

VARIÉTÉS

8 Souveraineté et autonomie : réflexions sur les représentations de l'arbitrage international

par

Emmanuel Gaillard¹

*Professeur à l'Université de Paris XII,
Associé, Shearman & Sterling LLP*

Résumé

L'autonomie de l'arbitrage international par rapport aux ordres juridiques étatiques soulève d'importantes questions de théorie générale du droit. Plusieurs représentations de l'arbitrage international s'opposent à ce sujet, celle qui assimile l'arbitre à une juridiction d'un ordre juridique unique, celle qui conçoit l'autonomie de l'arbitrage international par opposition aux ordres juridiques nationaux et celle pour qui cette autonomie repose au contraire sur l'ensemble des droits prêts, à certaines conditions, à reconnaître la sentence arbitrale. Des enjeux pratiques majeurs s'attachent à ces questions.

Summary

The autonomy of international arbitration vis-à-vis national legal orders raises important questions of legal theory. There are several representations of international arbitration : that assimilating the arbitrator to the courts of a single legal system ; that perceiving the autonomy of international arbitration as detached from national legal systems ; and that considering such autonomy as anchored in the entirety of the legal systems that accept, under certain conditions, to recognise the arbitral award. Significant practical consequences follow from these distinctions.

1. Cette communication au Sixième Congrès du Comité brésilien de l'arbitrage du 1^{er} novembre 2006 à Salvador de Bahia, ici reproduite dans sa forme d'origine, a été reprise et développée dans le cours donné en juillet 2007 par l'auteur à l'Académie de Droit International de La Haye sous le titre *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, à paraître dans le Recueil des cours de l'Académie.

1 – En matière d'arbitrage international, comme dans d'autres branches du droit, les termes de *souveraineté* et d'*autonomie* correspondent l'un et l'autre à des notions particulièrement fortes, dont la puissance d'évocation est réelle et la capacité d'expansion telle qu'elles vont avoir assez naturellement vocation à s'exclure mutuellement.

2 – La puissance d'expansion de la *notion d'autonomie* en matière d'arbitrage est attestée par le fait que le terme est utilisé dans trois sens distincts au moins. On parle tout d'abord d'*autonomie de la convention d'arbitrage*. La notion est, comme on sait, destinée à isoler la convention d'arbitrage, généralement la clause compromissoire, du contrat de fond à propos duquel elle a été conclue, de façon à éviter que les vices éventuels de ce dernier n'affectent la validité de la convention d'arbitrage et donc la compétence des arbitres pour en connaître. C'est la raison pour laquelle les arbitres sont compétents pour connaître de l'allégation d'invalidité du contrat principal. Dans ce premier sens, on parle aussi, pour le distinguer des suivants, de *séparabilité* ou d'*indépendance* de la convention d'arbitrage. Les droits de *common law* utilisent le terme plus descriptif de *severability of the arbitration agreement*. Pourtant, même dans ce sens premier, le terme d'autonomie est plus approprié. Il évoque non seulement l'idée de la séparation entre la convention d'arbitrage et la convention de fond, mais également celle selon laquelle la convention d'arbitrage peut être régie par des normes différentes de celles qui gouvernent la convention de fond. La convention d'arbitrage possède son propre droit. Elle est *auto-nome*.

On parle ensuite, dans un deuxième sens, d'*autonomie des parties* dans la détermination du droit applicable au fond du litige, ce qu'on appelait au 19^e siècle l'autonomie de la volonté, en anglais *party autonomy*. C'est un beau concept que celui des parties qui se donnent leurs propres normes par l'exercice libre de leur volonté.

On parle enfin, dans un troisième sens, qui est peut-être celui qui soulève aujourd'hui les questions les plus délicates, d'*autonomie de l'arbitrage*. C'est la question de la place de l'arbitrage dans l'ordonnement juridique international ou, en d'autres termes, celle de son positionnement à l'égard des ordres juridiques étatiques.

