

# SUGGESTIONS POUR ACCROÎTRE L'EFFICACITÉ INTERNATIONALE DES SENTENCES ARBITRALES (1)

par

Philippe FOUCHARD

*Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)*

## RÉSUMÉ

Chargé par les organisateurs du Congrès de l'ICCA, tenu à Paris du 3 au 6 mai 1998, de suggérer les voies et moyens d'« accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales », l'auteur a d'abord constaté, en tirant les conclusions des travaux du Congrès, que cette efficacité pouvait encore être améliorée par la poursuite d'une évolution commencée avec la Convention de New York de 1958. Les réformes législatives et les décisions judiciaires récentes ont en effet consacré de nombreuses règles qui harmonisent et favorisent le régime de l'exécution internationale des sentences. Pour les progrès qu'il reste à accomplir, on propose parfois l'élaboration d'un nouvel instrument international. En vérité, une « révolution » serait à la fois plus logique et plus simple à réaliser : il suffirait de réduire le rôle de la loi et du juge du siège de l'arbitrage, c'est-à-dire de cesser de considérer comme « nationales » les sentences dont on veut assurer l'efficacité « internationale ».

## SUMMARY

*Invited by the organizers of the ICCA Congress, held in Paris from 3rd to 6th May 1998, to propose directions and means to « improve the international efficacy of arbitral awards », the author first noted,*

---

(1) Ce texte est tiré des conclusions présentées oralement par l'auteur lors de la clôture du Congrès de l'ICCA, à Paris, le 6 mai 1998. Leur traduction anglaise, aimablement réalisée par Olivier Purcell, solicitor et avocat à la Cour de Paris (Holman, Fenwick & Willan) sera publiée, avec l'ensemble des Actes du Congrès, dans la collection *ICCA Congress Series*, van den Berg ed., Kluwer, Pays-Bas.

*drawing from the conclusions of the Congress's work, that this efficacy could still be improved by pursuing the evolution which started with the 1958 New York Convention. The legislative reforms and recent court decisions have indeed applied numerous rules which harmonise and promote the regime for the international enforcement of awards. For further progress to be achieved, the drafting of a new international text is sometimes proposed. In truth, a « revolution » may both be more logical and simpler to carry out : it would be sufficient to reduce the role of the law and of the Courts of the seat of arbitration, i. e. to stop treating awards of which one wishes to ensure the « international » efficacy as if they were « domestic » awards.*

1. Très sagement, les organisateurs de ce Congrès n'ont pas assigné au dernier intervenant la mission d'un véritable rapport de synthèse.

La matière était trop riche, les rapports et les communications trop nombreux (2), les débats trop abondants pour qu'il soit possible de les ramasser en quelques minutes : c'eût été les appauvrir inutilement.

Aussi bien, les présidents des trois groupes de travail ont déjà, dans leurs rapports respectifs, exposé l'essentiel de nos travaux.

2. Il m'appartient, à partir des résultats acquis, des tendances fortes qui se sont manifestées au cours de ces trois jours, de proposer des directions d'avenir, et plus précisément d'explorer les moyens « d'accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales ».

Certains orateurs ont présenté des propositions intéressantes en ce sens. Ils me pardonneront de ne pas les nommer individuellement : dans un souci d'égalité, de rapidité et de collégialité, qu'ils partagent dans leur pratique de l'arbitrage, faute de pouvoir citer l'ensemble des orateurs, je me suis résigné à n'en citer aucun, pour faire de ce rapport l'oeuvre de tous.

3. Vous aurez noté que cet objectif semble plus restreint que celui qui a été le thème général de notre Congrès, puisque celui-ci devait se préoccuper — et s'est effectivement préoccupé — de l'efficacité des conventions d'arbitrage autant que des sentences. Le programme des trois groupes de travail était encore

(2) En comptant ceux qui ont été distribués *in extremis*, on en dénombre une soixantaine...

plus vaste, puisque chacun d'eux s'est attaché à une phase particulière de l'arbitrage. Seul le troisième groupe se voyait chargé d'examiner spécialement l'efficacité des sentences arbitrales (3).

En réalité, ces différences dans les objectifs ne sont pas considérables. D'une part, l'efficacité des sentences dépend d'abord de celle des conventions qui fondent le pouvoir juridictionnel des arbitres, et la contestation de la sentence repose souvent sur celle de la convention d'arbitrage initiale. Améliorer l'efficacité des sentences suppose donc que la validité et les effets des conventions d'arbitrage soient déjà convenablement assurés : c'était la tâche du premier groupe de travail (4). D'autre part, cette efficacité des sentences implique que le déroulement de l'arbitrage aille jusqu'à son terme, et qu'il ne soit pas une cause de contestation de la sentence : ce fut l'objet des réflexions du deuxième groupe de travail (5).

