

## **L'incidence du Droit Uniforme dans le Droit National. Limites et Possibilités.**

**Jean-Baptiste Racine.**

L'incidence du droit uniforme dans le droit national. Limites et possibilités.

Rapport national français

Arbitrage

QUESTIONNAIRE ETABLI PAR MONSIEUR HORACIO A. GRIGERA NAON,  
PROFESSEUR A L'AMERICAN UNIVERSITY, WASHINGTON COLLEGE OF LAW

Réponses de Jean-Baptiste Racine

Professeur à l'Université de Nice – Sophia Antipolis

*Question 1. Dans la perspective de votre droit national, est-il approprié d'inclure au sein de la notion de « droit uniforme » les usages du commerce ou les « coutumes », les principes généraux du droit, les principes généraux du droit du contrat ou du droit des obligations, le droit transnational, la lex mercatoria, les règles générales de procédure ? Droit uniforme tel qu'entendu ci-dessous doit signifier droit uniforme selon le sens donné à cette expression dans votre réponse à la question 1.*

La notion de droit uniforme n'est pas assise. Dans la sphère internationale, la technique du droit uniforme permet d'aboutir à un droit commun matériel en se passant du procédé du conflit de lois. En ce sens, il s'agit d'une alternative à la règle de conflit. Quel est pour autant le contenu de ce droit uniforme ? Quelles sont ses sources ? La difficulté est grande, car il ne peut y avoir de réponse ferme et définitive à de telles questions.

On doit mettre en exergue les sources publiques du droit uniforme. Il existe en effet un droit uniforme issu de conventions internationales portant sur les grands domaines du commerce international (par exemple, la vente avec la Convention de Vienne de 1980 ou le transport maritime avec la Convention de Bruxelles de 1924). Ces conventions offrent un corps de règles cohérent apte à établir le régime d'une institution juridique au plan international. La notion de droit uniforme convient ainsi parfaitement aux règles matérielles unifiées de source

conventionnelle. C'est dans ce sens que l'entendent des auteurs pour qui « *Du point de vue de sa substance, le droit uniforme correspond à tout instrument comportant des règles appelées à se substituer aux lois des États (...). Du point de vue formel, le droit uniforme se caractérise tout naturellement par son élaboration et son inscription dans un instrument 'international'. Pour cette raison, le droit uniforme trouve, pour l'essentiel, sa source dans les conventions internationales proposées à l'adhésion des États* » (J.-M. Jacquet, Ph. Delebecque et S. Corneloup, *Droit du commerce international*, Dalloz, 2007, n° 76, pp. 46-47). Une telle définition, concernant le droit uniforme de source conventionnelle, est tout à fait pertinente. Convient-il néanmoins d'élargir la notion de droit uniforme en y incluant les sources « privées » du droit du commerce international ?

C'est précisément le sens de la question n° 1. Il nous semble à la fois possible et nécessaire d'inclure la « *lex mercatoria* » – au sens large – dans la notion de droit uniforme. C'est tout d'abord possible. La notion de droit uniforme est par définition ouverte : elle est destinée à accueillir toutes les normes posant des règles matérielles qui ont une origine et un champ d'application internationaux. Une approche pragmatique de la matière pousse à une telle solution. C'est ensuite nécessaire. Le droit uniforme ne saurait se limiter aux sources publiques et/ou conventionnelles, sous peine d'être appauvri. Le droit matériel du commerce international est un mélange de sources à la fois publiques et privées orientées vers un même objectif : la satisfaction des besoins du commerce international (cf. E. Loquin, « Les règles matérielles du commerce international », *Rev. arb.*, 2005, p. 443 ; du même auteur, « Les règles matérielles internationales », *Rec. cours La Haye*, 2006, Tome 322, p. 9). C'est dans ce sens que, selon nous, il convient d'inclure au sein de la notion de droit uniforme les usages du commerce ou les « coutumes », les principes généraux du droit, les principes généraux du droit du contrat ou du droit des obligations, le droit transnational, la *lex mercatoria* et les règles générales de procédure.

On ajoutera que ces différentes appellations ne renvoient pas nécessairement à la même réalité. Par exemple, les usages du commerce et les principes généraux du droit doivent en bonne logique être distingués (E. Gaillard, « La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international », *Études offertes à P. Bellet*, Litec, Paris, 1991, p. 203). La *lex mercatoria*, selon les définitions, ne se confond pas entièrement avec le droit « transnational » – bâti sur les principes généraux du droit –, celle-ci faisant en outre appel à un droit « anational » composé d'usages, de contrats types, de sentences arbitrales, etc. (J.-B. Racine

et F. Siiriainen, *Droit du commerce international*, Dalloz, coll. Cours, 2007, n° 101, p. 63). D'autres nuances et précisions seraient susceptibles d'être apportées. Les frontières sont mouvantes et aucune définition incontestable ne peut être avancée. Contentons-nous d'intégrer la « *lex mercatoria* », dans sa définition la plus générale, dans le domaine du droit uniforme (dans le même sens, voir B. Audit, *Droit international privé*, Economica, 5e éd., 2008, n° 8, p. 5 et suivantes ; D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, Tome I, Partie générale, PUF, coll. Thémis, 2007, n° 543, p. 548).

Il convient par ailleurs d'ajouter certaines sources qui ne sont pas mentionnées en tant que telles dans l'énoncé de la question n° 1, à savoir ce qui est communément appelé le droit « savant ». *Brevitatis causa*, ce droit savant est composé essentiellement des Principes UNIDROIT de 2004 relatifs au contrat du commerce international et des Principes du droit européen du contrat (dits principes Lando). Ces principes peuvent parfaitement être rattachés à la notion de droit uniforme en ce qu'ils établissent des règles matérielles unifiées au niveau international. Même s'ils n'ont aucune valeur obligatoire, leur autorité doctrinale est indéniable. Ils forment une sorte de codification des principes généraux du droit des contrats (voir, de manière générale, J. Bonnel, « Do We Need a Global Commercial Code ? », *Rev. dr. unif.*, 2000, p. 469).

La réponse donnée à la question n° 1, même si elle est largement partagée en doctrine, n'est cependant pas celle que fournit explicitement le droit français. La notion de droit uniforme est avant tout doctrinale. Il est douteux qu'un droit national puisse contribuer véritablement à la définir. Toutefois, le droit français, en ce qu'il accueille favorablement le phénomène de la *lex mercatoria*, peut être considéré, dans une perspective très large, comme favorisant l'intégration dans la notion de droit uniforme des usages, des principes généraux, du droit transnational, etc.

Au final, il convient, selon nous, d'adopter une définition élargie du droit uniforme regroupant à la fois les conventions internationales unifiant le droit matériel, les principes généraux et usages du commerce international – regroupés au sein de la qualification de *lex mercatoria* – et les codifications doctrinales.

*Question 2. Dans quelle mesure votre pays a-t-il incorporé le droit uniforme dans le droit national à travers la ratification de traités, d'autres textes ou des décisions de jurisprudence ?*

Une telle question est extrêmement vaste. À suivre ses termes mêmes, l'incorporation du droit uniforme signifierait sa transposition en droit interne. Il y a effectivement des exemples dans lesquels le droit uniforme a été intégré dans le droit français interne. Il en va ainsi au regard de certaines conventions internationales portant loi uniforme. Citons par exemple les Conventions de Genève de 1930 et 1931 sur la lettre de change et le chèque auxquelles la France est partie (J.-M. Jacquet, Ph. Delebecque et S. Corneloup, *Droit du commerce international, op. cit.*, pp. 520-521). On citera également le droit communautaire qui est un exemple particulièrement éclairant de droit uniforme, celui-ci mêlant deux techniques différentes selon qu'il s'agisse d'unification au sens strict (par la voie du règlement) ou d'une simple harmonisation (par la voie de la directive). Il va sans dire que l'influence du droit communautaire sur le contenu du droit français est considérable (voir, entre autres, J.-S. Bergé et S. Robin-Olivier, *Introduction au droit européen*, PUF, coll. Thémis, 2008).

