'ordre juridique arbitral à penser ses sources se vérifie aussi bien dans son acception jusnaturaliste que dans sa veine positiviste. Il existe en effet deux courants d'inspirations très différentes dans la théorie de l'ordre juridique arbitral.

Pour ceux qui croient, comme naguère René David, à l'existence de valeurs morales intrinsèquement supérieures qui trouveraient dans l'arbitrage un mode privilégié d'expression, la source de l'ordre juridique arbitral se trouve dans rien moins que dans le droit naturel[10].

Pour ceux qui, comme l'auteur de ces lignes, sont de stricts positivistes, c'est la convergence des ordres juridiques nationaux qui, par l'acceptation qu'elle manifeste du phénomène arbitral, en légitime l'existence. En acceptant de confier, pour les parties qui l'ont voulu, le pouvoir de juger les différends du commerce international aux arbitres et de reconnaître le produit du processus arbitral qu'est la sentence, sans la contrôler au fond, la communauté des États a conféré à l'arbitrage international une réelle autonomie.

3. Sujets et organes

L'ordre juridique arbitral possède également ses sujets et ses organes. Les opérateurs du commerce international sont les destinataires des normes susceptibles d'être dégagées à partir de l'activité normative de la communauté des États par les arbitres, qui sont eux-mêmes devenus le juge naturel, sinon le juge de droit commun, du commerce international. Dire, comme on le fait couramment, que l'arbitrage est devenu le mode normal de règlement des différends des affaires internationales, c'est tendre à ériger l'arbitre en organe d'un ordre juridique propre aux transactions internationales.

---

8 Pierre Lalive, « Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration » dans Pieter Sanders, dir., *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, Deventer, Kluwer Law and Taxation, 1987, 257.

9 Voir Gaillard, *Aspects philosophiques*, *supra* note 3 à la p. 88.

10 René David, « Droit naturel et arbitrage » dans *Natural Law and World Law: Essays to Commemorate the Sixtieth Birthday of Kotaro Tanaka*, Tokyo, Yuhikaku, 1954, 19.

On observera au passage que cette considération répond également à la critique selon laquelle cette vision du commerce international reposerait sur des préoccupations exclusivement libérales, comme l'affirmait Lord Mustill[11]. Il est loin d'être certain que les opérateurs du commerce international, qui trouvent dans la dispersion des États et dans leur propre développement transnational une liberté d'action sans cesse plus grande, se réjouissent de l'idée qu'ils sont en réalité des sujets d'un ordre juridique transnational et que les arbitres, expression de cet ordre juridique transnational, puissent précisément ne pas s'en tenir à l'application pure et simple de l'effet obligatoire des conventions pour puiser dans l'activité normative des États les limites à l'action de ces sujets du droit propre aux transactions internationales.

4. Effectivité

L'effectivité de l'ordre juridique arbitral est, pour sa part, difficilement contestable. Si l'on considère que 90% des sentences arbitrales font l'objet d'une exécution spontanée et que, peu ou prou, 90% des 10% restants se voient maintenues ou assorties d'une exécution forcée par les juridictions étatiques appelées à en connaître[12], on mesure à quel point l'ordre juridique arbitral n'a rien à envier, en termes d'effectivité, aux ordres juridiques nationaux. Le fait que le recours à la force publique demeure le monopole des États n'enlève rien à cette constatation. La thèse qui nierait l'effectivité de l'ordre juridique arbitral au motif qu'il serait réduit à emprunter aux États le concours de la force publique en cas de défaillance dans l'exécution de la sentence n'aurait pas plus de sens que celle qui prétendrait qu'une obligation n'a aucun caractère juridique dans tous les cas dans lesquels le débiteur n'attend pas de voir ses biens saisis en justice pour s'acquitter de sa dette. De la même manière, nul ne songe à contester la réalité de l'ordre juridique international, qui emprunte lui-même le concours des États pour la mise en œuvre de sanctions en cas de défaillance de l'un d'eux dans l'exécution de ses obligations internationales, que ce soit des mesures d'ordre diplomatique ou économique, ou des mesures impliquant l'emploi de la force armée en cas de menace contre la paix et la sécurité internationales[13].

