

**LA LOI APPLICABLE AU FOND DU LITIGE
DANS L'ARBITRAGE INTERNATIONAL**

por JEAN-MICHEL JACQUET

*Professeur honoraire à l'Institut de hautes études internationales
et du développement (Genève)*

RESUME

Dans ce cours, l'auteur examine la question du droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international. Cette question est fondamentale, aussi bien en raison de ses conséquences pratiques que de ses intérêts théoriques. Il convient d'abord d'établir les bases méthodologiques de la recherche: si l'on compare un tribunal arbitral international à une juridiction étatique, il apparaît que leur situation est bien différente. Le tribunal arbitral, n'ayant pas de *lex fori*, semble *a priori* plus libre que son homologue étatique. Mais ce n'est pas complètement vrai. L'arbitre doit certes donner plein effet à la volonté des parties, mais pas exactement pour les mêmes raisons et de la même façon que le juge étatique. En l'absence de volonté des parties, le tribunal arbitral déterminera lui-même les règles applicables tout en n'étant soumis qu'à des directives assez générales. Mais il devra donner effet à la volonté implicite des parties et tenir compte de leurs attentes légitimes.

La seconde partie du cours porte sur les questions substantielles: dans quelle mesure est-il possible pour les parties ou les arbitres de choisir des règles «nationales» ou transnationales comme la *lex mercatoria*? A cet égard une évolution favorable est perceptible aussi bien au niveau des textes que de la pratique arbitrale, mais les lois des Etats conservent une place importante. La question la plus difficile reste sans doute celle des dispositions internationalement impératives (*lois de police*). En principe une sentence arbitrale ne peut être déclarée nulle ou privée d'effet pour des raisons relatives à la détermination ou à l'interprétation du droit applicable au fond du litige. Mais la sentence peut toujours être contrôlée par rapport à l'ordre public. Ainsi l'ordre public est le passage à emprunter pour contrôler l'application des lois de police par les tribunaux arbitraux. La question subsiste: comment l'utiliser au mieux?

ABSTRACT

In this lecture, the author examines the determination of the Law applicable to the substance of a dispute in international arbitration. This question is fundamental for its practical impact as well as its theoretical interest. The first point to establish is a point of methodological nature: if we compare an international arbitral tribunal to a national court, it will appear that their situation is very different. For the reason that it has not *lex fori*, an arbitral tribunal seems *prima facie* to enjoy more freedom than a national court. In fact this is not completely true. At first an arbitrator has to give full effect to the will of the parties, not exactly for the same reasons and in the same way than national courts. In absence of such a will of the parties the arbitral tribunal has to make his own choice of Law, subject only to some more or less general guidelines. But he has to pay great attention to an implicit choice of the parties, and more generally, to the legitimate expectations of the parties.

The second point to study relates to the substantial issues: to what extent is it possible for the parties or the arbitrators to choose «anational», or «transnational» rules such as *lex mercatoria*, as applicable rules to the merits of the dispute. An evolution is perceptible both in texts and in the practice of international arbitration, but the national Laws have still an important role to play. The more difficult issue is related to the importance of mandatory rules (*lois de police*). An arbitral award shall normally not be challenged for a reason of wrong application or interpretation of the rules applicable to the merits of the dispute. But the award could be challenged if it is contrary to international public policy. So the public policy is the gate by which a control on the application of mandatory rules can be made by national courts upon the awards which solve the disputes. The question remains: how to use it to get better results?

Mots-clés: Arbitrage international, volonté des parties, volonté implicite, attentes légitimes, règles de conflits de lois, dualisme, usages du commerce principes généraux, *lex mercatoria*, ordre public international, lois de police.

SUMARIO

CHAPITRE I. PRINCIPES METHODOLOGIQUES

Section I. Le recours à un dualisme strict

- § 1. *Le respect de la volonté des parties par les arbitres*
 - A) Le principe
 - B) L'expression de la volonté des parties
- § 2. *La liberté du tribunal arbitral, en l'absence de volonté des parties*
 - A) Le choix par l'arbitre d'une règle de conflit
 - B) La «voie directe»

Section II. La pratique: un dualisme tempéré

- § 1. *Au niveau de la vérification de l'existence du choix des parties*
- § 2. *Au niveau de l'interprétation du choix effectué par les parties*

CHAPITRE II. PROBLEMES SUBSTANTIELS

Section I. La nature du droit déclaré applicable par les parties ou les arbitres

- § 1. *L'arbitrage, facteur d'ouverture à l'application de règles non-étatiques*
 - A) Conditions favorables
 - B) Nature des règles
 - C) Domaine d'intervention des règles
- § 2. *Le rôle de l'arbitrage dans l'élaboration de règles non-étatiques*

Section II. Droit applicable au fond du litige et dispositions internationalement impératives (lois de police)

- § 1. *Problématique générale des lois de police dans l'arbitrage international*
 - A) Absence de directive générale sur l'application des lois de police
 - B) Recours nécessaire à l'ordre public
- § 2. *Rapports de l'ordre public avec le droit applicable au fond du litige*
 - A) L'ordre public s'applique à la sentence
 - B) Modalités du contrôle de l'ordre public par le juge
- § 3. *Rapports particulier de l'ordre public avec les lois de police*
 - A) L'ordre public transnational
 - B) L'ordre public vecteur du respect des lois de police

L'importance de l'arbitrage comme mode de résolution des litiges économiques internationaux n'est plus à souligner. Couramment présenté comme le mode «normal» de règlement des litiges du commerce international, il est aujourd'hui devenu un incontournable allié de la justice étatique et internationale. Confier son litige à un tribunal arbitral international reste cependant un acte lourd de conséquences, aussi bien sur le plan de son déroulement que de la substance et de l'issue de celui-ci.

Parmi les nombreuses questions soulevées, la question de la détermination du droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international a déjà fait couler beaucoup d'encre¹. Elle est d'une grande importance pratique pour les parties engagées dans le règlement de leur litige par voie d'arbitrage international, car souvent le règlement de ce litige en dépendra pour une plus ou moins large part. Elle est également d'une grande importance théorique, car elle est révélatrice de la conception que l'on peut se faire de l'arbitrage international². Elle est également reliée à la question de l'émergence d'une jurisprudence arbitrale³, puisque celle-ci pourra s'élaborer plus ou moins facilement en fonction de la nature du droit applicable: on conçoit aisément que les arbitres n'auront pas le même rôle à jouer selon qu'ils seront face aux règles d'un droit national auquel ils restent extérieurs, face à des règles non-étatiques n'appartenant pas de façon évidente à un ordre juridique interne déterminé, ou face aux règles du droit international public.

La nature largement volontaire de l'arbitrage incite, comme nous le verrons, à conférer en la matière un rôle important à la volonté des parties au

¹ Cfr. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, R. ARENAS GARCÍA, P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los negocios internacionales*, Iustel, 3.^a ed., 2011, pp. 684 ss.; FOUCHARD GAILLARD, Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, pp.793 ss.; *On international arbitration*, E. Gaillard et J. Savage, Kluwer, 1999; PLOUDRET ET BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, LGDJ, Schulless, 2002, pp. 603 ss.; M. de BOISSESON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, GLN-Joly, 1990, pp. 580 ss.; G. KAUFMANN-KOHLER et A. RIGOZZI, *Arbitrage international, Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, Weblaw, 2^{ème} éd., 2010, pp. 393 ss.; DELVOLVÉ, ROUCHE ET POINTON, *French arbitration, Law and Practice*, Kluwer, 2^{ème} éd., 2009, pp. 131 ss.

² Cfr. E. GAILLARD, «Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international», *RCA-DI*, t. 329, 2007, pp. 158 ss.

³ Cfr. E. GAILLARD (Gen. ed.), V. SCHAEFFER, Ph. PINSOLLE, L. DEGOS, *Towards a Uniform International Arbitration Law*, IAI Series, Jurispublishing Staempfli, 2005; E. LOQUIN, *A la recherche de la Jurisprudence arbitrale*, Mélanges Ponsard, Litec, 2003, republié in *Rivista Arbitragem mediação*, janv-mars 2009, pp. 149 ss.; «L'apport de la jurisprudence arbitrale», *CCI publ. n.° 441/1*, 1986, compte-rendu in *Rev. arb.*, 1987, p. 558, par Ch. JARROSSON; J.-M. JACQUET, «Avons-nous besoin d'une jurisprudence arbitrale?», *Rev. arb.*, 2010, pp. 445 ss.

litige, ou même parfois, à leur simples prévisions ou attentes. Cependant jamais ce rôle ne peut être considéré comme exclusif; les parties, bien que cela soit de plus en plus rare, peuvent n'être pas informées des possibilités de choix qui s'offrent à elles en la matière. Même bien informées, elles peuvent ne pas s'accorder sur la question du droit applicable, ou, devant certaines difficultés, préférer s'en remettre à la solution à laquelle parviendra le tribunal arbitral.

Or, précisément, devant le tribunal arbitral, la question du droit applicable au fond du litige se présente sous un jour particulier. Cette particularité s'explique d'abord par la comparaison entre la situation de l'arbitre et celle du juge. Le juge exerce toujours sa fonction dans le cadre des règles qui ont été définies par l'Etat au nom duquel il rend la justice: compétence, constitution, procédure... Même une juridiction internationale, tout en ne rendant pas la justice au nom d'un Etat, remplit sa mission dans le cadre délimité par son acte constitutif, lui-même établi au sein de l'ordre juridique international. Il n'en va pas de même pour l'arbitrage international, que l'on désigne parfois comme transnational: l'arbitrage étant à la fois une justice désétatisée, voire privée, et une justice dépourvue de tout caractère organique permanent, ne saurait assumer sa mission dans les mêmes conditions qu'une juridiction à l'existence permanente et instituée en tant qu'organe d'un ordre juridique déterminé. Son rapport au droit applicable s'en trouve modifié.

Si l'on s'interroge sur la teneur de cette modification, il apparaît que celle-ci est susceptible de se manifester sur deux plans. Elle se manifestera d'abord sous l'angle méthodologique. En raison de sa situation particulière de juge à la fois privé et neutre par rapport à tout Etat, éphémère et «international», l'arbitre devra résoudre certains problèmes qui tiennent lieu de préalable à l'exercice de son activité et qui sont relatifs à la méthode qu'il devra mettre en oeuvre afin de déterminer le droit applicable au fond du litige (I). Ensuite apparaîtront les questions que l'on peut qualifier de substantielles. Elles sont relatives à la nature des règles potentiellement applicables. Dans cette perspective, plusieurs problèmes se posent car il s'agira aussi bien de savoir quelles sont les règles qui peuvent être choisies, que de connaître celles qui pourraient s'imposer et auxquelles les arbitres devront prendre garde de donner effet s'ils ne veulent compromettre la validité de la sentence qu'ils vont rendre (II).

CHAPITRE I. PRINCIPES METHODOLOGIQUES

L'examen de ces principes laisse apparaître un système d'un dualisme strict clairement assumé (A). Mais l'examen de la pratique arbitrale laisse apparaître que ce dualisme est en réalité plutôt tempéré (B).

Section I. Le recours à un dualisme strict

Le dualisme repose sur la distinction nettement effectuée entre les situations dans lesquelles le droit applicable au fond du litige a été déterminé par les parties (§1) et les situations dans lesquelles, dans le silence des parties, il revient aux arbitres d'effectuer cette détermination (§2).

§ 1. *Le respect de la volonté des parties par les arbitres*

Il ne suffit pas d'exposer le principe (A), mais il faut également envisager comment s'exprime la volonté des parties (B).

A) Le principe

Ce principe est fondamental dans l'arbitrage international et de nombreux textes s'y réfèrent. Ces textes peuvent provenir de conventions internationales, être inscrits dans diverses lois nationales sur l'arbitrage, ainsi que dans des règlements d'arbitrage. Peuvent ainsi être considérés comme particulièrement significatifs l'article 28(1) de la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage international, ou l'article VII de la convention européenne du 21 avril 1961 sur l'arbitrage commercial international. Une règle similaire se retrouve dans l'article 42 de la Convention de Washington du 18 mars 1965, ainsi qu'à l'article 15 de l'Acte uniforme OHADA sur l'arbitrage du 11 mars 1999. Ce principe a également été réaffirmé par la Résolution de l'Institut de droit international (12 septembre 1981) sur le rôle de *l'autonomie des parties dans les arbitrages entre Etats, entités étatiques et entreprises étrangères* lors de sa session de St Jacques de Compostelle.