Il est possible de comprendre la question de manière légèrement différente : il y aurait ainsi « incorporation », au sens large, du droit uniforme toutes les fois où la France aurait ratifié des conventions internationales unifiant le droit matériel. La France a, à cet égard, ratifié la plupart des conventions portant unification du droit matériel, par exemple la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises, la Convention de Bruxelles de 1924 sur le transport maritime de marchandises, la Convention de Genève de 1950 sur le transport routier (dite CMR), la Convention de Varsovie de 1929 sur le transport aérien (à laquelle a succédé la Convention de Montréal de 1999), les Conventions d'Ottawa de 1988, l'une sur le crédit-bail international, l'autre sur l'affacturage international. La France est un « bon élève » du droit uniforme. Cependant, ces conventions ont seulement pour objet la mise en place d'un régime applicable en matière internationale. Par la ratification de tels traités, la France choisit d'avoir deux corps de règles : l'un applicable en matière interne et l'autre en matière internationale. Le cas de la vente est emblématique de cette dichotomie, le Code civil s'appliquant aux ventes internes et la Convention de Vienne aux ventes internationales. Dans ce sens, il n'y a pas de véritable incorporation du droit uniforme au droit interne.

Il ne faut néanmoins pas mésestimer l'influence du droit uniforme international sur le droit interne. Parfois cette influence est directe. Par exemple, le droit interne des transports aériens – tel qu'il résulte du Code de l'aviation civile – est le résultat de l'intégration volontaire des règles de la Convention de Varsovie. L'influence est le plus souvent indirecte et se manifeste à travers

la prise en compte du droit uniforme par la jurisprudence. Désormais, les juges français tiennent assez fréquemment à mettre les solutions du droit français en conformité avec des standards internationaux. Plusieurs exemples peuvent être donnés. Tout d'abord, il est admis que le revirement du 1<sup>er</sup> décembre 1995 ayant abandonné le principe général imposant la détermination du prix dans les contrats a été influencé, notamment, par la Convention de Vienne sur la vente internationale (voir, de manière générale, E. Lamazerolles, *Les apports de la Convention de Vienne au droit interne de la vente*, LGDJ, 2003). Ensuite, la reconnaissance en droit français de la résolution unilatérale du contrat (Cass., 13 octobre 1998, *D.* 1999, jur., p. 197, note Ch. Jamin ; Cass., 20 février 2001, *D.* 2001, p. 1568, note Ch. Jamin) est également le produit d'une influence des standards internationaux en la matière, ceux-ci résultant notamment de la Convention de Vienne sur la vente et des Principes du droit européen du contrat. Enfin, le droit français de l'arbitrage connaît désormais la technique de l'*estoppel* à la suite de l'arrêt *Golshani* (Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juillet 2005, *Rev. arb.* 2005, p. 993, note Ph. Pinsolle ; *D.* 2005, p. 3059, obs., Th. Clay ; *D.* 2006, p. 1424, note E. Agostini ; *JDI* 2006, p. 608, note M. Béhar-Touchais ; *RTD. com.* 2006, p. 309, obs. E. Loquin ; *JCP éd. G*, 2005, I, 179, n° 6, obs. J. Ortscheidt ; *Gaz. Pal.* 2006, n° 56, p. 18, note F.-X. Train ; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 602, note H. Muir Watt ; *RDC* 2006, p. 1279, note B. Fauvarque-Cosson). L'influence de standards internationaux, reconnaissant la règle de l'*estoppel*, s'est ainsi fait naturellement sentir (en matière interne, voir Paris, 7 février 2008, *Rev. arb.* 2008, p. 501, note J.-B. Racine). De tels exemples sont révélateurs d'une tendance importante : il existe un mouvement conduisant à la modélisation du droit, spécialement du droit des affaires. Il s'agit d'une forme d'alignement des droits nationaux sur des modèles internationaux. Ce thème doit seulement être mentionné brièvement (voir A. Martin-Serf, « La modélisation des instruments juridiques », in *La mondialisation du droit*, Litec, 2000, p. 179). Contentons-nous de remarquer que les droits nationaux n'évoluent plus de manière isolée. Ils évoluent au contraire de manière convergente au regard notamment du droit uniforme international qui se présente comme un véritable modèle à suivre, dans la perspective d'un droit « cosmopolitique ».

Quant à l'influence qu'exerce la *lex mercatoria* sur le droit français, elle est quasiment impossible à déterminer. Il n'est même pas certain que l'on puisse véritablement parler d'influence. Envisager une coexistence serait plus juste. La jurisprudence française admet le phénomène de la *lex mercatoria*, mais sans véritablement l'incorporer. Cependant, les frontières

sont poreuses. Toutes les fois où les juges français adaptent le droit national pour le rendre conforme aux besoins du commerce international, n'y a-t-il pas une influence, au moins diffuse, de la *lex mercatoria* ? La matière de l'arbitrage est emblématique de cette tendance. La jurisprudence française a considérablement libéralisé le droit de l'arbitrage international. Le régime de l'arbitrage international étant aujourd'hui particulièrement favorable aux besoins du commerce international, par son libéralisme et sa souplesse, ne peut-on pas faire du droit français en la matière une composante de la *lex mercatoria* ? La question est susceptible de paraître iconoclaste. Il est rare d'inclure dans la *lex mercatoria* des sources nationales (et la doctrine française dominante ne va pas dans ce sens). Toutefois, si l'on a une conception pragmatique de la *lex mercatoria*, celle-ci étant conçue comme regroupant l'ensemble des normes conformes aux besoins du commerce international, rien ne permettrait d'exclure le droit français de l'arbitrage international, et ce en tant que composante à part entière de la *lex mercatoria*. Ainsi, la Cour de cassation dans son célèbre arrêt *Dalico* concernant l'autonomie de la clause compromissoire internationale vise-t-elle une « règle matérielle du droit international de l'arbitrage » (Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 décembre 1993, *Dalico*, *JDI* 1994, p. 432, note E. Gaillard ; *JDI* 1994, p. 690, note E. Loquin ; *Rev. arb.* 1994, p.116, note H. Gaudemet-Tallon ; *Rev. crit. DIP* 1994, p. 663, note P. Mayer). Le fondement de la règle est-il proprement national ? La rédaction de l'arrêt inciterait à répondre par la négative, même si les commentateurs de la décision sont très prudents sur ce point. Quand bien même le fondement de la règle serait-il exclusivement le droit français, il s'agirait d'un droit français « internationalisé » et ouvert aux besoins du commerce international. Nous pouvons par conséquent soutenir raisonnablement que le droit français contribue à la *lex mercatoria* par ses dispositions et sa jurisprudence en matière d'arbitrage international.

*Question 3. Dans quelle mesure votre droit national doit-il être considéré comme incluant le droit uniforme lorsqu'il est désigné comme droit applicable à un contrat ou à un délit civil ? Est-ce le cas lorsque votre pays est désigné comme siège de l'arbitrage ?*

Lorsque le droit français est rendu applicable à un contrat, à un délit civil ou à toute autre situation juridique, c'est à l'intégralité de ce droit qu'il convient de se référer. Dès lors que le droit uniforme a été incorporé au droit interne, il conviendra d'en faire application comme toute autre disposition de droit interne. Si le droit uniforme n'est applicable qu'en matière

internationale et non en matière interne, il conviendra d'en faire application si la situation est internationale. Des problèmes spécifiques se sont posés à propos de la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises. Est-ce que le choix de la loi française pour régir une vente internationale implique l'application des textes de droit interne sur la vente ou bien des dispositions de la Convention de Vienne ? Il est admis sans conteste que le choix de la loi française, sans autres précisions, entraîne, en matière de vente internationale, l'application de la Convention de Vienne (P. Schlechtriem et Cl. Witz, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Dalloz, 2008, n° 20, pp. 16-17). Le droit français de la vente est donc bicéphale : un droit interne pour les ventes internes et un droit « international » pour les ventes internationales.

Dans tous les cas, la compétence du droit français n'entraîne pas l'application de la *lex mercatoria*. Les systèmes législatifs et la *lex mercatoria* sont en quelque sorte concurrents : ils donnent normalement lieu à une application alternative et non cumulative. La référence à un droit national devrait signifier en principe exclusion de la *lex mercatoria*. Mais, comme nous l'avons souligné dans notre réponse à la question 2, les frontières entre les systèmes juridiques étatiques et la *lex mercatoria* sont parfois poreuses. Et certains éléments de la *lex mercatoria* peuvent trouver à s'appliquer même en présence d'une loi étatique (voir *infra*).

