

## **RESUME DE LA THESE**

# **"L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL ET L'ORDRE PUBLIC"**

**Par Jean Baptiste RACINE**

Université de Nice, France

Par l'effet d'une politique générale de faveur envers l'arbitrage international, les Etats ont accordé à cette forme de justice une large autonomie. L'arbitrage international est aujourd'hui détaché des droits étatiques. Toutefois, cette autonomie n'est pas totale: elle trouve sa limite dans l'ordre public. Grâce à la réserve de l'ordre public, l'arbitrage international n'est pas complètement hors du contrôle des Etats.

Seul nous intéresse l'ordre public touchant à la substance du droit. La place de l'ordre public de procédure dans l'arbitrage international mérite une étude à part entière. Les rapports qu'entretiennent l'arbitrage international et l'ordre public de fond sont complexes. Cette complexité vient tout d'abord de l'imprécision de la notion d'ordre public. Il s'agit d'une notion fuyante, rebelle aux tentatives de systématisation. L'ordre public se définit avant tout par sa fonction: il s'agit d'un mécanisme exceptionnel d'éviction soit de la volonté des parties à un contrat soit d'une loi, d'une décision ou d'un acte étranger. L'ordre public intervient, le plus souvent, aux fins de protéger l'intérêt général. Ensuite, les relations entre arbitrage international et ordre public doivent aboutir à une difficile conciliation entre deux impératifs contradictoires: l'autonomie de l'arbitrage international et la préservation de l'intérêt général. Un juste milieu est difficile à atteindre car les nécessités du

commerce international, qui répondent au besoin des opérateurs du commerce international de jouir de la plus grande liberté, sont un obstacle à la prise en compte de l'ordre public.

En dépit de la libéralisation croissante du régime de l'arbitrage international, l'ordre public n'est pas, et ne doit pas être, une réserve vidée de son sens. C'est bien sûr un ordre public flexible, adapté aux particularités de l'arbitrage international qui est mis en oeuvre. Au sein même de la matière de l'arbitrage international, l'ordre public va remplir tour à tour plusieurs fonctions. L'ordre public intervient au titre de la compétence de l'arbitre (Première partie), au stade du droit applicable par l'arbitre au fond du litige (Deuxième partie) et enfin dans le contrôle étatique de la sentence (Troisième partie).

### **Première partie: L'ordre public et la compétence de l'arbitre.**

La loi interdit parfois l'arbitrage au nom de l'ordre public. Or l'évolution contemporaine aboutit à un recul de l'ordre public dans la convention d'arbitrage. La compétence de l'arbitre dans les domaines touchant à l'ordre public est reconnue.

Le trait est très net en matière d'arbitrabilité des litiges. L'arbitrabilité est l'aptitude d'une question litigieuse à constituer l'objet d'un arbitrage. Aujourd'hui, la non arbitrabilité des litiges se réduit comme une "peau de chagrin". La jurisprudence française a tenu pour non écrit l'article 2060 du Code civil dans sa mention des "matières qui intéressent l'ordre public". Les juges français ont décidé que le litige n'est pas inarbitrable du seul fait que le rapport de droit litigieux est soumis à une réglementation d'ordre public. De plus, en matière d'arbitrage international, la jurisprudence se réfère désormais à l'ordre public international, notion définie de manière restrictive. Le critère contenu dans l'article 2060, inutile et inadapté aux réalités d'aujourd'hui, doit donc être supprimé à la faveur d'une réforme législative. Seuls les critères de la libre disponibilité des droits et de la compétence exclusive des autorités étatiques doivent être employés pour définir l'arbitrabilité des litiges. Le droit suisse, quant à lui, contient un critère simple, quoique certainement trop libéral, de l'arbitrabilité. Ce droit considère en effet comme arbitrables les causes de caractère patrimonial.