Les arbitres doivent donc appliquer les règles de droit désignées par les parties pour régler le fond du litige. Il convient cependant de tenir compte des arbitrages qui interviennent entre Etats et investisseurs étrangers: aujourd'hui, la plus grande partie du contentieux qui se déroule dans ce domaine est dépourvu de base contractuelle et les parties au litige n'ont pas eu le loisir de choisir le droit applicable à un rapport contractuel dépourvu d'existence. Cependant, dans la plupart des cas, notamment lorsque l'arbitrage est choisi pour la résolution d'un litige entre parties privées, le litige porte sur une situation contractuelle.

La règle qui donne son plein effet à la volonté des parties correspond alors à la règle de conflit de lois en matière de contrats aujourd'hui pratiquement universellement admise⁴. Rien n'empêche alors les arbitres d'appliquer les

⁴ Ainsi, dans une affaire CCI (Aff. n.° 7.453, en 1994, Collection of ICC Arb. Awards, 1996-2000, pp. 94 ss.) où les parties avaient choisi la loi du Michigan, le tribunal arbitral, véri-

règles de droit choisies par les parties en se référant aux règles de conflit de lois propres à la matière contractuelle. Ils peuvent alors fonder ou appuyer cette solution sur les règles de droit international privé qu'ils considéreront comme applicables. Pourtant il ne s'agit là que d'une coïncidence, même si elle est heureuse, car si le fondement de cette règle peut se trouver dans le droit international privé, il découle beaucoup plus sûrement encore du droit de l'arbitrage.

Il résulte en effet du caractère consensuel de l'arbitrage que les parties ont la faculté de déterminer la mission confiée aux arbitres, non seulement dans son étendue par rapport à la matière litigieuse, mais aussi dans la substance de cette mission. En d'autres termes le fait pour des parties à un litige déterminé de décider que les arbitres appliqueront la loi espagnole ou la loi française au fond du litige est avant tout l'un des moyens dont les parties disposent afin de *configurer concrètement* la mission des arbitres. Ainsi, les parties pourraient très certainement lier les arbitres par une indication sur la loi applicable en matière délictuelle, alors même que la règle de conflit ne se réfère traditionnellement pas à l'autonomie des parties dans cette matière.

Ce point avait d'ailleurs été compris par l'Institut de droit international dans sa Résolution de 1957. L'article 11, alinéa 2 de la Résolution, consacré au droit applicable au fond du litige était ainsi libellé: «Les parties peuvent indiquer aux arbitres, dans les limites permises par les règles de rattachement de l'Etat du siège du tribunal arbitral, le droit sur la base duquel la sentence sera rendue quant au fond.» Si l'on excepte la référence, dépassée aujourd'hui, aux règles de rattachement de l'Etat du siège du tribunal arbitral, en indiquant expressément que «les parties peuvent indiquer aux arbitres...», ce texte établit bien un lien entre la désignation des règles par les parties et la mission des arbitres⁵.

Le recours en annulation contre les sentences arbitrales le démontre d'ailleurs: la détermination du droit applicable au fond du litige par les arbitres

fié que cette volonté peut être suivie d'effet, en raison du lieu d'exécution du contrat, montrant qu'il fonde son raisonnement sur le droit international privé nord-américain, pour lequel la volonté des parties peut être soumise à un certain contrôle.

⁵ Cfr. sentence CCI, Aff. 6515 et 6516, 1994, Collection of ICC Arbitral Awards, Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1996-2000, Kluwer Law Int, ICC Publishing, pp. 241 ss., spéc. p. 243: «It is clear that under Paragraph 2 of the clause, the parties have selected *one* governing law in order to settle any and all disputes arising out of the interpretation and application of their contractual relationship. *This governing law is Greek law*. Thus, it is the duty of the arbitral tribunal to resort to Greek Law in order to adjudicate the present dispute-provided, of course, the arbitral tribunal has competent jurisdiction, both in rem and in personam»; sentence CCI n. 7047, en 1994, *ibid.* pp. 32 ss., «It is standing practice in arbitration to recognize the choice of law made by the parties of their own free will even if the contract has no other connection with the law chosen. The parties' free choice is expressly recognized for Switzerland in Art.187 LDIP.» (n. 14).

n'est normalement pas vérifiée en tant que telle; en revanche le dépassement ou le non-respect par les arbitres de la mission qui leur a été impartie peut être sanctionné par la nullité de la sentence arbitrale. Or l'indication par les parties du droit applicable par les arbitres contribue à définir la mission des arbitres. Il sera extrêmement rare que ceux-ci omettent ou refusent de se référer à la volonté que les parties auront manifestée sur ce point. L'interprétation de la volonté des parties pourra néanmoins se révéler nécessaire, ce qui rapproche cette situation de celle auxquelles se réfèrent les règles de conflit en matière de contrats⁶. Cette interprétation reste elle aussi normalement soustraite au contrôle des juges.

Ainsi, le principe nous semble certain: le droit applicable au fond du litige est considéré comme un élément fondamental de la mission des arbitres dont les parties ont l'entière maîtrise⁷. A cet égard, en tant que tel, cet élément dépend avant tout de la volonté des parties, au même titre que la langue de l'arbitrage, son lieu, ou les règles de procédure applicables. Aussi ce principe doit plutôt être considéré comme une règle matérielle du droit de l'arbitrage international que comme une règle relevant du droit des conflits de lois, même si la ratio du principe d'autonomie s'harmonise parfaitement avec l'esprit du droit de l'arbitrage international⁸.

Fruit d'une règle du droit de l'arbitrage international ou d'une règle de droit international privé, le principe d'autonomie trouvera toujours à s'appliquer. La différenciation s'opérera plus aisément au niveau de l'expression du choix des parties.

⁶ Ainsi, dans la célèbre affaire Cameroun/Klöckner, sentence CIRDI du 21 octobre 1983, JDI 1985, pp. 409 ss., extraits.

⁷ En ce sens, P. MAYER, «Le choix de loi dans la jurisprudence arbitrale», in *Le Règlement communautaire «Rome I» et le choix de loi dans les contrats internationaux*, dir. S. CORNELOUP et N. JOUBERT, Université de Bourgogne-CNRS-Travaux de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Litec, 2011, vol. 35, pp. 423 ss.; «La règle morale dans l'arbitrage international», *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, pp. 379 ss., spéc. p. 387, où l'auteur écrit: «Lorsque les parties lui (l'arbitre) donnent expressément mission d'appliquer une certaine loi, exclusivement, il ne peut en appliquer une autre; en revanche, il a une certaine latitude, pour écarter, au moins en partie, et de façon motivée, les règles désignées dans le contrat par la clause d'*electio juris*. Cette clause n'est rien d'autre que l'un des faits du litige qui lui est soumis, et c'est à lui de déterminer les règles de conflit de lois qui feront produire un effet juridique à ce fait.»

⁸ Cfr. J.-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Economica, 1983, pp. 112 ss.; comp. O. ARAFAZADEH, *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation*, Bruylant, LGDJ Schultess, 2005, pp. 251-252; cf. sentence CCI, Aff. 1375, en 1965, citée par Y. Derains, in *Rev. arb.*, 1973, p. 131, où l'arbitre se réfère directement à «l'autonomie de la volonté des parties» sans se référer à une règle de conflit de lois; C.A. Paris 24 juin 2010, *Rev. arb.*, 2010, somm. p. 675, à propos de l'application de la Convention de Vienne sur les ventes internationales de marchandises.

B) L'expression de la volonté des parties

Au niveau de l'expression de leur choix du droit applicable, les parties ne sont soumises à aucune exigence. Leur volonté n'est soumise à aucune forme particulière. Trois moyens principaux sont couramment utilisés.

1. Le premier de ces moyens correspond à l'insertion d'une clause de droit applicable dans le contrat, lorsqu'un contrat existe. Cette clause est généralement stipulée au moment de la conclusion du contrat et, à proprement parler, indique le droit applicable au contrat, non au fond du litige. Elle tire sa valeur d'une règle de droit international privé, non du droit de l'arbitrage. Mais elle est alors prise en charge par le droit de l'arbitrage dans lequel elle déploiera toutes ses conséquences. En effet, si les parties n'ont à aucun moment modifié ce qui a été décidé dans la clause de désignation du droit applicable au fond du litige⁹, les arbitres auront toutes les raisons de tenir compte du droit auquel les parties ont décidé de soumettre leur contrat, le plus souvent au moment où elles l'ont conclu. Un contrat soumis à la loi suisse, en vertu d'une clause insérée dans le contrat au moment de la conclusion de celui-ci, restera soumis à la loi suisse lors d'un arbitrage déclenché ultérieurement, en l'absence de toute indication des parties en sens contraire¹⁰.

Le choix de la loi du contrat peut également être un choix par référence. Ainsi, dans un contrat pétrolier, comportant une référence aux «Sonatrach General Terms and Conditions for FOB sales of Crude Oil», lesdites conditions comportant elles-mêmes une référence à la loi algérienne¹¹.

2. Le second moyen consiste pour les parties à indiquer aux arbitres le droit qu'ils devront appliquer au fond du litige dans la convention d'arbitrage elle-même. Cette pratique n'est sans doute pas la plus répandue, mais elle est s'impose aux arbitres lorsqu'elle se rencontre. De prime abord elle se différencie peu du cas précédent si la clause d'arbitrage est stipulée dans le corps du contrat en raison de la contemporanéité qu'elle présente avec le contrat lui-même. Il est clair cependant qu'une telle clause est spécialement établie en fonction du litige, et s'adresse donc aux arbitres. La singularité d'une telle clause apparaît davantage en cas de compromis d'arbitrage, puisque la coïn-

⁹ Ce que permet d'ailleurs le droit international privé des contrats, cf. article 3 du règlement de Rome I.

¹⁰ Cfr. la sentence rendue dans l'affaire Aminoil/Kuwait, sentence arbitrale du 24 mars 1982, 21 ILM 976(1982), cfr. A. REDFERN, «The Arbitration between the Government of Koweit and Aminoil», 55 Br. *Yearbook of Int. Law*, pp. 65-110.

¹¹ Sentence CCI, Aff. 5865 en 1989, Collection of Arbitral Awards 1996-2000, pp. 493 ss.; dans le même sens, cfr. sentence CCI, Aff. 8446 en 1996, *ibid.* pp. 321 ss.

cidence de date s'effectue avec la naissance du litige et non avec la rédaction du contrat¹².

3. Le troisième moyen est relatif aux diverses manifestations de volonté des parties qui sont susceptibles d'intervenir, non avant l'arbitrage, mais au cours de celui-ci. Ainsi le règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI) prévoit l'établissement en début d'arbitrage d'un «acte de mission». Cet acte de mission est élaboré par les arbitres avec les parties et leurs conseils. Si, à cette occasion, les parties se mettent d'accord sur le droit applicable au fond du litige, les arbitres seront liés par cette volonté. Il peut aussi arriver que la volonté commune des parties quant au droit applicable se dégage de divers écrits ou échanges ayant lieu au cours de l'arbitrage. S'ils sont suffisamment significatifs et concordants, il n'y a aucune raison que les arbitres n'en tiennent pas le plus grand compte¹³.

Quelque soit le moyen retenu pour l'expression de la volonté des parties, cette volonté suscite parfois de réelles difficultés d'interprétation. Tels furent par exemple les cas dans un affaire où les parties avaient soumis leur contrat de distribution aux «principes communs appliqués dans les douze Etats membres de la Communauté européenne»¹⁴, ainsi que dans le cas où deux parties privées avaient soumis la vente d'un bateau de pêche au «droit international»¹⁵. Dans le premier cas, le tribunal refusa la thèse d'un choix négatif, assimilé au rejet de la loi d'un Etat, pour conclure que les parties n'avaient effectué aucun choix de loi. Il convenait donc de déterminer de façon objective le droit applicable au contrat. Dans le second cas, le tribunal arbitral considéra que le choix effectué ne pouvait être suivi en tant que tel, mais que les parties avaient eu le volonté d'exclure toute loi nationale. En conséquence, il convenait d'appliquer «les usages du commerce international et les principes généraux du droit» (*lex mercatoria*).

Malgré tout, dans un certain nombre de cas, les parties n'auront émis aucune volonté au sujet de la loi applicable au fond du litige et les arbitres devront alors effectuer eux-mêmes cette détermination. Une grande liberté leur est alors accordée.

¹² Cfr. sentence CCI, Aff. 7528, 1993, Collection of CCI Arb. Awards, *op. cit.*, p. 112; sentence CCI, Aff. 6515, 1994; 6516, 1994, Collection of Arb. Awards, *op. cit.*, p. 241; CCI, Aff. 7319, 1992, Collection of Arb. Awards, *op. cit.*, p. 300.

