



Chapitre de livre

2004

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

Le contrat et son droit devant l'arbitre international

Kaufmann-Kohler, Gabrielle

How to cite

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Le contrat et son droit devant l'arbitre international. In: Le contrat dans tous ses états : publication de la Société genevoise de droit et de législation à l'occasion du 125e anniversaire de la Semaine Judiciaire. Bellanger, François... et al. (Ed.). Berne : Stämpfli, 2004. p. 361–373.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:14376>

LE CONTRAT ET SON DROIT DEVANT L'ARBITRE INTERNATIONAL

par

Gabrielle KAUFMANN-KOHLER
professeure à l'Université de Genève

I. LA QUESTION: LE ROLE DE L'ARBITRAGE POUR LE DROIT SUISSE DES CONTRATS

Comment l'arbitre international applique-t-il le contrat et le droit qui le régit? Comme le juge? Différemment? Différemment, comment? Quels enseignements tirer de la pratique arbitrale pour le droit suisse des contrats? Avant d'aborder la pratique des tribunaux arbitraux, il faut tenter de mesurer le phénomène de l'application du droit suisse par l'arbitre sous l'angle quantitatif. Est-il important ou au contraire marginal (A)? Les chiffres peuvent-ils aider à comprendre le phénomène dans sa dimension qualitative (B)? A titre préliminaire, il faut également donner quelques précisions méthodologiques (C).

A. Quelques chiffres pour cerner l'élément quantitatif

Il est bien connu que le contentieux du contrat international est réglé par la voie de l'arbitrage et non par la justice étatique. Pour appréhender l'ampleur du phénomène, nous ne disposons toutefois d'aucune statistique générale. Avec prudence, nous tenterons néanmoins quelques approximations, qui permettront de mieux cerner la pertinence de l'arbitrage pour le droit suisse des contrats sous l'angle quantitatif.

On peut estimer le nombre de nouveaux arbitrages internationaux instaurés chaque année en Suisse à environ 400. Ainsi en 2002, la Chambre de commerce internationale (CCI) et les Chambres de commerce de Genève et Zurich administraient plus de 200 nouvelles procédures avec siège en Suisse. A celles-ci on peut probablement ajouter un nombre équivalent d'arbitrages ad hoc ou menés sous l'égide d'autres institutions¹ (sans compter une

¹ MEYER-HAUSER Bernhard, «Stärkung des Schiedsplatzes Schweiz-Neue Internationale Schiedsordnung in Kraft», *Neue Zürcher Zeitung*, 5 février 2004, reproduit in Gabrielle Kaufmann-Kohler / Blaise Stucki (édit.), *The Swiss Rules of International Arbitration*, ASA Special Series N° 22, 2004, p. 289.

centaine en matière de sport)². Il est raisonnable de penser que dans beaucoup de ces arbitrages, le choix du siège va de pair avec une élection du droit matériel suisse.

A ce sujet, dans 79,4% des 593 affaires portées devant la CCI en 2002³ (quel que soit le siège de l'arbitrage), les parties avaient élu un droit national⁴. Dans plus de la moitié des cas, il s'agissait du droit d'un pays européen au sens large. Parmi ceux-là, le droit suisse venait en deuxième place (après le droit anglais). Or il n'y eut que 39 parties suisses dans les arbitrages CCI initiés en 2002. En d'autres termes, dans la grande majorité des cas, le droit suisse a été choisi non en raison de l'existence d'un lien entre la transaction ou les parties et la Suisse, mais au contraire en raison de l'absence de lien, autrement dit de la neutralité du droit suisse par rapport aux parties et aux intérêts en cause.

Les statistiques de la CCI démontrent encore que le droit suisse ainsi élu par les parties est souvent appliqué par des arbitres qui sont formés dans un autre ordre juridique. Il est vrai que les arbitres de nationalité suisse sont les plus nombreux parmi les membres des tribunaux arbitraux CCI⁵. Toutefois, si l'on tient compte du nombre d'arbitrages et d'élections de droit, il est évident que les litiges régis par le droit suisse sont souvent soumis à des tribunaux dont certains ou parfois même tous les membres ne connaissent pas ce droit.

B. Deux constats sur les répercussions qualitatives

Deux constats s'imposent au vu des chiffres cités. Premier constat: le droit suisse des contrats est un produit d'exportation. En effet, il est souvent élu pour sa neutralité, parce qu'il n'est le droit ni de l'une ni de l'autre des parties. A cela s'ajoute que, parmi de nombreux praticiens étrangers, le droit suisse a la réputation de laisser aux parties une grande autonomie, ce qui contribue à sa popularité. Si, face à la concurrence d'autres ordres juridiques, l'on veut conserver cet avantage comparatif au droit suisse, il apparaît indispensable d'en sauvegarder la flexibilité.

