MÉLANGES OFFERTS

À

CLAUDE REYMOND

LIBER AMICORUM
CLAUDE REYMOND

AUTOUR DE L'ARBITRAGE

LexisNexis™
Litec

Éditions du Juris-Classeur
141, rue de Javel - 75015 Paris

L'INTERFÉRENCE DES JURIDICTIONS DU SIÈGE DANS LE DÉROULEMENT DE L'ARBITRAGE

Emmanuel GAILLARD

Professeur à l'Université de Paris XII,
Associé, Shearman & Sterling, Paris

1. – En 1983, un tribunal arbitral présidé par Claude Reymond jugeait [1] que l'État Belge ne pouvait s'affranchir d'une convention d'arbitrage qu'il avait librement souscrite en invoquant les dispositions de son propre droit subordonnant la validité du recours à l'arbitrage par l'État à l'existence d'un traité l'y autorisant [2]. Il se fondait pour cela sur la convention de Genève du 21 avril 1961 [3] mais également sur le principe interdisant de se contredire au détriment d'autrui, sur la jurisprudence *Galakis* des juridictions françaises [4], et semblait suggérer une règle matérielle du droit de l'arbitrage international selon laquelle un État est lié par les conventions d'arbitrage librement conclues indépendamment des dispositions de son droit national. Au-delà de la diversité des motifs invoqués, cette solution a fait l'objet depuis d'une jurisprudence arbitrale constante [5] et a été consacrée à

---

1. Sentence du 18 novembre 1983, *Benteler* c/ *État belge*, rendue par MM. C. Reymond, président, K.-H. Böckstiegel et M. Franchimont, arbitres : *Rev. arb.*, 1989.339, note D. HASCHER ; *Journal des Tribunaux*, 1984.230. V. également le commentaire de J. PAULSSON, *May a state invoke its internal law to repudiate consent to international commercial arbitratione ? – Reflections on the Benteler* v. *Belgium Preliminary Award*, 2 *Arb. Int'l* 90 (1986).
2. Art. 1676, al. 2, du Code judiciaire. Ce texte a ultérieurement été réformé par la loi du 19 mai 1998, v. B. HANOTIAU et G. BLOCK, *La loi du 19 mai 1998 modifiant la législation belge relative à l'arbitrage : Bull. ASA*, 1998.528 ; G. HORSMANS, *La loi belge du 19 mai 1998 sur l'arbitrage : Rev. arb.*, 1999, p. 475, spéc. p. 490. Sur l'existence de dispositions analogues dans d'autres droits de tradition civiliste, v. Cl. REYMOND, *Souveraineté de l'État et participation à l'arbitrage : Rev. arb.*, 1985, p. 517, spéc. p. 527.
3. Art. II, paragraphe 1er.
4. Cass. civ., 2 mai 1966, *Galakis : JDI*, 1966, p. 648, note P. LEVEL ; *Rev. crit. DIP*, 1967, p. 553, note B. GOLDMAN. *Adde* Paris, 17 déc. 1991, *Gatoil : Rev. arb.*, 1993, p. 281, note H. SYNVET. – Paris, 13 juin 1996, *KFTCIC* c/ *Icori Estero : JDI*, 1997, p. 151, note E. LOQUIN ; *Rev. arb.* 1997, p. 251, note E. GAILLARD.
5. Décrite *in* P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec 1996, n° 547 et s.

© Éditions du Juris-Classeur

l'article 177 paragraphe 2 de la loi suisse de droit international privé [6] notamment [7].

2. – Depuis lors, le contentieux des contrats d'État a évolué. Les États et les sociétés contrôlées par les États participent davantage que par le passé aux procédures arbitrales, parfois comme demandeurs, et, de ce fait, les résultats sont plus équilibrés qu'ils ne pouvaient l'être lorsque les États faisaient systématiquement défaut, quitte à se trouver confrontés, plus tard, à une sentence excessive. À l'inverse, ceux qui s'efforcent de faire obstacle au déroulement de l'arbitrage ne se contentent plus d'invoquer les dispositions restrictives de leur propre droit d'abord devant les arbitres, puis pour s'opposer à l'exécution de la sentence. Ils s'appuient de plus en plus fréquemment sur leurs juridictions nationales pour faire juger, à titre préventif, que l'arbitrage ne peut avoir lieu ou qu'il doit s'arrêter, le cas échéant sous peine, pour les parties et les arbitres, d'encourir des sanctions attachées au *contempt of court*.

3. – Lorsque le siège de l'arbitrage est situé dans un État tiers, ce type d'interdiction n'a généralement qu'un effet limité. Il n'empêche pas l'arbitrage de se dérouler normalement et ne peut que contribuer à voir l'État dont les juridictions prennent une telle position refuser de reconnaître ultérieurement la sentence. C'est là en réalité un risque qui existe en toute hypothèse et l'anticipation réalisée par la partie étatique dans le rejet de l'arbitrage et de la sentence à intervenir ne modifie guère l'équilibre des positions des parties. Tout au plus, l'injonction tendant à interdire à l'arbitrage de se dérouler peut-elle avoir une incidence sur la position de certains arbitres, en fonction de leur nationalité ou des biens qu'ils sont susceptibles de posséder dans l'État en cause. Ainsi a-t-on vu, dans une affaire CIRDI, un arbitre possédant certains intérêts au Pakistan, démissionner du tribunal arbitral à la suite de l'injonction faite à la partie demanderesse par les juridictions de cet État de renoncer à former une demande d'arbitrage devant le Centre pour voir sanctionner la violation par l'État des obligations résultant d'un traité bilatéral de protection des investissements [8]. Aussi est-ce de façon très sage

---

6. Pour un commentaire, v. spéc. P. LALIVE, J.-F. POUDRET, C. REYMOND, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, 1989, p. 311 et s.