¹³ Cfr. sentence CCI, Aff. 8938, 1996, Collection of CCI Arb. Awards p. 333, spéc. p. 337; sentence CCI, Aff. 8817, 1997, Collection of CCI Arb. Awards, *op. cit.*, pp. 415 ss.; sentence CCI, Aff. n.° 10982, en 2001, *ibid.* p. 677; sentence CCI Aff. n.° 10264 en 2000; *ibid.* p. 629.

¹⁴ Sentence CCI, Aff. n.° 7.319 en 1992, Collection of Arbitral Awards 1996-2000, pp. 300 ss.

¹⁵ Sentence CCI, Aff. n.° 8.365 en 1996, Collection of Arbitral Awards 1996-2000, pp. 489 ss., JDI 1997, p. 1078, obs. J-JA.

§ 2. *La liberté du tribunal arbitral, en l'absence de volonté des parties*

Tel est bien le parti qui est retenu par le système dualiste en vigueur dans le droit de l'arbitrage international: en l'absence de choix des parties, il revient au tribunal arbitral de déterminer lui-même le droit applicable au fond du litige¹⁶. Cette règle se retrouve dans les principaux textes applicables à l'arbitrage qui ont été évoqués ci-dessus. Le premier réflexe de l'arbitre peut être de se tourner vers une règle de conflit de lois; cependant cette solution n'est pas la seule qui se présente; il existe aussi la «voie directe».

A) Le choix par l'arbitre d'une règle de conflit

Le choix d'une règle de conflit est considéré le plus souvent comme une issue normale, voire inévitable lorsque les parties n'ont pas choisi le droit applicable au fond du litige. Il est difficile d'imaginer en effet un quelconque substitut à la règle matérielle du droit de l'arbitrage international évoquée dans le paragraphe précédent: si les parties n'ont usé d'aucun des moyens mis à leur disposition, il n'est d'autre solution que la constatation de leur carence à déterminer le droit applicable au fond du litige. Cette solution s'impose d'autant plus que cette carence peut être parfaitement consciente et volontaire. A ce stade, le tribunal arbitral se trouve face à un conflit de lois que les parties n'ont ni supprimé ni résolu, ce qu'elles auraient pu faire en indiquant aux arbitres le droit à appliquer au fond du litige.

Le tribunal arbitral doit alors faire choix d'une *règle* de conflit de lois. Mais le choix d'une règle de conflit de lois est une opération délicate pour un tribunal arbitral international. Une brève comparaison avec les juridictions étatiques est sur ce point instructive. Face au même problème, ces juridictions ne sont confrontées à aucune difficulté d'ordre méthodologique: elles appliquent nécessairement leurs règles de conflit de lois et les règles générales de leur propre droit international privé. Mais les tribunaux arbitraux ne rendent la justice au nom d'aucun Etat, même pas de celui dans lequel est situé leur siège. Même s'ils sont soumis à une *lex arbitrii*, celle-ci se limite à encadrer de façon plus ou moins libérale leur activité, sans inscrire pour autant celle-ci dans le cadre et la soumettre aux finalités tracées aux juridictions de l'Etat.

Il est donc très généralement admis aujourd'hui que les tribunaux arbitraux ne sont pas tenus d'appliquer les règles de conflit de lois de l'Etat dans lequel

¹⁶ Cfr. G. KAUFMANN-KOHLER, «Le contrat et son droit devant l'arbitre international», in *Le contrat dans tous ses Etats*, dir. F. BELLANGER, F. CHAIX, Ch. CHAPPUIS, A. HÉRITIER-LACHAT, Staempfli, 2004, pp. 361 ss.

se situe leur siège, même si celui-ci est le plus souvent retenu comme le critère d'identification de la *lex arbitrii*¹⁷.

Les tribunaux arbitraux se trouvent donc dans une situation de relative indétermination. D'où la liberté dont ils jouissent dans cette recherche des règles de conflit à appliquer. Aussi les arbitres se réfèrent à diverses méthodes. L'une de ces méthodes consiste à procéder à une application cumulative des règles de conflit de lois des divers Etats avec lesquels le litige (et donc le rapport de fond) présente des points de contact: si ces règles convergent en l'espèce vers la désignation d'une même loi (par exemple celle de l'établissement du vendeur), le tribunal trouvera dans cette convergence une justification de la solution retenue. Ainsi, dans une affaire où était en cause un contrat de distribution entre deux entreprises, et où le tribunal considéra qu'il n'était pas possible de suivre le choix incertain effectué par les parties, celui-ci recourut à l'application cumulative des règles de conflit de lois irlandaises et françaises. Il constata que ces règles de conflit convergeaient en l'occurrence vers une même solution. Il en déduisit que la loi irlandaise devait être appliquée aux relations entre les parties¹⁸.

Une seconde méthode consiste à se référer aux principes généraux des conflits de lois dégagés à partir de l'observation d'un ensemble suffisamment significatif de systèmes nationaux (ou supranationaux, comme le règlement de Rome I) de conflits de lois. Contrairement au cas précédent, une règle de conflit «anationale» est alors dégagée par les arbitres. La CIJ n'a pas procédé différemment dans les affaires déjà anciennes des Emprunts serbes et brésiliens¹⁹.

B) La «voie directe»

Cette méthode se trouve consacrée aujourd'hui par certaines lois en matière d'arbitrage, ainsi que par certains règlements d'arbitrage. Elle s'éloigne des méthodes précédemment évoquées dans la mesure où elle dispense l'arbitre de se référer à une règle de conflit préexistante. Dans ce cas l'arbitre peut encore être ouvertement invité à effectuer un raisonnement de type conflictua-

¹⁷ Le contraire se rencontre parfois, ainsi d'une affaire dans laquelle l'arbitre unique décida d'appliquer les règles du droit international privé suisse car les relations entre les parties en litige présentaient «un rattachement plus étroit avec la Suisse qu'avec la France», sentence arbitrale CCI, Aff. n.° 8.742 en 1996, Collection of arbitral awards 1996-2000, pp. 536 ss.

¹⁸ Cfr. sentence CCI Aff. 7319 en 1992, précitée.

¹⁹ Affaire concernant le paiement des divers emprunts serbes émis en France, arrêt n.° 14 du 12 juillet 1929n CPJI, série A, n) 20-21; affaire relative au paiement en or des emprunts fédéraux brésiliens émis en France, arrêt n.° 15 du 12 juillet 1929, *ibid*.

liste²⁰. Tel est le cas de l'article 187 de la LDIP suisse qui enjoint aux arbitres, en l'absence de choix des parties, d'appliquer au fond du litige la loi qui présente les liens les plus étroits avec la cause. La règle de conflit à appliquer n'est ni désignée, ni définie, mais l'arbitre est invité à déterminer en toute liberté la loi qui présente les liens les plus étroits avec la cause²¹.

Mais certaines règles ne placent même plus en exergue un raisonnement de type conflictualiste. Tel est le cas des règles qui, comme l'article 1496 du CPC français, se bornent à indiquer aux arbitres qu'ils devront appliquer au fond du litige la loi ou les règles de droit qu'ils estiment «appropriées». Dans ce cas, le caractère approprié mis en avant ouvre d'autres possibilités aux arbitres. En effet, une règle peut être appropriée parce qu'elle est étroitement liée —voire davantage rattachée que toute autre— à la situation juridique à l'origine du litige. En ce cas un raisonnement conflictualiste basé sur le principe de proximité sera mis en œuvre. Il n'est pas en contradiction avec la recherche d'une loi appropriée. Mais une loi peut également être considérée comme appropriée en fonction de sa nature ou de son contenu, ou encore en fonction des résultats concrets qui résulteraient de son application en l'espèce. Le concept de règle de droit appropriée s'accommode ainsi d'un faisceau de significations qui ouvre un champ encore plus vaste à la liberté des arbitres²².

Le dualisme affiché au niveau des règles s'observe-t-il en pratique?

Section II. La pratique: un dualisme tempéré

La comparaison entre les textes qui ont pour objet de fixer les règles de conflit en matière de contrats et les textes (conventions internationales, lois et règlements d'arbitrage) qui ont pour objet la détermination du droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage est éclairante. Elle offre à voir un grand parallélisme entre les uns et les autres. Dans chacun de ces cas la détermination du droit applicable s'effectue sous forme d'un système à deux étages, d'où l'expression souvent employée de «dualisme». Ainsi, le premier pilier du système repose sur la volonté des parties, dont le rôle est reconnu au travers du pouvoir de choix du droit applicable. Lorsque ce choix peut être constaté, celui-ci s'impose au juge comme à l'arbitre. Le deuxième pilier du système intervient en l'absence de choix des parties: une règle de conflit, ou certaines directives sont mises en place pour indiquer au juge ou à l'arbitre qu'il lui revient de déterminer la loi applicable. Pourtant ce parallélisme de façade dissi-

²⁰ Pour une illustration, cfr. sentence CCI, Aff. 12193 en 2004, Collection of arbitral awards 2001-2007, pp. 783 ss.

²¹ Cfr. G. Kaufmann-Kohler et A. Rigozzi, *op. cit.*, n. 626 n, pp. 402 ss.

²² Cfr. H. BATIFFOL, «La loi appropriée au contrat», in *Le droit des relations économiques internationales*, Etudes offertes à Berthold Goldman, Litec, 1982, pp. 1 ss.

mule bien des différences. L'originalité de la mission des arbitres par rapport à celle des juges se dévoile dans deux directions: d'abord la vérification du choix des parties (§1) ensuite l'interprétation du choix des parties (§2).

§1. *Au niveau de la vérification de l'existence du choix des parties*

Les règles de conflit qui s'imposent aux juges ne se limitent généralement pas à leur enjoindre de donner effet au *choix exprès* effectué par les parties. Elles autorisent les juges à donner effet à un choix non explicite, pourvu que celui-ci garde un caractère de certitude. Tel est le cas de l'article 3 de la Convention de Rome de 1981, ainsi que du Règlement de Rome I, ou encore de la convention de La Haye de 1955 sur la loi applicable aux ventes internationales de marchandises²³.

Les textes applicables à l'arbitrage ne font généralement pas une telle distinction. Ils mentionnent le choix des parties sans fournir de précision supplémentaire sur la façon dont ce choix a été exprimé ou se révèle à l'arbitre. Ils pourraient être interprétés en faveur du seul choix exprès, imposant à la volonté d'être explicite. Pourtant le besoin de tenir compte de la volonté implicite des parties semble s'imposer.

Encore faudrait-il s'entendre sur cette volonté implicite. En général, la volonté implicite est considérée comme une volonté dont l'existence peut être admise bien que son expression ait été imparfaite. Elle se situe dans la vaste zone des situations intermédiaires. Mais la gamme des situations intermédiaires est plus large. Ainsi qu'il a été justement écrit: «Entre une volonté de choix absolument certaine et la certitude d'une absence de volonté s'intercalent la possibilité, la probabilité faible ou grande, la quasi-certitude d'une volonté implicite»²⁴.

Le fait que les textes applicables à l'arbitrage international ne mentionnent pas la volonté implicite ne semble pas pouvoir conduire à une exclusion pure et simple de celle-ci²⁵. Il y a à cela une forte raison: en effet, les arbitres s'efforceront toujours de respecter les attentes légitimes ou les prévisions des par-

²³ Sur cette question, cfr. N. JOUBERT, «Le choix tacite dans les jurisprudences nationales: vers une interprétation uniforme du règlement Rome I?», in *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, op. cit., pp. 229 ss.

²⁴ Cfr. P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, Montchrestien, 10^{ème} éd., 2010, n. 712, p. 551.

²⁵ Cfr. sentence CCI, Aff. n.° 7319 en 1992, précitée, n. 13 p. 304 où le tribunal arbitral se réfère à la volonté expresse comme à la volonté implicite, pourvu que cette dernière puisse être appréhendée avec une certitude raisonnable. Cfr. encore la sentence CCI, Aff. n.° 8365, en 1996, précitée.

ties²⁶. Il en est ainsi car leur mission est, dans sa globalité, étroitement dépendante de la volonté et des attentes des parties. La mission du juge étatique présente sur ce point bien des différences: la volonté des parties n'est pas à la base de ses pouvoirs ou de l'exercice de sa fonction; les attentes des parties se limitent à celles que veut ou peut leur fournir le système judiciaire qui encadre l'activité du juge.

En matière d'arbitrage les attentes légitimes des parties ne prennent consistance que lorsque la volonté explicite des parties fait défaut. Si les parties ont déclaré expressément que leur contrat serait soumis à la loi des Pays-Bas, leurs attentes n'ont pas disparu, mais elles se sont résorbées dans la volonté exprimée et n'ont plus de teneur propre. Certes il serait encore possible de dire que leurs attentes existent à l'arrière-plan et qu'elles consistent dans le fait que la volonté qu'elles ont exprimée sera respectée par les arbitres. Mais le plus souvent cependant, les attentes ne seront prises en considération en tant que telles que lorsque l'expression de la volonté des parties fait défaut ou est douteuse.

