Le consentement des parties à l'arbitrage international

Ousmane Diallo

DOI : 10.4000/books.iheid.956
Éditeur : Graduate Institute Publications
Année d'édition : 2010
Date de mise en ligne : 10 novembre 2015
Collection : International
ISBN électronique : 9782940549061

http://books.openedition.org

Édition imprimée
ISBN : 9782130579472
Nombre de pages : XIX-292

Référence électronique
DIALLO, Ousmane. *Le consentement des parties à l'arbitrage international*. Nouvelle édition [en ligne]. Genève : Graduate Institute Publications, 2010 (généré le 29 février 2020). Disponible sur Internet : <http://books.openedition.org/iheid/956>. ISBN : 9782940549061. DOI : 10.4000/books.iheid.956.

© Graduate Institute Publications, 2010
Creative Commons - Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 3.0 non transposé - CC BY-NC-ND 3.0

Ousmane Diallo

Le consentement des parties à l'arbitrage international

Préface de Jean-Michel Jacquet

THE GRADUATE INSTITUTE | GENEVA
PUBLICATIONS

puf

Le consentement des parties à l'arbitrage international

Ousmane DIALLO

Le consentement des parties à l'arbitrage international

Préface de Jean-Michel JACQUET

Presses Universitaires de France

Collection de l'Institut de hautes études internationales et du développement, Genève

Établissement d'enseignement supérieur et de recherche, l'Institut de hautes études internationales et du développement offre une analyse indépendante et rigoureuse des grands thèmes de recherche contemporains, fondée sur une double approche pluridisciplinaire et disciplinaire des enjeux des relations internationales et du développement.

Dans ce cadre, la présente collection publie depuis plus de trente ans, à l'intention d'un public spécialisé d'étudiants comme de professeurs, des ouvrages en français issus d'une adaptation des meilleures thèses de droit, d'histoire et de science politique.

→ **http://graduateinstitute.ch**

ISBN 978-2-13057-947-2
Dépôt légal – 1re édition : 2010

© Presses Universitaires de France
6, avenue Reille, 75014 Paris

À la mémoire de
mon très regretté père,
Elhadj Oumar

Table des matières

Remerciements xi

Liste des abréviations xiii

Préface xvii

Introduction 1

PREMIÈRE PARTIE
La liberté de l'arbitrage, condition nécessaire au consentement à l'arbitrage 11

Chapitre I – Le consentement à l'arbitrage, manifestation d'une volonté conquérante 13
Section 1 – La conquête de la partie étatique 15
§ 1 Restrictions sur la participation des personnes publiques à l'arbitrage 17
A. Mesures d'interdiction 17
B. Autres restrictions 19
§ 2 Rôle du consentement des parties dans la reconnaissance de l'aptitude à compromettre des personnes morales de droit public 22
A. Le consentement, facteur d'ineffectivité des prohibitions internes 25
1. La jurisprudence étatique 26
2. La jurisprudence arbitrale 29
B. Consécration de l'aptitude de l'État et des autres entités publiques à compromettre 31
1. Textes affirmant l'aptitude des personnes morales de droit public à recourir valablement à l'arbitrage 32
2. Appréciation critique 37
Section 2 – Extension du domaine de l'arbitrage 42
§ 1 Notion d'arbitrabilité 43
§ 2 Articulation entre le consentement et l'arbitrabilité 46
A. Les causes de nature extrapatrimoniale, bastion de l'inarbitrabilité 47
B. Matières ouvertes à la conquête des parties 49

Chapitre II – Le consentement à l'arbitrage, manifestation d'une volonté contenue 55
Section 1 – Absence de consentement ou la problématique de l'arbitrage forcé 55