7. Bien que ces auteurs nient l'existence d'un principe général de l'arbitrage international en ce sens, l'excellente analyse de droit comparé conduite par J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, éd. 2002, n° 228-236, fait très bien apparaître qu'au-delà de la diversité des motifs retenus par les décisions des juridictions nationales qui se sont prononcées sur ce sujet, la solution qui consiste à rejeter systématiquement l'argumentation du plaideur – l'État ou son co-contractant – qui invoque l'existence d'une législation restrictive pour tenter de se soustraire à une convention d'arbitrage qu'il a librement consentie fait l'objet d'une application d'une constance remarquable.

8. La décision prise par la Cour suprême du Pakistan d'interdire aux parties de poursuivre l'arbitrage a elle-même donné lieu à une décision du tribunal arbitral constitué sous l'égide du CIRDI tendant à en contrarier les effets. Ces deux mesures sont décrites par Rafaqat Ali, « ICSID Asks Government Not to Pursue Case Against SGS », *The Dawn*, Nov. 11, 2002, et par M. LAU, *Note on* Société Générale de Surveillance SA *v.* Pakistan, *through Secretary, Ministry of Finance : Arb. Int'l* 179.

© Éditions du Juris-Classeur

que le CIRDI, par hypothèse compétent pour connaître des contrats d'État, restreint, sauf accord contraire des parties, la possibilité pour ceux-ci – comme, du reste, pour l'investisseur étranger – de désigner leurs propres nationaux comme membres du tribunal arbitral [9]. Quoi qu'il en soit, les incidents de ce type, s'ils sont de nature à perturber quelque peu le cours de l'arbitrage, ne sont pas susceptibles de l'empêcher définitivement de se dérouler. Dans les États de *common law*, les *anti-suit injunctions* s'opposeront aux *anti-anti-suit injunctions*, chaque ordre juridique ayant la prétention d'interdire à l'autre de faire prévaloir sa conception de ce que requiert une conception juste de l'arbitrage international. Il demeure cependant loisible aux arbitres d'ignorer ces décisions qui ne développeront leurs effets, de manière il est vrai particulièrement perverse, que dans l'ordre juridique auxquelles appartiennent les juridictions qui les prennent [10].

4. – La question se pose en des termes très différents lorsque le siège de l'arbitrage a été fixé dans l'État partie au litige. Dans une telle situation, il est plus difficile pour les arbitres de s'affranchir de la décision prise par les juridictions locales, même s'ils l'estiment partiale ou mal fondée. En pratique, il leur est nécessaire, pour conduire les audiences ou pour délibérer, de se réunir matériellement dans l'État dont les juridictions leur interdisent de le faire. Il n'en va autrement que lorsque les parties, directement ou par référence au règlement d'arbitrage applicable, leur ont donné la liberté de se réunir en tout autre lieu, sans déplacer le siège juridique de l'arbitrage [11]. En droit, ils savent que leur sentence pourra faire l'objet d'un recours en annulation devant les juridictions du siège, dont la compétence est généralement reconnue pour prononcer l'annulation éventuelle de la sentence [12]. Si une juridiction locale, parfois la plus haute juridiction du pays, leur interdit de

9. V. l'article 39 de la Convention de Washington et l'article 1(3) du Règlement d'arbitrage. Pour un commentaire, v. C. SCHREUER, *The ICSID Convention – A Commentary*, 2001, p. 502 et s.

10. Pour un exemple très caractéristique de prétentions antagonistes – et également illégitimes – des juridictions indonésiennes et des juridictions américaines à l'égard d'une sentence rendue en Suisse, v. l'affaire *KBC c/ Pertamina, In the Matter of an Arbitration Between Karaha Bodas Company L.L.C.* v. *Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, Civil Action n° H 01-0634 S.D. Texas, Houston Div., 17 *Mealey's Int'l Arb. Rep.* E1 (June 2002); pour un commentaire, v. E. GAILLARD, « *The Misuse of Anti-Suit Injunctions* », *N.Y.L.J.*, Aug. 1, 2002. La décision a été infirmée en appel par un arrêt de la United States Court of Appeals for the Fifth Circuit du 18 juin 2003, entre les mêmes parties, n° 02-20550, inédit.

11. V. par ex., art. 14, al. 2 et 3 du Règlement d'arbitrage de la CCI de 1998; art. 16.2 du Règlement d'arbitrage de la LCIA de 1998; art. 13.2 du Règlement d'arbitrage international de l'AAA de 1997 et art. 16 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Pour un exemple de déplacement du lieu de tenue des audiences à la suite de la décision des juridictions du siège d'interdire le déroulement de l'arbitrage sous peine d'astreinte, v. les ordonnances de procédure des 11 août et 7 septembre 1999 rendues dans les affaires *Himpurna California Energy Ltd. c/ Indonésie* et *Patuha Power Ltd. c/ Indonésie* (v. sentence partielle du 26 septembre 1999, XXV *Yearbook Com. Arb.* 109 (2000); v. également les sentences définitives des 16 octobre 1999, 15 *Mealey's Int'l Arb. Rep.* A1 et B1 (Feb. 2000)). La décision a été validée par les juridictions néerlandaises du lieu où les audiences se sont effectivement tenues : décision du président du tribunal de première instance de La Haye, 21 septembre 1999, XXV *Yearbook Com. Arb.* 469 (2000), spéc. p. 473-4.

12. V. par ex. l'art. V(1)(e) de la Convention de New York de 1958.

© Éditions du Juris-Classeur

siéger, le fait de rendre une sentence peut leur paraître un exercice vain, voire contraire à leur obligation, consacrée par certains règlements, de rendre une sentence effective [13]. La question ne se pose pas seulement dans le contexte de contrats opposant un État ou une société contrôlée par un État à une partie privée mais c'est dans cette situation qu'elle présente la plus grande acuité, l'État n'ayant pas seulement un avantage psychologique à agir devant les juridictions dont il est responsable au regard du droit international et à l'égard desquelles l'argument d'autorité qu'il est susceptible de développer est le plus fort.