D'ailleurs l'arbitre s'estime tenu de se conformer aux attentes des parties même lorsqu'il recourt à une méthode objective de détermination de la loi applicable au contrat. Le recours à la méthode cumulative des règles de conflit en est la démonstration: en exposant dans leur sentence que toutes les règles de conflit qui auraient pu être applicables si l'une ou l'autre des juridictions nationales avec laquelle la situation présente des liens avait été saisie auraient conduit aux mêmes solutions, les arbitres tentent de démontrer aux parties qu'elles ne pouvaient être sujettes à des attentes différentes, ou formuler d'autres prévisions²⁷. Mais concrètement, comment les arbitres peuvent-ils donner effet aux attentes des parties?

La volonté implicite, quoique non expressément envisagée par les textes, est le vecteur principal des attentes des parties. De façon générale, les circonstances qui peuvent révéler une volonté implicite sur le plan du droit applicable au fond du litige sont variées: les parties ont pu se référer à un contrat-type, ou à un contrat d'adhésion déterminé, généralement soumis à la loi du pays dans lequel siège l'organisme qui a conçu ce contrat-type. Devant les juridictions étatiques, se pose de façon récurrente la question de la signification à accorder à une clause attributive de juridiction quant au droit applicable au fond du litige. Dans quelle mesure, le fait que les parties aient attribué par une clause de leur contrat compétence aux tribunaux anglais signifie-t-il que les parties ont implicitement voulu également que la loi anglaise soit applicable au fond du

²⁶ Cfr. Y. DERAIS, «L'attente légitime des parties et le droit applicable au fond en matière d'arbitrage commercial international», *Trav. Com. fr. dr.int. privé*, 1984-1985, pp. 81 ss.; P. MAYER, *Le choix de loi...*, *op. cit.*, pp. 432-433; G. KAUFMANN-KOHLER et A. RIGOZZI, *op. cit.*, n. 619, 628.

²⁷ Cfr. Sentence CCI, Aff. 7319 en 1992, Collection of CCI arbitral Awards, *op. cit.*, pp. 300 ss.

litige? Cette question est âprement discutée et les rédacteurs du Règlement de Rome I avaient d'abord songé à introduire une telle présomption dans le texte du règlement. Ils y ont finalement renoncé.

En matière d'arbitrage, la présence d'une clause attributive de juridiction à une juridiction étatique est évidemment exclue. La clause d'arbitrage a-t-elle une signification en matière de droit applicable? Il est admis aujourd'hui que le lieu de l'arbitrage ne saurait être considéré comme un indice réel d'une volonté des parties en faveur de l'application au fond du litige de la loi de ce pays: le choix du siège de l'arbitrage est souvent effectué pour des considérations qui n'ont aucun rapport avec le droit applicable au fond du litige²⁸. Cet indice doit donc être rejeté. Mais la clause d'arbitrage peut emporter certaines conséquences par sa seule existence. Ainsi, en matière de contrats d'Etat, elle est souvent considérée comme un indice de la qualification du contrat, apte à provoquer la soustraction du contrat à la loi de l'Etat contractant. La sentence *Texaco-Calasiatic/Libye* a vu en elle, associée à d'autres éléments, un facteur de soumission du contrat pétrolier en cause au droit international²⁹.

Enfin de nombreuses opérations économiques internationales supposent la conclusion de plusieurs contrats liés entre eux. Le choix de la loi applicable à l'un d'entre eux, même s'il n'est pas répété dans un autre contrat, peut être considéré comme implicite étant donnée l'unicité de l'opération économique, si ces contrats sont conclus entre les mêmes parties³⁰. Ces situations recevront la même considération en cas d'arbitrage. Mais il ne suffit pas de s'assurer de l'existence du choix des parties, il faut aussi l'interpréter.

§ 2. *Au niveau de l'interprétation du choix effectué par les parties*

On réservera ici l'usage du terme «interprétation» aux cas dans lesquels la détermination du droit applicable résulte d'une désignation expresse. La volonté implicite, qui vient d'être envisagée, suppose plutôt sur une entreprise de mise en évidence d'une volonté inexprimée; elle ne correspond pas exactement à un phénomène d'interprétation, faute de support textuel sur lequel faire porter l'opération d'interprétation. Elle peut conduire à interpréter un comportement, ce qui est tout de même différent.

²⁸ Cfr. B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, Economica, 6^{ème} éd., 2010, p. 718; P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, *op. cit.*, pp. 522 ss.; G. KAUFMANN-KOHLER et A. RIGOZZI, *op. cit.*, p. 398.

²⁹ Sentence du 19 janvier 1977 rendue en français, puis traduite en anglais, 53 ILR 389 (1979).

³⁰ Cfr. S. CORNELOUP, «Choix de la loi et contrats liés», in *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, *op. cit.*, pp. 285 ss.

Les problèmes d'interprétation peuvent apparaître soit à l'égard de clauses relatives à la loi d'un Etat, soit à l'égard de clauses portant sur des règles de droit non-étatique.

1. Clauses relatives à la loi d'un Etat.

En matière de contrats conclus entre parties privées, les clauses de désignation du droit applicable à ces contrats visent dans la grande majorité des cas la loi d'un Etat. Les problèmes posés par l'interprétation de telles clauses sont relativement limités.

Ils peuvent porter sur l'étendue des questions soumises à la loi désignée: ainsi une clause qui se limiterait à déclarer la loi applicable à l'*interprétation* du contrat pourrait soulever le problème de la loi applicable à la *validité* du contrat; ou encore peut se poser la question de savoir comment il faudrait interpréter une clause visant seulement la conclusion ou l'exécution du contrat?

Ces clauses peuvent aussi poser le problème plus général de savoir si les arbitres doivent appliquer la loi d'un Etat qui annule le contrat, alors que la loi d'un autre Etat, jouissant de titres d'application raisonnables, voire très convaincants, considérerait au contraire le contrat comme valable³¹?

Dans certains cas, il peut aussi être nécessaire de savoir si les parties n'ont pas entendu réaliser une simple incorporation de la loi désignée dans leur contrat, plutôt que de provoquer la soumission de leur contrat aux dispositions de cette loi? Il en est ainsi notamment lorsque les parties décident que la loi désignée ne s'appliquera qu'à défaut de stipulation (contraire) du contrat³².

Plusieurs sentences arbitrales laissent ouvertement entendre que le droit applicable peut être considéré avec une certaine souplesse afin de tenir compte du caractère international du contrat. Ainsi, à propos de l'article 3(12) du Code civil néerlandais, un tribunal arbitral énonce: «En ce qui concerne l'application de l'article dans un contexte international, elle («la conviction juridique en vigueur aux Pays-Bas») est remplacée par les convictions juridiques en vigueur dans le droit des contrats internationaux»³³.

Cependant, la plupart du temps, les difficultés d'interprétation apparaîtront avec des clauses complexes se référant à des règles de nature différente pour

³¹ Cfr. sentence CCI n.° 7528, en 1993, Collection of Arbitral Awards, *op. cit.*, p. 115.

³² Cfr. AHMED EL-KOSHERI, «The Particularity of the Conflict Avoidance Method Pertaining to Petroleum Agreements», *ICSID Review*, vol. 11, 1996 pp. 272 ss.; P. BERNARDINI, «Stabilization and adaptation in oil and gas investments», *Journal of World Energy Law and Business*, vol. 1, n.° 1, 2008, pp. 98 ss.

³³ Sentence CCI rendue dans l'affaire n.° 8486, en 1996, précitée.

un seul et même contrat, ou à des clauses se référant à des règles vagues ou difficilement identifiables³⁴.

2. Clauses relatives à des règles non-étatiques.

Deux questions doivent être soulevées ici. La première est liée à l'existence de règles non-étatiques pouvant faire l'objet d'une désignation par les parties, la seconde intervient dans le contexte des contrats d'Etat ou des litiges portant sur des relations d'Etat à investisseur étranger, même en dehors de tout contrat.

Dans le premier cas, l'objet que les parties veulent désigner est souvent mal défini par elles: ainsi, la *lex mercatoria*, ou les principes généraux de droit appliqués dans le commerce international; dans le second, plusieurs corps de règles sont évoqués dans une même clause ou une même règle et il est délicat d'envisager leurs rapports; cela est fréquent dans les contrats d'Etat; dans le cas de l'arbitrage CIRDI, le célèbre article 42 de la convention de Washington a donné lieu de la part des tribunaux à des interprétations divergentes, qui semblent en voie de s'aplanir. Mais on entre ici dans les questions relatives à la substance du droit applicable.

CHAPITRE II. PROBLEMES SUBSTANTIELS

Les problèmes substantiels apparaissent lorsque les considérations relatives à la nature ou au contenu du droit applicable se surajoutent aux problèmes méthodologiques de base qui ont été envisagés dans le chapitre I. On envisagera successivement les problèmes relatifs à la nature du droit applicable (section I), puis les problèmes relatifs aux limites apportées à la liberté de choix des parties ou des arbitres en raison de l'existence de dispositions internationalement impératives (section II).

Section I. La nature du droit déclaré applicable par les parties ou les arbitres

Le recours à l'arbitrage comme moyen de règlement des litiges est loin d'être sans conséquences au niveau du droit applicable. Ainsi, l'arbitrage constitue un facteur d'ouverture à l'application de règles non-étatiques (§1); dans une certaine mesure il peut également jouer un rôle dans l'élaboration de telles règles (§2).

³⁴ Les contrats d'Etat comportent fréquemment ce genre de clauses: cfr., parmi une littérature abondante; Ch. LEBEN, «La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements», *RCADI*, t. 132, 2003, pp. 201 ss., spéc. pp. 264 ss.

§1. *L'arbitrage, facteur d'ouverture à l'application de règles non-étatiques*

A) Conditions favorables

En règle générale, les tribunaux nationaux appliquent au fond des litiges qui leur sont confiés en matière internationale les lois des Etats désignées par leurs règles de conflits de lois. Ils peuvent également être conduits à appliquer des règles matérielles issues de conventions internationales auxquels les Etats au nom desquels ils rendent la justice ont adhéré. Ainsi, la Convention de Vienne sur les ventes internationales de marchandises est régulièrement appliquée par les tribunaux des Etats membres³⁵. Dans une mesure limitée, ils peuvent également accepter d'appliquer des usages³⁶.

Qu'en est-il des tribunaux arbitraux internationaux? Les principes d'ordre méthodologique qui ont été envisagés dans la première partie de cette étude ont mis en évidence le fait que les tribunaux arbitraux internationaux sont, du point de vue du droit applicable, dans une situation sensiblement différente des juridictions étatiques.

Il suffira ici de rappeler d'un mot que cette différence provient du fait que ces tribunaux ne disposent pas d'une *lex fori* substantielle (un tribunal arbitral international ayant son siège en France n'a pas le droit français comme *lex fori*). Ceci signifie que, contrairement aux juridictions étatiques, les tribunaux arbitraux ne disposent pas d'un système juridique de référence prédéterminé, mis automatiquement à leur disposition³⁷. Cela signifie également que ces tribunaux arbitraux, dans leur quête du droit qu'ils doivent appliquer, ne sont pas tenus, comme le sont les juridictions étatiques, d'appliquer les règles de conflits de lois ou certaines règles substantielles d'un *for*, qui, à leur égard, n'existe pas³⁸.

³⁵ Cfr. J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN, *Droit du commerce international*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2011, pp. 222 ss.

³⁶ Cfr. P. DEUMIER, *Le droit spontané*, *Economica*, 2002; *Introduction générale au droit*, pp. 414 ss.

³⁷ Sur ce système de référence, cfr. Ch. SERAGLINI, *Lois de police et jurisprudence arbitrale*, Dalloz, 2001, pp. 282 ss.

³⁸ Sur l'application par les tribunaux arbitraux internationaux des conventions internationales, cfr. P. MAYER, «L'application par l'arbitre des conventions internationales de droit privé», *Mélanges Y. Loussouarn*, Dalloz, 1997, pp. 275 ss.; pour une analyse et illustration convaincante de l'utilisation de règles non-étatiques par les tribunaux internationaux, cfr. S. HOTTE, «La rupture du contrat international, contribution à l'étude du droit transnational des contrats», *Deffrénois*, 2007, 476 pages; pour l'arbitrage CCI, CF notamment: E. JOLIVET, «La jurisprudence arbitrale de la CCI et la *lex mercatoria*», *Les cahiers de l'arbitrage-Gazette du Palais*, éd. juillet 2002, pp. 253 ss.