---

11 Rt. Hon. Lord Justice Mustill, « The New *Lex Mercatoria*: The First Twenty-five Years » dans Dr. Maarten Bos et Ian Brownlie, dir., *Liber Amicorum for the Rt. Hon. Lord Wilberforce*, Oxford, Clarendon Press, 1987, 149 à la p. 181.

12 Sur l'effectivité des sentences arbitrales, voir par ex. PriceWaterhouseCoopers et Queen Mary University of London, « International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices 2008 » à la p. 2, en ligne : PriceWaterhouseCoopers <http://www.pwc.co.uk>.

13 Voir le Chapitre VII de la *Charte des Nations Unies* (26 juin 1945, R.T. Can. 1945 nº 7) relatif à l'action du Conseil de Sécurité en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression.

On aurait tort de croire que le fait de dégager de cette manière les caractéristiques essentielles de l'ordre juridique arbitral, ce qui tend à justifier de sa réalité, relève de la seule spéculation intellectuelle. Des conséquences d'une importance pratique capitale sont au contraire susceptibles d'en découler, ainsi que nous proposons à présent de le montrer, ce qui n'est qu'une autre façon de répondre à la question de l'utilité.

B. Conséquences de l'existence de l'ordre juridique arbitral

C'est parce qu'il peut légitimement se concevoir comme l'organe d'un ordre juridique autonome que l'arbitre est susceptible d'exercer sa fonction sans s'estimer lié par les règles ou par les décisions appartenant à un ordre juridique étatique donné lorsque ces règles ou décisions entrent en contradiction avec celles qui résultent, dans la logique de l'ordre juridique arbitral, de la convergence de l'activité normative des États. Deux exemples permettent de le montrer.

1. *Anti-suit injunctions*

Le premier est celui des *anti-suit injunctions* hostiles à l'arbitrage dont on a observé la prolifération au cours des dix dernières années. Le phénomène est connu. Il consiste, pour une partie peu désireuse de voir l'arbitrage se dérouler, à porter l'argumentation selon laquelle la convention d'arbitrage serait nulle ou selon laquelle, pour toute autre raison, le tribunal arbitral ne pourrait pas accomplir sa mission, non devant le tribunal arbitral lui-même en application du principe de compétence-compétence, mais devant un juge étatique, généralement celui de sa propre nationalité, en l'invitant à faire interdiction aux parties, voire aux arbitres, de poursuivre la procédure arbitrale sous peine de sanctions.

L'arbitre qui conçoit sa mission par analogie avec celle du juge de l'État du siège de l'arbitrage n'aura d'autre choix que de se soumettre à de telles injonctions, aussi peu fondées soient-elles. L'arbitre qui conçoit sa mission comme celle de départager sur chaque sujet les lois en présence par application d'une règle de conflit pourra, de la même manière, être conduit à donner effet à une injonction peu légitime pour peu qu'elle émane d'un juge appliquant la loi qu'il a fait prévaloir en fonction des hasards des rattachements. Dans la troisième représentation de l'arbitrage, l'arbitre qui se conçoit comme l'organe de la communauté internationale et non comme celui d'un État donné, fût-il celui du siège, est au contraire libre de se prononcer directement sur le bien-fondé des raisons avancées, pour faire échec à l'arbitrage, par la partie qui se prévaut de l'*anti-suit injunction*.

Ainsi, dans une affaire *Petrobangla*, un tribunal arbitral composé de Messieurs Werner Melis, Riccardo Luzzatto et Ian Brownlie, bien que

siégeant au Bangladesh, a décidé de ne pas tenir compte de l'injonction qui lui avait été faite par les juridictions locales de ne pas poursuivre l'arbitrage au motif qu'il avait commis un « *misconduct* » en refusant une mesure d'instruction sollicitée par la société nationale bengalaise dans l'affaire[14]. La même solution a été retenue dans des circonstances analogues dans les affaires *Himpurna c. Indonésie*[15] en 1999 et *Salini c. Éthiopie* en 2001[16].