5. – Il arrivera cependant que l'appréciation par les arbitres des exigences de justice ainsi que des devoirs qu'ils ont contractés à l'égard des parties à la convention d'arbitrage les conduisent à estimer nécessaire de prononcer une sentence, quitte à ce que celle-ci soit ultérieurement annulée par les juridictions du siège et que chaque ordre juridique dans lequel la reconnaissance ou l'exécution de la sentence pourrait être demandée en soit réduit à se prononcer sur le sort qu'il convient de réserver à cette décision au regard de sa propre conception d'une sentence arbitrale valable. On le voit, la question est intimement liée à celle, désormais plus classique, du sort qu'il convient de réserver, dans les États tiers, aux sentences annulées au siège de l'arbitrage. Elle se situe en amont de celle-ci, dans l'hypothèse où l'une des parties, sans attendre la sentence pour tenter de la faire annuler par les juridictions locales, saisit par anticipation ces dernières pour voir interdire aux arbitres d'aller jusqu'à prononcer la sentence. Compte tenu de ces liens, il y a fort à penser qu'elle sera au moins aussi controversée que celle de la reconnaissance des sentences annulées au siège et qu'elle reproduira les mêmes clivages doctrinaux [14].

6. – L'auteur de ces lignes ne surprendra sans doute personne en prenant lui-même résolument parti, tant pour des raisons fondamentales tenant à la conception même que l'on peut se faire de la source des pouvoirs des arbitres (I) que pour des raisons de politique juridique (II), en faveur de la solution qui consiste à permettre aux arbitres de rendre une sentence arbitrale sur le fond en dépit de l'interdiction qui leur en est faite par les juridictions du siège, et, dans certains cas, commandés par les exigences d'un ordre public réellement international, à l'exiger d'eux.

---

13. V. par ex., art. 35 du Règlement d'arbitrage de la CCI de 1998 (art. 26 du Règlement précédent) et art. 32.2 du Règlement d'arbitrage de la LCIA de 1998.

14. V. spéc., au sein d'une littérature abondante, en faveur de la reconnaissance des sentences annulées au siège, P. FOUCHARD, *La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine : Rev. arb.*, 1997, p. 329. – E. GAILLARD, *L'exécution des sentences annulées dans leur pays d'origine : JDI*, 1998, p. 645. – J. PAULSSON, *L'exécution des sentences arbitrales en dépit d'une annulation en fonction d'un critère local (ACL) : Bull. CCI* 1998, n° 1, p. 14. – P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *op. cit.*, n° 1595 ; et, en sens contraire, A.J. VAN DEN BERG, *L'exécution d'une sentence arbitrale en dépit de son annulation* : *Bull. CCI* 1998, n° 2, p. 15. – E. SCHWARTZ, *A Comment on Chromalloy – Hilmarton, à l'américaine*, *J. Int'l Arb.* 125 (June 1997). – J.-F. POUDRET, *Quelle solution pour en finir avec l'arrêt Hilmarton ? Réponse à Philippe Fouchard* : *Rev. arb.*, 1998, p. 7 ; J.-F. POUDRET, S. BESSON, *op. cit.*, spéc. n° 1013. – H. GHARAVI, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award*, 2002.

© Éditions du Juris-Classeur

I. LA CONCEPTION TRANSNATIONALE DES POUVOIRS DES ARBITRES DU COMMERCE INTERNATIONAL CONDUIT À LEUR PERMETTRE DE PRONONCER UNE SENTENCE EN DÉPIT DE L'INTERDICTION DES JURIDICTIONS DU SIÈGE

7. – Parmi les questions qui divisent la doctrine contemporaine en matière d'arbitrage international, l'une des plus fondamentales et des plus révélatrices de la philosophie que l'on se fait de l'institution est celle de la source des pouvoirs des arbitres.

Une première conception, localisatrice, voit la source des pouvoirs des arbitres dans l'ordre juridique de l'État dans lequel l'arbitrage est organisé. Les arbitres sont habilités à rendre, sur le fondement d'un acte purement privé, la convention d'arbitrage, une décision privée, la sentence arbitrale, qui s'impose aux parties, parce que le droit de l'État du siège de l'arbitrage les y autorise. C'est cet ordre juridique qui donne à leur décision une force obligatoire. Le reste n'est plus que coopération interétatique. Dans cette perspective, l'analogie avec les juridictions étatiques est très forte. Sans être véritablement, comme celles-ci, un organe de l'ordre juridique du siège, les arbitres y sont assimilés. Le siège est alors conçu comme l'équivalent d'un for. À tout le moins, la notion de *lex arbitri* définie à partir du critère du siège constitue-t-elle le pendant de celle de *lex fori*. D'importantes conséquences en découlent, au premier rang desquelles la validité de la sentence. Cette manière d'appréhender le droit de l'arbitrage demeure très forte dans la pensée juridique anglaise. Systématisée d'abord par Francis Mann [15] puis, plus récemment, par le professeur Roy Goode [16], elle a trouvé par exemple une expression vigoureuse sous la plume du regretté Michael Kerr dans l'arrêt *Bank Mellat c/ Helliniki Techniki SA : « Despite suggestions to the contrary by some learned writers under other systems, our jurisprudence does not recognise the concept of arbitral procedures floating in the transnational firmament, unconnected with any municipal system of law »* [17]. D'autres auteurs, de tradition juridique différente, la défendent avec la même conviction. Dans la doctrine allemande, elle a fait l'objet d'une étude systématique du professeur Otto Sandrock [18] en réaction à la conception transnationale représentée dans la doctrine française. La conception localisatrice constitue également l'un des postulats philosophiques essentiels qui sous-tendent la pensée, particulièrement puissante, d'auteurs tels que Jean-François Poudret et Sébastien Besson dont le récent traité de *Droit comparé de l'arbitrage international* ne pourra manquer d'influencer la réflexion juridique en la matière. Évoquant la notion de « loi