L'étude des différentes matières susceptibles d'être soumises à l'arbitrage montre le mouvement d'extension de l'arbitrabilité des litiges. La jurisprudence a ainsi considéré des matières comme le droit

de la concurrence, le droit des procédures collectives ou le droit de la propriété industrielle comme arbitrables. Certaines questions restent encore soustraites à la compétence de l'arbitre comme celles touchant à l'état des personnes ou au droit pénal. Il s'agit en réalité d'îlots d'inarbitrabilité dans un océan d'arbitrabilité. Enfin, une question demeure en suspens: les litiges internationaux portant sur un contrat de travail ou sur un contrat de consommation sont-ils arbitrables? La jurisprudence n'est pas encore fixée. Une distinction semble devoir être mise en oeuvre entre, d'une part, le compromis d'arbitrage, considéré comme valable, et, d'autre part, la clause compromissoire, qui, elle, devrait être déclarée nulle. En effet, les impératifs de protection du salarié ou du consommateur ne s'effacent pas, au contraire, dans le domaine international.

La jurisprudence a non seulement autorisé les arbitres à appliquer des règles et des principes d'ordre public mais elle leur a également conféré le pouvoir d'en sanctionner la violation. A la suite des désormais célèbres arrêts *Ganz* et *Labinal*, les arbitres détiennent le pouvoir de prononcer la sanction de la méconnaissance de normes d'ordre public, notamment en annulant un contrat. Il existe une seule hypothèse dans laquelle l'arbitre est empêché de prononcer la sanction d'une violation de l'ordre public. Il en est ainsi lorsque les parties n'ont pas conféré le pouvoir à l'arbitre de sanctionner la violation de l'ordre public. Dans ce cas, la mission de l'arbitre est illicite car celui-ci, s'il devait se prononcer sur le fond du litige, serait conduit à rendre une sentence consacrant une violation de l'ordre public. L'arbitre doit donc se déclarer incompétent.

Le droit français est allé jusqu'à adopter des règles matérielles de droit international privé pour affirmer la validité de la convention d'arbitrage international. Après la création de règles matérielles spécifiques, les juges français ont complètement abandonné la méthode des conflits de lois notamment par l'arrêt *Dalico* rendu par la Cour de cassation le 20 décembre 1993. En droit français, la convention d'arbitrage international est aujourd'hui soumise dans son entier à une règle matérielle de portée générale où l'ordre public joue un rôle particulier: il est devenu la seule cause de nullité de la convention d'arbitrage international. La clause d'arbitrage, aux termes du droit français, est considérée comme valable sauf si elle est contraire à l'ordre public.

L'arrêt *Dalico* a donné naissance à une notion d'ordre public originale. La Cour de cassation se réfère dans son arrêt à l'ordre public

international et aux règles impératives du droit français. Il ne s'agit pas d'un ordre public d'éviction du droit étranger. L'ordre public a une fonction matérielle: il évince la volonté des parties en permettant l'annulation de la clause compromissoire. De plus, l'ordre public doit rendre compte de tous les cas de nullité de la convention d'arbitrage. L'ordre public reçoit donc un contenu original puisqu'il permet l'annulation de la convention non seulement pour absence d'arbitrabilité mais aussi pour vice du consentement, défaut de capacité ou de pouvoir. La méthode utilisée est ici subordonnée aux objectifs poursuivis par la jurisprudence: faire échapper la convention d'arbitrage international aux lois restrictives ou prohibitives et ainsi soumettre celle-ci à un régime juridique particulièrement libéral.

L'aptitude à compromettre de l'Etat et des personnes morales de droit public relève également de la méthode des règles matérielles de droit international privé. La jurisprudence française a tout d'abord écarté dans le domaine international la prohibition de compromettre héritée de l'article 2060 du Code civil. Ensuite, les juges français ont soumis l'aptitude à compromettre de l'Etat à une règle matérielle de portée générale de nature similaire à celle dégagée par l'arrêt *Dalico*. Désormais, en droit français, toute personne publique, qu'elle soit française ou étrangère, reçoit, dans la sphère internationale, la faculté de conclure une convention d'arbitrage. Bien plus, les juges français, imités en cela par le législateur suisse et la jurisprudence arbitrale, font de l'aptitude à compromettre une règle d'ordre public international. C'est au nom du principe général de bonne foi que l'aptitude à compromettre de l'Etat est considérée comme d'ordre public international. En effet, il est contraire à la bonne foi qu'un Etat signe une convention d'arbitrage et se prévale, par la suite, d'une inaptitude à compromettre héritée de son droit interne pour se délier de son engagement.