Un deuxième exemple peut être tiré de la manière dont les arbitres traitent les normes à impérativité renforcée.

2. Normes à impérativité renforcée

Parce qu'ils ne sont pas les organes d'un ordre juridique national déterminé, les arbitres sont généralement très réticents à donner effet à des normes à impérativité renforcée autres que celles de la loi choisie par les parties, qu'elles revêtent la qualification de lois de police, de lois d'application nécessaire ou de toute autre appellation destinée à marquer l'importance de la règle pour l'État l'ayant édictée.

Ainsi, par exemple, dans l'affaire CCI n° 6379 de 1990, un tribunal arbitral a refusé d'appliquer les dispositions de la loi de police belge du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée à l'encontre de la loi italienne stipulée applicable par les parties. Pour justifier sa décision, le tribunal observe notamment que « [d]ans un arbitrage international, le tribunal arbitral ne constitue pas une institution d'un système étatique »[17] et rappelle la

---

14 Affaire CCI n° 7934, inédite, décrite dans la décision sur la compétence et les mesures provisoires rendue le 21 mars 2007. Voir *Saipem S.p.A. v. Bangladesh* (2007), 22:4 International Arbitration Report B-1 à la p. B-4 (International Centre for Settlement of Investment Disputes).

15 *Interim award of 26 September 1999 and final award of 16 October 1999*, (2000) 25 Y.B. Comm. Arb. 109 à la p. 178.

16 *Salini Costruttori S.P.A. (Italy) v. Federal Democratic Republic of Ethiopia, Addis Ababa Water and Sewerage Authority (Ethiopia)* (2001), (International Chamber of Commerce), reproduite dans Emmanuel Gaillard, dir., *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration, IAI Series on International Arbitration No. 2*, Huntington (NY), Juris, 2005, 227 [*Salini c. Éthiopie*]. Pour une présentation de la décision et un commentaire, voir Antonio Crivellaro, « International Arbitrators and Courts of the Seat—Who Defers to Whom? » (2003) 21 ASA Bulletin 60 ; M. Scherer, « The Place or 'Seat' of Arbitration (Possibility, and/or Sometimes Necessity of its Transfer?)—Some Remarks on the Award in ICC Arbitration n° 10'623 » (2003) 21 ASA Bulletin 112.

17 Affaire n° 6379 (1990), (1996) 7:1 ICC International Court of Arbitration Bulletin 83 à la p. 85 (International Chamber of Commerce).

formule de Giuseppe Sperduti selon laquelle « une loi d'application nécessaire n'a ce caractère que dans son ordre juridique d'origine »[18].

À l'inverse, les arbitres auront toujours à cœur de faire respecter, même à l'encontre de la *lex contractus*, les dispositions considérées comme douées d'une valeur impérative absolue par la communauté des États. Selon l'excellente formule de l'article 2 de la Résolution adoptée à St-Jacques-de-Compostelle par l'Institut de Droit international en 1989, « [e]n aucun cas un arbitre ne doit méconnaître les principes d'ordre public international sur lesquels un large consensus s'est formé dans la communauté internationale »[19]. La résolution était applicable aux contrats d'État mais elle vaut, très exactement de la même manière, en droit commun de l'arbitrage.