15. F.-A. MANN, *Lex facit arbitrum :* in *International Arbitration, Liber Amicorum for Martin Domke*, 1967, p. 157.
16. R. GOODE, *The Role of the* Lex Loci Arbitri *in International Commercial Arbitration*, 17 *Arb. Int'l* 19 (2001).
17. [1984] 1 *QB* 291, spéc. p. 301.
18. O. SANDROCK, « Neue Lehren zur Internationalen Schiedsgerichtsbarkeit und das klassische Internationale Privat- und Prozeß recht », *in Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag*, 2001, p. 661 et la traduction anglaise, « To continue nationalizing or to de-nationalize? That's the question now in international arbitration », 12 *Am. Rev. Int'l Arb.* (2001).

© Éditions du Juris-Classeur

d'arbitrage », ces auteurs admettent d'emblée que : « *Sans entrer dans une controverse philosophique, nous estimons que la volonté des parties repose nécessairement sur un ordre juridique "de base" dans lequel elle puise sa validité. La loi d'arbitrage constitue le fondement (Grundnorm) de l'efficacité de la convention d'arbitrage. À notre avis, elle constitue même l'un des deux seuls fondements possibles avec le droit international public.* [19] »

À cette conception, s'oppose une seconde, délocalisatrice ou transnationale, qui voit la source des pouvoirs des arbitres dans l'ensemble des droits qui se déclarent prêts à reconnaître la sentence à certaines conditions qu'ils déterminent. Le fait que la Convention de New York de 1958, pour ne citer qu'elle, ait été aussi largement ratifiée, donne à cette reconnaissance une assise très large et plus homogène qu'on pourrait le penser sur le fondement d'une simple analyse de droit comparé. Dans cette optique, sans être éliminé complètement, le droit du siège de l'arbitrage n'est plus qu'un droit parmi d'autres. Il ne s'agit plus de la source exclusive des pouvoirs des arbitres. Tous les droits ont une vocation égale à se prononcer sur la validité de la sentence. Ceux du ou des lieux éventuels d'exécution n'ont pas moins de titre à le faire que celui du lieu du déroulement matériel de l'arbitrage. Une autre manière d'exprimer la même idée est de dire que « les arbitres n'ont pas de for » ou, ce qui revient au même, que leur for est le monde, non un État déterminé, fût-il celui du siège. Cette conception de l'arbitrage international est depuis longtemps dominante dans la pensée juridique française [20] et se trouve fortement représentée en Suisse [21]. Dès 1963, Berthold Goldman affirmait qu'« *à moins de s'en tenir à la référence rationnellement injustifiable au système de rattachement du siège arbitral* [...], *toute recherche d'un système de rattachement correspondant à la nature de l'arbitrage international débouche sur l'inéluctable nécessité d'un système autonome, et non national* » [22]. Certains auteurs américains ont également accueilli et soutenu cette vision de l'arbitrage [23]. Il semble qu'elle ait récemment progressé dans le monde de *common law*, probablement sous l'influence de la loi-type de la CNUDCI, ainsi que le laisse entendre par exemple une sentence récente rendue à Singapour par un tribunal arbitral présidé par un arbitre australien et exclusivement composé de juristes de *common law*. Après s'être longuement interrogé sur le rôle du siège dans

19. J.-F. POUDRET, S. BESSON, *op. cit.*, n° 112.
20. Comme l'a très bien fait observer le professeur Otto Sandrock, cette conception constitue le postulat philosophique de P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *op. cit. Adde* B. GOLDMAN, *La volonté des parties et le rôle dans l'arbitrage international : Rev. arb.*, 1981, p. 469, spéc. p. 471. – E. LOQUIN, *Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international : JDI*, 1983, p. 293, spéc. pp. 298 et s. V. également E. GAILLARD, *Trente ans de* Lex Mercatoria – *Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit : JDI*, 1995, p. 5.
21. V. par ex. P. LALIVE, *Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse : Rev. arb.*, 1976, 155.
22. « Les conflits de lois en matière d'arbitrage international de droit privé », *in Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1963, t. 109, vol. II, p. 351, spéc. p. 379-80.
23. V. spéc. A. TAYLOR VON MEHREN, *To what Extent Is International Commercial Arbitration Autonomous ? :* in *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à Berthold Goldman*, 1982, p. 217.

© Éditions du Juris-Classeur

la détermination de la loi applicable au fond, en opposant la conception traditionnelle anglaise à celle, plus internationaliste, défendue par une partie de la doctrine, le tribunal arbitral, en rupture avec la tradition anglaise qu'il cite [24], conclut à la liberté de l'arbitre de ne pas appliquer les règles de conflit du for [25].

Ces deux conceptions s'opposent, du point de vue de la méthode, en ce qu'elles appréhendent le même phénomène tantôt par son point de départ, tantôt par son point d'arrivée. L'une contemple le déroulement chronologique de l'arbitrage et postule que les arbitres ne peuvent accomplir leur mission que s'ils sont autorisés à le faire par un droit. L'autre part du résultat auquel aboutit le processus, le prononcé d'une sentence s'imposant aux parties. C'est la reconnaissance ultérieure de cette sentence qui valide rétrospectivement le processus. Cette inversion commande tout le raisonnement. L'opposition des points de vue est d'autant plus forte qu'il s'agit moins ici de vérité scientifique que de croyances, l'essentiel résultant de la conception même que l'on peut retenir de l'arbitrage international.