4. A l'inverse, ma tâche peut paraître plus large. En effet, notre Congrès a été centré sur la Convention de New York dont on célèbre cette année les 40 ans, et c'est à la lumière de son application qu'il devait vérifier si les objectifs ci-dessus avaient été ou pouvaient être atteints. On ne m'a pas limité à ce cadre.

Certes, la Convention de New York a joué un rôle essentiel dans les progrès de la « circulation » internationale des sentences, soit en imposant ces progrès, soit en permettant que d'autres s'accomplissent sans elle.

Aujourd'hui en effet, il ne semble pas que les progrès à venir passent nécessairement par la Convention de New York. S'il est

(3) Qui avait pour thème : « Sentences arbitrales : solutions aux problèmes d'exécution », et dont le Président était K.H. Böckstiegel. Un compte rendu des travaux de ce troisième groupe par J. Paulsson est publié *supra*, p. 637.

(4) Qui avait pour thème : « Conventions d'arbitrage : conditions de leur efficacité », et dont le Président était V.V. Veeder. Le rapport d'A. Dimolitsa : « Autonomie et *Kompetenz-Kompetenz* » et le commentaire de P. Mayer : « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », ont été respectivement publiés *in Rev. arb.*, 1998.305 et 1998.359.

(5) Qui avait pour thème : « La procédure d'arbitrage : conditions de son efficacité sans nuire au « procès équitable », et dont le Président était H. Holtzmann. Les rapports de G. Kaufmann-Kohler : « Le rôle de la loi du lieu de l'arbitrage », et de S. Jarvin : « Les cas dans lesquels les décisions procédurales des arbitres peuvent être soumises aux tribunaux étatiques », ont été publiés, après quelques aménagements, le premier sous le titre « le lieu de l'arbitrage à l'aune de la mondialisation (Réflexions à propos de deux formes récentes d'arbitrage) », *in Rev. arb.*, 1998.517 et le second *supra*, p. 611.

opportun de veiller à sa pleine application et à une interprétation qui harmonise et favorise à la fois l'exécution des sentences internationales, il est sans doute indispensable, en cette fin de siècle, de rechercher et de proposer d'autres voies pour l'accroissement de l'efficacité internationale des sentences arbitrales. Mais pour autant il n'est pas certain que ces voies se réduisent à la révision de la Convention de New York ou à l'adoption de nouveaux textes. En tous cas, ce fut l'objet de nombreux débats durant ce Congrès et je voudrais en tirer la leçon.

Au préalable, il faut signaler — et probablement lever — certaines réserves que l'objectif même de ce Congrès pourrait susciter.

5. De mauvais esprits — il en faut — dénonceront le postulat sur lequel ont été fondés nos travaux et qui dicte mon propos : est-il vraiment nécessaire, en 1998, de renforcer encore l'efficacité des sentences arbitrales ?

N'a-t-on pas déjà beaucoup fait en ce sens, précisément avec la Convention de New York et depuis celle-ci ? On a cité des chiffres : plus de 90 % des décisions judiciaires publiées dans le *Yearbook Commercial Arbitration* sont favorables à l'exécution des sentences internationales. Faut-il faire encore plus ? Atteindre 100 % ?

En réalité, certaines sentences ne méritent pas de tels efforts, et ne sont dignes d'être exécutées par la force dans aucun pays, parce qu'elles ne respectent pas ce que l'on a appelé des « standards internationalement reconnus ». Les arbitres seraient-ils infaillibles, alors que les juges professionnels ne le sont pas ?

C'est déjà beaucoup d'interdire la révision du fond de leur sentence. Faut-il tout accepter d'eux, parce qu'ils seraient des juges privés, même lorsqu'il leur arrive de refuser aux parties les garanties fondamentales d'un procès équitable ? Certainement pas !

Et soyons sincères, au moins un instant ! Qui, parmi nous, n'a pas un jour tout fait pour s'opposer à l'exécution d'une sentence, et n'a pas maudit un système juridique et judiciaire qui ne lui laissait aucune arme pour y parvenir ?

6. En outre, il arrive un moment où les efforts nécessaires pour améliorer encore un dispositif deviennent disproportionnés par rapport à leur probable résultat. On pourrait appliquer aux réformes la théorie économique de l'utilité marginale : c'est

en effet à la marge que l'on s'intéresse ici, c'est-à-dire à une infime minorité de sentences auxquelles les tribunaux auraient dû apporter leur concours pour une exécution forcée, car elles étaient « acceptables », et qui pourtant n'ont pas bénéficié de leur appui.

A cela, on a répondu que nous devons anticiper, c'est-à-dire prévenir les censures injustifiées, pourchasser les « gisements » de contestations dilatoires.

7. Enfin, l'efficacité internationale des sentences ne dépend pas seulement de la teneur des règles juridiques applicables et des décisions des juges qui les contrôlent. Elle dépend tout autant de circonstances de pur fait sur lesquelles la loi, le juge et le praticien du droit n'ont aucune prise : un débiteur insolvable ou particulièrement retors, des biens dispersés ou dissimulés, des obstacles bureaucratiques ou des comportements peu coopératifs lorsque vient le moment de saisir les biens ou les comptes bancaires de la partie condamnée...