L'observation de la jurisprudence arbitrale montre que, dans la très grande majorité des cas, l'arbitre confronté à des dispositions à impérativité renforcée fait toujours prévaloir les exigences de l'ordre public réellement international sur celles des lois de police. Il ne suffit pas qu'un État déclare avoir une volonté forte d'appliquer une norme quelconque pour que l'arbitre ait à cœur de faire respecter cette disposition. Il faut qu'elle corresponde, de manière plus fondamentale, à des valeurs très généralement partagées dans la communauté internationale pour que l'arbitre se sente tenu d'en assurer le respect. Parce qu'il se comprend comme tenant ses pouvoirs de la communauté internationale davantage que d'un État déterminé, l'arbitre intervient comme le garant du respect de l'ordre public transnational ou réellement international. Il sanctionnera la corruption, écartera toute règle reposant sur une discrimination raciale ou religieuse, mais n'aura cure de la loi belge sur les concessions de vente exclusive ou de la loi algérienne antérieure à 1991 sur la prohibition absolue des intermédiaires dès lors qu'elles n'appartiennent pas à la loi choisie par les parties.

Cette attitude ne repose pas, comme on l'a parfois avancé, sur la seule perception par les arbitres d'une règle morale qu'ils auraient tout loisir d'« appliquer *en tant que telle* »[20], mais, dans la perspective positiviste qui est la nôtre, sur la large condamnation à un moment donné de certains comportements par la communauté des États.

Il ne paraît guère contestable, lorsqu'on observe la pratique arbitrale et spécialement sa réalité au-delà même de ce que les arbitres peuvent en

---

18 Guiseppe Sperduti, « Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public » Rev. crit. dr. int. privé 1977.257 à la p. 265.

19 Institut de Droit international, « L'arbitrage entre États, entreprises d'État ou entités étatiques et entreprises étrangères » Ann. inst. dr. int. 1990.II.325 à la p. 327.

20 Pierre Mayer, « La règle morale dans l'arbitrage international » dans *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, 379 à la p. 393.

dire dans leurs sentences, que très souvent les arbitres comprennent leur rôle de manière transnationale. Reste à savoir si ce qui est vrai pour les arbitres et les parties qui mettent en œuvre le processus arbitral l'est également pour les autres ordres juridiques.

II. Réalité, utilité et spécificité de l'ordre juridique arbitral pour les autres ordres juridiques

La reconnaissance et, le cas échéant, l'articulation de l'ordre juridique arbitral avec les autres ordres juridiques, qu'il s'agisse de celui désormais classique des États ou de celui plus récemment affirmé du droit international, soulèvent des questions aussi délicates que rarement explorées.

A. Pour les ordres juridiques étatiques

Pour les ordres juridiques étatiques, la question essentielle est la reconnaissance de l'idée d'un ordre juridique arbitral. Aussi paradoxal que cela puisse paraître, un certain nombre d'ordres juridiques étatiques ont opéré de sérieuses avancées dans ce domaine. Ces avancées concernent des questions aussi diverses que l'ordre public transnational, la faculté de renoncer à tout recours en annulation ou la reconnaissance des sentences annulées au siège.

1. L'ordre public transnational

Le premier exemple tient à la reconnaissance, par les ordres juridiques étatiques eux-mêmes, de l'existence d'un ordre public transnational. Dès 1990, la jurisprudence française a évoqué l'existence d'un ordre public « d'essence véritablement internationale et d'application universelle »[21]. En 1993, elle fait référence à « l'éthique des affaires internationales telle que conçue par la plus grande partie des Etats de la communauté internationale »[22]. La jurisprudence suisse a également rendu un hommage appuyé à la notion d'« ordre public transnational ». Dans sa célèbre décision *Westland* de 1994, le Tribunal fédéral a estimé

---

21 C.A. 1re Paris, 25 mai 1990, *Fougerolle S.A. c. Procofrance S.A.*, Rev. crit. dr. int. privé 1990.753 à la p. 756 (note Bruno Oppetit). La cour en a déduit qu'aucun principe ne dépendant d'un tel ordre public ne pouvait autoriser l'arbitre à ouvrir une voie de recours exclue par la loi de procédure applicable à l'arbitrage selon la volonté commune des parties (*ibid.*).