Second constat: le droit suisse est souvent appliqué par des arbitres qui ne le connaissent qu'au travers de leur pratique. Bien que les statistiques n'en

² Devant le Tribunal arbitral du sport ou TAS (pour nous limiter à la principale institution en la matière) ont été introduites: 109 demandes en 2003; 86 en 2002; 42 en 2001, chiffres qui démontrent une progression très importante, due notamment à l'adhésion récente au TAS de fédérations telles la Fédération internationale de football (FIFA) et la Fédération internationale d'athlétisme (IAAF).

³ Les statistiques CCI sont utilisées ici, car elles sont publiées, complètes et fiables et donnent un bon échantillonnage de l'activité arbitrale internationale.

⁴ Rapport statistique, *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, vol. 4/n° 1, septembre 2003, p. 7 ss.

⁵ 152 sur 964 arbitres nommés en 2002, soit 15,8%, devant les arbitres américains à raison de 140 et les anglais à raison de 109.

parlent pas, les conseils seront souvent dans la même situation, tout au plus se feront-ils assister d'un avocat local. Intuitivement, on sent que cette «ignorance» du droit régissant le contrat n'est pas innocente. Consciemment ou non, l'arbitre qui applique le droit suisse mais a été formé dans un autre ordre juridique, aura tendance à se raccrocher au contrat lui-même, ainsi qu'à des concepts connus et à des principes généraux, au détriment des spécificités du droit national.

Ces constats sont autant de données qui influent sur la manière dont l'arbitre international traite le contrat soumis au droit suisse, données qu'il y aura lieu d'intégrer à notre analyse.

C. La méthode

En s'appuyant sur ces constats, la présente contribution cherche à répondre à la question posée d'entrée en quatre temps. A titre préalable, elle évoque l'absence de contrôle judiciaire sur le traitement du contrat par l'arbitre (II). Ensuite, elle examine les modalités de ce traitement (III) avant de s'interroger, en conclusion, sur la prévalence du sentiment du juste de l'arbitre par rapport à l'application du contrat et du droit qui le régit, ainsi que sur la signification du phénomène de l'arbitrage international pour la détermination du contenu du droit suisse des contrats (IV).

Au fil de ces étapes, cet article combine l'examen du droit de l'arbitrage, l'étude de nombreuses sentences et l'observation de la pratique quotidienne de l'arbitrage international. En l'absence de publication méthodique des sentences et d'instance suprême régulatrice, l'application du droit matériel par l'arbitre échappe largement à l'analyse systématique. Il en résulte un procédé empirique, inévitablement empreint d'une part de subjectivité.

II. ABSENCE DE CONTROLE ET LIBERTE DE L'ARBITRE

On ne saurait entrer en matière sur notre sujet sans commencer par souligner un aspect fondamental de l'approche du contrat par l'arbitre: l'absence de contrôle.

Selon la plupart des lois nationales d'arbitrage, l'arbitre applique les règles de droit choisies par les parties ou, à défaut, les règles présentant les liens les plus étroits avec la cause, ou autres formules parvenant à un résultat analogue⁶. Certains textes vont plus loin en l'autorisant à trancher en vertu des

⁶ Art. 187 al. 1 LDIP; § 1051(2) Zivilprozessordnung (ZPO) allemande; voir aussi l'art. 33 al. 1 du Règlement d'arbitrage international des chambres de commerce suisses (*Swiss Rules of International Arbitration*, SRIA) qui reprend les termes de l'art. 187 LDIP; art. 28 al. 2 Loi-type CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (Loi-type).

règles de droit qu'il estime appropriées⁷. La plupart des textes commandent encore à l'arbitre de tenir compte dans tous les cas des dispositions du contrat et des usages du commerce⁸. Par ailleurs, il est généralement admis que l'arbitre n'est pas confiné au droit national, mais peut appliquer des règles anationales, souvent désignées par le terme de *lex mercatoria*. De sources diverses, la *lex mercatoria* se compose des principes et des usages du commerce international⁹.

Par ailleurs, sur autorisation des parties, l'arbitre peut trancher en équité¹⁰, ce qui lui permet d'ignorer toute règle de droit, sous réserve de l'ordre public international. La sentence en équité ne saurait être révélatrice de la manière dont l'arbitre applique le droit, puisqu'il n'a précisément pas à l'appliquer. Nous ne nous y attarderons donc pas, sauf pour relever le principe même, inexistant en procédure judiciaire. La seule existence d'une possibilité de décision en équité démontre que le rapport de l'arbitre au droit est différent de celui du juge.

Le maniement du contrat et du droit matériel par l'arbitre échappe très largement au contrôle du juge¹¹. Lors du recours en annulation de la sentence, le seul grief ouvrant la révision au fond est celui de la violation de l'ordre public¹². Or, c'est là un grief extrêmement étroit qui présuppose que le *résultat* de la décision des arbitres est contraire à un principe fondamental de l'ordre juridique en cause¹³. Relèvent du fond le choix du droit applicable et l'application de ce droit, y compris l'interprétation objective du contrat¹⁴. Quant à l'interprétation subjective, elle ressortit à l'appréciation des faits.