8. – Pour théorique qu'elle paraisse, cette opposition emporte des conséquences concrètes d'une extrême importance. Les tenants de la première conception auront tendance à inviter les arbitres à appliquer, sauf convention contraire des parties, les règles de procédure locales, à raisonner en termes de conflits de lois sur l'existence et la validité de la convention d'arbitrage, à appliquer les règles de conflit du siège pour déterminer la loi applicable au fond du litige et à considérer qu'une sentence annulée au siège n'existe plus et qu'elle ne peut donc être reconnue ailleurs. Les partisans de la seconde auront plus volontiers recours à des règles de procédure propres à l'arbitrage international, à raisonner sur la convention d'arbitrage en termes de règles matérielles, à s'affranchir des règles de conflit du siège dans la détermination de la loi applicable au fond et à permettre à chaque système de droit de se déterminer sur les conditions de reconnaissance et d'exécution d'une sentence sans s'arrêter à l'appréciation qui aura pu en être faite par les juridictions du siège [26].

S'agissant de la question de savoir si des arbitres peuvent, dans certaines circonstances, refuser de s'incliner devant les décisions des juridictions locales, la philosophie retenue de l'arbitrage commande, là encore, la réponse.

Si l'arbitre tient ses pouvoirs exclusivement de l'ordre juridique du siège, une décision prise par un organe de cet ordre juridique s'impose à lui. Si l'on admet au contraire que chaque ordre juridique susceptible d'avoir à se préoccuper de la valeur de la sentence, notamment aux fins de son exécution, concourt à la détermination de sa force obligatoire sans être automatiquement lié par les conclusions

---

24. V. *supra*, note 17.
25. Sentence rendue en 2002 dans l'affaire CCI n° 11 264 : « *An arbitral tribunal is not bound to apply the choice of law rules which a judge would apply but has a much broader discretion.* » Pour banale qu'elle puisse paraître dans la tradition civiliste, l'affirmation marque une rupture certaine avec la logique classique de *common law*.
26. Pour une analyse systématique des conséquences de chacun des points de vue adoptés, v. dans une perspective localisatrice, O. Sandrock, articles précités, *supra*, note 18, et dans une perspective transnationale, Fouchard, Gaillard, Goldman *On International Commercial Arbitration*, 1999.

© Éditions du Juris-Classeur

des juridictions d'un autre État, l'arbitre jouit d'une plus grande liberté. Dans cette perspective, il tient d'abord ses pouvoirs de la convention d'arbitrage. Ses premiers devoirs sont donc à l'égard des parties elles-mêmes. S'il estime la convention d'arbitrage valable et les objections invoquées pour lui demander de surseoir à statuer ou de s'abstenir de juger infondées, il est tenu, à l'égard des parties, de poursuivre la procédure et de rendre une décision, comme les parties l'avaient initialement envisagé. Sans la sanction d'un droit, cette décision n'aura certes pas valeur de sentence mais si ce droit peut être un droit autre que celui du siège, l'arbitre doit aux parties de se prononcer, précisément pour laisser à chaque ordre juridique éventuellement concerné le soin de dire s'il reconnaît en cet acte une sentence digne d'être protégée et reconnue en tant que telle [27].

La cohérence de cette solution avec celle qui permet à un État de reconnaître, le cas échéant, une sentence annulée au siège n'est pas seulement pratique. Elle tient à la conception même de l'arbitrage et de l'articulation des compétences des divers systèmes juridiques à l'égard des conventions d'arbitrage et, au-delà, des décisions des arbitres. D'autres considérations, qui relèvent de politique juridique plus que de philosophie de l'arbitrage, nous paraissent renforcer le bien-fondé de cette position.

II. DES CONSIDÉRATIONS DE POLITIQUE JURIDIQUE INVITENT LES ARBITRES À PRONONCER UNE SENTENCE EN DÉPIT DE L'INTERDICTION DES JURIDICTIONS DU SIÈGE

9. – Deux séries de considérations viennent renforcer la conclusion selon laquelle les arbitres qui s'estiment saisis sur le fondement d'une convention d'arbitrage valable doivent aux parties de rendre, dans toute la mesure du possible, une décision en dépit de l'interdiction qui leur en est faite dans l'État du siège, quitte à ce que chaque ordre juridique soit ultérieurement appelé à se prononcer sur le sort qu'il convient de réserver à cette décision. La première est propre aux contrats d'État et la seconde tient aux titres respectifs de l'État du lieu d'organisation matérielle de l'arbitrage et de celui du lieu d'exécution de la sentence à régir la matière.

10. – Les contrats d'État sont, en pratique, ceux à l'occasion desquels la question de l'incidence d'une décision des juridictions du siège sur le déroulement de l'arbitrage risque de se poser le plus souvent. Plus qu'une partie privée, un État ou une société contrôlée par un État peuvent être tentés de recourir à leurs propres juridictions pour obtenir un avantage tactique dans l'arbitrage se déroulant sur leur territoire. De fait, les premières affaires dans lesquelles la question s'est posée

27. En cela, la conception transnationale de l'arbitrage ne revient pas à accepter l'idée d'un « arbitrage sans loi » ou sans « ordre juridique de base ». Pas plus que toute autre convention, la convention d'arbitrage n'existe pas sans la sanction d'un (ou de plusieurs) ordre(s) juridique(s) étatique(s). La question est seulement de savoir s'il s'agit nécessairement de l'ordre juridique du siège de l'arbitrage.