22 C.A. 1re Paris, 30 septembre 1993, *Société European Gas Turbines SA c. société Westman International Ltd.*, Rev. arb. 1994.359 à la p. 367 (note Dominique Bureau) ; C.A. 1re Paris, 30 septembre 1993, *Soc. European Gas Turbines SA c. Soc. Westman International Ltd.*, Rev. crit. dr. int. privé 1994.349 à la p. 356 (note Vincent Heuzé) ; Jean-Claude Dubarry et Eric Loquin, « Tribunaux de commerce et arbitrage » Rev. trim. dr. com. 1994.Chron.697 aux pp. 703-705.

que le contrôle exercé en Suisse sur une sentence devait porter sur l'« ordre public transnational ou universel incluant "les principes fondamentaux du droit qui s'imposent sans égard aux liens du litige avec un pays déterminé" »[23].

Il est vrai qu'en se référant à l'ordre public réellement universel, la jurisprudence nationale ne fait que reprendre à son compte ces valeurs pour en assurer le respect au titre de la conception locale de l'ordre public international. Il n'empêche que, pour le Tribunal fédéral suisse, l'une des composantes essentielles de l'ordre juridique arbitral qu'est l'ordre public transnational, conçu comme dégagé de tout lien avec un ordre juridique étatique donné, est une réalité.

2. La faculté de renoncer à tout recours en annulation

Un deuxième exemple de détachement de la sentence de l'ordre juridique du siège, sinon de rattachement à un ordre juridique tiers, se retrouve dans tous les droits qui permettent aux parties de renoncer à tout recours en annulation de la sentence devant les juridictions du siège dès lors que les parties n'ont aucun lien avec cet État. La solution a été consacrée par le législateur en Suisse[24], en Tunisie[25], en Belgique[26], en Suède[27], au Pérou[28] et au Panama[29], ce dernier État ayant même supprimé la condition qu'aucune partie ne soit nationale ou résidente du Panama dès lors que la sentence ne trouve pas à y être exécutée.

Pour toutes ces lois, l'arbitrage ne puise pas sa juridicité dans l'ordre juridique du siège, qui ne peut plus dès lors être qualifié d'ordre juridique d'origine.

---

23 Suisse, Tribunal fédéral, 19 avril 1994, *Émirats arabes unis c. Westland Helicopters Ltd.*, BGE 120 II 155 à la p. 168.

24 *Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)*, RO 1988, 1776, art. 192, al. 1 :

> Si deux parties n'ont ni domicile, ni résidence habituelle, ni établissement en Suisse, elles peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou un accord écrit ultérieur, exclure tout recours contre les sentences du tribunal arbitral; elles peuvent aussi n'exclure le recours que pour l'un ou l'autre des motifs [de recours en annulation] énumérés à l'art. 190, al. 2.

25 *Code de l'arbitrage*, Journal officiel de la République Tunisienne nº 33, 4 mai 1993, 580, art. 78(6).

26 *Code judiciaire belge*, art. 1717, al. 4, dans sa rédaction du 19 mai 1998.

27 *Loi suédoise sur l'arbitrage*, SFS 1999, 116, art. 51.

28 Pérou, *Loi générale sur l'arbitrage du 3 janvier 1996*, art. 126, reproduite dans Rev. arb. 2005.861 à la p. 876.

29 Panama, *Décret-loi nº 5 du 8 juillet 1999*, art. 36, reproduit dans Rev. arb. 2005.823 à la p. 837 (établissant le régime général d'arbitrage, de conciliation et de médiation).

On constate ainsi que, par petites touches, les ordres juridiques étatiques abandonnent progressivement l'idée selon laquelle une sentence puiserait nécessairement sa source dans l'ordre juridique du siège, conçu comme un for, voire dans un ordre juridique étatique quelconque, pour se rapprocher de celle qui admet l'existence d'un ordre juridique arbitral.