⁷ Art. 17 al. 1 RCCI; art. 1496 Nouveau Code de procédure civile français (NCPC).

⁸ Art. 28 al. 4 Loi-type; art. 17 al. 2 Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (RCCI); art. 33 al. 3 SRIA.

⁹ Sur la *lex mercatoria*, voir BERGER Klaus Peter, *The creeping codification of the lex mercatoria*, La Haye, Londres, Boston 1999; GOLDMAN Berthold, «La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage international: réalité et perspectives», JDI 1979, p. 475-505; FOUCHARD Philippe / GAILLARD Emmanuel / GOLDMAN Berthold, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris 1996, p. 813 ss.

¹⁰ Art. 187 al. 2 LDIP; art. 28 al. 3 Loi-type. Cette possibilité est assez peu utilisée: en 2002, elle l'a été dans 1,6% des 79,4% d'affaires CCI dans lesquelles les parties s'étaient exprimées sur les règles régissant le fond du litige.

¹¹ Cette absence de contrôle est confirmée par la jurisprudence: voir, p. ex., *Norsolar S.A. c. Pabalk Ticaret Ltd.*, Cour suprême autrichienne, 18 novembre 1982, *Yearbook Commercial Arbitration* (1984), p. 159; *Compania Valenciana de Cementos Portland c. Primary Coal Inc.*, Cour de cassation française (1^{ère} chambre civile), 22 octobre 1991, *Revue de l'arbitrage*, n° 3, 1992, p. 457.

¹² Art. 190 al. 2(e) LDIP; art. 34 al. 2 lit. b(ii) Loi-type; art. 1484 ch. 6 NCPC; § 1059 al. 2 ch. 2(b) ZPO.

¹³ ATF 120 II 155 consid. 6a.

¹⁴ ATF *Özmaç Makina Ve Elektrik Sanayi A. S. (Turquie) c. Voest Alpine Industrieanlagenbau GmbH (Autriche)*, 18 septembre 2001, *Bulletin ASA*, vol. 20/n° 2, 2002, p. 311 ss.

Celle-ci n'est pas revue dans le cadre d'un recours en annulation, sauf si elle consacre une violation du droit d'être entendu¹⁵, hypothèse rare.

Les mêmes limitations existent au niveau de l'exécution de la sentence. La Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères n'autorise pas la révision au fond de la sentence, sauf incompatibilité avec l'ordre public international de l'Etat requis d'exécuter ou violation du droit d'être entendu dans l'établissement des faits¹⁶.

Cette quasi-absence de contrôle façonne l'attitude que, consciemment ou non, l'arbitre adopte face au contrat et au droit qui le régit. Elle lui confère une grande liberté d'action, un espace de flexibilisation¹⁷. Comment l'arbitre utilise-t-il cette liberté, comment remplit-il son espace? C'est là le sujet des considérations qui suivent.

III. COMMENT L'ARBITRE MANIE-T-IL LE CONTRAT?

A. Tendance à la transnationalisation

Dans beaucoup de sentences, il s'agit simplement d'apprécier les faits et d'interpréter le contrat. Strictement parlant, l'interprétation requerrait le recours aux règles du droit applicable (qu'il soit national ou anational). Fréquemment toutefois, les arbitres s'appuieront exclusivement sur l'appréciation des preuves et le libellé du contrat, sans référence à des règles d'interprétation¹⁸.

Souvent aussi, les parties ont désigné un droit et les arbitres s'y réfèrent sans autre contestation. Ils interprètent le contrat en vertu de ce droit et au besoin en appliquent l'une ou l'autre disposition. Sauf à fausser le tableau, on aurait tort d'oublier toutes ces affaires dans lesquelles l'application du contrat et du droit qui le régit ne suscite pas de difficultés. Le risque est d'autant plus grand que l'attention se focalise assez naturellement sur les autres, qui présentent plus d'intérêt pour l'observateur et donnent plus souvent lieu à publication.

Le contrat international évolue dans un espace juridique qui n'est pas homogène¹⁹. Ce n'est donc pas une surprise de déceler chez les arbitres

¹⁵ ATF 119 II 380 consid. 3c.

¹⁶ *Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrgesellschaft GmbH c. Ras Al Khaimah National Oil Co.*, Cour d'appel anglaise, 24 mars 1987, *Yearbook Commercial Arbitration* (1988), p. 522-536.

¹⁷ Luc THEVENOZ, Conclusions du présent colloque, ci-dessous p. 375 ss.