C'est en ce sens surtout que la notion d'autonomie risque d'entrer en collision avec celle de souveraineté.

3 – La souveraineté s'entend du « caractère suprême d'une puissance qui n'est soumise à aucune autre » (Cornu). Typiquement, c'est un attribut de l'État.

Cette définition traditionnelle de l'État comme puissance souveraine soumise à aucune autre s'accommode mal de l'idée d'autonomie de l'arbitrage en ce qu'elle impliquerait l'existence d'un ordre juridique propre qui viendrait lui faire concurrence.

Certes, l'État peut décider, dans l'exercice de sa souveraineté, de conduire une politique de faveur à l'arbitrage ou au contraire de l'enfermer dans des limites étroites, mais, même dans l'hypothèse la plus libérale à l'égard de l'arbitrage, on ne pourrait parler d'autonomie puisque l'arbitrage puise sa légitimité dans le bon vouloir de l'État qui en organise le fonctionnement.

4 – La tension est manifeste entre les notions de souveraineté des États et d'autonomie de l'arbitrage. Cette tension est-elle irréductible ? Peut-on concevoir l'épanouissement de l'arbitrage comme mode autonome de règlement des différends dans le respect de la souveraineté des États ? Les notions d'autonomie de l'arbitrage et de souveraineté des États sont-elles réellement antinomiques ?

La réponse à ces questions – en réalité à cette question fondamentale de l'articulation de l'arbitrage comme mode de règlement des différends du commerce international et des ordres juridiques nationaux – est rendue plus complexe par le rappel des deux composantes complémentaires qui entrent manifestement en ligne de compte dans l'équation.

La première est que l'on ne peut pas parler de souveraineté d'un État mais de souveraineté des États. Ce pluriel, qui fait toute la différence, est peut-être banal puisqu'il consiste à rappeler la division du monde en États souverains, c'est-à-dire l'origine du droit international privé et du droit international public. Il est pourtant essentiel. S'il existait un seul ordre juridique, la question de l'autonomie de l'arbitrage ne se poserait pas. L'arbitrage serait bien traité ou non mais il ne serait certainement pas autonome. C'est en raison de son caractère international que l'arbitrage a vocation à s'émanciper. Le réalisme commande de constater que les souverains ont à l'égard de l'arbitrage des attitudes bien différentes et – sans réinventer le droit international privé conçu en termes de conflits de souverainetés – il faudra bien tenter de trouver un système de raisonnement qui soit à même de résorber le chaos susceptible de résulter de cette diversité.

La deuxième considération est tout aussi fondamentale. Elle résulte de l'irruption récente dans la matière des centaines, puis aujourd'hui des milliers, de traités bilatéraux, et des quelques traités multilatéraux, qui prévoient le recours à l'arbitrage en matière de protection des investissements. Il est vrai que le Brésil est resté largement à l'écart du phénomène mais l'existence de ces traités, avec la faculté d'agir directement devant les arbitres qu'ils confèrent aux investisseurs couverts, renouvelle profondément la relation entre le souverain et l'arbitrage. Le souverain est ici – parce qu'il l'a voulu, et donc la souveraineté est respectée dans son principe – un sujet de droit (cf. affaire du *Vapeur Wimbledon* : « La faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'État »)².

Parce qu'il puise ses pouvoirs dans une norme du droit international – le traité – et qu'il applique pour l'essentiel des normes du droit international – le traité bilatéral ou multilatéral sur le fondement duquel il est institué et souvent les principes généraux de droit au sens de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice – l'arbitre est alors incontestablement autonome. Il en est en réalité le juge, le droit international lui donnant à la fois son pouvoir de juger et les moyens de le faire.

C'est pourtant dans la matière d'arbitrage commercial international que la question de l'autonomie et des rapports de l'arbitrage avec le ou les souverains

2. CPJI, 17 août 1923 : Rec. CPJI 1923, série A, n° 1.

présente le plus grand intérêt, précisément parce qu'il n'existe pas ce fondement théorique incontestable que constitue le droit international. C'est donc à l'arbitrage commercial que je consacrerai l'essentiel des développements qui suivent.