Devant tous ces facteurs, le droit et la pratique de l'arbitrage international sont désarmés.

Toutes ces considérations vous paraîtront peut-être excessivement pessimistes. Elles constituent cependant un aspect de notre problème, qui nous conduit à rechercher sa solution (l'amélioration de l'efficacité internationale des sentences) avec un peu de recul et de sérénité...

8. Les suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences internationales n'ont pas manqué, dans tous les groupes de travail. Beaucoup d'idées ont été lancées, souvent contredites avec une égale véhémence, parfois au contraire remarquablement convergentes. Je n'en ferai pas un inventaire exhaustif, mais il me semble utile de les classer, d'en chercher les justifications ou la philosophie et d'en déterminer l'impact.

9. Malgré leur diversité, il semble possible en effet de constater que certaines de ces suggestions se situent dans la droite ligne d'un mouvement qui se poursuit depuis de longues années, et qui, de manière progressive, consensuelle, a tendu à la fois à favoriser l'exécution des sentences arbitrales et à en harmoniser les conditions.

Mais ce mouvement réformiste, ces suggestions d'évolution ont peut-être montré leurs limites, et ils se heurtent aujourd'hui à des difficultés plus considérables.

Pour franchir ces nouveaux obstacles, il est sans doute nécessaire — du moins certains le prétendent — de faire aboutir des suggestions plus radicales, qui remettent en cause certaines habitudes — des acquis ou des préjugés, c'est selon — assez fortement ancrées.

C'est alors une voie révolutionnaire — du moins en apparence, et parce qu'elle soulève beaucoup de passion — qui est proposée. Elle consiste tout simplement à suggérer que pour assurer une « efficacité internationale » à la sentence, il faudrait peut-être enfin lui reconnaître sa nature de sentence internationale.

10. En définitive, deux séries de suggestions, deux voies : I. — L'évolution ; II. — La révolution.

## I. — L'ÉVOLUTION

11. Dans cette voie, on note un accord sur les *objectifs* (A), des divergences ou des hésitations sur les *moyens*, qui sont surmontables (B).

### A) Les objectifs

12. Le Congrès a révélé une quasi-unanimité sur les buts à atteindre : d'abord *favoriser* l'efficacité, donc la reconnaissance et l'exécution des sentences dans les différents Etats où elle est invoquée. Mais en même temps *harmoniser* les conditions de cette efficacité, de manière à ce que, si possible, une même sentence soit accueillie de la même manière (en principe favorable) dans tous les pays où elle pourrait être exécutée.

13. La voie, dessinée par la Convention de Genève dès 1927, a été nettement tracée, avec le succès mondial que l'on connaît, par celle de New York, en 1958. Ses rédacteurs ont voulu :

- limiter les causes de refus d'exécution de la sentence ;
- prohiber la révision judiciaire de celle-ci sur le fond ;
- laisser aux parties la liberté de constituer le tribunal arbitral et de fixer la procédure arbitrale.

14. Ce régime harmonisé et favorable à l'exécution des sentences a cependant montré ses limites, mais depuis 1958, le mou-

vement s'est poursuivi de différentes manières. Il y eut d'abord la Convention de Genève du 21 avril 1961. Puis furent adoptées de nombreuses réformes législatives dans les années 80 et 90, que la loi-type de la CNUDCI du 21 juin 1985 encouragea et permit d'harmoniser. Dans certains pays, ce fut la jurisprudence qui permit la libéralisation la plus significative. Enfin, les centres d'arbitrage ont modernisé leurs règlements, en affirmant leur autonomie et en rapprochant leurs règles.

15. Ce mouvement n'est pas achevé ; les convergences sont encore insuffisantes. L'évolution doit se poursuivre sous les trois aspects qui ont retenu l'attention de nos groupes de travail.

### a) La validité et les effets de la convention d'arbitrage

16. A son propos, plusieurs importantes difficultés subsistent : les exigences de forme requises pour la validité de cette convention ; les effets de son autonomie par rapport au contrat principal, la portée de la compétence-compétence des arbitres, l'étendue de l'arbitrabilité des litiges.

17. Pour toutes ces questions, la méthode conflictualiste proposée par la Convention de New York (art. V-1, a et V-II, a) a montré ses limites.

D'une part, les rattachements de la convention d'arbitrage à une loi étatique qui la régirait sont discutables : la loi choisie par les parties serait la plus logique, mais il est très rare que celles-ci songent à désigner expressément une loi propre à la convention d'arbitrage. La loi du siège de l'arbitrage — à supposer qu'il soit fixé — n'a guère de titre à s'appliquer à une matière qui est ici de nature contractuelle, et non procédurale. Quant aux lois des pays où la sentence sera invoquée ou contestée, dont l'application par le juge du for n'est pas à exclure, elles sont par hypothèse aussi diverses qu'indéterminées.