¹⁸ Voir, p. ex., la sentence CCI 1434/1975 (*Journal du droit international*, n° 1, 1976, p. 978-988) où le tribunal arbitral avait appliqué un « principe d'interprétation raisonnable », sans indiquer dans quel droit national ce principe était puisé; voir aussi CCI 7920/1993, *Collection of ICC Arbitral Awards (1996-2000)*, p. 227 ss.

¹⁹ JACQUET Jean-Michel / DELEBECQUE Philippe, *Droit du commerce international*, 3^e éd., Paris 2002, p. 69; sur la pratique du droit transnational, voir en particulier BERGER Klaus Peter (éd.), *The Practice of Transnational Law*, La Haye/Londres/ Boston 2001.

internationaux une forte tendance à restituer dans leur raisonnement cette nature hétérogène de l'environnement du contrat. Par là, ils semblent poursuivre essentiellement trois buts: soit ils cherchent à renforcer une décision fondée sur le droit national en la complétant par des éléments transnationaux (B); soit ils corrigent le résultat auquel parvient le droit national normalement compétent, parce qu'ils jugent ce résultat inadéquat (C); soit ils choisissent d'emblée d'appliquer la *lex mercatoria* pour tenir compte du caractère transnational du contrat (D).

B. L'application du droit national renforcée

Pour justifier la solution retenue, beaucoup de sentences se basent à la fois sur le droit national applicable et sur des principes généraux, de plus en plus souvent les Principes d'UNIDROIT, beaucoup plus rarement les Principes européens²⁰. Les arbitres recourent aussi fréquemment à une analyse de droit national comparé. Ils comparent alors la solution de la *lex causae* avec celle qui aurait prévalu selon d'autres droits pour conclure qu'il n'y a pas de différence²¹.

Cette démarche peut avoir plusieurs destinataires et motivations. Elle peut, tout d'abord, s'adresser aux parties, plus particulièrement au perdant, afin de le convaincre de la justesse de l'issue: celle-ci n'est pas due à un coup de poker juridique, mais reflète une règle largement partagée. Elle peut, ensuite, s'adresser aux tribunaux qui pourraient être appelés un jour à se prononcer sur la sentence. Les tribunaux du siège de l'arbitrage en cas de recours en annulation de la sentence, bien évidemment, mais aussi et surtout ceux du lieu d'une éventuelle exécution. Même si en droit leur pouvoir d'intervention est pratiquement nul, ils pourraient être tentés de chercher des prétextes pour

²⁰ Par exemple, dans l'affaire CCI 9651/2000 (*Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, vol. 12/n° 2, 2001, p. 80-86), le tribunal arbitral avait admis l'élection du droit suisse, mais cette dernière étant controversée, il avait comparé la solution retenue en droit suisse avec celle que prévoyaient d'autres droits nationaux et les Principes d'UNIDROIT. Voir aussi CCI 7819/1999, *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, vol. 12/n° 2, 2001, p. 60 ss; CCI 8264/1997, *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, vol. 10/n° 2, 1999, p. 66 ss; CCI 10346/2000, disponible sur www.unilex.info; CCI 6281/1989, disponible sur www.unilex.info. Sur le recours aux Principes d'UNIDROIT en arbitrage international, voir les diverses contributions dans le *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI – Supplément spécial*, «Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international – Réflexions sur leur utilisation dans l'arbitrage international», 2002 et *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, «Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international dans l'arbitrage de la Chambre de commerce internationale», vol. 10/n° 2, 1999, p. 26 ss et vol. 12/n° 2, 2002, p. 52 ss.

²¹ CCI 4761/1987, *Collection of ICC Arbitral Awards (1986-1990)*: le droit libyen élu est appliqué par le tribunal arbitral, qui confirme ensuite la solution retenue en droit libyen par des références aux droits suisse et allemand et à la *lex mercatoria*. Voir aussi CCI 9651/2000, citée à la note 20; sentence du 17 mai 2002, Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce et d'industrie de Lausanne, extraits disponibles sur www.unilex.info; CCI 8385/1995, *Collection of ICC Arbitral Awards (1996-2000)*, p. 474 ss; ICC 3540/1960, *Yearbook Commercial Arbitration (1982)*, p. 124-133.

refuser d'exécuter une sentence perçue comme inopportune parce que rendue à l'encontre d'une société locale. La démarche de renforcement peut, enfin, s'adresser aux arbitres eux-mêmes, qui entendraient s'assurer ainsi que l'issue à laquelle ils parviennent en application d'un droit qui leur est par hypothèse étranger est compatible avec la solution d'autres ordres juridiques mieux connus.

C. Le résultat du droit national corrigé

Dans certains cas, plus significatifs pour nos propos, les arbitres vont plus loin et corrigent le résultat du droit national applicable. A cet effet, ils utilisent différentes techniques, latentes ou apparentes. De manière latente, ils peuvent bien sûr jouer sur l'appréciation et la qualification des faits ou encore sur l'interprétation de la volonté des parties. La plupart du temps, la sentence ne révèle pas ce procédé de correction occulte. Il n'est connu que des arbitres, et est parfois soupçonné par les parties à la lecture de la décision.