© Éditions du Juris-Classeur

concernaient des contentieux impliquant des États ou des sociétés nationales. Tel était le cas dans l'affaire CCI n° 7 934 qui opposait une société italienne à une société nationale du Bangladesh dans un arbitrage se déroulant à Dhaka. Par ordonnance de procédure du 30 avril 2001, le tribunal arbitral a décidé de poursuivre l'arbitrage en dépit de la décision prise par les juridictions locales de le révoquer. Pour ce faire, le tribunal s'est fondé sur sa propre appréciation des conditions dans lesquelles les arbitres pouvaient être récusés qui relevaient, selon eux, de la compétence de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI et non de celle des juridictions étatiques [28]. Tel était également le cas dans l'affaire CCI n° 10 623 qui opposait une société européenne à une entité étatique d'un État africain dans un arbitrage se déroulant dans cet État. La plus haute juridiction du pays ayant conclu, à la demande de la partie défenderesse à l'arbitrage, que l'instance arbitrale devait être suspendue au motif qu'en exerçant les pouvoirs que leur reconnaissait l'acte de mission d'organiser une audience ailleurs qu'au siège de l'arbitrage, les arbitres avaient fait preuve de partialité, le tribunal arbitral a dû statuer sur la question de savoir si cette injonction s'imposait à lui. Là encore, c'est sur le fondement de sa propre appréciation du motif de suspension invoqué que le tribunal arbitral a estimé être tenu à l'égard des parties d'une obligation de poursuivre la procédure [29].

Dans de telles situations, la justification théorique du devoir des arbitres de rendre une décision, indépendamment de son sort ultérieur, se double de la considération qu'il serait particulièrement choquant qu'un État, pour son compte ou celui d'entreprises qu'il contrôle, puisse s'abriter derrière les décisions de ses propres organes pour rendre inopérante une convention d'arbitrage librement consentie en matière internationale. La justification est ici très voisine de celle qui fonde la jurisprudence, tant arbitrale qu'étatique, refusant de permettre qu'un État puisse invoquer sa propre loi pour contester la validité de la convention d'arbitrage [30]. Ce qui est vrai de la loi de l'État concerné ne peut que l'être des décisions de ses organes. En d'autres termes, qu'il s'agisse de règles ou de décisions, un État ne devrait pas être admis à se prévaloir des normes de son propre droit pour s'affranchir, à sa discrétion, d'une convention d'arbitrage librement consentie [31]. Telle nous paraît devoir être, compte tenu des pratiques judiciaires contemporaines, la formulation renouvelée d'un principe qui mérite assurément d'être reconnu comme une règle matérielle du commerce international [32]. Cela ne signifie pas naturellement qu'une convention d'arbitrage ne puisse jamais être critiquée. Le principe n'est pas celui du caractère indestructible de la convention

28. Décision inédite, citée dans la sentence rendue le 7 décembre 2001 dans l'affaire *CCI* n° 10 623, n° 175 : *Bull. ASA*, 2003, 59.
29. Sentence du 7 décembre 2001 sur la demande de suspension et la compétence du tribunal arbitral, rendue dans l'affaire CCI n° 10 623, préc. Une transaction est ensuite intervenue sur le fond.
30. V. *supra*, note 1.
31. Sur la distinction des règles et des décisions, V. P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, 1973.
32. Sur les réserves, il est vrai très nuancées, de J.-F. POUDRET et S. BESSON, v. *supra*, note 7.

© Éditions du Juris-Classeur

d'arbitrage. Comme toute convention, celle-ci peut être entachée d'une cause de nullité, avoir été arrachée par la force, surprise par dol ; elle peut être arrivée à son terme ou avoir été résiliée par les parties elles-mêmes ; la matière couverte peut ne pas être arbitrable, pour ne prendre que quelques exemples [33]. Qu'ils raisonnent en termes conflictualistes ou en termes de règles transnationales [34], les arbitres, comme les juridictions étatiques ayant à connaître du sort de la sentence, ne devraient pas pour autant s'en remettre à la décision de tiers, fussent-ils les juridictions du siège de l'arbitrage, pour répondre à ces questions. Il appartient aux arbitres, puis aux juridictions étatiques de chaque ordre juridique susceptible d'être concerné, de donner à ces questions la réponse qui leur paraît la plus appropriée compte tenu des normes applicables et des circonstances de l'espèce. À l'inverse, le fait de reconnaître une primauté automatique aux décisions des juridictions du siège dans ce domaine ne pourrait qu'inciter la partie étatique à abuser de sa position dominante lorsque l'arbitrage se déroule sur son territoire. L'argument d'ordre « pédagogique » parfois avancé au soutien de cette solution selon lequel il ne serait pas malsain de montrer aux parties l'importance des choix qu'elles réalisent, notamment celui du siège, en donnant une portée internationale aux décisions des juridictions locales [35] n'est en réalité ni très réaliste, ni très conforme aux préoccupations d'équité. Dans la mesure où aucune considération théorique n'impose cette conclusion de manière incontestable, bien au contraire [36], la thèse permettant à chaque ordre juridique de se déterminer indépendamment des autres paraît davantage de nature à satisfaire aux exigences de justice internationale que celle qui consiste à abandonner les parties à la discrétion des juridictions d'un seul État au motif qu'il s'agit de celui du siège.

11. – La considération des titres respectifs de l'État du siège de l'arbitrage et de celui du ou des lieux d'exécution de la sentence à intervenir à faire prévaloir sa conception des conséquences devant découler de la conclusion d'une convention d'arbitrage invite à conclure dans le même sens.

La question de la reconnaissance éventuelle, dans d'autres États, de sentences annulées au siège de l'arbitrage avait déjà conduit à s'interroger sur les titres respectifs de l'État du siège et de celui du lieu d'exécution. Dès lors que l'on accepte de faire abstraction des considérations antropomorphistes portant sur l'impossibilité logique qu'il y aurait à reconnaître ce qui n'existe pas – ce qui consiste en réalité à postuler ce qu'il faut démontrer, c'est-à-dire qu'une sentence annulée au siège ne peut être tenue pour valable ailleurs, comme un mariage polygamique ou un divorce unilatéral peuvent l'être en dépit de leur annulation ou de

33. Sur l'hypothèse, évoquée en droit anglais, de *frustration* de la convention d'arbitrage, v. l'affaire *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik* v. *South India Shipping Corporation Ltd.*, [1981] 1 *Lloyd's Rep.* 253 et M. MUSTILL, S. BOYD, *Commercial Arbitration – 2001 Companion Volume to the Second Edition*, 2001, p. 54-56.