Ces principes méthodologiques n'empêchent pas que les contrats soumis à l'arbitrage puissent être soumis à la loi d'un Etat. Tel est au contraire le cas le plus fréquent³⁹. Ainsi que cela a déjà été dit, la situation des tribunaux arbitraux est néanmoins différente de celle des juridictions étatiques dans la mesure où ils disposent —sauf lorsque la volonté des parties les contraint— d'une grande liberté dans le choix du processus qui les conduira à déterminer la loi applicable. Mais ils demeureront le plus souvent sur le terrain du droit étatique.

Cependant, la soumission pratiquement inconditionnelle au choix des parties, jointe à l'absence de *lex fori*, conduit ces tribunaux à accepter aussi l'application de règles non-étatiques. En d'autres termes, ils peuvent, si les parties en décident ainsi, appliquer des règles non-étatiques, car ils doivent s'efforcer de donner effet à la volonté des parties⁴⁰. Mais ils peuvent aussi, lorsque la volonté des parties n'est pas nettement orientée vers le choix de la loi d'un Etat, ou souffre d'ambiguïté, ou encore lorsque aucune volonté n'a été manifestée par les parties, décider par eux-mêmes d'appliquer des règles non-étatiques, parce que diverses raisons les convainquent que cette solution est en l'occurrence adaptée au litige⁴¹. Il peut en être ainsi parce que de telles règles semblent particulièrement appropriées, voire seules réellement appropriées à l'opération, ou parce que ce sont les règles qui répondront le mieux aux attentes légitimes des parties. Quelles peuvent être ces règles?

B) Nature des règles

Une première indication nous est fournie par certaines conventions internationales en matière d'arbitrage, ou les nombreuses lois qui sont en vigueur aujourd'hui en matière d'arbitrage, ainsi que par les règlements d'arbitrage les plus fréquemment utilisés: quel que soit le droit applicable au fond du litige, les arbitres doivent appliquer ou tenir compte des *usages du commerce*⁴². De nombreuses sentences s'y réfèrent⁴³. Ainsi, présentés comme devant jouer un rôle au moins complémentaire par rapport au droit applicable, les usages du commerce constituent un premier pas vers l'application de règles non-étatiques. Cette solution peut être considérée toutefois comme ne constituant qu'une avancée mo-

³⁹ Cfr. E. JOLIVET, «L'influence des Principes d'Unidroit en matière de pratique contractuelle et d'arbitrage», *Revue de droit uniforme*, 2008, pp. 127 ss.

⁴⁰ En ce sens, cfr. sentence CCI, Aff. 8365 en 1996 précitée.

⁴¹ Cfr. sentence CCI, Aff. 8501, Collection of Arbitral Awards 2001-2007, p. 529.

⁴² Cfr. Fouchard, Gaillard, Goldman, *op. cit.*, n. 1447, 1513; POUURET et BESSON, *op. cit.*, pp. 626 ss.

⁴³ Sentence CCI, Aff. 6515 et 6516 en 1994, précitées; sentence CCI, Aff. 9771 en 2001, Collection of Arbitral Awards 2001-2007, pp. 187 ss.; sentence CCI, Aff. 8501, précitée; sentence CCI, Aff. 9608 en 1998, précitée.

deste en direction d'un droit non-étatique⁴⁴. Cependant qu'on l'approuve ou non, il existe une tendance à adopter une conception extensive des usages du commerce qui peut conduire à inclure dans cette catégorie de véritables règles de droit dont l'application se recommande de leur admission générale dans le commerce international⁴⁵. Sans aller nécessairement jusque là, une conception répandue des usages leur reconnaît valeur de règles. Il en est ainsi de la Convention de Vienne sur les ventes internationales de marchandises⁴⁶.

Mais au delà même des usages du commerce, les règles qui se prononcent sur la nature du droit applicable sont de plus en plus nombreuses à énoncer expressément que le droit applicable au fond du litige ne doit pas forcément être identifié à la loi d'un Etat, mais peut consister en des *règles de droit*. Or, cette référence à des *règles de droit*, a été opérée en pleine connaissance de cause afin de confirmer, de la façon la plus explicite, la latitude des tribunaux arbitraux internationaux d'appliquer les règles qui leur paraîtraient s'imposer en fonction de la volonté des parties ou parce qu'elles sont appropriées au litige, quelle que soit l'origine ou la nature de ces règles. Ainsi, l'arbitre international n'est pas assujetti, à l'instar du juge étatique, à la contemplation de sources prédéterminées par un ordre juridique qui, se référant à de telles sources, élimine celles qu'il n'englobe pas dans son énumération. Il n'est pas non plus assujetti, comme l'est son homologue étatique, à l'observance de la hiérarchie des sources, établie par l'ordre juridique à l'intérieur et pour le compte duquel il rend la justice⁴⁷.

Le domaine d'intervention des règles non-étatiques est révélateur de l'importance que celles-ci peuvent avoir.

C) Domaine d'intervention des règles

1.° Les litiges qui se développent dans le cadre des relations économiques entre les Etats et les personnes privées étrangères fournissent un premier domaine d'intervention à de telles règles.

Ces litiges portent le plus souvent, mais non systématiquement, sur des relations relevant du domaine de l'investissement international. A ce titre, les

⁴⁴ Cfr. A. KASSIS, «Théorie des usages du commerce», *LGDJ*, 1984.

⁴⁵ Cfr. Eric LOQUIN, «La réalité des usages du commerce international», *RID éco.*, 1989, pp. 163 ss.

⁴⁶ Cfr. article 9 de cette Convention.

⁴⁷ Cfr. P. DEUMIER, «La lex mercatoria entre ordre et désordre», in *Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, *Economica*, 2008, pp. 305 ss., spéc. p. 321; Ch. CHAMBOUKIS, «La lex mercatoria reconsidérée», in *Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, pp. 635 ss., spéc. p. 642; pour une étude approfondie de la question, cfr. P. MAYER, «L'arbitrage international et la hiérarchie des normes», *Rev. arb.*, 2011, pp. 361 ss.

règles du droit international général (notamment les standards de protection des étrangers) ou les règles contenues dans des traités bilatéraux ou multilatéraux relatifs à la protection des investissements d'origine étrangère sont, potentiellement, voire obligatoirement applicables⁴⁸. Des règles spécifiques aux contrats d'Etat peuvent être imputées au droit international⁴⁹.

La Convention de Washington du 18 mars 1968 ayant institué le CIRDI, constitue le texte emblématique marquant la reconnaissance de la spécificité de ce type de relations. Instituant un centre d'arbitrage spécialement compétent pour les litiges relatifs à un investissement entre Etats et investisseurs étrangers, il se prononce sur le droit applicable au fond du litige à son article 42.b. A cet égard, il se réfère d'abord à l'autonomie des parties, considérant que le tribunal arbitral appliquera les *règles de droit* choisies par les parties. Puis l'article 42.b considère le cas de l'absence de choix des parties. C'est alors qu'il se réfère à la loi de l'Etat contractant, mais aussi, aux *principes du droit international en la matière*.

Ainsi, la Convention de Washington considère d'emblée que, pour le règlement des litiges Etat/investisseur étranger, la liberté des parties s'étend aux *règles de droit* tandis que les principes du droit international sont considérés comme applicables en raison de la substance de la relation qui fait l'objet du litige. Aucune raison valable ne semble pouvoir être énoncée pour empêcher que le droit international figure au rang des «règles de droit» auxquelles se réfère le premier alinéa de l'article 42 qui investit la volonté des parties. N'est-ce pas le même contrat auquel s'appliquent en fonction des circonstances la première et la seconde phrase de l'article 42 de la Convention? Dès lors, ce qui est valable dans un cas ne saurait-il l'être dans l'autre, surtout que le choix des parties confère une raison supplémentaire de considérer comme pleinement justifiée l'application du droit international⁵⁰?

En dehors du cadre de cette convention et des litiges qui se déroulent sous son égide, d'importantes sentences arbitrales ad hoc, confrontées au même type de problèmes, sont parvenues à des solutions favorables au sujet de l'application du droit international à des contrats conclus entre des Etats et des investisseurs privés étrangers⁵¹.

⁴⁸ Cfr. D. CARREAU, «Investissements», *Rép. Dalloz Dr. Int*, t. II, pp. 218 ss.

⁴⁹ Cfr. P. WEIL, «Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier», *RCADI*, t. 128 (1969), pp. 94 ss.; «Principes généraux du droit et contrats d'Etat», *Etudes offertes à B. Goldman*, Litec, 1982, pp. 387 ss.; Ch. LEBEN, «La théorie du contrat d'Etat...», *op. cit.*, pp. 264 ss.

⁵⁰ Cfr. E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, vol. I, 2004, vol. II, 2010; S. MANCIAUX, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats. Trente années d'activité du CIRDI*, Université de Bourgogne-CNRS-Litec, vol. 24, 2004, pp. 267 ss.

⁵¹ Cfr. Ch. LEBEN, «La théorie du contrat d'Etat...», *op. cit.*, pp. 296 ss.

2.^o Le deuxième domaine dans lequel peuvent être appliquées des règles non-étatiques est celui des relations économiques internationales de caractère privé. Ici le recours à des règles non-étatiques manifeste avec plus d'éclat son originalité dans la mesure où le règlement de telles relations pourrait toujours s'effectuer sous l'empire exclusif des lois des Etats ou des règles issues des conventions internationales de droit uniforme adoptées par les Etats. Tel n'est pas le cas des relations entre Etats et investisseurs étrangers qui peuvent prendre place, à certaines conditions, sous l'empire du droit international public (celui-ci établissant les devoirs des Etats à l'égard des ressortissants d'autres Etats).

Le domaine de relations évoqué ici correspond au «droit du commerce international». Or, dans cette branche du droit, les règles d'origine étatique, même s'il leur revient indiscutablement la première place, ne sont que l'une des composantes du droit applicable aux opérations qui s'y développent, dans la mesure où d'autres acteurs que les Etats, d'autres sources du droit y jouent un rôle normatif qu'il semble impossible de ne pas reconnaître⁵².

Ainsi, les usages du commerce déjà cités, donnent un rôle, en quelque sorte «filtré» aux sujets de droit par l'intermédiaire de la pratique, et associent les arbitres à la reconnaissance, sinon à la formulation de ces usages. Les principes généraux, foyer principal des règles de la *lex mercatoria*, sont plutôt l'apanage des arbitres et de la doctrine, qui les dégagent au fur et à mesure, à l'occasion des litiges et de l'étude des sentences arbitrales, en se fondant sur les convergences des solutions des droits nationaux et les besoins du commerce international.

Dans un univers économique globalisé, traversé comme il l'est aujourd'hui par des tensions extrêmement vives, il est difficile d'assigner à la *lex mercatoria* un domaine qui soit à la mesure de cet univers. Aussi est-il préférable d'admettre que celle-ci a pour champ de prédilection matériel le domaine du droit des contrats et pour vecteur d'application l'arbitrage commercial international dont elle élargit les sources lors de la recherche du droit applicable. Mais, par un phénomène de rétroaction, la *lex mercatoria* insufflé un surcroît d'autonomie à la justice arbitrale transnationale dans la mesure où elle met à sa disposition les outils constitués par le recours à la méthode de la *lex mercatoria* et ses normes, de telle sorte qu'il est possible d'émettre l'hypothèse d'un véritable «ordre juridique arbitral»⁵³.

Le droit du commerce international déplace aussi son centre d'attraction de la recherche directe de normes qui lui sont propres vers des «pôles d'émis-

⁵² Cfr. JACQUET, DELEBECQUE, CORNELOUP, *Droit du commerce international*, 2^{ème} éd., Dalloz, 2010, pp. 15 ss.

⁵³ Sur cette question, cfr. E. GAILLARD, *Philosophie de l'arbitrage international*, op. cit.; HOMAYOON ARAFAZADEH, *Ordre public...*, op. cit.

sion» spécifiques privés ou publics⁵⁴. Il en est ainsi en présence de normes d'origine professionnelle ou corporative: contrats-types ou conditions générales d'affaires propres à un type d'opérations déterminé et émanant d'organisations professionnelles, codifications d'usages, vraies ou déguisées, codes de conduite adoptés pour certaines opérations par une catégorie d'opérateurs du commerce international...