5 – On aurait tort de croire que cette question, qui paraît extraordinairement abstraite, est dénuée d'enjeux pratiques. On constate au contraire que plusieurs des questions les plus difficiles de l'arbitrage qui se posent aujourd'hui dans la jurisprudence de différents États dépendent très précisément de la réponse que l'on apporte à la question de l'autonomie de l'arbitrage par rapport aux souverains.

Je montrerai donc les enjeux de la question avant de revenir sur certains des aspects théoriques de l'autonomie de l'arbitrage par rapport aux États souverains.

I. – LES ENJEUX DE LA QUESTION DE L'AUTONOMIE DE L'ARBITRAGE PAR RAPPORT AUX SOUVERAINS

6 – Ces enjeux sont multiples et fondamentaux.

On pourrait évoquer à ce titre la question du sort que les arbitres doivent réserver aux lois de police, expression même de la souveraineté, et de la notion, plus conforme à leur nature et à la source des pouvoirs des arbitres, d'ordre public transnational. On pourrait également parler des règles de procédure applicables ou des méthodes de détermination du droit applicable au fond du litige par les arbitres.

Je m'en tiendrai cependant, du fait de leur actualité brûlante, à trois illustrations de la question de l'autonomie de l'arbitrage.

A. – Sort réservé dans les autres États aux sentences annulées dans l'État du siège de l'arbitrage

7 – La question a été évoquée cet après-midi. Elle fait ressortir le contraste entre la jurisprudence française et la jurisprudence américaine la plus récente.

8 – Le 31 mars 2005 dans l'affaire *Putrabali*³ et le 29 septembre 2005 dans l'affaire *International Bechtel Co*⁴, la cour d'appel de Paris a réaffirmé sa jurisprudence *Sté Norsolor*⁵, *Sté Hilmarton*⁶ et *Chromalloy*⁷, ligne jurisprudentielle maintenue fermement depuis plus de vingt ans.

3. *CA Paris*, 31 mars 2005, *Sté PT Putrabali Adyamulia* : *Rev. arb.* 2006, p. 665, note E. Gaillard. Cette affaire a ultérieurement fait l'objet d'un arrêt de la Cour de cassation (*Cass. 1^{re} civ.*, 29 juin 2007, n° 05-18.053, *Sté PT Putrabali Adyamulia c/ Sté Rena Holding et a.* : *Juris-Data* n° 2007-039759 ; *JDI* 2007, *comm.* 23, p. 1228, note Th. Clay ; *Rev. arb.* 2007, n° 3, note E. Gaillard) rendu sous la présidence de Jean-Pierre Ancel. La cour a affirmé, par une formule très forte, que « (...) la sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une *décision de justice internationale* dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées (...) ».

4. *CA Paris*, 29 sept. 2005, n° 2004/07635 : *Juris-Data* n° 2005-287354.

5. *CA Paris*, 19 nov. 1982 : *Juris-Data* n° 1982-029950. – *Cass. 1^{re} civ.*, 9 oct. 1984, *Sté Pablak Ticaret Limited c/ Norsolor* : *Juris-Data* n° 1984-701835 ; *Rev. arb.* 1985, p. 431, note B. Goldman ; *JDI* 1985, p. 680, note Ph. Kahn ; *D.* 1985, *jurispr.* p. 101, note J. Robert.

Une sentence arbitrale annulée au siège peut néanmoins être exécutée dans d'autres ordres juridiques nationaux. La raison d'être de cette jurisprudence, rappelée dans l'affaire *Bechtel*, est que « [la sentence] n'est pas intégrée dans l'ordre juridique [de l'État d'origine] de sorte que son éventuelle annulation par le juge du siège ne porte pas atteinte à son existence en empêchant sa reconnaissance et son exécution dans d'autres ordres juridiques nationaux. ».