L'ordre public s'est progressivement retiré du champ de la convention d'arbitrage. Faut-il pour autant penser que l'ordre public ait disparu? La réponse à cette question doit, bien sûr, être négative. L'ordre public a subi une mutation. Comme par un effet de vases communicants, l'ordre public s'est déplacé de la convention d'arbitrage vers la sentence arbitrale.

## Deuxième partie: L'ordre public et le droit applicable au fond devant l'arbitre.

L'arbitre doit normalement respecter l'ordre public des Etats. En effet, la sentence fait l'objet d'un contrôle étatique, soit lors d'une instance en annulation, soit lors d'une demande d'exequatur. L'arbitre est dans une situation de "liberté sous contrôle" qui doit l'inciter à respecter l'ordre public étatique.

L'arbitre doit, en premier lieu, respecter l'ordre public appartenant à la *lex causae*. L'arbitre, en effet, remplit une fonction juridictionnelle qui l'oblige à appliquer la *lex causae* dans toutes ses dispositions, supplétives et impératives. Cette obligation incombe à l'arbitre que les parties aient choisi la loi applicable ou qu'il l'ait déterminée lui-même, qu'il statue en droit ou en amiable composition. L'arbitre peut cependant écarter de son propre chef une disposition d'ordre public de *lex causae* si celle-ci est manifestement contraire aux besoins du commerce international. Cette réserve doit toutefois être utilisée avec précaution.

En second lieu, l'arbitre doit respecter l'ordre public étranger à la *lex causae*. Une telle proposition ne relève pas de l'évidence. On peut au contraire soutenir que l'arbitre n'est jamais tenu de donner effet à un ordre public qui est extérieur à la loi déclarée applicable au fond du litige. Or, dans certains cas, le respect de dispositions d'ordre public extérieures à la *lex causae* s'impose à l'arbitre. Tout d'abord, l'arbitre doit, dans tous les cas, veiller à assurer l'efficacité de sa sentence au lieu de son exécution future. Ensuite, l'arbitre n'est pas seulement le dépositaire des intérêts des parties, il doit se soucier également de la pérennité de l'arbitrage international. Si les Etats constataient que l'arbitrage est un moyen offert aux agents économiques de contourner leurs règles d'ordre public, ils pourraient revenir sur l'attitude de faveur manifestée envers l'institution.

Les règles d'ordre public extérieures à la *lex causae* s'imposant à l'arbitre sont soit les règles d'ordre public international étatique soit les lois de police. Le rôle de l'ordre public international de source étatique semble mineur. Il se limite à l'obligation pour l'arbitre de respecter les règles du droit des procédures collectives. En revanche, la jurisprudence arbitrale contient de nombreuses illustrations de la prise en compte des lois de police étrangères de la *lex causae*. Certaines sentences traitent les lois de police comme des éléments de fait soit au titre de la force majeure soit au titre de la cause illicite ou immorale du contrat. Toutefois, il semble préférable d'inviter les arbitres à appliquer

directement au fond la loi de police qui se déclare compétente. Dans cette hypothèse, l'arbitre doit constater la réunion d'un certain nombre de conditions. La loi de police doit, bien sûr, être intéressée au litige. Il faut, en outre, qu'elle entretienne un lien étroit avec le litige et que son application soit jugée légitime.