Il en est également ainsi lorsque certaines organisations internationales deviennent des foyers d'élaboration de règles qui ne sont pas destinées à être adoptées sous forme de traités internationaux et de ce fait dépourvues de force juridique intrinsèque. L'on ne saurait minimiser l'importance historique des Conditions générale de vente élaborées par la Commission économique pour l'Europe des Nations-Unies pour le commerce de marchandises. Ces textes ont permis le commerce Est-Ouest dans la deuxième partie du XX^{ème} siècle, lorsque l'Europe était divisée en deux blocs. Il en a été de même des «manuels» établis par l'ONUDI pour la fourniture d'ensembles industriels, particulièrement utiles dans les rapports Nord-Sud⁵⁵. On songe ici également, dans un contexte plus ouvertement universel, aux nombreuses lois-type ou lignes directrices élaborées par la CNUDCI ou d'autres organismes internationaux publics ou privés.

Enfin est apparue depuis quelques années la catégorie des règles émises par une «doctrine collective législatrice». Dans le domaine du droit du commerce international l'exemple le plus significatif est fourni par les Principes Unidroit pour les contrats du commerce international. Ce texte a été rédigé par un groupe de travail réuni sous l'égide de l'organisation internationale Unidroit. Il a pour ambition, selon l'expression de Philippe Kahn; de «réguler tous les contrats utilisés dans le commerce international à l'instar d'un code mondial des obligations ou d'un Restatement américain»⁵⁶. Il revendique dans une assez large mesure de constituer la forme écrite (avec tous les avantages que cela peut comporter) de la *lex mercatoria*. Leur application dans l'arbitrage international est loin d'être négligeable⁵⁷, même si celle-ci peut parfois prêter la flanc à certaines critiques⁵⁸. Il reste à se demander si les sentences qui appliquent de telles règles se trouvent exposées à un certain risque de non-reconnaissance, voire d'invalidité.

⁵⁴ Cfr. C. KESSEDIAN, «Codification du droit commercial international et droit international privé», *RCADI*, t. 300, 2002, pp. 83 ss., spéc. pp. 126 ss.

⁵⁵ Cfr. Ph. KAHN, «L'internationalité du point de vue de l'ordre transnational», *Rev. Lamy Droit des affaires*, n.° 36, 2002, pp. 23 ss.

⁵⁶ Ph. KAHN, *op. cit.*, p. 26.

⁵⁷ Cfr. «Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international. Réflexions sur leur utilisation dans l'arbitrage international», *ICC-Unidroit, Suppl. spécial- Bulletin de la cour internationale de la CCI*, 2002.

⁵⁸ Cfr. Ch. SERAGLINI, «Du bon usage des principes Unidroit dans l'arbitrage international», *Rev. arb.*, 2003, pp. 1101 ss.

3.° Validité des sentences fondées sur des règles non-étatiques.

L'autonomie de la justice arbitrale transnationale ne s'étend pas jusqu'à faire d'elle une justice complètement indépendante de la justice étatique. Elle peut en effet être tributaire de son contrôle ou bénéficier de son appui. Aussi n'est-il pas inutile de s'interroger sur l'accueil fait par la justice étatique aux sentences arbitrales qui ont appliqué des normes non-étatiques.

Dans le domaine des contrats d'Etat, la soumission de ces contrats au droit international a été l'objet de longues controverses. Néanmoins celles-ci n'ont jamais été poussées au point de prétendre que des sentences qui auraient soumis un contrat d'Etat au droit international seraient, pour cette seule raison, privées de validité. D'ailleurs la référence au droit international effectuée par la convention de Washington elle-même l'interdirait, au moins dans le cadre des arbitrages CIRDI, si les sentences CIRDI pouvaient être soumises à un contrôle devant les juridictions des Etats.

Pour les contrats internationaux «ordinaires» (qui ne méritent pas la qualification de contrat d'Etat), leur soumission à des règles non-étatiques dans le cadre de l'arbitrage a pu fournir l'occasion à l'une ou l'autre des parties de mettre en cause la validité de la sentence devant le juge de l'annulation. On sait que la détermination du droit applicable au fond du litige n'est pas en soi un motif d'annulation ou de refus d'exequatur d'une sentence à qui des griefs pourraient être adressés sur ce point (cfr. art. 36 loi-type de la CNUDCI). Cependant les pouvoirs des arbitres peuvent être mis en cause. Ainsi devant la Cour de cassation française, le grief a été adressé à une sentence qui avait appliqué la *lex mercatoria* de n'avoir pas statué en droit, mais en équité, ce qui constituerait un motif valable d'annulation d'une sentence, car fondé sur le non-respect de leur mission par les arbitres. Mais la Cour de cassation a refusé d'annuler la sentence, considérant qu'en ayant appliqué la *lex mercatoria*, les arbitres avaient bien statué en droit⁵⁹.

Il y a quelques années, l'Association de droit international a adopté une Résolution sur les règles transnationales (Le Caire, 26 avril 1992) recommandant de ne pas considérer comme nulle ou non-exécutoire une sentence qui aurait appliqué des «*règles transnationales*» (*principes généraux du droit, principes communs à plusieurs droits, droit international, usages du commerce, etc.*) plutôt que la loi d'un Etat, dès lors que les parties se sont accordées pour que les arbitres appliquent ces règles, ou que les arbitres en aient décidé ainsi dans le silence des parties⁶⁰. L'arbitrage peut-il aller plus loin; jouant un rôle dans l'élaboration de règles non-étatiques?

⁵⁹ Cfr. Cass civ. 1^{ère}, 22 oct. 1991, JDI 1992, 177, note B. Goldman, *Rev. crit. DIP*, 1992, 113, note B. Oppetit, RTDCom 1992, 171, obs. Dubarry et Loquin.

⁶⁰ Cfr. *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, E. Gaillard, Institute of International Business and Practice, ICC-International Law Association, 1993.

§ 2. *Le rôle de l'arbitrage dans l'élaboration de règles non-étatiques*

Dans le foisonnement actuel de règles non-étatiques, une distinction est utile; il s'agit de celle qui peut être effectuée entre les règles de droit présentées sous une forme écrite normative (ainsi les Principes Unidroit, ou certaines conditions générales, les conditions FIDIC par exemple) et celles qui ne sont pas «livrées» sous cette forme, mais doivent être dégagées par les arbitres.

A l'égard des premières, les tribunaux arbitraux n'ont, du moins au départ, pas de rôle créateur, puisque ces règles sont «données» dans leur formulation définitive. Le problème —qui n'est pas mince— se limite pour les tribunaux arbitraux à décider des conditions auxquelles ces règles seront considérées comme applicables dans une espèce donnée. Cette question présente à la fois des similitudes et des différences avec la détermination de la loi applicable à un contrat sur le plan des conflits de lois. En effet, de telles règles —sauf à être intégrées dans l'ordre juridique d'un Etat, ce qui modifie l'hypothèse envisagée ici— sont dépourvues d'appartenance à un ordre juridique défini et n'ont, de ce fait aucun champ d'application déterminé. Néanmoins la question demeure une question de détermination du droit applicable à un rapport juridique, non de création du droit. Ainsi que cela a été dit ci-dessus, les Principes Unidroit sont appliqués par les arbitres tantôt sur la base de la volonté ou des attentes des parties, tantôt sur la base du choix des arbitres.

Mais c'est à l'égard des usages et surtout des principes généraux que le pouvoir créateur de l'arbitrage est susceptible de se manifester par l'entremise de la jurisprudence arbitrale. Michel Virally le remarquait dès 1982. S'interrogeant sur la possibilité d'un *tiers droit*, à côté des ordres juridiques nationaux et de l'ordre juridique international, il relevait à son égard l'importance des principes généraux, écrivant que: «le droit transnational peut disposer effectivement d'un système de sources autonome, dont les principales (peut-être pas les seules) seraient les usages de la communauté marchande et industrielle internationale —dans la mesure où ces usages seraient assez convergents et constants pour permettre l'apparition de règles coutumières— *et les principes généraux de droit commun aux principaux systèmes juridiques du monde, tels qu'ils sont dégagés par les tribunaux d'arbitrage transnationaux-dans la mesure où une jurisprudence suffisamment constante se dégage de leurs décisions et est assez bien connue pour faire autorité.*

Il reste maintenant à se préoccuper des rapports entre la détermination du droit applicable et l'application des dispositions internationalement impératives.

Section II. Droit applicable au fond du litige et dispositions internationalement impératives (lois de police)

La conformité, ou du moins l'absence de contrariété de la sentence arbitrale internationale à l'ordre public est le seul motif de contrôle de la sentence

par lequel le respect des lois de police applicables semble pouvoir être vérifié et donc s'imposer indirectement aux arbitres. Il importe d'abord de préciser la problématique générale des lois de police dans l'arbitrage international (§1), puis d'envisager les rapports que l'ordre public entretient avec le droit applicable au fond du litige (§2) avant de s'interroger pour finir sur son rapport particulier avec les lois de police (§3).

§ 1. *Problématique générale des lois de police dans l'arbitrage international*

A) Absence de directive générale sur l'application des lois de police

La justice arbitrale internationale est invitée à déterminer le droit applicable au fond du litige en fonction de la volonté des parties ou du choix des arbitres. La question se pose en outre de savoir si et dans quelle mesure les tribunaux arbitraux peuvent aussi être tenus d'appliquer les dispositions internationalement impératives (lois de police le plus souvent) qui se veulent applicables à la situation juridique ayant donné lieu au litige dont le règlement leur a été confié⁶¹.

Le refus délibéré d'appliquer de telles règles ou l'indifférence à leur égard pourrait menacer la validité ou l'efficacité de la sentence rendue par le tribunal arbitral. Les arbitres ont le devoir de rendre des sentences valables et susceptibles d'être exécutées. Cependant l'hésitation des arbitres sur la conduite à suivre à l'égard de telles règles peut s'expliquer par le silence très général des textes qui régissent l'arbitrage. Le droit international privé des contrats — que les juridictions étatiques appliquent sans se poser de questions — se réfère, tout comme le droit de l'arbitrage, aux deux piliers que sont la volonté des parties et, en l'absence de volonté des parties, une détermination plus ou moins objective du droit applicable au contrat par le juge. Mais, à la grande différence du droit de l'arbitrage, le droit international privé des contrats comporte, à côté des règles de conflit qu'il retient, des dispositions parfaitement explicites sur l'application au contrat des lois de police du for ou des lois de police étrangères⁶². L'absence de telles dispositions au niveau des règles qui encadrent l'accomplissement de leur mission par les arbitres provoque-t-elle une réelle difficulté particulière par rapport à la situation des tribunaux étatiques? Que doivent faire les

⁶¹ Cfr. P. MAYER, «La sentence contraire à l'ordre public de fond», *Rev. arb.*, 1994, pp. 615 ss.; Y DERAÏNS, «Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale», mélanges B. GOLDMAN, *op. cit.*, pp. 29 ss.; D. CRAIG, «Arbitration and National Courts: Conflict and Cooperation: The Arbitrator's Mission and the Application of Law in International Commercial Arbitration», *Am. Rev. Int'l. Arb.*, 2010, pp. 243 ss.

⁶² Article 7 de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles; article 9 du règlement de Rome I.

arbitres? Pour répondre cette question, l'attention se porte nécessairement sur l'exigence de conformité de la sentence arbitrale à l'ordre public.

B) Recours nécessaire à l'ordre public

L'exigence d'un recours à l'ordre public en matière d'efficacité des sentences arbitrales peut être considérée comme générale. La convention de New York de 1958 s'y réfère, ainsi que la loi-type de la CNUDCI, préfigurant toutes les lois nationales sur l'arbitrage⁶³. En effet, la sentence arbitrale peut être soumise à un contrôle des juges dans deux cas. Le premier correspond au recours en annulation. Ce recours est de la compétence des tribunaux de l'Etat dans lequel se trouve situé le siège de l'arbitrage. L'ordre public auquel ce juge devra se référer doit donc être, au moins dans une certaine mesure, pris en considération par les arbitres.

Le deuxième cas correspond à la demande d'exequatur de la sentence. Ici, la prévision est plus difficile pour les arbitres car il n'est pas possible de prévoir avec certitude le pays dans lequel la sentence sera présentée en vue d'une exécution. Le siège ou le lieu d'activité principal de la partie perdante est le lieu qui vient le premier à l'esprit, mais celui-ci est loin d'être le seul possible. Néanmoins les arbitres doivent s'efforcer de rendre une sentence qui ne heurtera l'ordre public d'aucun des pays dans lequel la sentence sera soumise à un contrôle du point de vue de l'ordre public. Il importe maintenant d'élucider les rapports de l'ordre public avec la question du droit applicable au fond du litige.