La réponse à la question 3 est-elle différente quand la France est désignée comme lieu de l'arbitrage ? Il est vrai que l'arbitrage est à la fois une composante de la *lex mercatoria* et son support naturel. Toutefois, au regard du droit français, la localisation en France du siège de l'arbitrage n'exerce pas d'influence sur la détermination du droit applicable au fond du litige. L'arbitre, en raison de l'autonomie de l'arbitrage international, n'est juridiquement rattaché à aucun for et surtout pas à celui du siège de l'arbitrage. De plus, quel que soit le siège de l'arbitrage, dès lors que les parties ont choisi le droit français pour régir leur situation juridique, un arbitre est obligé d'en faire application. C'est l'un des aspects du respect de sa mission. Deux précisions doivent néanmoins être apportées. Premièrement, un arbitre international n'applique généralement pas une loi nationale comme le ferait le juge national, plus particulièrement le juge de l'État de la loi concernée (voir P. Mayer, « L'arbitre et la loi », in *Le droit privé français à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, Études offertes à P. Catala*, Litec, 2001, p. 225). Un arbitre est naturellement porté à mettre en œuvre la loi de manière plus souple, en vue de la satisfaction des besoins du commerce international. Deuxièmement, en vertu du Code de procédure civile français, l'arbitre

« *tient compte dans tous les cas des usages du commerce* » (article 1496 alinéa 2 CPC). Il découle de cette règle que, quel que soit le droit applicable au fond du litige – qu’il s’agisse du droit français ou non – un arbitre peut se référer aux usages du commerce, composante de la *lex mercatoria*.

*Question 4. Dans quelle mesure les notions juridiques de votre pays applicables dans le processus de résolution d’un litige par les juges ou les arbitres (incluant l’ordre public et les règles internationalement impératives ou lois de police (nationales ou étrangères)), accepteront-elles le droit uniforme incorporé dans le droit étranger (matériel ou procédural) applicable, si le cas se présente, au contrat litigieux / au lieu ou siège de l’arbitrage étranger ?*

On doit comprendre cette question comme portant sur l’acceptabilité du droit uniforme incorporé dans un droit étranger au regard de l’ordre public français. Il n’existe, à vrai dire, pas de spécificité réelle concernant le droit uniforme. L’ordre public, en matière internationale, permet d’écarter une loi étrangère, un jugement étranger ou une sentence arbitrale en cas de contrariété à des valeurs jugées fondamentales. Nous ne connaissons pas de cas dans lequel une telle contrariété aurait été spécifiquement relevée en jurisprudence française à propos d’une disposition tirée du droit uniforme ou d’une décision ayant appliqué une telle disposition. Au contraire, le fait qu’une règle de droit soit issue du droit uniforme ne peut que renforcer son acceptabilité internationale. Plus une règle est partagée à l’échelle internationale, plus elle sera acceptable dans les ordres juridiques nationaux. Le cas des lois de police est un peu différent. Il n’y a pas non plus de spécificité réelle en matière de droit uniforme. Une loi de police s’applique immédiatement, la plupart du temps sur la base d’un critère territorial, que le droit normalement applicable soit issu du droit uniforme ou non. L’originalité vient du fait qu’une loi de police va faire prévaloir, le plus souvent, des valeurs locales, telles des politiques législatives de l’État du for. Les lois de police manifestent ainsi la prise en compte des valeurs prépondérantes d’un for alors que le droit uniforme est l’expression de règles largement partagées au niveau international.

Si le droit uniforme est compris comme faisant référence à la *lex mercatoria*, on doit répondre que la jurisprudence française accepte sans ambiguïté celle-ci. La *lex mercatoria* est un phénomène juridique admis par une jurisprudence constante. L’arrêt *Valenciana*, rendu par la Cour de cassation, a consacré de manière explicite une telle solution (Civ. 1<sup>re</sup> 22 octobre 1991,



*Rev. arb.* 1992, p. 457, note P. Lagarde ; *Rev. crit. DIP* 1992, p. 113, note B. Oppetit ; *JDI* 1992, p. 117, note B. Goldman). Par cet arrêt, la Cour de cassation a fermement affirmé la juridicité de la *lex mercatoria*. En vertu de la jurisprudence française, un arbitre peut donc valablement fonder sa sentence sur la *lex mercatoria* sans encourir sur ce chef aucun grief. De manière générale, le fait que la *lex mercatoria* soit applicable ou ait été appliquée par un arbitre ou par un juge n'entraîne pas, en tant que tel, une contrariété à l'ordre public au sens du droit français. En revanche, une application des lois de police françaises est toujours possible, mais sans qu'il existe, en la matière, de spécificité tirée de la présence du droit uniforme.

*Question 5. Dans quelle mesure les sentences arbitrales sont-elles officiellement publiées ou diffusées de manière informelle dans le milieu des affaires ou les cercles juridiques dans votre pays ? Votre pays connaît-il la doctrine du précédent (stare decisis) ? Si oui, dans quelle mesure la règle du précédent s'applique-t-elle aux sentences arbitrales ? Dans quelle mesure le principe de l'autorité de la chose jugée [issue preclusion ou collateral estoppel] (s'il est accepté dans votre système juridique) est-il applicable dans l'arbitrage (d'une cour de justice à un tribunal arbitral et vice versa / entre tribunaux arbitraux) ?*

Il n'y a en France aucune publication « officielle » des sentences arbitrales. Il s'agit bien entendu d'actes privés, couverts par la confidentialité. Il demeure que des sentences sont publiées dans certaines revues juridiques (avec l'accord des parties et en respectant l'anonymat le plus souvent). Il en va ainsi de certaines sentences rendues sous l'égide de la Chambre de commerce internationale (CCI), du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) et du Tribunal arbitral du sport (TAS) qui sont publiées au Journal du droit international (Clunet). D'autres revues, comme la Revue de l'arbitrage, publient régulièrement des sentences arbitrales. Il y a aussi une diffusion plus informelle des sentences, notamment par le biais d'Internet.

La France ne connaît pas la doctrine du précédent au sens de la *Common Law* (*stare decisis*). Toutefois, la jurisprudence y est une véritable source de droit (bien que le débat ne soit pas complètement clos, voir L. Bach, « La jurisprudence est-elle, oui ou non, une source de droit ? », in *Mélanges J. Héron*, LGDJ, 2008, p. 47). De plus, la notion de jurisprudence arbitrale est discutée par la doctrine française. Il est donc possible d'aborder ce sujet, sans pour autant

prétendre ni donner la position du droit français sur la question ni mettre un terme au débat. Certains en France ont pu contester la notion de jurisprudence arbitrale, par exemple le Professeur P. Mayer (« L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence », *Rec. cours La Haye*, 1989, V, p. 319). Une doctrine, semble-t-il majoritaire, admet cependant l'existence d'une jurisprudence arbitrale (pour une analyse nuancée fondée sur une comparaison de l'arbitrage commercial international, de l'arbitrage de droit du sport et de l'arbitrage en matière d'investissement, voir G. Kaufmann-Kohler, « Arbitral Precedent : Dream, Necessity or Excuse ? », *Arb. Int'l.* 2007, p. 357). Des auteurs ont ainsi défendu l'existence d'une telle jurisprudence en montrant que les sentences sont autonomes – la révision au fond est prohibée – cohérentes et divulguées (Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n° 371 et suivants, p. 199 et suivantes. Voir aussi, Th. Clay, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, p. 218 et suivantes ; E. Loquin, « À la recherche de la jurisprudence arbitrale », in *La Cour de cassation, l'université et le droit, Mélanges en l'honneur d'A. Ponsard*, Litec, 2003, p. 213 ; H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses », *Rec. cours La Haye*, 2005, T. 312, p. 9, spéc., n° 78 et suivants, p. 86 et suivantes). Qu'il soit permis d'ajouter que la jurisprudence arbitrale ne saurait être bâtie sur le même modèle qu'une jurisprudence émanant d'un ordre juridique étatique. Les arbitres tendent naturellement à s'inspirer des sentences précédentes, car il existe un véritable système de l'arbitrage, que l'on pourrait qualifier d'ordre juridique arbitral (voir notre article : « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.*, 2005, p. 305 ; E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, 2008). Quoi qu'il en soit, l'observation des faits conduit aujourd'hui à reconnaître l'existence d'une jurisprudence arbitrale, comme dans le domaine de la réparation du dommage (voir J. Ortscheidt, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, Dalloz, 2001).