L'observation de la pratique en matière d'interprétation de la volonté des parties révèle les aspects principaux suivants. Nous avons vu que les arbitres interprètent souvent le contrat sans référence à des règles d'interprétation de droit national. Mais même lorsqu'ils affirment s'appuyer sur le droit applicable, l'interaction entre différentes cultures juridiques au sein d'un même tribunal opère une harmonisation des approches. Ainsi entre l'approche libérale du droit suisse et une conception plus attachée au texte telle que celle du droit anglais²², un tribunal arbitral composé de juristes de ces pays choisira une voie médiane.

Par ailleurs, l'interprétation de la volonté est un moyen privilégié lorsqu'il s'agit d'éviter les conséquences jugées inadéquates ou injustes d'une disposition contractuelle ou d'une règle du droit national applicable. Pour illustrer ce second aspect, citons l'exemple d'une sentence ad hoc selon le Règlement CNUDCI entre une société française et une entité turque, rendue par un arbitre allemand et deux arbitres suisses. Une partie importante du prix de vente du capital-actions d'une société n'était ni déterminée ni déterminable. En vertu du droit turc applicable, identique au droit suisse, le tribunal aurait dû admettre que le contrat n'était pas conclu. Pour arriver au résultat contraire, jugé plus juste, le tribunal qualifia d'élément non essentiel du contrat la partie manquante du prix²³.

22 FONTAINE Marcel / DE LY Filip, *Droit des contrats internationaux: analyse et rédaction de clauses*, 2^e éd., Paris 2003, p. 126 ss.

23 Sentence rendue selon le Règlement CNUDCI, non publiée, du 26 février 2002 dans un arbitrage avec siège à Genève.

Il arrive aussi que des arbitres écartent ouvertement la solution que leur imposerait le droit applicable. Ils invoquent alors principalement deux motivations:

- la règle du droit applicable n'est pas conforme aux usages du commerce international généralement acceptés. Ainsi un tribunal CCI appliqua à titre d'usages les règles de la CVIM relatives à l'examen de la marchandise et à l'avis de défaut, alors que cette convention n'était pas applicable et que les dispositions du droit normalement compétent étaient sensiblement plus strictes²⁴.
- Le contenu des règles du droit choisi par les parties ne saurait correspondre à la volonté de ces dernières. Ainsi, des parties à un arbitrage CCI²⁵ avaient élu le droit de l'Etat de New York, lequel donne droit à des dommages-intérêts triples s'agissant de certains types de prétentions²⁶. Or le tribunal écarta la demande consistant à tripler les dommages-intérêts au motif que la partie belge à laquelle ces dommages étaient réclamés ignorait la règle du droit new-yorkais y relative lorsqu'elle avait conclu l'élection de droit²⁷.

²⁴ Sentence CCI 5713/1989, disponible sur www.unilex.info. Voir aussi la sentence CCI 8486/1996, *Collection of ICC Arbitral Awards (1996-2000)*, p. 527 ss. Dans cette dernière affaire, les parties avaient soumis leur contrat au droit néerlandais. En matière de *hardship*, le droit néerlandais stipule expressément que la «conviction juridique valable au Pays-Bas» est déterminante pour apprécier si les conditions de *hardship* sont remplies. Le tribunal arbitral considéra que cette règle ne pouvait pas s'appliquer dans un contexte international et l'écarta au profit des principes généraux du droit international de l'arbitrage. En revanche, dans l'affaire CCI 8873/1997 (*Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, vol. 10/n° 2, 1999, p. 81 ss), le tribunal arbitral appliqua le droit espagnol élu par les parties et refusa de tenir compte des Principes d'UNIDROIT et des conditions FIDIC et ENAA, au motif que ces règles ne pouvaient pas encore être considérées comme des usages généralement acceptés en matière de *hardship*. Dans le même sens, voir aussi la sentence CCI 9029/1998, disponible sur www.unilex.info.

²⁵ CCI 8385/1995, citée à la note 21.

²⁶ En l'occurrence, prétentions fondées sur le Racketeering Influenced and Corrupt Organizations Act (RICO).