34. Sur la question, V. P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *op. cit.*, n° 420 et s.

35. V. par ex., à propos de la reconnaissance des décisions annulées au siège, E. SCHWARTZ, « A Comment on Chromalloy – Hilmarton, à l'américaine », *J. Int'l Arb.* 125 (June 1997).

36. V. *supra*, I.

© Éditions du Juris-Classeur

la constatation de leur inexistence dans un autre État –, c'est bien en ces termes que se pose le problème de la reconnaissance des sentences annulées au siège. Ce rattachement est-il suffisamment fort pour que, par définition, les conclusions auxquelles parviennent les juridictions du siège s'imposent nécessairement dans tous les autres États susceptibles d'être concernés par la sentence, au premier rang desquels figurent naturellement ceux du ou des lieux d'exécution ? La même interrogation s'applique aux décisions prises par les juridictions du siège, avant le prononcé de la sentence, sur l'existence et la validité de la convention d'arbitrage, l'arbitrabilité du différend, la partialité ou l'aptitude à juger des arbitres notamment. Le seul fait qu'elles émanent des juridictions du siège de l'arbitrage mérite-t-il de leur conférer, à tout le moins à titre de principe, une portée internationale, les juridictions des autres États devant s'incliner devant les constatations opérées par les juges de ce seul ordre juridique, sauf à les écarter à leur tour pour violation des critères de reconnaissance des jugements étrangers, au premier rang desquels figurera naturellement la violation de la conception locale de l'ordre public international ?

On a déjà pu constater que, dans des contentieux âprement disputés, les tribunaux d'autres États pouvaient être tentés d'émettre des prétentions concurrentes. Ainsi verra-t-on par exemple les juridictions qui prétendent, à tort ou à raison, être celles de l'État dont la procédure gouverne le déroulement de l'arbitrage, parfois au seul motif que leur loi est celle qui a été choisie par les parties pour régir le fond du litige, se reconnaître compétence pour se prononcer sur la validité de la convention d'arbitrage, sur l'aptitude des arbitres à juger ou sur la validité de la sentence s'étant prononcée sur ces questions. Il est à craindre que ce type de contentieux ne fasse que se développer dans les années à venir. Les juridictions d'un État tiers, du lieu dans lequel des actifs auront fait l'objet d'une saisie conservatoire par exemple, devront-elles tenir compte de certaines de ces décisions et dans l'affirmative desquelles ? Seules les décisions prises au siège de l'arbitrage devront-elles être prises en compte ou cela doit-il être également le cas des décisions émanant des juridictions dont la loi régit le déroulement de l'arbitrage ?

Avant même d'envisager de répondre à ces interrogations, les juridictions des États tiers doivent se prononcer sur une question de méthode essentielle. Doivent-elles en effet raisonner en termes de reconnaissance des décisions étatiques relatives à l'arbitrage, ce qui les conduira nécessairement à se prononcer sur la compétence des juridictions qui les ont prises et plus généralement à arrêter les critères de reconnaissance de ces décisions ou au contraire appliquer directement leurs critères de reconnaissance et d'exécution sur la matière brute que constituent d'abord la convention d'arbitrage et ensuite la sentence arbitrale ? La première démarche évoquée pourrait être qualifiée de secondaire ou d'indirecte puisqu'elle consiste à connaître de l'arbitrage (convention d'arbitrage et sentence) à travers le contentieux de la reconnaissance de décisions ayant elles-mêmes eu l'occasion de se prononcer, dans d'autres États, sur ces sujets. La deuxième est une démarche primaire, directe, qui fait de la convention d'arbitrage puis, lorsqu'elle est rendue, de la sentence, l'objet même du contrôle exercé dans chacun des États dans lesquels un plaideur cherche à en tirer des conséquences de droit.

© Éditions du Juris-Classeur

L'ambition essentielle de la démarche secondaire est d'assurer l'harmonie internationale des solutions. C'est la poursuite de cet objectif, parfaitement louable au demeurant puisqu'il constitue l'une des préoccupations fondamentales du droit international privé, qui conduit les auteurs favorables à un rattachement de l'arbitrage à une « loi d'arbitrage » à privilégier le critère du siège à cet effet [37]. Il est exact que, si l'on doit rechercher un critère de compétence susceptible d'être largement reconnu de façon à donner aux juridictions d'un seul État compétence pour se prononcer sur le sort de la convention d'arbitrage et plus généralement sur le déroulement de l'arbitrage et le sort de la sentence à intervenir, c'est celui du siège qui constitue le meilleur candidat. Le critère tiré de la loi de procédure est loin de bénéficier de la même assise internationale et paraît à la fois plus complexe, compte tenu du très grand nombre d'arbitrages dans lesquels la loi de procédure n'est pas fixée par les parties, et vieilli, les arbitres eux-mêmes n'étant pas tenus, selon les législations modernes sur l'arbitrage, de choisir une loi applicable à l'intégralité de la procédure lorsque les parties ne l'ont pas fait [38]. Force est cependant de constater que l'harmonie recherchée par la prétention de donner au critère du siège de l'arbitrage une portée internationale commandant la reconnaissance des décisions des juridictions de l'État ainsi désigné est bien loin d'être atteinte. En droit positif, ce n'est évidemment pas le cas, la Convention de New York elle-même n'ayant pu trancher entre le critère du siège et celui de la loi applicable à la procédure. La Convention se contente en effet de permettre à l'État du lieu d'exécution de ne pas reconnaître une sentence annulée par une autorité compétente du pays du siège ou du pays « d'après la loi duquel la sentence a été rendue » [39]. Il est par ailleurs constant que l'État dans lequel l'exécution est demandée demeure libre de ne pas reconnaître une sentence que les juridictions du siège de l'arbitrage ont refusé d'annuler [40]. Il serait donc paradoxal, eu égard au grand mouvement de faveur à l'arbitrage qui s'est développé dans le monde au cours des dernières décennies, de donner aux décisions d'annulation – ou aux décisions hostiles à l'arbitrage avant même que la sentence n'ait pu intervenir – prises au siège de l'arbitrage une portée internationale à l'idée que le siège constitue le rattachement ultime en matière d'arbitrage, sans accorder la même valeur aux décisions de rejet de tels recours prises par les mêmes juridictions. De *lege ferenda*, une véritable centralisation du contrôle étatique de la sentence devant les juridictions du siège de l'arbitrage, dont les décisions s'imposeraient en règle générale au lieu d'exécution de la sentence, supposerait non seulement une harmonisation, par voie de convention internationale, de l'étendue du contrôle mais encore et surtout