Le principe de l'autorité de la chose jugée s'applique naturellement aux sentences arbitrales qui sont de véritables actes juridictionnels (D. Hascher, « L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales », *TCFDIP* 2000-2002, p. 17). L'article 1476 CPC dispose ainsi que « *La sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche* » (article applicable aux sentences prononcées à l'étranger et en matière internationale par renvoi de l'article 1500 CPC). Il en résulte que la saisine d'un tribunal étatique

après qu'une sentence ait été rendue s'expose à une fin de non-recevoir. L'effet d'autorité de la chose jugée permet en outre de pratiquer des mesures conservatoires sans avoir besoin d'une autorisation préalable d'un juge (Civ. 2e, 12 octobre 2006, *D.* 2006, p. 3034, obs. Th. Clay). L'autorité de la chose jugée a logiquement lieu entre tribunaux arbitraux : la reddition d'une sentence dans un litige empêche en principe qu'un autre arbitrage portant sur le même litige se déroule, ce aussi bien devant le même tribunal arbitral que celui qui a rendu la sentence que devant un nouveau (J.-L. Delvolvé, J. Rouche et G. Pointon, *French Arbitration Law and Practice*, Kluwer Law International, 2003, p. 195).

*Question 6. Dans quelle mesure les lois nationales et les juridictions dans votre pays sont-elles favorables à l'arbitrage ? Votre réponse change-t-elle si une partie étatique ou un intérêt étatique est directement impliqué ou affecté par la résolution du litige ou si le contrat peut être qualifié de « public » ou d' « administratif » selon votre système juridique ? Si l'arbitrage est international ou interne ? Si son siège / lieu est à l'intérieur ou à l'extérieur de votre pays ?*

Le droit français, dans son ensemble, est très favorable à l'arbitrage. C'est surtout la jurisprudence, en particulier de la Cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation, qui développe une véritable politique de faveur envers l'arbitrage. Tout est fait pour assurer à cette forme de justice une efficacité maximale, tant au stade de la convention d'arbitrage que de la sentence arbitrale. Un auteur a pu écrire à ce propos que « *Dans toute sa jurisprudence, la Cour de cassation affiche clairement une philosophie de faveur à l'arbitrage, considéré comme le mode normal, sinon le mode privilégié, de règlement des différends du commerce international* » (E. Gaillard, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international », *Rev. arb.* 2007, p. 697, spéc., p. 703). La jurisprudence française a ainsi forgé des règles matérielles permettant de garantir à l'arbitrage la plus grande efficacité. Il n'est pas nécessaire d'entrer dans le détail des solutions jurisprudentielles. Un seul exemple de la faveur de principe de la jurisprudence française à l'égard de l'arbitrage, peut-être le plus emblématique, mérite d'être donné. Il est relatif à un arrêt rendu par la Cour de cassation le 29 juin 2007, dans une affaire *Putrabali* (*Rev. arb.*, 2007, p. 507, note E. Gaillard ; *JDI* 2007, 1re esp., p. 1236, note Th. Clay). Une sentence rendue en Angleterre et annulée par la *High Court* de Londres avait obtenu l'*exequatur* en France. Saisie de cette affaire, la Cour de cassation, confirmant en cela la

jurisprudence *Hilmarton* (Civ. 1<sup>re</sup>, 23 mars 1994, *Rev. arb.* 1994, p. 327, note Ch. Jarrosson ; *JDI* 1994, p. 701, note E. Gaillard ; *Rev. crit. DIP* 1995, p. 356, note B. Oppetit), a décidé 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 ». Une sentence annulée par les juridictions du siège de l'arbitrage peut ainsi être exécutée en France. La sentence internationale est autonome par rapport à l'ordre juridique du siège de l'arbitrage, la Cour de cassation ajoutant dans son arrêt *Putrabali* qu'elle est même une « décision de justice internationale ». La jurisprudence *Hilmarton/Putrabali* est sans doute le point culminant du libéralisme en matière d'arbitrage. À cet égard, le droit français de l'arbitrage a toutes les chances d'être le droit le plus libéral au monde.

La faveur envers l'arbitrage est-elle la même si une partie étatique ou un intérêt étatique est directement impliqué ou affecté par la résolution du litige ou si le contrat peut être qualifié de « public » ou d' « administratif » ? En matière internationale, la jurisprudence française a très tôt affirmé l'arbitrabilité des litiges impliquant une personne morale de droit public (Civ. 1<sup>re</sup>, 2 mai 1966, *Galakis*, *Rev. crit. DIP* 1967, p. 553, note B. Goldman ; *JDI* 1966, p. 648, note P. Level ; *D.* 1966, p. 575, note J. Robert ; *Rev. arb.* 1966, p. 99). La solution est aujourd'hui parfaitement assise et concerne également des personnes publiques étrangères (Paris, 17 décembre 1991, *Gatoil*, *Rev. arb.* 1993, p. 281, note H. Synvet ; Paris, 24 février 1994, *Bec Frères*, *Rev. arb.* 1995, p. 275, note Y. Gaudemet ; Paris, 13 juin 1996, *Sté Kuwait Foreign Trading Contracting and Investment*, *Rev. arb.* 1997, p. 251, note E. Gaillard ; *JDI* 1997, p. 151, note E. Loquin). Seul le Conseil d'État est plus réticent à l'égard de l'arbitrage, comme en atteste l'avis négatif rendu dans l'affaire *Eurodisney* (6 mars 1986, *Rev. arb.* 1992, p. 397), cet avis ayant imposé l'adoption d'une loi destinée à permettre l'arbitrage dans l'opération projetée (article 9 de la loi du 19 août 1986). Il est aujourd'hui question de réformer les textes afin de libéraliser le régime de l'arbitrage en droit administratif. En ce sens, un rapport sur l'arbitrage en matière administrative a été remis le 13 mars 2007 par un groupe de travail constitué à cet effet (*Rev. arb.* 2007, p. 651). Ce rapport, assorti d'un projet de nouveaux textes, a l'immense mérite d'autoriser de manière générale le recours à l'arbitrage pour les personnes publiques. En revanche, certains points du rapport sont contestables, notamment la question des voies de recours contre la sentence. Il a en effet été proposé de permettre un recours en cassation devant le Conseil d'État, assorti de la

possibilité de régler l'affaire au fond après cassation. C'est pourquoi le projet a fait l'objet d'un accueil mitigé de la part de la doctrine (J.-L. Delvolvé, « Une véritable révolution... inaboutie (Remarques sur le projet de réforme de l'arbitrage en matière administrative) », *Rev. arb.* 2007, p. 373 ; S. Lemaire, « La libéralisation de l'arbitrage international en droit administratif. Approche critique du projet de réforme du 13 mars 2007 », *ibid.*, p. 407 ; Ch. Jarrosson, S. Lemaire et L. Richer, « Pour un projet viable de réforme de l'arbitrage en droit administratif », *AJDA* 2008, p. 617 ; P. Terneyre et C. Verot, « Le projet de réforme de l'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques est tout à fait viable », *ibid.*, p. 905). En l'état actuel, il est probable que le projet n'aboutisse pas (Th. Clay, *D.* 2008, p. 3112).