²⁷ Voir aussi la sentence CCI 7518/1994, *Collection of ICC Arbitral Awards (1996-2000)*, p. 516 ss, où le tribunal arbitral écarta l'application des règles du droit portugais relatives au «consortium ostensible», pourtant expressément désignées par les parties, au motif qu'elles ne pouvaient correspondre à la volonté réelle. Il requalifia ensuite le contrat de société civile. Voir encore la sentence 117/1999 rendue sous l'égide de l'Arbitration Institute de la Chambre de commerce de Stockholm, dans laquelle le tribunal cherche aussi à appliquer des règles conformes aux attentes légitimes des parties: «In the Tribunal's view, it is reasonable to assume that the contracting parties expected that the eventual law chosen to be applicable would protect their interest in a way that any normal businessman would consider adequate and reasonable, given the nature of the contract and any breach thereof, and without any surprises that could result from the application of domestic laws of which they had no deeper knowledge». Sentence disponible (sans autres références) sur www.unilex.info.

Dans ce dernier cas, la norme nationale ainsi écartée ne fut pas remplacée. Dans l'affaire précédente, le tribunal arbitral lui substitua une règle de la *lex mercatoria*²⁸. En d'autres circonstances, la norme écartée est remplacée par une règle d'un autre droit national, censé mieux refléter la volonté des parties.

Cette fonction de correction fait penser au rôle du droit international tel qu'il est circonscrit à l'article 42 de la Convention CIRDI²⁹. Dans les arbitrages d'investissement régis par la Convention, le tribunal arbitral applique le droit choisi par les parties ou le droit de l'État-hôte. Dans les deux cas, le droit international, et en particulier les principes généraux du droit, sont appelés à corriger le résultat d'une règle de droit national qui contreviendrait au droit international³⁰.

Les situations ne sont certes pas identiques. Beaucoup plus que l'arbitrage commercial, l'arbitrage CIRDI fait place au droit international public (procédure instaurée et régie par une convention internationale, importance des questions de responsabilité internationale de l'État, influence des traités d'investissements). De surcroît, la correction semble beaucoup plus aisément admise dans les arbitrages commerciaux cités plus haut qu'en matière d'investissement où elle n'intervient qu'en cas de violation du droit international. En dépit de ces différences, la similitude des approches est frappante, à tel point qu'il faut se demander si, même en l'absence d'un texte comparable à l'article 42 de la Convention CIRDI, les arbitres du commerce international n'introduisent pas progressivement une fonction correctrice du droit national fondée sur la *lex mercatoria*.

D. L'application du droit anational ou *lex mercatoria*

Lorsque les parties ont élu un droit anational, il n'y a rien de surprenant à ce que les arbitres mettent en œuvre ce choix. Les expressions utilisées par les parties sont diverses et les arbitres prompts à les interpréter dans le sens

28 Cette substitution peut s'opérer par une règle tirée d'une convention non applicable (outre l'exemple précité, voir CCI 5713/1989, disponible sur www.unilex.info; CCI 8817/1997, *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, vol. 10/n° 2, 1999, p. 78 ss; CCI 8453/1995, disponible sur www.unilex.info; CCI 8502/1996, disponible sur www.unilex.info; CCI 3493/1983, *Yearbook Commercial Arbitration* (1984), p. 111-123) ou par un principe général, tel le principe de la bonne foi que les arbitres mettent en œuvre de multiples façons (CCI 8385/1995, citée à la note 21; CCI 2291/1975, *Collection of ICC Arbitral Awards (1974-1985)*, p. 274 ss); sur ce sujet, voir MAYER Pierre, *Le principe de la bonne foi devant les arbitres du commerce international*, Mélanges Lalive, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1993, p. 543 ss.

29 Convention (de Washington) pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États.

30 SCHREUER Christoph, *The ICSID Convention: a Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Cambridge (Cambridge University Press) 2001, N. 140-148, p. 627 ss; KAUFMANN-KOHLER Gabrielle, «Is the review by an ad hoc Committee different when the jurisdiction of the Centre is based on an international investment treaty or investment law as opposed to a specific ICSID agreement?», in Emmanuel Gaillard / Yas Banifatemi (édit.), *Annulment of ICSID Awards*, IAI International Arbitration Series N° 1, Huntington (Juris Publishing, Inc.) 2004, p. 207 ss.

de la *lex mercatoria*. Tel est le sens donné aux formules de «natural justice»³¹, ou même de «Anglo-saxon principles of law», qui selon les arbitres seraient reflétés dans les Principes d'UNIDROIT³²(!), ou encore de «general principles of equity», qui amènent également l'arbitre à l'application des Principes d'UNIDROIT³³.

Les arbitres admettent en outre aisément que des parties qui n'ont pas élu de droit national, ont ainsi manifesté la volonté d'échapper à l'emprise de tout droit étatique. C'est ainsi que certaines sentences construisent le silence des parties comme un «implied negative choice» et appliquent la *lex mercatoria*³⁴.

Les arbitres estiment également parfois qu'au vu de la difficulté de déterminer la loi applicable, par exemple parce que plusieurs droits semblent également proches de la situation en cause, mieux vaut choisir la *lex mercatoria*³⁵. Pareillement, les arbitres considèrent dans certains cas que la nature transnationale de la transaction dont est issu le litige ne s'accommoderait pas du recours à un droit national, raison pour laquelle ils portent leur choix sur le droit anational³⁶.