§ 1 Notion d'arbitrage forcé et étendue du phénomène 56
A. Définition de l'arbitrage forcé 56
B. L'arbitrage forcé en droit comparé 58
1. L'arbitrage forcé en France 59
2. L'arbitrage forcé en Suisse 60
3. L'arbitrage forcé aux États-Unis 60
4. Les problèmes posés par l'arbitrage forcé en Italie 61
§ 2 Légitimité de l'arbitrage forcé 61
A. Débat sur la légitimité de l'arbitrage forcé 62
B. Fondement du consentement et admissibilité de l'arbitrage forcé 63
Section 2 – Le consentement, critère de qualification de l'arbitrage ? 70
§ 1 Le débat sur la nature juridique de l'arbitrage forcé 70
A. L'intérêt du débat 70
1. Absence de consentement et qualification en droit interne 71
a) Constitutionnalité de l'arbitrage forcé 71
b) Régime juridique de l'arbitrage forcé 72
2. Absence de consentement et qualification sur le plan international 72
B. Les thèses en présence 75
1. Pas d'arbitrage sans consentement 75
2. L'absence de consentement ne dénature pas l'arbitrage 77
§ 2 Justice consensuelle et justice arbitrale : une coïncidence imparfaite 78
A. La prorogation de for 78
B. Justice institutionnelle et arbitrage en droit international public 79
C. Synthèse 80

DEUXIÈME PARTIE
L'expression du consentement à l'arbitrage 83

Chapitre I – Le consentement à l'arbitrage par voie contractuelle 85
Section 1 – Catégories de conventions d'arbitrage 85
§ 1 Le compromis d'arbitrage 86
A. Le compromis : source d'arbitrage 90
B. Le compromis : catalyseur d'arbitrage 92
§ 2 La clause compromissoire 96
A. Vertu préventive de la clause compromissoire 97
B. La clause et l'érosion de la base consensuelle de l'arbitrage 100
1. L'ampleur du phénomène 101
a) La technique de la clause arbitrale par référence 101

b) Clause arbitrale à effet unilatéral 108
c. La clause arbitrale statutaire 113
2. Implications quant à la pérennité du caractère consensuel de l'arbitrage 120
a) Vérification du recul annoncé du consentement à l'arbitrage 123
b) Substitut éventuel au consentement des parties à l'arbitrage 130
§ 3 Le traité d'arbitrage 132
Section 2 – Formation de la convention d'arbitrage 135
§ 1 Forme de la convention d'arbitrage 135
A. L'exigence d'un écrit 139
1. Signification de l'écrit 139
2. Valeur juridique de l'écrit 143
B. Droit applicable à la forme de la convention d'arbitrage 147
1. Devant l'arbitre 148
2. Devant le juge 151
§ 2 Contenu de la convention d'arbitrage 159
A. La commune intention de recourir à l'arbitrage 159
B. Les éléments essentiels 161
C. Éléments perturbateurs 164
1. Les affections touchant au principe du recours à l'arbitrage 165
2. Les affections relatives aux modalités du recours à l'arbitrage 168

Chapitre II – Le consentement à l'arbitrage par voie non contractuelle 171
Section 1 – Théories relatives à l'arbitrage reposant sur une loi ou un traité 180
§ 1 Théorie écartant le consentement des parties et concluant à l'arbitrage forcé 181
A. Exposé de la théorie 181
1. Le souci de préserver le consentement de l'État 184
2. La préoccupation relative à l'effectivité du consentement du particulier 185
3. Appréciation critique 187
§ 2 Persistance de l'approche contractuelle 191
A. La théorie de l'offre appliquée à la juridiction 193
1. Exposé de la théorie 196
2. Appréciation critique 197
a) De sérieux problèmes de qualification 198
b) D'importantes difficultés pratiques 201
B. Le recours à la théorie de la stipulation pour autrui 206
1. Stipulation pour autrui et arbitrage 209
2. Appréciation critique 212
Section 2 – Octroi à l'investisseur d'un droit non contractuel de recourir à l'arbitrage 214

§ 1 Le consentement à l'arbitrage non contractuel 217
A. Le consentement de la personne publique 217
1. Un premier niveau de consentement de l'État 218
2. Un second niveau de consentement de la personne publique 219
a) L'expression du consentement étatique dans la loi 221
b) Le consentement étatique résultant d'un traité 224
B. Le consentement de la personne privée 226
1. Un consentement nécessaire 226
2. Caractère non fondateur du consentement de la personne privée 231
§ 2 Pluralité des régimes et leur articulation 235
A. Une pratique instable 236
1. Unicité du contentieux et choix de la clause de juridiction applicable 236
2. Ventilation du contentieux en fonction du fondement de la demande 240
B. Approche non contractuelle et articulation des fondements de compétence 247
1. Appréciation critique de la pratique actuelle 249
2. Propositions en accord avec l'approche non contractuelle de l'arbitrage 256

Conclusion 261

Bibliographie 265

Index 289

Remerciements

Je souhaite exprimer ici ma très profonde gratitude à mon éminent maître, le Professeur Jean-Michel Jacquet, qui a bien voulu diriger mes recherches et préfacer le présent ouvrage.