La faveur envers l'arbitrage est-elle la même si l'arbitrage est interne ou international ? Notons à titre liminaire que le droit français connaît la distinction entre les deux formes d'arbitrage (voir P. Mayer, « Faut-il distinguer arbitrage interne et arbitrage international ? », *Rev. arb.* 2005, p. 361). À ce titre, la faveur pour l'arbitrage est beaucoup plus grande en matière internationale qu'en matière interne. La justification vient du fait que l'arbitrage est plus pratiqué en matière de commerce international où il est devenu la juridiction de droit commun. Dès lors, les besoins du commerce international ont imposé, à leur manière, une libéralisation de l'arbitrage international. C'est dans ce sens que la jurisprudence française a reconnu l'autonomie de l'arbitrage commercial international. Toutefois, la libéralisation du régime profite aussi à l'arbitrage interne. Par exemple, la règle de la séparabilité de la clause compromissoire par rapport au contrat principal a été étendue à la matière interne (Civ. 2<sup>e</sup>, 4 avril 2002 et Com. 9 avril 2002, *Rev. arb.* 2003, p. 103, note P. Didier). Il y a une sorte d'effet de « contagion » du droit de l'arbitrage interne par l'arbitrage international (Ch. Jarrosson, « L'apport de l'arbitrage international à l'arbitrage interne » in *L'internationalité dans les institutions et le droit, convergences et défis, Études offertes à A. Plantey*, Paris, 1995). Cependant, des différences irréductibles demeurent. Par exemple, le régime des voies de recours ouvertes à l'encontre de la sentence est beaucoup plus libéral dans le domaine international où l'appel est radicalement exclu alors qu'il est autorisé, sauf convention contraire, dans le domaine interne (article 1482 CPC).

La faveur envers l'arbitrage est-elle la même si le siège de l'arbitrage est localisé en France ou à l'étranger ? Le droit français repose sur la distinction entre les sentences internes d'une part et les sentences internationales ou étrangères d'autre part. Dès lors, les sentences rendues en France en matière internationale bénéficient des mêmes règles libérales en matière d'exécution que les

sentences rendues à l'étranger (articles 1498 et suivants CPC). Toutefois, certaines règles ne sont applicables qu'aux arbitrages internationaux rendus en France. Par exemple, l'intervention du juge d'appui est normalement réservée aux arbitrages internationaux se déroulant en France (article 1493 alinéa 2 CPC), sauf cas dans lesquels, le siège de l'arbitrage se trouvant à l'étranger, les parties ont choisi la loi de procédure française ou cas exceptionnel de déni de justice (sur ce dernier point, voir Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> février 2005, *État d'Israël / NIOC*, *Rev. arb.* 2005, p. 693, note H. Muir Watt ; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 140, note Th. Clay).

*Question 7. Dans quelle mesure les sentences arbitrales sont-elles sujettes à un contrôle sur le fond du litige (y compris au regard du droit international privé ou des méthodologies de choix de la loi, des règles et principes applicables ou acceptés dans votre pays) ou au regard de notions ou de matières de procédure (comme le « due process ») lorsqu'elles sont rendues dans votre pays ou (si elles sont rendues à l'étranger) lorsqu'elles sont produites en vue de leur exécution ou de leur reconnaissance dans votre pays ?*

Le droit de l'arbitrage français repose sur un principe aujourd'hui largement reconnu dans les législations nationales : celui de l'interdiction de la révision au fond des sentences (voir V. Chantebout, *Le principe de non-révision au fond des sentences arbitrales*, Thèse Paris II, 2007). C'est pourquoi, à aucun moment, un juge chargé du contrôle d'une décision arbitrale ne doit en apprécier le bien ou le mal jugé. Les erreurs de l'arbitre, qu'elles portent sur le droit ou sur les faits, sont des circonstances indifférentes. La jurisprudence française a même abandonné le contrôle de la contradiction de motifs (Civ., 1<sup>re</sup>, 11 mai 1999 et Paris 26 octobre 1999, *Rev. arb.*, 1999, p. 811, note E. Gaillard ; Civ., 1<sup>re</sup>, 14 juin 2000, *Rev. arb.* 2001, p. 729, note H. Lécuyer). Cette souplesse se prolonge sur le terrain de la détermination du droit applicable. Il n'existe aucun contrôle de la compétence du droit appliqué au fond par l'arbitre. Ce dernier est normalement tenu d'appliquer la loi choisie par les parties. À défaut de choix, il met en œuvre les règles de droit qu'il estime appropriées (article 1496 alinéa 1 CPC). Le droit français tend ainsi à reconnaître l'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation du fond du litige, le respect de l'ordre public international étant la seule limite à cette autonomie (*cf.* question suivante).

Sur le terrain procédural, les arbitres jouissent d'une même liberté. Ceux-ci ne sont en effet pas tenus de suivre les règles de procédure applicables devant les tribunaux étatiques (voir article

1494 CPC). La jurisprudence française a même déclaré inapplicable à l'arbitrage l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, en ce qu'il consacre le droit à un procès équitable. Dans le fameux arrêt *Cubic* du 20 février 2001 (*Rev. arb.* 2001, p. 511, note Th. Clay), la Cour de cassation a jugé que « *L'article 6-1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, qui ne concerne que les États et les juridictions étatiques, est sans application* » en matière d'arbitrage (la Cour européenne des droits de l'homme a, quant à elle, accepté d'appliquer l'article 6 § 1 de la Convention aux procédures d'arbitrage en déclarant que : « *the word "tribunal" in Article 6 § 1 is not necessarily to be understood as signifying a court of law of the classic kind, integrated within the standard judicial machinery of the country* », *Regent Company / Ukraine*, 3 avril 2008). De telles orientations ne signifient pas qu'aucun contrôle de la procédure suivie devant les arbitres ne puisse s'opérer. Les arbitres doivent dans tous les cas respecter le principe de la contradiction, principe cardinal de toute procédure (voir article 1502-4° CPC). La Cour d'appel de Paris a fort bien résumé cette obligation en considérant que « *la juridiction arbitrale doit impérativement respecter et faire respecter le principe de la contradiction ; que ce principe suppose que chaque partie ait été en mesure de faire valoir ses moyens de fait et de droit, de connaître ceux de son adversaire et de les discuter, ensuite qu'aucune écriture et qu'aucun document n'ait été porté à la connaissance des arbitres sans être également communiqué à l'autre partie, enfin qu'aucun moyen de fait ou de droit ne soit soulevé d'office par le tribunal arbitral sans que les parties n'aient été invitées à présenter leurs observations éventuelles* » (Paris, 16 janvier 2003, *Rev. arb.* 2004, p. 369, note L. Jaeger).

Les règles substantielles relatives au contrôle des sentences arbitrales sont les mêmes, que la sentence soit rendue en France en matière internationale ou qu'elle soit rendue à l'étranger (par la combinaison des articles 1502 et 1504 CPC).

*Question 8. Quelle est la notion et quel est le rôle joué par l'ordre public dans la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales rendues à l'étranger ? Qu'en est-il à propos du défaut d'arbitrabilité et des règles internationalement impératives ou lois de police (nationales ou étrangères) ? Dans quelle mesure ces différentes notions servent-elles à affirmer la prépondérance de notions ou de principes locaux à la fois dans les matières de droit substantiel et de droit processuel ?*

Il convient d'emblée de préciser que le droit français reconnaît la notion d'ordre public international. Une sentence arbitrale rendue à l'étranger ou en France en matière internationale ne sera par conséquent pas contrôlée au regard de l'ordre public interne français. Dans cette perspective, il est admis que l'ordre public international est plus restreint que l'ordre public interne.

Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international dans le cadre de procédures de reconnaissance et d'exécution s'opère en deux temps.

Un premier contrôle est effectué par le juge en application de l'article 1498 CPC, soit pour reconnaître la sentence, soit, hypothèse beaucoup plus fréquente, pour lui délivrer l'*exequatur*. La procédure n'est pas, à ce stade, contradictoire. Dans ce cadre, la reconnaissance est accordée ou l'*exequatur* octroyé dès lors que la sentence n'est pas « manifestement » contraire à l'ordre public international. C'est un contrôle de l'évidence : il ne faut pas que la sentence soit, de manière particulièrement incontestable, contraire à l'ordre public international. Il est excessivement rare, en pratique, qu'une demande d'*exequatur* soit rejetée.