Le plus bel exemple d'une telle hypothèse se trouve être la sentence Arthur Andersen contre Andersen Consulting rendue en 2000 à Genève dans un litige auquel participaient 140 entités de l'organisation Andersen situées dans 70 Etats différents³⁷. Les contrats pertinents prévoient que l'arbitre trancherait en application des dispositions contractuelles et des textes régissant l'organisation Andersen, à l'exclusion de tout droit national, mais en application des «general principles of equity». En conséquence, l'arbitre fonda sa sentence sur les Principes d'UNIDROIT exclusivement. Même en l'absence

³¹ CCI 7110/1995, *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, vol. 10/n° 2, 1999, p. 40 ss.

³² Sentence LCIA non publiée de 1995. Des extraits sont disponibles sur www.unilex.info.

³³ *Andersen Consulting Business Unit Member Firms c. Arthur Andersen Business Unit Member Firms and Andersen Worldwide Société Coopérative*, *ASA Bulletin*, vol. 18/n° 3, 2000, p. 514-540.

³⁴ CCI 7375/1996, disponible sur www.unilex.info; voir en outre plusieurs sentences rapportées dans DASSER Felix, *Internationale Schiedsgerichte und lex mercatoria*, thèse, Zurich 1989, p. 190 ss; *Sapphire c. National Iranian Oil Company*, 15 mars 1983; CCI 1641/1969; CCI 4840/1986.

³⁵ CCI 9875/1999, *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, vol. 12/n° 2, 2001, p. 100 ss; sentence 1171/1999 rendue sous l'égide de l'Arbitration Institute de la Chambre de commerce de Stockholm, disponible sur www.unilex.info; CCI 3131/1979, *Yearbook Commercial Arbitration* (1984), p. 109-110; CCI 3540/1980, citée à la note 21; CCI 1859/1973, sentence rapportée par DASSER, *op. cit.* à la note 34, p. 189 s.

³⁶ CCI 8385/1995, citée à la note 21; CCI 5065/1986, sentence citée par DASSER, *op. cit.* à la note 34, p. 219-221; CCI 3572/1982, *Yearbook Commercial Arbitration* (1989), p. 111-121.

³⁷ Sentence citée à la note 33.

d'une clause contractuelle, la nature globale du litige aurait justifié ou même requis l'application de règles universelles³⁸.

IV. CONCLUSIONS: LE SENTIMENT DU JUSTE DE L'ARBITRE ET LE CONTENU DU DROIT NATIONAL

Faut-il en conclure qu'en définitive, quels que soient le contrat et le droit, l'arbitre international résout le litige en vertu de sa règle morale personnelle³⁹? Que quelle que soit la façade, la réelle motivation des sentences est à rechercher dans le sentiment du juste de l'arbitre? Ce serait là une conclusion réductrice, ne restituant pas la diversité de la pratique arbitrale pour plusieurs raisons. Tout d'abord, le sentiment du juste et la solution dictée par le contrat et le droit coïncident souvent. Ensuite, la norme applicable elle-même donne fréquemment une marge d'appréciation incluant des considérations morales. En outre, quel que soit le droit normalement applicable et le sentiment de justice de l'arbitre, l'intervention des lois de police ou lois d'application immédiate dictent de plus en plus souvent les solutions. Il est vrai que les arbitres sont traditionnellement peu enclins à prendre en compte des lois de police ne relevant pas de la *lex causae*. Cependant, cette attitude apparaît aujourd'hui dépassée, ne serait-ce qu'en raison de considérations sur l'exécutabilité de la sentence. L'application du droit de la concurrence en est la meilleure illustration⁴⁰.

Mais même s'il était établi que l'arbitre international décide selon son sentiment de justice, cela le distinguerait-il vraiment du juge national? Ce dernier ne tranche-t-il pas aussi en dernière analyse en fonction de sa règle

38 Souvent aussi la *lex mercatoria* vient assister le tribunal dans l'interprétation et l'application du droit national compétent. Dans ce sens, voir CCI 8486/1996, citée à la note 24: le Code civil néerlandais commandait de tenir compte de la conception juridique en vigueur aux Pays-Bas pour déterminer ce qui est raisonnable et équitable. Le tribunal arbitral y substitua les conceptions applicables en matière de contrats internationaux exprimées dans les Principes d'UNIDROIT; voir aussi CCI 10335/2000, *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, vol. 12/n° 2, 2001, p. 107 ss; CCI 7819/1999, citée à la note 20; CCI 9651/2000, citée à la note 20; sentence non publiée dans un arbitrage ad hoc rendue à Auckland en 1995 (des extraits sont disponibles sur www.unilex.info); CCI 10022/2000, *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, vol. 12/n° 2, 2001, p. 105; CCI 7754/1995, disponible sur www.unilex.info; CCI 8908/1998, disponible sur www.unilex.info; *Himpurna California Energy Ltd. c. PT. Perusahaan Listrik Negara*, 4 mai 1999, *Yearbook Commercial Arbitration* (2000), p. 11 ss.