3. La reconnaissance des sentences annulées au siège

Le troisième exemple, très caractéristique, est celui de la reconnaissance des sentences annulées dans l'ordre juridique du siège. On sait que la solution est constante en droit français depuis l'arrêt rendu par la Cour de cassation dans l'affaire *Norsolor* en 1984[30]. Sa justification théorique est également très claire.

Dans un premier temps, la Cour de cassation et la Cour d'appel de Paris ont retenu une justification purement négative en condamnant la thèse qui consistait à puiser la juridicité de la sentence dans l'ordre juridique du siège, que certains se plaisent à appeler l'ordre juridique « d'origine ». Elles ont affirmé à de multiples reprises que la sentence « n'est pas intégrée dans l'ordre juridique [de l'État du siège] de sorte que son éventuelle annulation par le juge du siège ne porte pas atteinte à son existence en empêchant sa reconnaissance et son exécution dans d'autres ordres juridiques nationaux »[31].

Dans un deuxième temps, la jurisprudence française est allée plus loin en reconnaissant à l'arbitre, de manière positive, la qualité de « juge international ». Dans l'arrêt *Putrabali* du 29 juin 2007, la Cour de cassation affirme ainsi que la « sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées »[32]. La for-

---

30 Cass. civ. 1re, 9 octobre 1984, *Société Pabalk Ticaret Sirketi c. société Norsolor*, Rev. arb. 1985.431 (note Berthold Goldman).

31 C.A. 1re Paris, 10 juin 2004, *Société Bargues Agro Industrie c. société Young Pecan Company*, Rev. arb. 2006.154 à la p. 155.

32 Cass. civ. 1re, 29 juin 2007, *Société PT Putrabali Adyamulia c. Société Rena Holding et Société Moguntia Est Epices*, Rev. arb. 2007.507 (note Emmanuel Gaillard), confirmant C.A. 1re Paris, 31 mars 2005, Rev. arb. 2006.665. Voir aussi Thomas Clay, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges » D. 2006.Pan.3026 à la p. 3035 ; Thomas Clay, note sous Cass. civ. 1re, 29 juin 2007, *Société Putrabali*, J.D.I. 2007.1236 ; Matthieu de Boisséson, note sous Cass. civ. 1re, 29 juin 2007, Petites Affiches 2007.20 ; Jean-Pierre Ancel, « L'arbitrage : une juridiction internationale autonome » Revue de Jurisprudence de Droit des affaires 2007.883 ; Philippe Pinsolle, « The Status of Vacated Awards in France: The Cour de Cassation Decision in *Putrabali* » (2008) 24 Arb. Int'l 277 ; Philippe Pinsolle, « L'ordre juridique arbitral et la qualification de la sentence arbitrale de décision de justice internationale : à propos de l'arrêt *Putrabali* du 29 juin 2007 » Gaz. Pal. 2007. 6e sem.Doctr.3690 à la p. 3691.

mule sera aussitôt reprise à son compte par la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *Société ivoirienne de raffinage c. société Teekay Shipping Norway AS* le 31 janvier 2008[33].

Pour la Cour de cassation française, l'existence d'un ordre juridique arbitral autonome est une réalité[34], la sentence étant considérée comme une décision de justice internationale au même titre que peut l'être la décision d'une juridiction permanente créée par la communauté internationale.

B. Pour l'ordre juridique international

La question de l'articulation de l'ordre juridique arbitral et du droit international est peut-être la plus délicate de toutes. On identifie aisément les raisons pour lesquelles le droit international, en tant qu'ordre juridique, et l'ordre juridique arbitral, pour autant qu'on accepte l'hypothèse, peuvent connaître certaines frictions ou avoir certaines difficultés à trouver les voies d'une coexistence paisible. Le droit international, théorisé en tant qu'ordre juridique autonome, est une construction relativement récente, même si on parle désormais en siècles. Celle de l'ordre juridique arbitral l'est plus encore.