D'autre part, la règle de conflit risque d'aboutir à une solution inappropriée, si elle est puisée dans une loi archaïque ou simplement une loi qui ne tienne pas compte des besoins spécifiques de l'arbitrage international.

18. D'où les suggestions favorables à l'élaboration de règles matérielles.

Le modèle qu'il faudrait suivre est bien connu. C'est celui de la loi fédérale suisse de droit international privé du 18 décembre

c) *Le contrôle de la sentence*

24. Il est acquis — puisque la Convention de New York, en vigueur dans près de 120 Etats, représente aujourd'hui une sorte de fonds commun du droit de l'exécution des sentences arbitrales en matière internationale — que les griefs recevables lors d'une procédure d'exécution sont limitatifs : la liste de son article V est en effet exhaustive.

25. Mais cette liste est encore bien large. Et sa formulation risque de conduire le juge d'accueil à rechercher quelle est la loi applicable à la convention d'arbitrage, à la capacité des parties pour la conclure, à la constitution du tribunal arbitral et à la procédure arbitrale (art. V-1, a et d), sans parler de la conformité de la sentence à l'ordre public et aux règles sur l'arbitrabilité de l'Etat d'accueil (art. V-2, a et b).

Et surtout, la Convention de New York fait de l'annulation de la sentence dans le pays du siège arbitral (ou dont la loi était applicable à l'arbitrage) une cause propre de refus d'exequatur dans tous les autres pays.

26. A ces différents égards, la Convention de New York montre ses rides. En 40 ans, elle a fatalement vieilli. La question se pose : que faire d'elle ?

**B) Les moyens**

27. J'ai conscience d'avoir proféré à l'instant quelques paroles impies : pour beaucoup, la Convention de New York est un texte sacré ; elle a ses grands prêtres, qui l'honorent, ses vestales, qui la gardent, intacte, parfaite...

« Ne touchez pas à la Convention de New York », a-t-on dit ! Efforçons-nous de mieux la faire connaître et comprendre, d'améliorer les conditions concrètes de sa mise en oeuvre dans les pays qui y ont adhéré (6) et d'y favoriser son application et son interprétation uniformes et libérales.

(6) La CNUDCI a pris l'heureuse initiative de recueillir des informations sur l'incorporation dans les lois nationales de la Convention de New York, en coopération avec l'*International Bar Association*. V. Annuaire de la CNUDCI, 1996, vol. XXVII, p. 58 : « Suivi de l'application de la Convention de New York de 1958 ».

28. Au contraire, d'autres proposent l'élaboration :

— soit d'un protocole additionnel ouvert aux Etats liés par la Convention de New York et qui voudraient, ensemble, aller plus loin ;

— soit d'une nouvelle loi-type, donc facultative, qui compléterait « en douceur » les règles de New York ;

— soit d'une autre Convention universelle.

A la faveur de ce nouvel instrument, serait réécrite la liste des griefs recevables, pour qu'elle corresponde aux seules conditions de régularité internationale de l'arbitrage (compétence de l'arbitre, procédure équitable, conformité à l'ordre public au sens du droit international privé), et que soit supprimé le grief de l'article V-1, e (annulation de la sentence dans son pays d'origine) et la règle corrélatrice de l'article VI.

29. On a également proposé de relancer la Convention européenne de Genève de 1961. La révision de ses dispositions sur l'organisation de l'arbitrage (art. IV et annexe) est devenue nécessaire du fait de la disparition du bloc socialiste à l'Est de l'Europe. Mais faut-il chercher à y introduire de nouvelles dispositions libérales, avec l'espoir qu'elles seront plus vite et plus facilement convenues dans un cadre régional plus homogène ? Ou faut-il au contraire ne pas en changer le contenu, qui complète utilement la Convention de New York (par exemple son art. IX sur l'annulation de la sentence), mais s'efforcer de lui donner un caractère universel, en encourageant l'adhésion d'un plus grand nombre d'Etats ?

30. Après beaucoup d'hésitations, je me range parmi les grands prêtres et les vestales..., mais pour des raisons assez différentes de celles qui ont pu être avancées.

Oui, il vaut mieux ne pas toucher à la Convention de New York. Mais non pas parce que ses solutions sont restées satisfaisantes. Au contraire, elle a beaucoup vieilli... Mais parce qu'elle a deux qualités essentielles et qu'elle recèle un petit trésor.

31. Ses deux qualités : d'abord, elle est brève. Elle va à l'essentiel ; on en comprend facilement l'objet et les objectifs. Dans tous les Etats où les spécialistes de l'arbitrage international sont rares, où les juges et les avocats sont peu préparés à la réception des sentences internationales, c'est un grand mérite pour un texte d'être relativement facile à appliquer.