37. La réflexion la plus aboutie à ce sujet est sans doute aujourd'hui celle de J.-F. POUDRET et S. BESSON, *op. cit.*, spéc. n° 1008 et s.

38. Sur les difficultés et les conflits de compétences susceptibles d'être engendrées par l'utilisation de ce critère, v. P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *op. cit.*, n° 1196 et s. – J.-F. POUDRET et S. BESSON, *op. cit.*, n° 121 et s., spéc. n° 124.

39. Art. V(1)(e).

40. V. spéc. l'insistance de l'art. V(2) de la Convention de New York sur le respect des notions d'arbitrabilité et d'ordre public « *du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises* ».

© Éditions du Juris-Classeur

une confiance mutuelle absolue qu'il n'est guère réaliste d'espérer à brève échéance autrement que dans un cadre régional trop restreint pour présenter un véritable intérêt.

Si l'on se résout, dès lors, à accepter qu'il existera longtemps encore des sentences arbitrales « boiteuses », comme il existe des mariages ou des divorces boiteux, reconnus dans certains États et non dans d'autres, ne serait-ce que parce qu'une sentence non annulée au siège peut se voir refuser l'*exequatur* ailleurs, il n'est plus nécessaire de sacrifier toute autre considération à une recherche idéale d'harmonie qui ne pourra en toute hypothèse intervenir. Or, dans la comparaison des titres respectifs de l'État du siège de l'arbitrage et de celui du lieu d'exécution de la sentence à imposer sa conception de ce que constitue une convention d'arbitrage, puis une sentence valable, l'avantage résultant du fait que seul l'État du siège peut permettre une centralisation des contentieux nous paraît constituer la meilleure justification de ce rattachement. Celui-ci écarté, il faut reconnaître que l'État à qui l'on demande de prêter main-forte à l'exécution d'une sentence, de permettre la saisie de comptes bancaires ou de biens de toute nature sur son territoire, a un intérêt plus fort que celui qui a permis à l'arbitrage de se dérouler sur son sol de déterminer ce qui, à son sens, constitue une convention d'arbitrage, puis une sentence arbitrale dignes de protection.

La thèse qui aspire à voir reconnaître une portée internationale aux décisions locales défavorables à l'arbitrage, qu'il s'agisse de décisions d'annulation ou de décisions prises dans l'attente de la sentence à intervenir, méconnaît le fait que tout le mouvement de législation international relatif à l'arbitrage s'est construit, directement, autour de la détermination de ce qu'est une convention d'arbitrage valable et des conditions de l'accueil des sentences arbitrales dans les États dans lesquels cette reconnaissance est demandée. Grâce au succès des grands instruments internationaux intervenus en la matière, la convergence des solutions dans ce domaine est aujourd'hui très réelle. La résurrection d'une approche strictement conflictualiste permettant, selon les hasards de la fixation d'un seul des éléments de rattachement de l'arbitrage, de donner aux juridictions d'un seul État, celui du siège, une primauté de principe et de contraindre les autres à appréhender la matière à travers les décisions intervenues dans cet État, au moins lorsqu'elles sont défavorables à l'arbitrage, peut difficilement être considérée comme un progrès. Cette approche consiste, en pratique, à donner une prime aux conceptions des États qui, par leur législation ou par l'interprétation qu'en retiennent les juridictions locales, s'écartent précisément des conceptions très généralement acceptées par la communauté internationale [41]. L'harmonie internationale des solutions est effectivement une vertu mais il y a fort à parier qu'elle se trouvera plus sûrement assurée par la politique consistant à laisser chaque État, dans le respect des conventions internationales qu'il aura adoptées, déterminer directement le sort qu'il y a lieu de réserver à une convention d'arbitrage, puis à une sentence internationale,

41. Dans le même sens, v. J. PAULSSON, *Interference by National Courts, in The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*, Lawrence Newman, éd., à paraître.

© Éditions du Juris-Classeur

plutôt que de lui imposer d'aborder la matière à travers les décisions des juridictions étatiques du siège de l'arbitrage.

Si l'on admet ainsi que la convention d'arbitrage, puis la sentence arbitrale, peuvent légitimement trouver la source de leur efficacité juridique non dans le droit d'un seul État mais dans celui de tous les droits susceptibles, à certaines conditions, d'en reconnaître la validité, les arbitres du commerce international confrontés à la prétention de voir l'arbitrage s'arrêter, pour une raison ou pour une autre, avant même qu'ils aient pu rendre une sentence sur l'incident qui justifie la prise d'une telle position par une partie, devraient se voir reconnaître la latitude de faire connaître, par voie de sentence, leur propre appréciation de fait et de droit sur la question litigieuse, quitte à ce que chaque ordre juridique susceptible d'être concerné se prononce ultérieurement sur la validité et l'efficacité d'une telle décision.

Lorsque leur appréciation des exigences de justice internationale ou de protection des valeurs d'un ordre public réellement international le requiert, ce sera même leur devoir que d'agir en ce sens.

© Éditions du Juris-Classeur