39 Sur le sujet, de manière très nuancée MAYER Pierre, *La règle morale dans l'arbitrage international*, Mélanges Bellet, Paris 1991, p. 379 ss. Voir aussi BREDIN Jean-Denis, *La loi du juge*, Mélanges Goldman, Paris 1982, p. 15 ss.

40 Voir l'arrêt de la CJCE du 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss China Time Ltd et Benetton International NV*, Aff. C-126/97 (arrêt non encore publié au recueil de jurisprudence; *Bulletin ASA*, n° 3, 1999, p. 414 ss); ATF 118 II 193 consid. 5; ATF X SA et Y SA c. Z SA, 13 novembre 1998, *Bulletin ASA*, n° 4, 1999, p. 529 ss; ATF 128 III 234 consid. 4. Sur le sujet des lois de police devant la justice arbitrale internationale, voir SERAGLINI Christophe, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, thèse, Paris 2001; sur la question de l'application du droit de la concurrence, voir plus spécifiquement RIGOZZI Antonio, «Arbitrage, ordre public et droit communautaire de la concurrence», *Bulletin ASA*, n° 4, 1999, p. 455 ss.

morale? Plus que la référence au sentiment du juste, ce qui différencie l'arbitre international c'est le contexte multinational et pluriculturel de son activité. Ce contexte lui donne davantage de moyens d'adéquation du résultat à son sentiment de justice. Parmi ceux-là, il y a indéniablement la transnationalisation. Or cette dernière opère souvent par le recours à des principes généraux, par nature vagues, qui créent un espace d'incertitude, un flou comblé par la règle morale de l'arbitre. Ce flou n'est pas propre à l'arbitrage. «Le mou et le flou», pour reprendre la formule de Mireille DELMAS-MARTY⁴¹, est un trait caractéristique du droit contemporain, qui est simplement accentué en arbitrage.

Que signifie cette propension à la transnationalisation de la solution pour le droit national des contrats? Principalement que le droit suisse, produit d'exportation d'application fréquente dans des contextes multinationaux et pluriculturels sans lien avec notre pays, se doit d'évoluer en harmonie avec les tendances générales de l'uniformisation du droit des contrats. C'est là un postulat essentiel pour la cohérence du droit dans sa globalité et pour la compatibilité du droit suisse avec les standards internationaux. Cela signifie encore que, forte de l'expérience acquise par son droit à l'épreuve de l'arbitrage international, la Suisse pourrait non seulement suivre les tendances d'uniformisation, mais encore s'employer à contribuer à leur élaboration.

41. De la Mireille Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris 1998, p. 77.

BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE

- BERGER Klaus Peter, *The Practice of Transnational Law*, La Haye/Londres/Boston 2001
- DASSER Felix, *Internationale Schiedsgerichte und lex mercatoria*, thèse, Zurich 1989
- FONTAINE Marcel / DE LY Filip, *Droit des contrats internationaux: analyse et rédaction de clauses*, 2^e éd., Paris 2003
- MAYER Pierre, *Le principe de la bonne foi devant les arbitres du commerce international*, Mélanges Lalive, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1993
- MAYER Pierre, *La règle morale dans l'arbitrage international*, Mélanges Bellet, Paris 1991

Autres références

- Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI – Supplément spécial*, «Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international – Réflexions sur leur utilisation dans l'arbitrage international», 2002
- Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, vol. 12/n° 2, 2001, «Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international dans l'arbitrage de la Chambre de commerce internationale», p. 52 ss
- Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, vol. 10/n° 2, 1999, «Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international dans l'arbitrage de la Chambre de commerce internationale», p. 26 ss
- Collection of ICC Arbitral Awards (1996-2000)*, Jean-Jacques Arnaldez, Yves Derains, Dominique Hascher (édit.), Paris/New York (ICC Publishing S.A.) 2003
- Collection of ICC Arbitral Awards (1986-1990)*, Sigvard Jarvin, Yves Derains, Jean-Jacques Arnaldez (édit.), Paris/New York (ICC Publishing S.A.) 1994
- Collection of ICC Arbitral Awards (1974-1985)*, Sigvard Jarvin, Yves Derains (éd.), Paris/New York (ICC Publishing S.A.) 1990
- Yearbook Commercial Arbitration*, Albert Jan van den Berg (édit.), vol. XIII, 1988, vol. XIV, 1989 et vol. XXV, 2000
- Yearbook Commercial Arbitration*, Pieter Sanders (édit.), vol. VII, 1982 et vol. IX, 1984