C'est bien parce que l'arbitrage est *autonome* par rapport à l'État du siège que l'on peut reconnaître la validité de la sentence au lieu d'exécution en dépit de l'annulation dans l'État d'origine.

9 – Dans le même temps, la jurisprudence américaine la plus récente, tout en acceptant certaines nuances, retient pour l'essentiel la solution inverse.

Par un arrêt du 17 mars 2006, rendu dans l'affaire *TermoRio*, la Cour de district fédérale du District de Columbia⁸ refuse de reconnaître une sentence annulée en Colombie au motif qu'il n'était pas acceptable, ou pas encore, de recourir à un arbitrage CCI⁹.

On voit bien ce que fait le juge américain. Il refuse de raisonner sur la sentence comme norme première. Il raisonne au contraire sur la décision des juridictions colombiennes et se demande s'il y a lieu de refuser de la reconnaître du fait de sa contrariété éventuelle avec la conception américaine de l'ordre public international.

La même démarche a été suivie dans l'affaire *Bechtel*. L'annulation de la sentence à Dubaï pour ne pas avoir fait prêter serment les témoins dans les formes requises paraît suspecte mais les standards de rejet d'une décision pour contrariété à l'ordre public sont très élevés et en définitive on hésite à le faire.

Le résultat n'est guère satisfaisant. Mais sur le plan de la méthode, c'est la négation de l'autonomie de l'arbitrage. L'arbitrage est, dans cette perspective, considéré comme une sorte de premier degré de juridiction. Tout se joue en définitive devant les juridictions d'un État, celui du siège, qui se trouve être celui que le choix de l'arbitrage avait précisément pour objet d'éviter, puisqu'il s'agit des juridictions nationales de l'un des co-contractants.

On le voit, ou bien l'arbitrage est considéré comme autonome ou il est subordonné aux juridictions d'un État – généralement celui du siège mais pas nécessairement – ce qui fait qu'il n'y aurait de véritable reconnaissance qu'à propos des décisions d'un État se prononçant sur le sort de la sentence arbitrale.

On nie l'existence de la sentence comme norme primaire à reconnaître, pour ne raisonner que sur la norme primaire que serait la décision prononçant son invalidité, la sentence elle-même étant reléguée à une catégorie en sous-ordre.

6. *CA Paris*, 19 déc. 1991 : *Juris-Data* n° 1991-025291. – *Cass. 1^{re} civ.*, 23 mars 1994, n° 92-15.137 : *Juris-Data* n° 1994-000833 ; *Rev. arb.* 1994, p. 327, note Ch. Jarrosson ; *JDI* 1994, p. 701, note E. Gaillard ; *Rev. crit. DIP* 1995, p. 356, note B. Oppetit.

7. *CA Paris*, 14 janv. 1997 : *Juris-Data* n° 1997-720502 ; *JDI* 1998, p. 759, note E. Gaillard.

8. *US District Court, District of Columbia*, 17 mars 2006, *TermoRio SA ESP et al. v. Electrificadora del Atlantico S.A. ESP et al.*, 421 F Supp. 2d 87 ; *Rev. arb.* 2006, p. 786, note J. Paulsson.

9. La décision a été maintenue, en termes moins subtils encore, par un arrêt de la Cour d'appel fédérale du District de Columbia : *US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*, 17 mai 2007, *TermoRio SA ESP et al. v. Electranta SP et al.* : 2007 US App. Lexis 12201 ; *Rev. arb.* 2007, n° 5, note J. Paulsson.

10 – La deuxième illustration de l'importance de la question de l'autonomie de l'arbitrage est celle que soulève la situation rigoureusement inverse de celle qui vient d'être examinée.

B. – La portée internationale des décisions de refus d'annulation prises par les juridictions du siège

11 – Si l'on considère que l'arbitrage n'est pas autonome par rapport à l'ordre juridique du siège et que la norme sur laquelle les États tiers doivent d'abord raisonner est la décision des juridictions étatiques qui se prononce sur la validité de la sentence, n'est-ce pas cette décision qu'ils doivent juger également lorsqu'elle admet la validité de la sentence ?