L'observation de la jurisprudence arbitrale laisse toutefois la désagréable impression que "la montagne a accouché d'une souris". Dans la quasi-totalité des cas, les arbitres ont toujours trouvé un argument pour ne pas donner effet à une loi de police qui n'appartenait pas au droit applicable au fond. Les arbitres tiennent, dans leur majorité, à assurer la prévision des parties. Les arbitres remplissent ce rôle en rejetant les lois qui n'ont pas été choisies par les parties et qui pourraient bouleverser leur relation. Tout se passe comme si les arbitres voulaient donner l'impression qu'ils sont soucieux du respect des intérêts légitimes des États alors, qu'en fait, seule la satisfaction des intérêts des parties les intéresse.

Outre l'ordre public étatique, l'arbitre assure le respect d'un ordre public transnational. Contrairement à l'ordre public international d'origine étatique, l'ordre public transnational est véritablement international par sa source - il émane directement de la collectivité des États et de la collectivité des commerçants internationaux - et par son contenu - la règle qu'il consacre est largement répandue dans les différents ordres juridiques.

Certes, l'ordre public transnational est une notion en devenir; ses contours ne sont pas encore délimités avec précision. Mais la notion existe en dépit des critiques formulées à son encontre. L'ordre public transnational trouve sa justification dans la mise en oeuvre par les arbitres du commerce international de normes transnationales. Il est inutile de se référer à un éventuel ordre juridique de la *lex mercatoria*. Il suffit de constater objectivement que les arbitres appliquent des normes répondant aux besoins du commerce international. Parmi celles-ci figurent des normes d'ordre public transnational. Le développement de l'ordre public transnational est inéluctable. Celui-ci est au coeur des évolutions contemporaines de la société internationale, c'est-à-dire la mondialisation de l'économie et l'uniformisation du droit. C'est donc la conséquence d'un mouvement de fond de la société contemporaine.

L'arbitre, lorsqu'il se réfère à un ordre public transnational, puise à toutes les sources, tant publiques - *jus cogens*, principes de droit international, lois étatiques, principes généraux du droit... - que privées

- usages du commerce international, codes de conduite privés... En réalité, c'est la convergence de plusieurs sources qui permet de donner naissance à un principe d'ordre public transnational. Une source isolée ne peut engendrer à elle seule une norme d'ordre public transnational.

Le contenu de l'ordre public transnational se compose à la fois de principes protégeant les intérêts immédiats de la société des marchands et de principes protégeant des intérêts supérieurs aux intérêts de la société des marchands. Au nombre des premiers on peut citer le principe de bonne foi. Toutefois, ce principe ne peut être considéré dans sa totalité comme d'ordre public transnational. Le principe de bonne foi ne permet l'éviction d'une loi étatique au nom de l'ordre public transnational que lorsque cette loi entend faire échapper l'Etat qui l'a édictée ou une entreprise ressortissante de cet Etat à ses obligations découlant d'un contrat. Parmi les principes d'ordre public transnational protégeant des intérêts supérieurs à ceux de la société des marchands, il est possible de citer la prohibition de la corruption, la protection des droits de l'homme, l'extra-commercialité du corps humain, de ses produits et dérivés.

Enfin, la fonction de l'ordre public transnational est double. L'ordre public transnational évince la loi normalement compétente; il s'agit de la fonction négative. L'ordre public transnational permet aussi d'annuler le contrat litigieux; il s'agit de la fonction positive. Sous cette double fonction, l'ordre public transnational remplit à la fois le rôle de l'ordre public "au sens du droit international privé" en évinçant une loi et le rôle de règles impératives en annulant un contrat. L'ordre public transnational est donc une notion hybride. Ces différentes fonctions font des principes d'ordre public transnational des normes supérieures tant aux droits étatiques qu'à la volonté des parties.

L'ordre public transnational est toutefois porteur de risque. Il est en fait possible que les arbitres invoquent de grands principes, de grands idéaux, sans jamais les mettre en oeuvre. Les arbitres doivent être conscients du rôle fondamental qu'ils doivent jouer dans la moralisation du commerce international. Les arbitres doivent donner de la consistance à l'ordre public transnational. Ils ont relevé ce défi en sanctionnant, dans l'ensemble, sans ambiguïté la corruption. Il reste d'autres domaines dans lesquels les arbitres doivent oeuvrer. L'avenir dira si les arbitres auront eu le courage de faire prévaloir sur de simples préoccupations utilitaristes des valeurs morales fondamentales.