Je tiens également à exprimer ma reconnaissance au Professeur Vera Gowland-Debbas, à Maître Philippe Leboulanger, au Professeur William W. Park, à Maître Charles Adams Jr., au Professeur Slobodan Djajic, au Professeur Jean-Baptiste Racine, à Monsieur Marc Galvin et à Madame Anne Stierlin pour leur appui précieux.

De nombreuses autres personnes ont contribué à l'aboutissement de cette œuvre. Je pense en particulier à ma sœur, Moyyho, à mon épouse Anouk et à nos deux petits, Tierno et Gando, dont le sourire rayonnant me remplit de bonheur.

Liste des abréviations

AAA	American Arbitration Association
AFDI	Annuaire français de droit international
AJIL	American Journal of International Law
ALENA	Accord de libre-échange Nord-américain
All E.R.	All England Law Reports
Am. Rev. Int'l Arb.	The American Review of International Arbitration
Am. Uni. Int'l. Law Rev	American University of International Law Review
Ann. Inst. Dr. Int.	Annuaire de l'Institut de Droit international
Arb. & Disp. Res. L. J.	Arbitration and Disputes Resolution Law Journal
Arb. Int'l.	Arbitration International
Arb. Mat.	Arbitration Materials
ASA	Association suisse de l'arbitrage
ASIL	The American Society of International Law
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral suisse
Bull. ASA	Bulletin de l'Association suisse de l'arbitrage
Bull. CCI	Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
BYIL	British Yearbook of International Law
Cass.	Cour de cassation
Cass. req.	Chambre des requêtes (ancienne formation) de la Cour de cassation française
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
CCI	Chambre de Commerce Internationale de Paris (Cour d'arbitrage de la)
CDI	Commission du droit international
CEPANI	Centre belge pour l'étude et la pratique de l'arbitrage national et international
CIA	Concordat intercantonal sur l'arbitrage
CIJ	Cour internationale de Justice

CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CJ	Code judiciaire (belge)
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International
CPA	Cour permanente d'arbitrage
CPC	Code de Procédure civile
CPJI	Cour permanente de Justice internationale
CREDIMI	Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux
CTS	Consolidated Treaty Series
D.	Dalloz-Sirey (Recueil)
DPCI	Droit et pratique du commerce international
FIBA	Fédération internationale de Basketball
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
IAAF	Association internationale des fédérations d'athlétisme
IAI	International Arbitration Institute/ Institut pour l'arbitrage international
ICCA	International Council for Commercial Arbitration
ICQL	International and Comparative Law Quarterly
ICSID Rep.	International Convention on the Settlement of Investment Disputes Reports
ICSID Rev.-FILJ.	ICSID Review, Foreign Investment Law Journal
ILM	International Legal Materials
ILR	International Law Report
Int'l. Law FORUM dr. int'l.	International Law FORUM du droit international
IUHEI	Institut universitaire de hautes études internationales
J. Bus. L.	Journal of Business Law
J.-Cl. Dr. Int	Juris-Classeur (droit international)
J.-Cl. Proc. Civ	Juris-Classeur (procédure civile)

JCP	Juris-Classeur Périodique
JCP éd. E	Juris-Classeur édition Entreprise
JDI	Journal du droit international (Clunet)
JIA	Journal of International Arbitration
JO	Journal officiel
JOCE	Journal officiel des communautés européennes
JT	Journal des tribunaux
J. World Invest. & Trade	The Journal of World Investment & Trade (avant 2004, The Journal or World Investment)
LCIA	London Court of International Arbitration
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé (suisse)
L. Pract. Int'l. Crt. & Trib.	The Law and Practice of International Courts and Tribunals
Mealey's Int'l. Arb. Rep.	Mealey's International Arbitration Report
NCPC	Nouveau Code de procédure civile (français)
Ord. réf.	Ordonnance de référé
QB	Queen's Bench Division
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
RDAI/IBLJ	Revue de droit des affaires internationales/International Business Law Journal
Rec.	Recueil
Recueil CIJ	Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la Cour internationale de Justice
Rép. Dr. int.	Répertoire de droit international, Dalloz
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. belge dr. int'l.	Revue belge de droit international
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
Rev. crit. jurisp. belge	Revue critique de jurisprudence belge
Rev. dr. com. belge	Revue de droit commercial belge