Supposons qu'une partie conteste la validité d'une convention d'arbitrage. Supposons que les arbitres, puis les juridictions de l'État du siège, admettent cette validité. Est-ce la décision des juges de l'État du siège qui devra faire l'objet d'une reconnaissance éventuelle dans les États tiers ?

L'étendue du contrôle serait très différente si l'on devait raisonner de cette manière. Il ne s'agirait plus de faire jouer les catégories de la Convention de New York (ou du droit commun de la reconnaissance des sentences arbitrales étrangères) à l'égard de la sentence elle-même, mais d'appliquer les critères de reconnaissance et d'*exequatur* des décisions de justice étrangères, qui ne se recoupent que très partiellement avec les précédentes. En particulier, cela conduirait à l'abandon du contrôle par le juge d'accueil de l'existence et de la validité de la convention d'arbitrage qui, par définition, n'existe pas à propos du contrôle des décisions de justice étrangères. On voit à quel point ce raisonnement nous éloignerait de la lettre et de l'esprit de la Convention de New York.

12 – Sans admettre directement un tel raisonnement, la jurisprudence anglaise a fait un pas dans cette direction dans une affaire *Svenska* qui a donné lieu à un jugement de la chambre commerciale de la High Court le 11 janvier 2005¹⁰.

L'État lituanien contestait être lié par une convention d'arbitrage signée par une société nationale. Une sentence rendue au Danemark a admis que l'État était partie à la convention d'arbitrage et l'État n'a pas formé de recours en annulation devant les juridictions danoises à ce sujet.

À l'occasion d'un contentieux de l'exécution de la sentence en Angleterre (dans lequel la question principale était celle des immunités), le juge anglais a estimé que faute d'avoir formé un tel recours, la Lituanie avait renoncé à sa prétention et qu'elle n'était plus recevable à résister à l'exécution de la sentence en Angleterre de ce chef (*déc.*, § 64).

13 – La solution présente toutes sortes d'inconvénients pratiques :

- elle incite la partie qui n'est pas satisfaite du résultat de l'arbitrage à former un recours en annulation dans l'État du siège même si elle n'y possède aucun actif. C'est une machine à créer des contentieux parasites ;

10. *High Court, com.*, 11 janv. 2005, *Svenska Petroleum Exploration AB v Government of the Republic of Lithuania and another* : [2005] All ER (D) 15 (Jan).

- elle invite les juridictions des États tiers à surseoir à statuer en attendant l'issue d'un contentieux en annulation engagé au lieu du siège. On ne voit pas très bien pourquoi on obligerait la partie non satisfaite à agir devant les juridictions du siège pour ne tenir aucun compte de la décision à intervenir ;

- dans la même logique, elle suggère que les juridictions du lieu d'exécution devraient nécessairement s'incliner devant l'appréciation de la validité de la sentence opérée par les juridictions du siège.

Là encore, pourquoi exiger d'une partie qui possède des griefs à l'encontre d'une sentence qu'elle agisse devant les juridictions locales si, par la suite, on n'est pas prêt à tenir compte de la décision à intervenir ?

Le résultat pratique est qu'on aura mis en place deux contrôles qui viendront se cumuler : un contrôle de la sentence elle-même au lieu du siège, et un contrôle de la décision étatique s'étant prononcée sur la sentence. On cumule ainsi un contrôle de l'annulation avec un contrôle d'*exequatur* des décisions de justice là où les rédacteurs de la Convention de New York auraient voulu un contrôle de l'*exequatur* directement sur la sentence arbitrale. Ce n'est pas exactement la double *exequatur* qu'avaient voulu éviter les auteurs de la Convention de New York, mais on s'en est singulièrement approché.