Ensuite, elle est ambiguë. Elle permet donc une interprétation évolutive et téléologique. Le meilleur exemple vient d'en être donné par le jugement américain rendu dans l'affaire *Chromalloy*, qui estime que le juge n'est pas tenu de refuser l'exécution lorsque l'un des griefs de l'article V de la Convention est établi. C'est aujourd'hui seulement, semble-t-il que l'on découvre que l'application des cas de refus d'exécution serait facultative pour le juge... Pourquoi pas, si cette interprétation permet au juge d'écarter des griefs habilement formulés mais peu consistants ? L'essentiel, en matière de contrôle des sentences, ce n'est pas en effet le contenu des dispositions d'un texte, mais la manière dont le juge l'appliquera, son attitude concrète à l'égard de la sentence, qui ne doit être ni laxiste, ni tatillonne.

32. Le trésor, l'idée géniale de la Convention, qui lui assure sa pérennité (même si cette pérennité est inutile...), c'est son article VII, al. 1, selon lequel « *les dispositions de la présente convention... ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admises par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée* ».

La Convention de New York s'est voulue modeste et réaliste. Ses auteurs ont cherché à harmoniser la circulation internationale des sentences, mais plus encore à la favoriser. Comme l'harmonisation réalisée en 1958 se révélait insuffisante au regard de cet objectif, rien n'interdisait aux Etats et aux juges de faire plus et mieux pour l'exécution des sentences. La Convention de New York se présente comme une étape et un instrument au service d'un but majeur : l'amélioration de l'accueil des sentences arbitrales dites étrangères. Toutes les réformes législatives qui ont eu lieu dans les années 80 et 90 sont compatibles avec ce véritable traité fondateur ; toutes les interprétations de celui-ci qui favorisent une meilleure efficacité internationale des sentences sont légitimes. Voilà pourquoi l'évolution a été possible depuis 1958, et pourquoi, aujourd'hui, elle reste possible, sans toucher au texte de la Convention de New York.

33. Les progrès apparaissent ponctuellement, au gré de nouvelles lois ou de nouveaux arrêts. Les juges de différents pays n'ont pas hésité à faire usage de cet article VII, 1, pour préférer aux dispositions de la convention de New York l'application de « la règle la plus favorable », qu'ils trouvent parfois dans la Convention de Genève de 1961, et plus souvent dans leur droit

commun. Il en a été ainsi pour la forme de la convention d'arbitrage, pour la règle de la renonciation à se prévaloir d'une irrégularité non immédiatement soulevée, etc.

Bien entendu, l'harmonisation du droit de l'exécution des sentences s'en ressent, car les systèmes nationaux ne marchent pas du même pas ; en revanche, l'efficacité internationale des sentences s'en trouve renforcée.

34. Il est possible de se satisfaire de cette situation. Certes, la Convention de New York risque de perdre peu à peu, au fil des progrès réalisés par ailleurs, son efficacité propre. Mais ses auteurs l'avaient voulu ainsi. Par une sorte de mouvement dialectique provoqué par l'article VII, al. 1, elle aura d'autant mieux rempli sa mission qu'elle sera dépassée et délaissée.

Ceci explique que dans certains pays — comme en France, la Cour d'appel de Paris —, le juge d'accueil n'a que très rarement l'occasion d'appliquer la Convention de New York : le bénéficiaire de la sentence préfère se prévaloir du droit commun (art. 1502 NCPC), beaucoup plus favorable que la Convention de New York (art. V).

35. Il en a été ainsi en particulier lorsque la sentence que l'on présente à l'exequatur a été annulée dans le pays où elle a été rendue. Son exécution dans un autre pays reste-t-elle possible ? La réponse positive a été donnée en France (arrêts *Norsolor* et *Hilmarton* de la Cour de cassation), en Autriche (7), aux Etats-Unis (jugement *Chromalloy*), plus discrètement en Belgique (8). Juridiquement, ces jurisprudences sont incontestables, car elles se bornent à user de la faculté que leur reconnaît l'article VII, al. 1 de la Convention de New York, et le désordre apparent qu'elles provoquent (9) n'est que la conséquence du système qui a été institué en 1958, qui a préféré favoriser l'efficacité internationale des sentences plutôt qu'uniformiser le régime de leur exécution. Si les auteurs de la Convention de New York avaient voulu avant tout harmoniser les conditions

(7) Cour suprême autrichienne, 20 octobre 1993, *Radenka* ; v. le commentaire de P. Senkovic et P. Lastenouse, *Rev. arb.*, 1998.419.

(8) Ph. Fouchard, « La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine », *Rev. arb.*, 1997.329, spéc. p. 334.