Rev. dr. int'l. dr comp.	Revue de droit international et de droit comparé
Rev. hell. dr. int'l.	Revue hellénique de droit international
Rev. Int'l. dr. comp.	Revue internationale de droit comparé
Rev. jurisp. com.	Revue de jurisprudence commerciale
Rev. lib. arb. int'l.	Revue libanaise de l'arbitrage international
RGDIP	Revue générale de droit international public
RSDIE	Revue suisse de droit international et de droit européen
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
S.	Sirey
SFDI	Société française de droit international
TAS	Tribunal arbitral du sport
TBI	Traité bilatéral sur les investissements
TF	Tribunal fédéral suisse
TGI	Tribunal de grande instance
World Arb.& Med. Rep.	World Arbitration & Mediation Report
Yale J. Int'l. L.	The Yale Journal of International Law
YCA	Yearbook Commercial Arbitration
ZPO	Zivilprozessordnung (Code de procédure civile Allemagne/Autriche)

Préface

Quel sujet serait en apparence plus classique que le consentement à l'arbitrage ? Vrai ou supposé, le classicisme d'une étude approfondie conduit souvent à bien des découvertes, à une remise en question et en perspective qui éloigne le lecteur des certitudes acquises et lui fait découvrir des champs qu'il ignorait. Tel est le sens premier de l'ouvrage que nous livre M. Ousmane Diallo, fruit d'une thèse de doctorat largement remaniée – mais non abusivement simplifiée – pour les besoins de l'édition.

Le défi à relever n'était pourtant pas mince. En effet, le consentement à l'arbitrage est soumis à deux forces qui s'exercent en sens contraire. Fondement universel et quasi incontesté de l'arbitrage, il est exposé au sentiment d'évidence qui conduit à éviter toute remise en question. C'est ainsi que l'on peut comprendre le malaise que provoque l'arbitrage forcé, tant l'idée d'un arbitrage sans consentement semble dénaturer l'arbitrage. Monsieur Diallo ne se satisfait pas de cette évidence qui relève plutôt de l'approximation.

Mais à l'inverse, se répand le sentiment diffus selon lequel le succès de l'arbitrage, la place qu'il a pu conquérir, notamment en matière internationale, permettent de négliger le consentement, de le considérer obtenu à bon compte, ou de façon si déconcertante que toute épaisseur lui est ôtée, et que son rôle véritable s'étiole.

Monsieur Diallo rétablit le consentement dans le seul contexte qui en fonde la nécessité et permet d'en mesurer l'amplitude : la liberté de l'arbitrage. C'est l'un des grands apports de sa thèse. La première partie de celle-ci est consacrée à cette question.

Ainsi est fournie à l'auteur l'occasion de résoudre élégamment la difficulté qui consiste à distinguer le consentement de la volonté : fruit de la volonté, le consentement n'en est que la manifestation qui la rend efficace. Et cette efficacité se révèle par la démarche proprement conquérante de la volonté, dans ses deux plus éclatantes manifestations : la participation, progressivement mais difficilement acquise, de la partie étatique à l'arbitrage, et l'extension du domaine de l'arbitrage, obtenue par la réduction corrélative du domaine de l'inarbitrabilité. Le grand intérêt de ces développements est de faire apparaître le consentement – et la volonté qui le sous-tend – comme l'élément moteur, presque *contra legem*, d'une évolution considérée comme nécessaire.

Mais la volonté peut également être contenue, pratiquement mise à néant, à l'image de ce qui se passe avec l'arbitrage forcé, auquel M. Diallo consacre des développements substantiels. Il en conclura que l'arbitrage forcé est bien un arbitrage, car ce serait une erreur que d'affirmer sans précaution une coïncidence totale, nécessaire, entre la justice arbitrale et une justice consensuelle : la raison en est

que l'État, à qui reste toujours la maîtrise de la fonction de juger, peut parfaitement aiguiller les parties vers une justice différente de celle que rendent ses propres tribunaux, sans dénaturer l'arbitrage dont les caractéristiques ne se réduisent pas au consentement des parties.