14 – L'approche fondée sur l'autonomie de l'arbitrage permet au contraire à chaque État de se prononcer directement sur la reconnaissance et la validité de la sentence arbitrale elle-même, sans passer par le truchement de la reconnaissance de la décision étatique qui se prononce sur la sentence arbitrale. Elle est à la fois moins lourde et plus respectueuse de la nature juridictionnelle de l'arbitrage.

Aussi ne peut-on que se réjouir que la Court of Appeal, par un arrêt du 13 novembre 2006¹¹, n'ait pas suivi la High Court dans cette voie.

15 – La troisième illustration de l'importance de la question de l'autonomie de l'arbitrage est celle de l'acceptation ou du refus de faire jouer la notion de litispendance entre une juridiction étatique et un tribunal arbitral.

C. – La question de la litispendance entre une juridiction étatique et un tribunal arbitral

16 – Le droit suisse de l'arbitrage est généralement excellent et très favorable à l'arbitrage.

Il y a eu cependant un faux pas : l'arrêt *Fomento* rendu par le Tribunal fédéral le 14 mai 2001¹².

La société espagnole Fomento et la compagnie panaméenne CTT avaient conclu un contrat d'entreprise contenant une clause compromissoire CCI avec un siège en Suisse. Un litige étant survenu, la société espagnole a saisi les juridictions panaméennes. La société panaméenne (CTT) souleva une exception d'incompétence et saisit les arbitres conformément au contrat.

11. *Court of Appeal, civ.*, 13 nov. 2006, *Svenska Petroleum Exploration AB v Government of the Republic of Lithuania and another* : [2007] 1 All ER (Comm) 909.

12. *Trib. féd.*, 14 mai 2001 : ATF 127 III 279 ; *Rev. arb.* 2001, p. 835, note J.-F. Poudret.

Le Tribunal fédéral a décidé que la litispendance aurait dû jouer et que les arbitres auraient dû surseoir à statuer en attendant la décision des juridictions panaméennes. Il annule la sentence de ce chef.

La solution était évidemment catastrophique. À suivre cette jurisprudence, il suffisait en effet, pour retarder ou faire échouer un arbitrage, de saisir d'abord des juridictions étatiques, peut-être ses juridictions nationales, et de demander le sursis à statuer aux arbitres.

Le législateur suisse n'a pas tardé à réagir. La loi du 6 octobre 2006 a adopté une modification à l'article 186 de la LDIP (*art. 186, al. 1 bis nouveau*) :

« [Le Tribunal arbitral] statue sur sa compétence sans égard à une action ayant le même objet déjà pendante entre les mêmes parties devant un autre tribunal étatique ou arbitral, sauf si des motifs sérieux commandent de suspendre la procédure. ».

C'est un bris de jurisprudence.

En brisant la jurisprudence *Fomento*, le législateur suisse reconnaît l'autonomie de l'arbitrage.

La logique de l'arrêt *Fomento* consistait au contraire à assimiler l'arbitre siégeant en Suisse au juge suisse. Le juge suisse ferait jouer l'exception de litispendance (*LDIP, art. 9*). L'arbitre siégeant en Suisse doit faire la même chose.

Si l'arbitrage est autonome par rapport au droit suisse, ce qui vaut pour le juge suisse ne vaut pas nécessairement pour l'arbitre siégeant en Suisse.

17 – Comme on a pu le constater, toutes ces questions très actuelles du droit de l'arbitrage sont sous l'étroite dépendance de la question de l'autonomie de l'arbitrage par rapport aux souverains, c'est-à-dire par rapport aux ordres juridiques étatiques. Il est loisible de revenir en quelques mots sur les aspects théoriques du sujet.

II. – ASPECTS THÉORIQUES DE L'AUTONOMIE DE L'ARBITRAGE PAR RAPPORT AUX ÉTATS SOUVERAINS

18 – La question que soulèvent tous les exemples qui ont été évoqués précédemment est celle de savoir si en matière d'arbitrage international on se trouve contraint de raisonner exclusivement en termes de souveraineté étatique, c'est-à-dire d'ordre juridique étatique et de coopération internationale, ou si on peut admettre l'existence d'un ordre juridique arbitral. Est-il légitime aujourd'hui de parler d'« ordre juridique arbitral » ?