(9) J.F. Poudret, « Quelle solution pour en finir avec l'affaire *Hilmarton* ? Réponse à Philippe Fouchard », *Rev. arb.*, 1998.7.

nationales de l'exécution des sentences, non seulement ils n'auraient pas introduit l'article VII, al. 1, mais surtout :

— ils auraient cherché à uniformiser les causes d'annulation de la sentence dans son pays d'origine, puisque selon l'article V-1, e, cette annulation pouvait ou devait conduire normalement à son rejet dans les autres pays ;

— ils auraient imposé que la décision judiciaire qui refuse d'annuler la sentence et la déclare exécutoire dans son pays d'origine soit respectée dans les autres Etats. Ils ne l'ont pas fait, car ils voulaient au contraire supprimer tout ce qui ressemblait à l'ancienne exigence d'un double exequatur (dans le pays d'origine et dans le pays d'accueil). Et personne ne s'est ému de la conséquence de ce choix : la même sentence pouvait être déclarée exécutoire dans son pays d'origine et rejetée dans le pays où son exécution effective était demandée ;

— plus généralement, ils auraient pu enfin chercher à éviter que l'efficacité de la sentence dépende des conceptions de chaque Etat en matière d'ordre public et d'arbitrabilité du litige.

36. Mais ce débat très vif et fort intéressant, qu'il ne m'appartient pas de reprendre et encore moins de trancher ici (10), a eu le grand mérite de mettre au jour le véritable obstacle à l'amélioration de l'efficacité internationale des sentences : c'est le lien entretenu entre le droit du siège de l'arbitrage et cette sentence, c'est l'ancrage de la sentence (et de l'arbitrage) dans l'ordre juridique de ce pays, considéré trop souvent comme un véritable for.

Pour aller plus loin, et peut-être aussi pour y voir plus clair, il faut songer à une révolution.

## II. — LA RÉVOLUTION

37. Rassurez-vous ! Une révolution n'est pas forcément un bouleversement, un anéantissement du passé. C'est aussi un tour complet, une rotation qui ramènera l'arbitrage à l'endroit où il a commencé à se mouvoir.

(10) V. le compte rendu et le point de vue de J. Paulsson sur les questions examinées par le troisième groupe de travail, cité *supra*, note 3.

Je vous invite à revenir en arrière, sans préjugé, avec un esprit neuf : cette révolution avait été engagée par la CCI en 1953, lorsqu'elle avait établi, à l'intention des Nations Unies qui songeaient à une Convention internationale, son avant-projet sur l'exécution des *sentences internationales* (11).

Je vous invite à restaurer la notion de sentence internationale et les conséquences pratiques et logiques qui en résultent, qui permettront ce saut qualitatif dans l'amélioration de l'efficacité internationale des sentences arbitrales.

« Efficacité internationale » ! Tel est notre propos, l'objet même, très officiel, des travaux de ce Congrès. Telle est aussi notre contradiction. Comment assurer une efficacité internationale — et pourquoi ? — si la sentence n'est pas elle-même considérée comme une sentence internationale ?

38. Pour accroître l'efficacité internationale de la sentence, il faut et il suffit de la traiter comme une sentence internationale.

Ceci implique, non pas de supprimer toute localisation, mais de réduire fortement le rôle du siège de l'arbitrage dans le déroulement et la sanction de celui-ci, ou, plus exactement, de le concevoir autrement, comme une facilité, comme un fait, et non comme un enracinement, une contrainte.

Il doit en être ainsi à la fois pour la loi (A) et pour le juge (B) du siège de l'arbitrage.

### A) La fonction de la loi du siège de l'arbitrage

39. La loi du pays sur le territoire duquel se déroule l'arbitrage — ou du moins où il est censé se dérouler — donne à celui-ci un cadre juridique, ou plus exactement le lui propose, car sa vocation à le régir est subsidiaire. C'est seulement en l'absence de règles autonomes tirées de la convention des parties et de la pratique, et à condition que les parties n'aient pas choisi une autre loi, que la loi du siège fournit à l'arbitrage les règles techniques qui lui permettent de se dérouler normalement. Telle est du moins la tendance moderne des lois et des jurisprudences.

(11) Le texte de cet avant-projet vient d'être opportunément réédité par la CCI, *Bull. Cour intern. arb.*, mai 1998, p. 33.

40. Les choses commencent à se gâter lorsque la loi locale se veut impérative ; elles s'aggravent lorsqu'elle ne se borne pas à exiger le respect des principes fondamentaux d'un « procès équitable », mais exprime un particularisme marqué et impose des règles archaïques ou inadaptées à l'arbitrage international.

41. Mais la difficulté majeure surgit — et c'est le seul point que je voudrais souligner — lorsque le législateur national appréhende de la même façon les arbitrages internes et les arbitrages internationaux.

C'est là une forte tendance en droit comparé, représentée notamment par les Pays-Bas, et plus récemment par l'Angleterre et l'Allemagne. Elle est en elle-même parfaitement légitime. Ses défenseurs estiment que ce qui est bon pour l'arbitrage international est bon également pour l'arbitrage interne, et inversement ; en outre, cette conception moniste du droit de l'arbitrage a une évidente vertu simplificatrice.