Une fois le consentement établi dans son contexte et sa légitimité, il restait à envisager son expression (deuxième partie de la thèse). L'observation de l'évolution récente en matière d'arbitrage fondé sur une loi ou un traité de protection de l'investissement était de nature à fournir à M. Diallo une clé de répartition que beaucoup d'auteurs auraient cependant refusé d'utiliser : le consentement donné par voie contractuelle opposé au consentement donné par une voie non contractuelle. L'opposition ne peut être lumineuse que si elle est exacte.

La voie contractuelle (traditionnelle) devait d'abord être réexplorée et c'est avec une incontestable maîtrise que M. Diallo a réévalué le rôle du consentement d'abord au niveau des conventions d'arbitrage (y compris celles qui peuvent figurer dans des traités, car l'arbitrage interétatique n'est pas absent de la thèse) où il reconnaît un certain degré d'érosion du consentement, ensuite au niveau de la formation de la convention d'arbitrage, où domine la problématique de la forme écrite et du contenu de la convention d'arbitrage, étudiée avec le plus grand soin.

Mais il fallait encore aborder de front l'épineuse question de l'arbitrage entre États et investisseurs étrangers où, en l'absence fréquente de tout rapport contractuel entre l'État et l'investisseur (et même, parallèlement pourrait-on dire, à ce rapport contractuel, s'il en existe un), celui-ci peut former une demande d'arbitrage contre l'État sur la base d'une loi, ou plus fréquemment une clause d'un traité qu'il est en situation d'invoquer. À ce point, l'auteur n'a guère de peine à exclure la qualification d'arbitrage forcé, non seulement parce qu'il est impossible – et serait fort peu rationnel – de contraindre l'investisseur à choisir la voie de l'arbitrage, mais également parce que l'État a donné préalablement son consentement, même s'il est dépourvu du droit de saisine. Plus délicate est la réfutation de l'existence d'une situation véritablement contractuelle reposant sur la conjonction d'une offre générale suivie d'une acceptation décalée dans le temps et matérialisée par la demande d'arbitrage de l'investisseur. Mais celle-ci ne trouve pas davantage grâce aux yeux de M. Diallo, non plus d'ailleurs que l'explication fondée sur le mécanisme de la stipulation pour autrui.

La solution qu'il préconise – largement appuyée sur le droit international public et dont il n'est pas possible de retracer le cheminement dans le cadre d'une préface – est basée pour l'essentiel sur le refus d'une qualification contractuelle, impropre à rendre compte de la situation envisagée ici. Ainsi l'État accorde unilatéralement un droit à l'investisseur, qu'il appartient à celui-ci de mettre en œuvre

s'il le désire. Mais entre l'État et l'investisseur, dans cette configuration, il n'y a pas matière à contrat. L'arbitrage repose sur le seul consentement de l'État et c'est de ce consentement que découle la relevance de celui de l'investisseur, impuissant pourtant à s'unir à celui de l'État pour établir une relation contractuelle.

L'ingéniosité de la thèse n'est surpassée que par la rigueur des arguments. M. Diallo ne refuse pas, par position dogmatique, la possibilité d'un contrat entre l'État et l'investisseur ; il la sait parfaitement possible. Mais il se refuse, dans ce contexte, à imaginer un contrat qui n'existe pas. Ainsi cet arbitrage, quoique non contractuel, n'en est pas moins consensuel.

On l'aura compris, la thèse de M. Diallo est à nos yeux exemplaire par l'alliance de la rigueur des démonstrations et de l'imagination juridique, comme par la fidélité constante aux postulats qui l'animent. Nous souhaitons ardemment qu'elle ouvre à M. Diallo les voies de la belle carrière qu'il mérite.

Jean-Michel Jacquet

Professeur à l'Institut de hautes études internationales et du développement

Introduction

Les rapports humains, souvent établis dans un climat d'entente, peuvent devenir conflictuels et engendrer des contestations. Ces dernières sont, autant que possible, l'objet d'un règlement amiable entre les partenaires, avec ou sans l'aide d'un tiers. Mais il arrive que les prétentions respectives se révèlent inconciliables et que le litige demande à être tranché. Alors devra-t-il être soumis à une juridiction dont on attend une décision à vocation exécutoire. Cette juridiction est dite obligatoire lorsque sa compétence s'impose aux parties. Elle est en revanche consensuelle si, pour statuer valablement, elle a besoin de se fonder sur leur accord[1].