Cette question n'a qu'un lointain rapport avec le débat qui a agité la doctrine dans les années 1970-1980 sur la *lex mercatoria*. Ce débat s'était en effet concentré essentiellement sur les normes susceptibles d'être appliquées par les arbitres : la question était de savoir s'il pouvait s'agir de normes autres que celles d'un État déterminé.

Si ce débat est aujourd'hui dépassé, c'est parce que de nombreuses lois relatives à l'arbitrage international, et surtout la plupart des grands règlements d'arbitrage, ont admis que les parties elles-mêmes – et les arbitres dans le silence des parties – pouvaient appliquer au fond du litige les « règles de droit » qu'ils

estiment appropriés. L'application de règles transnationales par les arbitres ne fait plus aujourd'hui aucune difficulté.

On sait également que les arbitres appliquent de manière régulière des règles de conflit d'origine transnationale. On sait encore qu'il leur est assez naturel de se référer, ou en tout cas de s'inspirer, d'un ordre public réellement international. Dans la pratique arbitrale, la réalité du recours à ces notions n'est guère contestable.

Ce qui demeure aujourd'hui au cœur du débat théorique est en réalité le volet constitutionnel de la matière : quelle est la norme fondatrice qui justifie le pouvoir de juger des arbitres ?

Il y a en réalité trois types de réponses à ces questions qui correspondent à trois visions de l'arbitrage international.

A. – La conception positiviste mono-nationale

19 – La première conception relève du positivisme mono-national. Elle ne reconnaît aucune autonomie à l'arbitrage. Elle repose sur le postulat que la source exclusive des pouvoirs de l'arbitre réside dans un seul ordre juridique. Si l'on veut rattacher l'arbitrage à un ordre juridique et un seul, le candidat le plus naturel est celui du siège de l'arbitrage.

Son expression la plus forte demeure celle qu'on pouvait trouver sous la plume de F. A. Mann en 1967 :

- « toute activité se déroulant sur le territoire d'un État n'est-elle pas nécessairement soumise à sa compétence ? » ;

- « il y a une ressemblance prononcée entre le juge national et l'arbitre en ce que tous deux sont soumis au souverain local » ;

- « n'est-ce pas à l'État [local] de dire si et de quelle façon les arbitres sont assimilés à des juges, et comme eux, soumis à la loi ? »¹³.

Ce courant conserve de nombreux adeptes aujourd'hui¹⁴.

20 – Dès lors que l'on admet ce postulat, les conséquences juridiques en découlent :

- une sentence annulée au siège n'a plus d'existence légale, elle ne peut donc pas être reconnue ailleurs ;

- le fait de ne pas agir en annulation devant les juridictions du siège vaudrait acceptation de la sentence ;

- l'exception de litispendance devrait naturellement jouer puisqu'elle s'applique aux juridictions de l'État du siège.

L'arbitre doit se comporter en tous points comme un juge de l'État du siège, sauf dérogation expresse de cet État. Le siège est un for.

L'arbitre qui exerce sa fonction dans un pays trouverait sa place dans l'ordonnement juridique de cet État au même titre que n'importe quelle

13. F. A. Mann, *Lex facit arbitrum, Liber amicorum for Martin Domke*, M. Nijhoff, La Haye, 1967, p. 157.

14. R. Goode, *The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration: Arbitration International*, 2001, p. 19.

juridiction de cet État. Encore, n'ayant pas l'*imperium*, il serait placé dans une position diminuée par rapport à son grand aîné qui est le juge national.

B. – La conception jusnaturaliste transnationale

21 – La deuxième conception est celle qui admet une totale autonomie de l'arbitrage à l'égard des ordres juridiques étatiques parce qu'elle le conçoit comme étant totalement délocalisé. C'est le thème de l'arbitrage a-national ou de son détachement des ordres juridiques nationaux.