Le second contrôle se déroule en cas d'appel contre l'ordonnance d'*exequatur* qui, lui, donne lieu à une procédure contradictoire devant la Cour d'appel. L'article 1502-5° CPC permet l'appel contre l'ordonnance d'*exequatur* « *si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence sont contraires à l'ordre public international* ». Aujourd'hui, l'une des questions les plus débattues du droit français de l'arbitrage réside dans l'intensité du contrôle du respect de l'ordre public à ce stade. C'est un arrêt *Thalès* du 18 novembre 2004 qui a donné lieu aux commentaires les plus nourris (*Rev. arb.* 2005, p. 751 ; *JDI* 2005, p. 357, note A. Mourre ; *JCP éd. G* 2005, I, 134, n° 8, obs. Ch. Seraglini ; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 104, note S. Bollée. Voir aussi L.G. Radicati di Brozolo, « L'illicéité "qui crève les yeux" : critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrêt *Thalès* de la Cour d'appel de Paris) », *Rev. arb.* 2005, p. 529). Cet arrêt a été rendu à la suite d'un recours en annulation intenté contre une sentence internationale rendue en France, mais les critères d'examen sont les mêmes qu'en matière d'appel contre une ordonnance d'*exequatur* (par renvoi de l'article 1504 CPC à l'article 1502 CPC). Dans cette affaire, la Cour a limité le contrôle aux seuls cas exceptionnels d'une violation flagrante, effective et concrète de l'ordre public international. En application de ces critères, il est particulièrement difficile en droit français d'obtenir d'un juge qu'il constate la contrariété



d'une sentence à l'ordre public international. Il faut notamment que la violation soit « flagrante ». On explique généralement cette solution par le principe de la non-révision au fond des sentences arbitrales. Cependant, le caractère très restrictif du contrôle en matière d'ordre public est vivement contesté par une partie active de la doctrine (Ch. Seraglini, « L'affaire Thalès et le non-usage immodéré de l'exception d'ordre public (ou les dérèglements de la dérèglementation) », in *Les cahiers de l'arbitrage*, *Gaz. Pal.*, 21-22 octobre 2005, p. 5 ; S. Bollée, *Chronique de jurisprudence française*, *Rev. arb.* 2007, p. 97 ; L.-Ch. Delanoy, « Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions », *Rev. arb.* 2007, p. 177 ; V. Chantebout, *Le principe de non-révision au fond des sentences arbitrales*, *op. cit.*). Il nous semble en effet que la position actuelle de la jurisprudence française est excessive en ce qu'elle conçoit le principe de non-révision au fond des sentences de manière absolutiste. Selon nous, le juge ne doit pas s'interdire de porter une appréciation au fond du litige (pour une position nuancée, voir P. Mayer, « L'étendue du contrôle, par le juge étatique, de la conformité des sentences arbitrales aux lois de police », in *Mélanges H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 459). Le but du contrôle doit être de vérifier si, par la solution qu'elle donne au litige, la sentence entraîne ou non une violation concrète de l'ordre public international. La conception très restrictive de la jurisprudence aboutit à tenir pour lettre morte l'article 1502-5 CPC, le contrôle du respect de l'ordre public international étant à vrai dire vidé de toute portée réelle. À suivre les juges, les cas de contrariété constatée à l'ordre public international ne répondraient qu'à des hypothèses d'école. C'est pourquoi on espérait une inflexion de la jurisprudence sur cette question. Toutefois, la Cour de cassation a confirmé la jurisprudence *Thalès* par un arrêt du 4 juin 2008 (Civ., 1<sup>re</sup> 4 juin 2008, *SNF*, *Rev. arb.*, 2008, p. 473, note I. Fadlallah ; *JDI* 2008, p. 1107, note A. Mourre) par lequel elle a déclaré que « *s'agissant de la violation de l'ordre public international, seule la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est examinée par le juge de l'annulation au regard de la compatibilité de sa solution avec cet ordre public, dont le contrôle se limite au caractère flagrant, effectif et concret de la violation alléguée* ».

Quant au défaut d'arbitrabilité, il est apprécié au regard de la compétence de l'arbitre, plus précisément en vertu de l'article 1502-1<sup>o</sup> CPC qui dispose que l'appel de l'ordonnance d'*exequatur* est ouvert « *si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expirée* ». En droit positif français, le contentieux de l'arbitrabilité s'est cependant en grande

partie tari. En effet, l'arbitrabilité des litiges, même dans des matières d'ordre public, est aujourd'hui très largement reconnue (pour le droit communautaire de la concurrence, voir Paris, 19 mai 1993, *Labinal*, *RTD com.* 1993, p. 492, obs. Dubarry et Loquin ; *Rev. arb.* 1993, p. 645, note Ch. Jarrosson ; *JDI* 1993, p. 957, note L. Idot). L'article 2060 du Code civil, en ce qu'il interdit l'arbitrage s'agissant des matières d'ordre public, a vu ses cas d'application s'amoinrir considérablement. Sans entrer dans le détail d'une jurisprudence foisonnante, il est aujourd'hui admis que l'ordre public n'empêche pas le recours à l'arbitrage (B. Hanotiau, « L'arbitrabilité », *Rec. cours La Haye*, 2003, t. 296, p. 25). L'ordre public s'est déplacé du stade de la convention d'arbitrage à celui de la sentence arbitrale, les arbitres devant désormais respecter l'ordre public dans les décisions qu'ils rendent. Il demeure quelques cas d'inarbitrabilité, soit généraux, comme en droit pénal, soit particuliers, comme en droit des entreprises en difficulté (un arbitre ne pouvant pas, notamment, prononcer la nullité d'un acte de la période suspecte).

S'agissant des lois de police, dont l'exemple emblématique est le droit communautaire de la concurrence, elles sont un élément à part entière de l'ordre public international au sens de l'article 1502-5° CPC (voir P. Mayer, « La sentence contraire à l'ordre public au fond », *Rev. arb.* 1994, p. 615). L'ordre public international est ainsi composé, en droit français, à la fois de principes fondamentaux exprimant les valeurs intangibles du for et des lois de police qui prennent en compte des intérêts jugés internationalement prépondérants (J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Préface Ph. Fouchard et avant-propos L. Boy, LGDJ, 1999, p. 488 et suivantes).

L'ordre public international, tel que visé par l'article 1502-5° CPC, est-il cependant l'expression de valeurs, de notions ou de principes locaux ou bien peut-il prendre en compte les ordres publics étrangers, voire se transformer en ordre public « réellement international » ? La question est particulièrement difficile. La jurisprudence fait référence à la « conception française » de l'ordre public international (Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mars 1981, *Rev. arb.* 1982, p. 429 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 mars 1988, *Rev. arb.* 1990, p. 115, note L. Idot ; Paris, 27 octobre 1994, *Rev. arb.* 1994, p. 709). La notion est donc hybride : elle se démarque de l'ordre public interne sans pour autant prétendre à l'universalité. L'ordre public international est une réserve permettant de réagir à des sentences jugées contraires à des valeurs essentielles ou prépondérantes de l'ordre juridique français. Une ouverture sur l'ordre public étranger est néanmoins possible si celui-ci consacre et protège les mêmes valeurs et intérêts que le droit français ou des valeurs et intérêts jugés légitimes par le

droit français (voir S. Bollée, obs. sous Paris 24 novembre 2005, *Rev. arb.* 2006, p. 717). De même, il ne nous semble pas aberrant de se référer, y compris devant un juge étatique, à un ordre public réellement international. La matière de l'arbitrage international est propice à une telle évolution de l'ordre public : la nature réellement internationale de l'arbitrage appelle, selon nous, un ordre public réellement international dans le cadre du contrôle des sentences arbitrales (J.-B. Racine, *op. cit.*, p. 460 et suivantes ; *contra*, L. Chedly, *Arbitrage commercial international et ordre public transnational*, Centre de publication universitaire, Tunis, 2002, p. 590 et suivantes).