S'agissant de deux concurrents des ordres juridiques nationaux, partageant certaines aspirations et certaines méthodes, ils peuvent à leur tour entrer en concurrence, cette fois entre eux. La tentation sera d'autant plus forte que le droit international et le droit de l'arbitrage ont aujourd'hui un territoire commun, celui de la protection des investisse-

---

33 C.A. 1re Paris, 31 janvier 2008, *Société ivoirienne de raffinage c. société Teekay Shipping Norway AS* à la p. 5 :

> Mais considérant que, quelle que soit la compétence de la cour d'appel d'Abidjan pour connaître d'un recours dirigé contre une sentence rendue sous les auspices du règlement d'arbitrage de la CCTA qui, ainsi que le soulignent les intimés, prévoit la procédure et les conditions pour en contester la validité devant cette même Cour, la sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, comme celle rendue dans le contexte du traité dé l'OHADA, eèt une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées, que l'article 1502 du nouveau code de procédure civile n'envisageant pas comme cause de refus d'exécution, l'annulation de la sentence à l'étranger, la décision à intervenir de la juridiction ivoirienne étant sans effet en France, la demande de sursis à statuer est rejetée.

34 Voir Dominique Hascher, « The Review of Arbitral Awards by Domestic Courts—France » dans Emmanuel Gaillard, dir., *The Review of International Arbitral Awards, IAI Series on International Arbitration No. 6*, Huntington (NY), Juris, 2010, 97. Dominiqué Hascher reconnaît expressément l'adoption par la juridprudence française de « la réprésentation qui suppose l'existence d'un ordre juridique arbitral ».

ments internationaux, qu'elle soit ou non fondée sur un traité[35]. Certains pourront s'interroger sur l'utilité d'élaborer une construction théorique autour de la notion d'ordre juridique arbitral alors que le droit international est tout désigné pour jouer le même rôle.

L'aspiration à dépasser les ordres juridiques nationaux pour se préoccuper des intérêts de la communauté internationale prise en tant que telle est commune. Les méthodes sont en partie communes. S'agissant des principes généraux du droit de l'article 38 du *Statut de la Cour internationale de Justice*[36], les privatistes observeront du reste que, s'ils empruntent aujourd'hui à cette notion pour dégager les règles transnationales du droit du commerce international, il s'agit en réalité d'un simple échange de bons procédés, les principes généraux de l'article 38 ayant eux-mêmes largement puisé dans le droit privé des États.

En réalité, la perception d'une telle concurrence entre l'ordre juridique international et l'ordre juridique arbitral n'a rien de nécessaire. L'existence d'acteurs communs (spécialement les États) et de territoires communs (le droit des investissements fondé sur les traités de protection des investissements) ne fait nullement obstacle à ce que chacune de ces constructions théoriques développe ses effets dans un domaine d'application propre. Les relations privées relevant des transactions internationales (y compris celles qui impliquent l'État agissant en tant que commerçant ou en tant que contrepartie d'un investisseur opérant sur son territoire) ont le même besoin que les relations entre États d'être appréhendées par une vision dépassant la perspective de chaque droit interne ou se contentant de constater la dispersion des solutions des ordres juridiques nationaux. Plutôt que dans une logique de concurrence, l'ordre juridique arbitral et l'ordre juridique international devraient pouvoir s'articuler dans une logique de complémentarité.

L'acceptation de l'hypothèse de l'ordre juridique arbitral n'enlève rien à la réalité et à l'utilité du droit international. Celui-ci fournit simplement un modèle sur lequel peut être construite une représentation structurée du règlement des différends s'élevant dans les relations privées ou transnationales de la communauté internationale.

---

[35] Sur les limites que certains auteurs souhaiteraient assigner à l'assimilation entre l'arbitrage commercial et l'arbitrage en matière d'investissements en tant qu'ils relèvent d'une même matière, l'arbitrage international, voir Alain Prujiner, « L'arbitrage unilatéral : un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel ? » Rev. arb. 2005.63.

[36] Annexe à la *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 nº 7.