Il s'agissait de la réponse donnée dans les années 1970 à la doctrine précédente.

22 – Cette philosophie est née de l'inadaptation, très marquée dans la période qui a précédé cette théorie, des carcans qui enserraient l'arbitrage, spécialement l'arbitrage interne, dans de très nombreux droits. Le thème des besoins propres du commerce international s'est nourri de l'archaïsme des législations nationales en matière arbitrale. L'arbitrage s'en est trouvé paré d'une totale autonomie, avec toutes les conséquences qui en découlent.

23 – Les arbitres s'en sont trouvés libérés de la nécessité d'appliquer les règles de procédure du for, de trancher les conflits de lois par référence aux seules règles de conflit du for ou plus généralement de raisonner en tous points comme le ferait un juge local.

Dans le même temps, elle conduit à ne pas tenir compte de l'annulation prononcée au siège, à ne pas appliquer aux arbitres les règles de la litispendance, etc.

Si ces conséquences ont paru indispensables au développement harmonieux de l'arbitrage international, qu'il s'agissait de libérer des carcans inadaptés des droits nationaux, la thèse avait quelque difficulté à justifier, sur un plan théorique, de la source du pouvoir des arbitres. C'est dans ce contexte qu'ont été évoqués les besoins propres du commerce international, la *societas mercatorum* ou société des marchands, qui aurait été capable d'engendrer un droit spécifique et spontané. Il s'agissait là d'une version moderne du droit naturel. C'est cet aspect de la théorie qui a prêté le plus le flanc à la critique. On a raillé les « sentences flottantes », l'arbitrage qui se développerait « au firmament »...

Cette critique porte à faux à l'égard de la troisième thèse, celle qui justifie l'autonomie de l'arbitrage par des considérations de droit positif.

C. – La conception positiviste transnationale

24 – Il n'est nul besoin de croire à l'existence d'un ordre juridique spontané, engendré par les besoins de la société des marchands, pour admettre l'autonomie de l'arbitrage. On peut tout à fait en concevoir une version positiviste. Cela suppose simplement que l'on admette, contrairement à ce que postulaient les tenants du positivisme mono-national, que la source du pouvoir des arbitres est à rechercher non pas dans un seul ordre juridique étatique, mais dans une pluralité de droits.

Cette conception est celle selon laquelle les arbitres tiennent leur pouvoir de l'ensemble des droits qui, à certaines conditions, sont prêts à reconnaître la

validité de la convention d'arbitrage sur le fondement de laquelle ils sont institués et la sentence intervenue ou à intervenir sur le fondement de cette convention dès lors qu'elle satisfait à certaines exigences minimales.

La convergence des droits pour reconnaître, à certaines conditions minimales sur lesquelles il existe un très large accord, la validité des conventions d'arbitrage et des sentences suffit à justifier l'autonomie de l'arbitrage international. Aucun droit, même celui du siège, n'en est le dépositaire exclusif. Tous concourent à asseoir la légitimité de la justice arbitrale internationale.

S'il est permis d'évoquer les représentations mentales de l'arbitrage, c'est par rapport aux thèses de Mann une véritable révolution copernicienne qui doit être opérée. L'arbitrage ne doit pas être conçu par son point de départ, accidentel ou non, qu'est son déroulement matériel dans un lieu déterminé. Il doit être appréhendé à travers la multiplicité des droits qui convergent à en reconnaître le produit : la sentence arbitrale.

25 – Cette conception de l'autonomie de l'arbitrage emporte les mêmes conséquences que la précédente en ce qu'elle émancipe le déroulement de l'arbitrage et la sentence des contraintes particularistes susceptibles de résulter d'un droit ou d'un autre, fût-il celui du siège. En revanche, elle n'encourt pas le grief de s'abstraire purement et simplement des ordres juridiques nationaux.

Mots-Clés : Arbitrage international - Autonomie - Ordre juridique arbitral - Enjeux