42. Cependant, il est clair que, sauf cas exceptionnels, les sentences rendues dans un pays et dont le bénéficiaire demande l'exécution dans un autre, ne tranchent pas des litiges purement internes, ne concernant qu'un seul pays. Elles correspondent à des arbitrages commerciaux internationaux, quelle que soit la définition que l'on retienne de l'internationalité. C'est-à-dire à des arbitrages opposant des parties à l'occasion d'une opération de commerce international. Ce sont ces arbitrages internationaux que la Convention de New York a entendu favoriser, pour la seule raison qu'ils sont un facteur de développement et de paix dans le commerce international, et qu'il n'y a pas, en cette matière, une autre justice internationale. D'où l'idée, tout aussi légitime, de prévoir un régime plus libéral, ou en tous cas plus souple, pour l'arbitrage international. C'est cette idée qui a inspiré non seulement les Conventions de New York et de Genève, mais les lois française, suisse, italienne et bien d'autres. C'est celle qui a justifié l'élaboration par la CNUDCI d'une loi-type consacrée spécialement à l'arbitrage commercial international, pour inciter les Etats à se doter, au moins en ce domaine, d'une législation appropriée et spécifique.

43. Au contraire, lorsqu'un Etat applique à un arbitrage international se déroulant sur son sol les règles qu'il édicte pour ses arbitrages internes, il donne inévitablement à cet arbitrage un caractère national ; il le localise plus intensément ; il lui imprime la conception juridique et culturelle qu'il se fait de cette

justice privée, et le soumet à toutes les contraintes qu'il estime utile de poser pour un arbitrage n'intéressant que ses ressortissants et son économie.

De telles contraintes, en matière interne, sont compréhensibles ; elle peuvent tenir aux traditions juridiques ou à la place du service public de la justice dans chaque pays.

Le danger apparaît lorsque la loi d'un Etat étend ses particularismes à l'arbitrage international. Car l'application impérative de cette loi territoriale est la source directe des difficultés d'exécution internationale de la sentence.

44. En vérité, il y a une contradiction fondamentale à traiter toute sentence comme nationale au pays du siège, et à demander ensuite à tous les autres Etats d'en assurer l'efficacité parce que celle-ci satisfait un besoin propre du commerce international. Quel est ce nouveau Janus ? La sentence est nationale dans le pays où elle a été rendue, mais elle est internationale partout ailleurs, parce qu'il faut favoriser son exécution.

Cette contradiction est masquée par le libéralisme qui inspire en général la loi du pays du siège : elle se borne heureusement, le plus souvent, à n'imposer directement aux arbitres et indirectement au juge étranger de l'exequatur que le respect des principes fondamentaux d'une bonne justice. Mais alors, à quoi bon maintenir ce rattachement au siège de l'arbitrage, puisqu'au moment de l'exécution forcée, les juges de tous les Etats veilleront naturellement au respect de ces principes ?

Ceci conduit à se demander également à quoi doit et peut servir le juge du lieu de l'arbitrage.

## B) La fonction du juge du siège de l'arbitrage

45. Ce juge a incontestablement une mission d'assistance à l'égard de l'arbitrage qui se déroule ou qui doit se dérouler sur son territoire. Ces fonctions de juge d'appui sont aujourd'hui très largement reconnues dans les droits nationaux. Si les parties n'ont pas choisi une autre autorité, le juge local est le mieux placé pour désigner, remplacer ou récuser un arbitre ou pour proroger un délai. Il doit aussi pouvoir ordonner les mesures provisoires et conservatoires qu'appelle la situation litigieuse.

Et il est bon que, pour éviter les conflits de juridictions, ce juge du siège arbitral soit, sous réserve d'un déni de justice, le



seul juge internationalement compétent pour ce type d'intervention.

46. Devrait-il en aller de même en matière de contrôle ? Est-il légitime de donner à ce juge le pouvoir d'annuler une sentence, si ce pays n'est en aucune façon intéressé au litige, en d'autres termes si la sentence n'y sera jamais soumise à exécution, parce qu'aucune des parties n'y est établie et n'y détient des biens ou des créances ?

Oui, dit-on, parce que ce juge local est le mieux placé pour apprécier la régularité de l'arbitrage. Mais est-ce bien vrai si sa loi n'était pas applicable ou n'a pas été appliquée, comme c'est très souvent le cas, ou si ce pays n'a aucun lien avec le litige ?

Oui, dit-on, parce que le recours en annulation devant le juge du pays du siège peut être exercé immédiatement par la partie qui a succombé. Mais si elle craint la déperdition des preuves ou l'épée de Damoclès que fait peser son adversaire sur le moment et le lieu de l'exécution, elle peut — et il faudrait lui reconnaître ce droit — demander préventivement au juge de l'Etat où elle a des actifs qu'il refuse l'exécution de la sentence sur son sol.