*Question 9. Ayant à l'esprit vos réponses aux questions 3-8 ci-dessus, dans quelle mesure les sentences ou décisions arbitrales influencent-elles ou peuvent-elles être considérées comme influençant potentiellement les décisions des tribunaux et le changement législatif dans votre pays ? Dans quelle mesure les tribunaux de votre pays se rangent-ils aux décisions émanant d'institutions d'arbitrage locales ou internationales ayant en charge l'administration d'arbitrages ? S'il n'existe aucune expérience en ce domaine, quelle serait la réponse prospective à ces questions ? Veuillez distinguer les domaines juridiques dans lesquels cette influence existe et ceux dans lesquels elle peut potentiellement exister dans le futur.*

La réponse à la première question est particulièrement difficile. Il semble *a priori* impossible de mesurer l'impact que peuvent avoir les sentences arbitrales sur les décisions des tribunaux ou sur la loi d'un pays en général et de la France en particulier. Les cas dans lesquels une sentence arbitrale entre en contact avec un ordre juridique étatique, et donc entretient des liens avec lui, sont ceux dans lesquels un recours en annulation est effectué ou une procédure de reconnaissance ou d'*exequatur* est diligentée. Les rapports entre l'ordre juridique arbitral et les ordres juridiques étatiques sont davantage fondés sur la coordination que sur l'influence. Néanmoins, il reste vrai que le droit uniforme de manière générale exerce une influence diffuse sur le droit français (voir réponse à la question 2). Dans cette perspective, il n'est pas illusoire de penser que les sentences arbitrales participent peu ou prou de cette influence (voir aussi la réponse à la question 11).

La réponse à la seconde question est plus simple. Les institutions d'arbitrage sont pleinement reconnues en droit français (Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, n° 820 et suivants, p. 496 et suivantes). En application d'un règlement d'arbitrage, ces institutions ont le pouvoir d'administrer les arbitrages en procédant

notamment à la nomination d'un arbitre à la place d'une partie défaillante, à la récusation d'un arbitre désigné, à la fixation du siège du tribunal arbitral, etc. La jurisprudence française a admis sans aucun doute possible, la légitimité de l'arbitrage institutionnel. Elle a ainsi conféré force obligatoire aux règlements d'arbitrage, dès lors que les parties en ont adopté un. Il convient cependant de préciser que les institutions d'arbitrage n'ont aucun pouvoir juridictionnel. Tout au plus disposent-elles d'un « pouvoir administratif » ayant pour objet la bonne tenue de la procédure d'arbitrage (M. Philippe, « Les pouvoirs de l'arbitre et de la cour d'arbitrage de la CCI relatifs à leur compétence », *Rev. arb.* 2006, p. 591).

*Question 10. Ayant à l'esprit vos réponses aux questions 1-9 ci-dessus, dans quelle mesure les sentences arbitrales rendues dans votre pays, exécutées ou exécutoires dans votre pays ou concernant des nationaux ou des résidents de votre pays appliquent-elles ou peuvent-elles être considérées comme fondées sur du droit uniforme ? S'il n'existe aucune expérience en ce domaine, quelle serait la réponse prospective à cette question ?*

Là encore, la réponse à une telle question est difficile. Le fait que l'arbitrage soit lié à la France par son siège, le lieu d'exécution de la sentence ou la nationalité ou la résidence des parties au litige n'influence pas directement la réponse. En effet, les arbitrages « connectés » à la France ne semblent pas plus, et pas moins, privilégier une approche de droit uniforme que les autres. Tout au plus peut-on avancer que le droit français de l'arbitrage, de par son libéralisme, favorise l'application par les arbitres du droit uniforme. En effet, comme il a déjà été remarqué, il n'existe aucun contrôle de la compétence du droit appliqué par les arbitres et la Cour de cassation admet la référence directe à la *lex mercatoria* dans les sentences arbitrales. Dans cette perspective, le droit français est particulièrement accueillant à l'égard des sentences motivées sur le fondement du droit uniforme. Il est cependant impossible de donner une estimation précise du nombre de sentences qui appliquent un tel droit.

De manière générale, il semble que les arbitres appliquent plutôt rarement directement la *lex mercatoria*. Selon E. Jolivet (« La jurisprudence arbitrale de la CCI et la *lex mercatoria* », in *Les cahiers de l'arbitrage*, *Gaz. Pal.*, éd 2002, p. 253), sur un total de 1228 sentences CCI rendues entre 1995 et 1999, seulement 2,5 % des sentences se seraient fondées sur la *lex mercatoria*. Il est vrai que, dans la pratique, les parties et les arbitres privilégient l'application d'une loi

nationale, pour des raisons, réelles ou supposées, de sécurité juridique (sur ce thème, voir E. Loquin, « Sécurité juridique et relations commerciales internationales », in *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, 2008, p. 467). Toutefois, les arbitres, même lorsqu'une loi étatique est appliquée, tiennent souvent compte des usages du commerce (article 1496 alinéa 2 CPC). De plus, la *lex mercatoria, stricto sensu*, est seulement une composante du droit uniforme. Comme nous l'avons vu, il y en a d'autres. De nombreuses sentences font ainsi référence aux codifications doctrinales comme les Principes UNIDROIT (dans une optique critique, voir Ch. Seraglini, « Du bon usage des principes UNIDROIT dans l'arbitrage international », *Rev. arb.* 2003, p. 1101) ou, dans une moindre mesure, les Principes du droit européen du contrat (B. Fauvarque-Cosson, « L'arbitre et le droit européen du contrat », *Rev. aff. eur.*, 2005, p. 271). Une véritable pratique est repérable dans ce domaine (voir P. Deumier, « L'utilisation par la pratique des codifications d'origine doctrinale », *D.* 2008, p. 494). De même, il est particulièrement fréquent que des sentences arbitrales appliquent des Conventions internationales (P. Mayer, « L'application par l'arbitre des conventions internationales de droit privé », *L'internationalisation du droit, Mélanges offerts à Y. Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 275), en particulier celles portant unification du droit matériel, comme la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (A. Mourre, « L'application par l'arbitre de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises », *Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI*, 2006, vol. 17, p. 45). Néanmoins, aucune statistique fiable ne peut, à notre connaissance, être avancée en ces matières, particulièrement concernant la France.

*Question 11. Ayant à l'esprit vos réponses aux questions 1-10 ci-dessus, quel a été l'impact des sentences et décisions arbitrales dans l'introduction, le raffermissement ou l'application du droit uniforme, y compris à travers un changement législatif ou l'action des tribunaux, dans votre pays ? Des décisions de cours étrangères portant sur des décisions ou sentences arbitrales se référant à, ou basées sur, du droit uniforme ? S'il n'existe aucune expérience en ce domaine, quelles seraient les réponses prospectives à ces questions ?*

Certes, de plus en plus de sentences sont publiées et il existe assurément une jurisprudence arbitrale. Il n'y a malgré cela pas d'impact direct de la jurisprudence arbitrale sur le droit français substantiel. On doit cependant réserver une forme d'impact diffus. Le droit français évolue dans

un environnement européen et international. Ses changements tiennent compte des impératifs liés à une économie mondialisée. L'arbitrage, quant à lui, est un vecteur naturel de droit uniforme, car les arbitres font relativement fréquemment référence à un tel instrument à travers l'application de conventions internationales, de codifications doctrinales ou de la *lex mercatoria*. Dans la mesure où le droit uniforme contribue à influencer le droit français dans ses évolutions, l'arbitrage peut être conçu, au sens large, comme un élément de cette influence, et ce en tant que « véhicule » privilégié du droit uniforme.

*Question 12. Ayant à l'esprit vos réponses aux questions 1-9 ci-dessus, quel a été l'impact sur la formation de votre législation nationale sur l'arbitrage (interne ou international) ou sur les sentences arbitrales rendues dans votre pays ou concernant des nationaux ou des résidents de votre pays de : (a) l'action et des règlements d'institutions d'arbitrage internationales (par ex. : la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI), de l'American Arbitration Association (AAA), et de son Centre International de résolution des différends (ICDR), de la London Court of International Arbitration (LCIA)) ; (b) des travaux d'organisations internationales (CNUDCI, UNIDROIT, Union européenne, ALENA, Organisation des États américains) ; (c) de décisions ou de législations étrangères reflétant l'influence de l'action ou des travaux des institutions ou des organisations comme celles mentionnées aux paragraphes (a) et (b) ci-dessus ? S'il n'existe aucune expérience en ce domaine, quelles seraient les réponses prospectives à ces questions ?*

Nous laisserons en suspens le (c) de la question pour nous concentrer sur le (a) et sur le (b).