§ 2. *Rapports de l'ordre public avec le droit applicable au fond du litige*

A) L'ordre public s'applique à la sentence

Le rapports que l'ordre public peut présenter avec le droit applicable au fond du litige dérivent de la fonction attribuée dans le droit de l'arbitrage à l'ordre public. Or l'ordre public n'est appelé à remplir sa fonction qu'à l'égard de la sentence, à l'occasion d'une demande d'annulation ou d'une action en exequatur. L'ordre public a donc pour cible la sentence. On sait que la sentence est un acte juridique ayant la nature d'une décision et représentant matériellement le résultat de l'activité des arbitres. Elle se présente donc comme un acte dans lequel la décision qui met fin au litige instaure une situation juridique nouvelle, fondée sur un certain nombre de considérations qui la justifient en fait et en droit. Dans cette décision la détermination du droit applicable occupe une place plus ou

⁶³ Seule la convention de Washington du 18 mars 1965 ayant institué le CIRDI fait exception.

moins importante, mais loin d'être exclusive puisqu'elle est étrangère aux questions d'appréciation des faits et comportements des parties et distincte des questions d'*interprétation* des règles que ce droit applicable comporte. C'est dans cette perspective qu'il convient de comprendre les modalités du contrôle exercé par le juge étatique sur la sentence et qui inclut l'ordre public.

B) Modalités du contrôle de l'ordre public par le juge

Qu'il soit amené à se prononcer dans le cadre d'un recours en annulation ou d'une demande d'exequatur de la sentence, le juge n'est pas autorisé à effectuer une *révision* la sentence⁶⁴. Ceci signifie qu'il n'a pas à comparer la sentence qui lui est soumise à la décision qu'aurait pu rendre une juridiction nationale saisie de même litige. Tel se présente dans sa conception traditionnelle le principe de l'absence de révision développé de longue date au niveau de l'effet des jugements étrangers⁶⁵. Mais l'absence de révision implique également l'abstention du juge de se livrer à un quelconque examen du fond de la sentence, notamment du point de vue de la qualité du raisonnement, indépendamment même du résultat. Néanmoins la prohibition de la révision ne saurait neutraliser le rôle de l'ordre public⁶⁶. Le juge doit seulement s'efforcer de ne pas compromettre l'un de ces impératifs par le respect disproportionné donné à l'autre.

Maniant le critère de l'ordre public comme élément du contrôle de la sentence, la jurisprudence étatique l'a généralement très justement défini comme étant *l'ordre public international*. Mais elle a également décidé de ne soumettre au crible de l'ordre public international que la *solution* qui découle de cette sentence⁶⁷. Ainsi, lors du contrôle de la sentence, le droit applicable n'est pas considéré en tant que tel. Il se peut que la solution fournie par la sentence ne repose pas directement sur le droit applicable. Ainsi un contrat de pot-de-

⁶⁴ Cfr. Antonia GARCÍA DE PAREDES, «L'annulation des sentences arbitrales en Espagne A propos de la non-révision au fond des sentences et du contrôle du respect de l'ordre public en droit espagnol», *Les cahiers de l'arbitrage-Gazette du Palais*, vol. IV, 2008, pp. 206 ss.; L.-Ch. DELANOY, «Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation: trois constats, trois propositions», *Rev. arb.*, 2007, pp. 177 ss., spéc. p. 193, n. 22 ss.; Ch. SERAGLINI, «Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique; mythes et réalités», *Les cahiers de l'arbitrage-Gazette du palais*, 2009/I, pp. 5 ss.; Ph. FOUCHARD, «Le principe delon lequel le juge étatique ne peut réviser au fond une sentence arbitrale», note sous Cass. Civ., 9 Juin 1982, *Rev. arb.*, 1983, pp. 315 ss.

⁶⁵ Cfr. P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, «Jugement étranger», *Rép. Dalloz Dr. Int.*, n. 182 ss.

⁶⁶ Cfr. P. MAYER, «L'étendue du contrôle, par le juge étatique, de la conformité des sentences arbitrales aux lois de police», in *Vers de nouveaux équilibres juridiques*, Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon, Dalloz, 2008, pp. 459 ss.

⁶⁷ Pour une étude récente du droit français de l'arbitrage international sur cette question, cfr. DELVOLVÉ, POINTON, ROUCHE, «French Arbitration Law and Practice», *op. cit.*, pp. 254 ss.

vin peut certainement être considéré comme illicite ou immoral au regard de l'ordre public international quel que soit le droit applicable à ce contrat. La contrariété de la sentence à l'ordre public provient de l'effet que la sentence donne au contrat, non de la loi applicable à celui-ci. Il se peut cependant que la loi applicable soit le vecteur de la solution imposée par la sentence. Cependant, seule la solution qui découle de la sentence, et la fixation concrète des droits des parties à laquelle elle procède sera exposée au contrôle de l'ordre public.

Le droit applicable pourrait-il cependant être considéré pour lui-même au sens où une sentence qui aurait méconnu le droit applicable serait pour cette raison jugée contraire à l'ordre public? Ici encore la réponse est a priori négative. En effet, la mise à l'écart d'une règle qui eût conduit à un résultat différent de celui auxquels sont arrivés les arbitres n'est pas sanctionnée en tant que telle, mais seulement en raison des résultats concrets produits par la règle appliquée, comparés à ceux que postule l'ordre public international auquel se réfère le juge. L'applicabilité abstraite, de principe, de la règle éludée n'est pas le motif de la décision du juge. Cette décision est guidée par la considération du résultat produit par l'application d'une règle différente de la règle éludée. Ce résultat est directement mis en relation non avec la règle éludée, mais avec l'ordre public international du juge saisi qui est l'élément moteur de sa décision.

Ainsi la règle qui s'est heurtée à un refus d'application de la part du tribunal arbitral reçoit un renfort seulement indirect de l'ordre public international du juge compétent si cet ordre public et la règle en question s'accordent sur une même solution. La règle n'est pas appliquée *proprie vigore*.

Cependant, un glissement peut s'effectuer progressivement si le motif de l'intervention de l'ordre public international est le respect de la règle que le tribunal a laissée inappliquée. Une telle règle ne peut guère être autre qu'une loi de police. Il faut donc se pencher maintenant sur les rapports particuliers que l'ordre public peut entretenir avec les lois de police.

§ 3. *Rapports particulier de l'ordre public avec les lois de police*

A ce stade une distinction s'impose entre l'ordre public transnational et l'ordre public imposant le respect des lois de police.

A) L'ordre public transnational

L'ordre public transnational (parfois assimilé en France à l'«ordre public réellement international»⁶⁸) est de longue date considéré comme une réponse

⁶⁸ Cfr. cependant, en faveur d'une distinction entre ces deux usages de la notion d'ordre public, F.-X. TRAIN et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, «Ordre public international», *Jurisclasseur droit international*, Fasc. 534-1, n.° 15 et 18.

adéquate à l'internationalisation des relations économiques et à la nécessité corrélative de disposer d'un ordre public virtuellement universel et non limité, comme il est de tradition en droit international privé, aux conceptions d'un for déterminé⁶⁹. L'arbitrage international est fréquemment présenté comme l'instance privilégiée de développement d'un tel ordre public dans la mesure où la justice transnationale se déploie dans un «espace» largement autonome par rapport aux ordres juridiques des Etats. L'ordre public transnational présente au moins deux caractéristiques dignes d'être relevées ici.

La première de ces caractéristiques est relative à la fonction positive assumée par cet ordre public. L'ordre public d'éviction, propre au droit international privé, se développe, lui, en négatif, marquant la ligne de résistance du droit du for à certaines lois étrangères. Son étude peut certes déboucher sur une énonciation positive de principes et de règles auxquels le for n'admet pas de dérogation en raison de l'application d'une loi étrangère à un moment donné. Mais cette énonciation est à la fois contingente, puisque son activation dépend des lois étrangères applicables, et fluctuante, elle-même soumise à l'évolution des conceptions du for.

Par comparaison, l'ordre public transnational ne se limite pas à une fonction d'éviction, bien qu'il puisse parfaitement remplir également cette fonction. Il assume également une fonction positive dans la mesure où les principes et règles qui le composent et les solutions qui en découlent peuvent faire l'objet d'une application directe par les juges ou surtout les arbitres dans le règlement des litiges qui leur sont confiés. Cette fonction positive ne trouve pas sa justification en elle-même, celle-ci découle de la seconde caractéristique de l'ordre public transnational à considérer ici⁷⁰.

Cette seconde caractéristique repose sur les solutions que peut promouvoir et les sources auxquelles est susceptible de s'alimenter l'ordre public transnational.

Au niveau des solutions, dans un arrêt célèbre, la Cour de cassation française s'était référée à un ordre public propre aux relations économiques inter-

⁶⁹ Sur cette question, cfr., parmi une littérature abondante, P. LALIVE, «Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration», *ICCA Congress Series*, n.° 3, 1987, pp. 257 ss., version française *Rev. arb.*, 1986, pp. 329 ss.; *L'ordre public transnational et l'arbitre international*, Liber Fausto Pocar, vol. II, Giuffrè, 2009, pp. 599 ss.; E. GAILLARD, «Aspects philosophiques...», *op. cit.*, pp. 176 ss.; M. FORTEAU, *op. cit.*, ainsi que les études approfondies de J.-B. RACINE, «L'arbitrage commercial international et l'ordre public», LGDJ, 1999; Ch. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, 2001; L. CHELDY, *Arbitrage commercial international et ordre public transnational*, Tunis, Centre de publications universitaires, 2002; M. PRYLES, «Reflections on Transnational Public Policy», *J. of Int. Arb.*, 2007, pp. 1 ss.

⁷⁰ Pour une vision unitaire de l'ordre public international, dépassant la dichotomie effet négatif/effet positif, au bénéfice d'une véritable fonction de régulation de l'ordre public international, cfr. O. ARFAZADEH, *op. cit.*, pp. 129 ss.

nationales, qui n'était en rien le reflet, mais au contraire l'inverse de ce que voulait imposer l'ordre public interne à l'époque. Ainsi la prohibition française des clauses-or dans les contrats internationaux fut écartée au nom d'un ordre public qui les considérait comme justifiées dans les relations internationales⁷¹. D'autres règles ont suivi⁷².

Au niveau des sources, le signe le plus tangible de la pertinence d'un ordre public transnational réside précisément dans la sollicitation de sources internationales variées et entrant souvent en interaction. La multiplicité des sources auxquelles peut se nourrir l'ordre public transnational explique son caractère positif, et non seulement négatif. Ne procédant plus seulement par réaction, il est lui-même le résultat d'une activité normative. L'ordre public transnational devient régulateur⁷³. Le juge ou l'arbitre qui s'y réfère ne procède ainsi que pour en appliquer directement les règles à l'espèce qui lui est soumise.

A l'égard d'un juge national, l'ordre public transnational est utile lorsque ce juge estime que sa mission ne se borne pas en l'espèce à énoncer seulement les principes fondamentaux de son propre ordre juridique. Tel pourrait être le cas d'un juge de l'annulation compétent à l'égard d'une espèce qui ne présente aucun lien avec son ordre juridique. A quel titre son propre ordre juridique serait-il le seul à devoir être pris en considération? Vis-à-vis d'un arbitre au contraire, l'ordre public transnational semble être le seul ordre public auquel il pourrait légitimement se plier en raison de son absence de *lex fori*⁷⁴. Toutefois cette conception n'est pas systématiquement approuvée.

Mais, ce qu'il importe de retenir ici, c'est surtout que *l'ordre public transnational* ne semble pas avoir de rôle majeur à jouer au niveau de la détermination du droit applicable, et notamment à l'égard des lois de police. En effet, l'appel à l'ordre public transnational provoque l'application *immédiate* des règles et principes qui lui sont imputés. Il ne constitue pas un relais vers d'autres règles que les siennes. *L'ordre public transnational est le droit applicable, ou une partie de celui-ci*. La loi de police éventuellement applicable est supplantée par l'appel à une règle d'ordre public transnational poursuivant les mêmes buts⁷⁵. Cet ordre public apparaît donc, pour l'arbitre qui s'y

⁷¹ Cfr. Cass. Civ. 21 juin 1950, Messageries maritimes, *Rev. crit. DIP*, 1950, 609, note Batiffol, D. 1951. 749, note Hamel, S. 1952 I.1, note Niboyet, JCP 1950. II. 5812, note J. Ph. LÉVY, «Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé», par B. ANCEL et Y. LEQUETTE, 5^{ème} éd., Dalloz, 2006, n. 22, p. 194.

⁷² Notamment dans le domaine de l'arbitrage international, cfr. B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op. et loc. cit.*

⁷³ Cfr. O. ARFAZADEH, *op. cit.*, p. 148; comp. Ali MEZGHANI, «Méthodes de droit international privé et contrat illicite», *RCADI*, t. 303, 2003, pp. 123 ss., spéc. pp. 414 ss.