### Troisième partie: L'ordre public et le contrôle étatique de la sentence.

Un contrôle étatique s'exerce sur une sentence lorsque celle-ci est présentée à l'exequatur ou lorsqu'elle fait l'objet d'un recours en annulation. A cette occasion, les juges d'un Etat vont vérifier la conformité de la décision arbitrale à l'ordre public.

Afin de ne pas remettre en cause l'autonomie accordée à l'arbitrage international, l'ordre public reçoit une définition restrictive. La sentence étant appelée à développer ses effets dans l'ordre juridique du for, le juge ne devrait normalement se référer qu'à l'ordre public de son for. Toutefois, les sources de l'ordre public s'étendent au delà du for. Un juge peut prendre en compte un ordre public étranger à la condition que celui-ci protège une valeur partagée par le droit du for. De même, il n'est pas exclu que le juge étatique applique un ordre public véritablement international lors du contrôle d'une sentence arbitrale. Une telle proposition est contestée par certains auteurs. Elle est toutefois admise sans ambiguïté par la jurisprudence suisse et la jurisprudence française contient des traces de la référence à un ordre public réellement international.

La distinction entre ordre public interne et ordre public international est aujourd'hui admise tant dans la jurisprudence de la majorité des Etats signataires de la Convention de New York de 1958 que dans la jurisprudence française. La sentence internationale ou étrangère doit être contrôlée au regard du seul ordre public international à l'exclusion de l'ordre public interne.

Quelles sont les composantes de l'ordre public international? Il en existe deux. L'ordre public international est d'abord composé de principes fondamentaux appartenant soit exclusivement au droit du for soit faisant partie d'un ordre public réellement international. Pour illustrer les principes fondamentaux, on peut citer la protection de la propriété privée, la prohibition de la corruption, ou bien encore un principe utilisé abondamment dans la jurisprudence contemporaine: le principe *fraus omnia corrumpit*.

Les lois de police appartiennent également à l'ordre public international. Cette constatation paraît de prime d'abord étonnante car, en matière de conflit de lois, les lois de police sont un mécanisme concurrent de la règle de conflit. Or, en matière de contrôle des sentences internationales, l'ordre public international se compose à la



fois des principes fondamentaux et des lois de police. C'est donc une notion originale de l'ordre public qui est employée. Parmi les lois de police à l'autre desquelles les sentences ont été examinées, les lois sur la concurrence tiennent une place de choix.

Les modalités du contrôle de la sentence sont complexes. Certains points sont acquis. Le juge étatique doit relever une violation concrète et effective de l'ordre public dans la sentence. De plus, le juge doit apprécier l'ordre public au jour où il statue. En revanche, l'étendue des pouvoirs du juge du contrôle n'est pas encore fixée avec précision en jurisprudence. Le juge ne doit en aucun cas opérer une révision au fond de la sentence. C'est pourquoi, le juge du contrôle ne doit pas rejurer l'affaire au fond. La jurisprudence la plus récente de la Cour d'appel de Paris décide que le juge doit apprécier la conformité de la solution du litige à l'ordre public. Cette jurisprudence est difficile à interpréter. La solution du litige ne doit pas être assimilée au dispositif de la sentence. Il s'agit en fait du résultat auquel conduit la sentence. Pour apprécier si le résultat de la sentence est contraire à l'ordre public, le juge doit opérer un contrôle total. Celui-ci doit en effet apprécier la bonne application des règles d'ordre public et éventuellement examiner lui-même les faits litigieux. Il ne s'agit pas d'un retour à la révision au fond; seul un contrôle total de la sentence permet de contrôler efficacement sa conformité à l'ordre public.