S'agissant du (a) de la question, l'on nous permettra de limiter notre réponse à l'arbitrage CCI. En effet, le siège de la Chambre de Commerce Internationale étant à Paris, les liens avec la France sont forts, bien que l'institution ait une vocation internationale et que les arbitrages CCI se déroulent dans le monde entier. Il y a un lien privilégié entre la CCI et la France, plus particulièrement avec le droit français. La question posée est orientée dans le sens de l'influence de l'action de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, et de son règlement, sur le droit français de l'arbitrage et sur les sentences arbitrales liées à la France. Il est vrai que de nombreux arbitrages CCI sont localisés en France, essentiellement, sinon exclusivement, à Paris. Selon un auteur particulièrement avisé, « *Paris reste le siège d'arbitrage le plus commun de l'arbitrage*

CCI» (E. Silva Romero, « Les apports de la doctrine et de la jurisprudence françaises à l'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) », *Rev. arb.* 2005, p. 421, spéc., p. 423). Dans cette perspective, l'arbitrage CCI contribue activement à faire progresser à la fois la pratique de l'arbitrage et le droit de l'arbitrage en France. Très nombreux sont les arrêts, à la fois de la Cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation, qui concernent des arbitrages CCI. Dans le même temps, il est possible de renverser le sens de la question posée : le droit français de l'arbitrage n'exerce-t-il pas une influence sur l'action et la pratique de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI ? On peut répondre par l'affirmative à cette question. La jurisprudence française a fait évoluer l'arbitrage CCI dans plusieurs domaines. L'exemple le plus emblématique de cette influence est tiré de l'affaire *Dutco* dans laquelle la Cour de cassation a affirmé le principe d'ordre public de l'égalité des parties dans la constitution du tribunal arbitral (Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 janvier 1992, *Rev. arb.* 1992, p. 470, note P. Bellet ; *JDI* 1992, p. 707, note Ch. Jarrosson). L'arrêt rendu dans cette affaire a provoqué une modification du règlement d'arbitrage de la CCI (comme d'autres règlements d'arbitrage d'ailleurs) sur le point concerné. De la même manière, en raison de la localisation du siège de la CCI à Paris, ce sont les juridictions françaises qui sont compétentes pour apprécier les actions en responsabilité civile engagées contre elle. De la sorte, la jurisprudence française contribue à façonner les règles portant par exemple sur l'existence d'un contrat d'organisation de l'arbitrage (Cass., 20 février 2001, *Cubic*, préc.) ou sur la validité de la clause de non-responsabilité insérée dans le règlement CCI (TGI Paris, 10 octobre 2007, *Rev. arb.* 2007, p. 847, note Ch. Jarrosson ; *D.* 2007, p. 2916, note Th. Clay). Au final, les rapports entre le droit français et l'arbitrage CCI sont marqués par une forte intimité.

S'agissant du (b) de la question, les éléments les plus pertinents au regard de la situation française sont les travaux de la CNUDCI, d'une part, et l'influence du droit de l'Union européenne, d'autre part.

Les travaux de la CNUDCI ont-ils contribué à l'évolution du droit français de l'arbitrage ? On évoquera l'instrument principal qui est la Loi type sur l'arbitrage commercial international du 21 juin 1985, modifiée le 7 juillet 2006. À vrai dire, cette Loi type n'a pas exercé d'influence directe sur le droit français. La réforme du droit de l'arbitrage international en France est antérieure à la Loi type puisqu'elle date du 12 mai 1981. Cependant, le droit français est globalement en accord avec les standards du droit international de l'arbitrage tels qu'exprimés – notamment – dans le texte de la CNUDCI. Il y a une convergence manifeste des deux, sinon dans la lettre, du moins

dans l'esprit. Un projet de réforme émanant du Comité français de l'arbitrage a été présenté en 2006 (*Rev. arb.* 2006, p. 499). Dans son exposé, le Président du Comité, Maître J.-L. Delvolvé, ne fait pas référence explicitement à la Loi type de la CNUDCI (J.-L. Delvolvé, « Présentation du texte proposé par le Comité français de l'arbitrage pour une réforme du droit de l'arbitrage », *Rev. arb.* 2006, p. 491). Nul doute qu'elle était présente à l'esprit des membres des groupes de travail mis en place par le Comité. Mais, là encore, il n'y eut, semble-t-il, aucune influence directe de celle-ci à l'occasion de la rédaction du projet. Bien plus, sans faire preuve pour autant d'un quelconque « chauvinisme juridique », qui serait déplacé, l'on doit reconnaître que le droit français a été, et est toujours, un modèle de législation en matière d'arbitrage (voir B. Moreau, « L'influence du modèle français sur l'arbitrage international », in *Études offertes à A. Plantey*, *op. cit.*, p. 213), en compagnie d'autres droits nationaux, bien entendu, comme le droit suisse ou le droit anglais.

Il y a en revanche une influence certaine du droit communautaire sur le droit et la pratique de l'arbitrage en France. Ce phénomène n'est pas propre à la France, mais s'étend, bien entendu, au droit de tous les pays membres de l'Union européenne. Cette influence étant multiple, l'on se contentera d'en donner quelques illustrations. L'ordre public communautaire fait aujourd'hui partie intégrante de l'ordre public des États membres, tel qu'il doit être mis en œuvre à l'occasion du contrôle des sentences arbitrales (M. Béhar-Touchais, « Arbitrage et ordre public européen », *Rev. aff. eur.* 2005, p. 177). Ce sont les enseignements des arrêts rendus par la Cour de justice des Communautés européennes, l'un dans l'affaire *Eco Swiss* en matière de droit de la concurrence (CJCE, 1<sup>er</sup> juin 1999, *Rev. arb.* 1999, p. 631, note L. Idot ; *JDI* 2000, p. 307, chron., S. Poillot-Peruzzetto, *ibid.*, p. 299), l'autre dans l'affaire *Mostaza Claro* en matière de droit de la consommation (CJCE 26 octobre 2006, *Rev. arb.* 2007, p. 109, note L. Idot ; *JCP G*, 2007, I, 168 obs. Ch. Seraglini ; *JDI* 2007, p. 581, note A. Mourre). Dans ce sens, les sentences arbitrales doivent respecter le droit communautaire dans ses dispositions d'ordre public (l'intensité du contrôle étant cependant en France assez limitée, voir *supra* la réponse à la question 8). Le droit communautaire tend ainsi à étendre son emprise jusqu'aux domaines de l'arbitrage. Mais il va aussi dans le sens d'une utilisation accrue de l'arbitrage, en promouvant par exemple son recours dans le cadre du contrôle des concentrations, au moment de l'exécution des engagements pris par les entreprises sujettes au contrôle (G. Decocq, « Arbitrage et droit communautaire du contrôle des concentrations », *Rev. aff. eur.* 2005, p. 169). Il demeure cependant que l'arbitrage et le droit



communautaire évoluent le plus souvent de manière séparée, autrement dit que l'arbitrage n'est pas intégré à l'ordre juridique communautaire. Il est admis de manière constante qu'un arbitre ne peut poser une question préjudicielle à la CJCE (voir CJCE, 23 mars 1982, *Nordsee*, *Rev. arb.* 1982, p. 473, concl. Reischl ; *D.* 1983, p. 633, note J. Robert ; CJCE 27 avril 1994, *Rev. arb.* 1995, p. 503, note Ph. Fouchard ; CJCE 27 janvier 2005, C-125/04). De même, l'arbitrage est exclu du champ d'application du Règlement communautaire 44/2001, dit « Bruxelles I », concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (voir toutefois le rapport « Heidelberg » qui propose l'inclusion de l'arbitrage à l'occasion d'une réforme de ce texte : [http://ec.europa.eu/justice\\_home/doc\\_centre/civil/studies/doc/study\\_application\\_brussels\\_1\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc/study_application_brussels_1_en.pdf) ; voir les nombreuses critiques, notamment *Cahiers de l'arbitrage* n°3/2008). S'il existe une influence du droit communautaire sur l'arbitrage international, ce dernier conserve néanmoins son autonomie.