⁷⁴ Cfr. sentence CCI n.° 8240 en 1996, Collection of Arbitral Awards, 1996-2000, pp. 397 ss.

⁷⁵ Cfr. sur ce point, E. GAILLARD, «Aspects philosophiques...», *op. cit.*, pp. 176 ss.

référerait, comme constitutif d'un socle normatif apparenté à une *lex fori* transnationale. Les lois de police n'y ont pas de place, ou plutôt leur influence éventuelle est dissimulée par le recours emblématique à l'ordre public transnational. Au mieux, elles seront dépendantes de lui. Mais un autre cas de figure est susceptible de se présenter, dans lequel l'ordre public ne tendra plus à se substituer aux lois de police, mais sera seulement le vecteur du respect de telles lois.

B) L'ordre public vecteur du respect des lois de police

L'ordre public est donc le seul vecteur de respect des lois de police dans l'arbitrage. Les conséquences ne peuvent être correctement envisagées au niveau de l'arbitre (B) sans avoir préalablement envisagé les conséquences au niveau du juge (A).

1.° Au niveau du juge étatique chargé du contrôle de la sentence

Invité à contrôler la sentence au nom de l'ordre public, le juge de l'annulation ou chargé de l'exequatur est privé du pouvoir de trancher le fond du litige. Il se trouve donc placé devant une alternative simple: soit refuser l'exequatur ou prononcer l'annulation de la sentence (attitude négative vis-à-vis de la sentence), soit accorder l'exequatur ou refuser l'annulation (attitude positive vis-à-vis de la sentence).

Il est vrai que la situation du juge de l'exequatur et du juge de l'annulation ne sont pas exactement identiques. Mais, si l'on néglige ici ces différences, il est compréhensible que la sévérité de la sanction, notamment en cas d'annulation de la sentence, conduise le juge à utiliser l'ordre public avec une certaine modération⁷⁶. Ainsi s'explique le dernier état de la Jurisprudence française qui, avec insistance, n'accepte d'annuler une sentence que si se trouve caractérisée à ses yeux une violation à la fois *flagrante, concrète et effective* de l'ordre public⁷⁷.

⁷⁶ Cfr. Luca G. RADICATI DI BROZOLO, «Arbitrage commercial international et lois de police», *RCADI*, t. 315, 2005, pp. 269 ss.; MOURRE, A. et RADICATI DI BROZOLO, L., «Towards Finality of Arbitral Awards; Two Steps Forward and One Step Back», *J. Int. Arb.*, 2006, pp. 171 ss.; A. MEZGHANI, *op. cit.*, pp. 250 ss.

⁷⁷ Cfr. C. A. PARIS, 18 nov. 2004, *Rev. arb.*, 2005, article RADICATI DI BROZOLO, «L'illicéité qui "crève les yeux": critère du 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; JDI 2005, 357, note A. Mourre, *Rev. crit. DIP*, 2006, note S. Bollée: JCP 2006 II 10038, note Chabot; JCP éd. E 2005. 759, note Seraglini.

Le «*second look*» dont dispose le juge ne lui permet pas d'*appliquer* à proprement parler la règle d'ordre public qui aurait été méconnue par les arbitres, mais seulement de sanctionner sa non-application par le refus d'effet ou l'anéantissement de la sentence⁷⁸. Le remède n'est donc qu'un demi-remède. Dans le cadre d'une l'affaire du type de l'affaire Thalès il constitue uniquement la sanction d'un évènement passé auquel le juge ne peut apporter réparation puisqu'il ne peut ni évoquer le litige comme en matière d'arbitrage interne, ni exercer une autorité quelconque sur le tribunal arbitral chargé éventuellement de rejurer l'affaire après annulation. En effet, si la violation de l'ordre public provient de la non-application d'une loi de police, celle-ci ne sera de toutes façons pas appliquée, sinon, de façon hypothétique dans une nouvelle instance à venir. La prudence du juge à cet égard découle du sentiment d'impuissance qui peut résulter paradoxalement de la détention d'un pouvoir trop fort, dépourvu de mesure: soit ne rien dire, soit anéantir ou priver d'effet l'œuvre du tribunal arbitral. Mais la menace qui pèse sur la sentence arbitrale n'en est pas moins réelle et il en résulte une véritable incertitude.

Ce bref tour d'horizon étant fait, la situation des arbitres apparaît plus nettement.

2.° Au niveau des arbitres

A l'égard de la justice arbitrale transnationale les lois de police représentent un défi. Elles représentent d'abord un défi par rapport à la méthode de détermination du droit applicable au fond du litige par l'arbitre. L'application des lois de police est en effet contraire à la logique de l'autonomie de la volonté qui est à la base de l'arbitrage. Le seul cas où elle ne heurtera pas cette logique est celui où les parties ont elles-mêmes postulé l'application de la loi de police en fonction de leur désignation du droit auquel appartient cette loi de police comme applicable au fond du litige.

La méthode des lois de police constitue aussi un défi pour les arbitres qui, lorsqu'ils sont amenés à déterminer eux-mêmes le droit applicable au fond du litige dans le silence ou à l'invitation des parties. Dans ce cas ils sont plutôt incités à choisir un droit qui valide le rapport contractuel, ou du moins s'y adapte le mieux sans le modifier ni y faire obstacle, plutôt que de se décider en faveur d'une solution contraire, en fonction des intérêts généraux dont une norme particulière assume la promotion.

⁷⁸ Cfr. la «Recommandation de l'Association de droit international sur le recours à l'ordre public en tant que motif de refus de reconnaissance ou d'exécution des sentences arbitrales internationales», New Delhi, 2-6 avril 2002, présentation et texte P. MAYER, *Rev. arb.*, 2002, pp. 1061 ss., texte dont le caractère particulièrement nuancé est d'un grand intérêt.

Mais les arbitres peuvent trouver une raison convaincante de tenir compte ou d'appliquer certaines lois de police en raison du contrôle qui sera exercé sur la sentence par le juge de l'exequatur ou de l'annulation. Cependant, étant données les inévitables incertitudes liées à l'application de l'ordre public par le juge chargé du contrôle de la sentence, il sera particulièrement difficile pour le tribunal arbitral de se représenter sur quelle base et avec quelle intensité interviendra l'ordre public du juge éventuellement saisi.

Dans ces conditions, mieux vaut *prendre acte de la liberté* de décision de l'arbitre par rapport aux lois de police. Cette liberté va cependant s'exercer dans un cadre dont il est possible de préciser quelque peu les contours. Deux questions au moins se posent.

a) Introduction de la loi de police dans les débats.

Au niveau de l'introduction de la loi de police dans les débats, les difficultés seront largement levées si la stratégie adoptée par l'une des parties conduit celle-ci à invoquer la loi de police dans son argumentation. Ces difficultés seront a fortiori levées si l'application de la loi de police est postulée ou acceptée par les deux parties au niveau de la détermination préalable du droit applicable. Si aucune des parties ne se prévaut de la loi de police, l'arbitre ne peut l'appliquer sans avoir provoqué l'audition des parties sur ce point. Il suffirait que l'une des parties se prononce en faveur de l'application de la loi de police, alors que l'autre s'y oppose pour que l'arbitre n'encoure aucun reproche quelle que soit sa décision: en statuant sur un point de droit controversé du litige, il n'a fait autre chose que d'accomplir sa mission.

Plus délicate sera la situation de l'arbitre lorsque aucune des parties ne réclame l'application de la loi de police —d'autant plus si la loi de police ne trouve aucun fondement de son application dans le droit applicable— voire lorsque les deux parties s'y opposent. La catégorie des lois de police est loin d'être homogène. Les lois de police de protection d'une partie pourraient être laissées de côté si l'arbitre est certain que la partie que la règle protège entend renoncer à cette protection. Ce qui ne sera pas fréquent. Mais les lois de police qui poursuivent des intérêts publics prépondérants ne peuvent être écartées des débats si facilement. L'arbitre qui envisage de les appliquer n'outrepasse pas ipso facto sa mission. En effet, la mission concrète de l'arbitre, repose, pour un litige donné, très largement sur la volonté des parties. Cependant la place réservée aujourd'hui à l'arbitrage dans le règlement des litiges économiques internationaux et l'ouverture du champ de l'arbitrabilité militent pour une conception renouvelée de la mission des juridictions arbitrales dans laquelle prend place le respect de l'ordre public international. L'arbitre doit alors introduire la loi de police dans les débats. Tenu par ses devoirs propres à l'égard des parties, l'arbitre doit toujours s'efforcer de respecter les principes fondamentaux de l'instance arbitrale. Il doit alors au mi-

nimum recueillir les observations des parties. Il devra provoquer un débat contradictoire de sa propre initiative ou à la demande de l'une ou l'autre des parties.

b) Application effective de la loi de police.

A supposer réglée la question de l'introduction de la loi de police dans le processus arbitral, demeure celle de l'issue des débats. Le principe d'interdiction de la révision de la sentence au fond empêchera normalement le juge d'examiner de façon approfondie la façon dont la loi de police déclarée applicable au fond du litige aura effectivement été appliquée par le tribunal arbitral⁷⁹.

Parmi les différents cas de figure, le refus d'application donne davantage d'espace au juge de l'exequatur ou de l'annulation. Manifestement, dans une telle situation, la sauvegarde des intérêts publics prépondérants protégés par la loi de police est en cause. Tel est le cas avec le droit de la concurrence. Néanmoins deux raisons au moins peuvent conduire le juge à ne pas prononcer de sanction contre la sentence. Tout d'abord, le juge n'est pas expressément chargé de vérifier l'application des lois de police, il est seulement chargé de refuser de donner effet à une sentence contraire à l'ordre public. Il est certes possible d'assimiler loi de police et ordre public, notamment lorsque sont en cause des lois de police du for. Pourtant les deux plans sont distincts. L'application des lois de police est loin d'être automatique. Les lois de police ne sont pas toujours simples à qualifier pour un juge, même lorsqu'il s'agit d'une loi de police du for. A ceci s'ajoute cette exigence d'atteinte *concrète* à l'ordre public de la sentence, qui suppose l'appréciation globale d'un résultat qui est atteint sans l'application de la loi de police, et dont il faut apprécier la compatibilité avec le résultat auquel aurait conduit l'application de la loi de police.

De plus, la distinction entre lois de police du for et lois de police étrangères est inopérante dans l'arbitrage international où toutes les lois de police apparaissent plutôt comme étrangères. L'arbitre doit donc prendre en considération un certain nombre d'éléments avant de décider qu'une loi de police doit être effectivement être appliquée⁸⁰.

Dans l'arbitrage international, l'ordre public international du juge est donc l'instance ultime de vérification de l'application des lois de police. Il revient à l'arbitre d'en tenir compte afin de préserver l'efficacité de sa sentence. Cependant, il ne peut le faire qu'avec une certaine marge d'incertitude. En la matière,

⁷⁹ Cfr. Cass. Civ. 4 juin 2008, *Cytec*, *Rev. arb.*, 2008, p. 472, note I. Fadlallah; C. A. Bruxelles, 22 juin 2009, *Cytec*, *Rev. arb.*, 2009, p. 574, note A. Mourre.

⁸⁰ Il suffit de penser ici aux conditions que pose l'article 7 de la convention de Rome pour l'application des lois de police étrangères.

le plus grand risque provient d'une attitude de trop grand laxisme, voire d'hostilité de la part d'un tribunal arbitral déterminé à l'égard d'une loi de police bénéficiant de titres d'application au moins raisonnablement convaincants. Si la loi de police est prise en considération dans l'arbitrage, il restera encore au tribunal une marge d'appréciation dont il a largement la maîtrise au niveau de l'application de celle-ci⁸¹. Cette marge d'appréciation peut conduire à l'éviction de la loi de police. Dans le cas contraire, il entre dans la mission du tribunal arbitral d'exposer de façon convaincante pourquoi la loi de police devait être appliquée avec les résultats qui en découlent. Ces raisons ne font pas systématiquement défaut et, même si la jurisprudence arbitrale est parfois fluctuante, elle est loin d'être négative sur la question.

⁸¹ Cfr. sentence CCI, Aff. 8528 en 1996, Collection of Arbitral Awards, 1996-2000, pp. 402 ss.; sentence CCI, Aff. 8626 en 1996, *ibid.* p. 543; sentence CCI, Aff. 6294, en 1991, JDI 1991, p. 1050, note J.-J. A.; sentence CCI, Aff. n.° 7181, en 1992, Collection of Arbitral Awards, 1996-2000, pp. 52 ss.; sentence CCI, Aff. n.° 8385, *ibid.*, p. 474, JDI 1997, p. 1061, obs. Y. Derains; sentence CCI, Aff. 8240 en 1996, précitée.