47. Quelles seraient, en définitive, les solutions concevables ?

La première serait de réduire et d'harmoniser les causes d'annulation de la sentence. C'est une voie réformatrice, dont on a vu les difficultés (12).

La deuxième consiste à refuser au jugement d'annulation un effet international, en cas d'annulation fondée sur des motifs particuliers à l'Etat du siège de l'arbitrage, de « *local standard annulments* » (13). C'est déjà une révolution, car elle s'attaque à la suprématie du siège de l'arbitrage. Et cette révolution avait été engagée, on l'oublie trop souvent, par la Convention de Genève de 1961 : en vertu de son article IX, qui écarte en cela les dispositions de l'article V de la Convention de New York, l'annulation de la sentence pour violation de l'ordre public ou défaut d'arbitrabilité n'est pas une cause de refus d'exécution de cette sentence dans les autres pays.

(12) V. *supra*, n° 26 et s.

(13) En ce sens, J. Paulsson, « *The Case For Disregarding LSAS (Local Standard Annulments) Under the New York Convention* », 7 *Am. Rev. Int. Arb.* 99 (1996), et « L'exécution des sentences arbitrales en dépit d'une annulation en fonction d'un critère local (ACL) », *Bull. Cour intern. arb.*, CCI, mai 1998, 14.

Autre solution, plus révolutionnaire encore : supprimer le recours en annulation. C'était la voie empruntée par la loi belge de 1985 (art. 1717, al. 4 du Code judiciaire), mais elle vient d'être fortement rétrécie (14).

48. Et s'il n'y avait pas de solution ?

La situation actuelle n'est-elle pas inévitable ? La sentence arbitrale ne connaît pas le même sort dans tous les pays, c'est vrai. Et alors ? D'une part, le nombre des pays intéressés par l'exécution de la sentence n'est pas considérable. D'autre part et surtout, cette apparente incohérence n'est que la conséquence de la souveraineté de chaque Etat. Les relations internationales sont naturellement exposées à ces conflits de lois et de juridictions, nées de la coexistence d'ordres juridiques nationaux.

49. En réalité, il y aurait une solution : c'est la mise au point d'un système international de contrôle et d'exécution des sentences.

50. Il y a des précédents, l'un sectoriel, l'autre régional.

Le premier concerne les sentences rendues en matière d'investissements internationaux sous l'égide du CIRDI : la Convention de Washington du 18 mars 1965 a prévu une procédure propre et unique de recours en annulation (art. 51) en interdisant corrélativement aux Etats d'exercer un contrôle sur leur régularité au moment de l'exécution (art. 54).

Le second est africain. Par le traité de l'OHADA du 17 octobre 1993, a été instituée une véritable Cour internationale chargée d'accorder aux sentences arbitrales force exécutoire dans tous les pays qui ont consenti à sa création et lui ont donné de tels pouvoirs (15).

51. On a proposé la création d'une telle Cour, à qui les Etats confieraient, par convention internationale, une compétence

(14) Une loi du 19 mai 1998 (*Moniteur belge*, 7 août 1998, p. 25353) subordonne désormais la suppression du recours devant le juge du pays du siège, lorsqu'aucune partie n'a ni la nationalité belge, ni un établissement en Belgique, à la volonté commune des parties ; elle s'aligne sur les solutions retenues antérieurement en Suisse, en Suède, en Tunisie...

(15) Ce traité créant une « Organisation d'harmonisation du droit des affaires en Afrique », signé à Port-Louis (Ile Maurice), lie aujourd'hui 16 Etats ; il est entré en vigueur en 1995 (*Jour. off. de l'OHADA*, 1<sup>er</sup> novembre 1997). V. spéc. ses art. 21 à 26. Le règlement d'arbitrage est en cours d'adoption.

exclusive pour annuler ou déclarer exécutoires toutes les sentences présentant un caractère international. Cette proposition a été faite collectivement, dès 1961 et ici même, au premier Congrès international de l'arbitrage (16). Elle a été renouvelée, à titre individuel, par un spécialiste américain non dénué de sens pratique, qui l'a présentée comme une tâche pour le XXI<sup>e</sup> siècle (17).

Gardons une part de rêve. En ce trentième anniversaire de mai 1968, rappelons-nous la revendication des étudiants parisiens, un slogan magnifique, que je vous invite à faire vôtre : « Soyez réalistes ; demandez l'impossible ! ».

---

(16) V. les travaux de la troisième Commission du Congrès de Paris des 11-13 mai 1961, *Rev. arb.*, 1961.99.

(17) H. Holtzmann, « *A task for the 21<sup>st</sup> Century : creating a new international Court for resolving disputes on the enforceability of arbitral awards* », *The Internationalization of International Arbitration*, Graham & Trotman, Dordrecht, 1995.