La justice étatique illustre parfaitement le premier cas de figure : ses tribunaux ont une compétence générale, définie par la loi. En cas de litige, la partie la plus diligente est libre de les saisir d'une requête unilatérale (citation directe). C'est tout le contraire de l'arbitrage, qui symbolise la justice consensuelle par excellence.

L'arbitrage repose, en effet, sur la volonté des parties qui, pour le règlement de leurs litiges, recourent à ce mode de justice privée[2]. Au-delà de la nature des parties (simples particuliers ou États) ou de la fonction de l'arbitre (qui peut être un magistrat professionnel), le caractère privé de l'institution tient surtout au fait que le recours à l'arbitrage procède d'un choix individuel, non d'une contrainte étatique, et l'arbitre qui tranche le litige agit à titre privé, non dans l'exercice d'une fonction officielle. Tant dans son organisation que dans son fonctionnement, l'arbitrage international reste, en principe, autonome : il ne s'insère dans l'ordonnancement juridique ni d'un État ni d'une organisation internationale.

Ce n'est pourtant pas le ramener à une simple technique qui opérerait en marge de la loi. « Ainsi, l'arbitrage est l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci »[3]. Le fondement volontaire de l'arbitrage participe, à côté de son caractère juridictionnel, de l'essence même de l'arbitrage[4]. C'est un trait

1 P. Weil, *Écrits de droit international. Théorie générale du droit international. Droit des espaces. Droit des investissements privés internationaux*, P.U.F., Paris, 2000, p. 101.

2 La justice privée, visée ici, est celle rendue par de simples particuliers investis, pour la circonstance, de la mission de juger. Elle ne se confond pas à la faculté de se faire justice à soi-même, interdite en droit interne, mais reçue en droit international, sous certaines conditions. Voir D. Alland, *Justice privée et ordre juridique international. Étude théorique des contre-mesures en droit international public*, préface de P.-M. Dupuy, A. Pedone, Paris, 1992, p. 8.

3 Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, préface de B. Oppétit, L.G.D.J., Paris, 1987, p. 372 (en italiques dans l'original).

4 *Ibidem*, p. 19.

fondamental et caractéristique de l'institution. D'ailleurs, pour Jean Robert, « l'aspect volontaire de l'arbitrage […], en est la marque »[5].

Mais, pour important que soit le consentement dans l'arbitrage, est-il justifié d'affirmer que toute justice consensuelle est nécessairement arbitrale, d'une part, et, d'autre part, de nier systématiquement la qualification d'arbitrage à toute procédure juridictionnelle non fondée sur le consentement des parties ?[6]

Quelle que soit la réponse qui sera donnée à cette double interrogation – qui pose le problème de l'arbitrage forcé et de sa place dans la notion d'arbitrage –, il demeure d'ores et déjà acquis que le consentement n'a de sens dans notre matière que si l'arbitrage est libre, en ce sens qu'il est laissé aux parties le choix d'y recourir ou d'y renoncer. Une première ambition de cette étude est justement d'apporter quelques éclaircissements sur l'articulation entre la volonté individuelle à la base de l'arbitrage, d'un côté, et la loi expression de la volonté générale, de l'autre.

Pour bien comprendre l'importance de ce choix, il convient de rappeler que l'arbitrage n'est pas l'unique option offerte aux parties, la justice étatique et les modes alternatifs de règlement des conflits étant également à leur disposition. Si donc l'arbitrage est choisi, c'est en raison des avantages qu'il offre, qui découlent pour une large part de son caractère hybride : né de la volonté individuelle, il aboutit à une sentence qui oblige les parties et dont l'exécution peut mobiliser la force publique au même titre qu'un jugement rendu par les tribunaux d'État. À la différence, toutefois, de la justice étatique qui s'impose aux justiciables, l'arbitrage sollicite leur suffrage et, une fois l'adhésion obtenue, leur garantit une résolution définitive du litige, dépassant ainsi l'efficacité des moyens non juridictionnels de règlement des différends. De tous les modes de règlement disponibles, l'arbitrage est probablement le seul à pouvoir allier, à un degré si élevé, autonomie de la volonté et efficacité des solutions, autant de facteurs laissant augurer d'un bel avenir pour la justice privée.

Il est, en effet, des circonstances propres à rendre l'arbitrage plus approprié que tout autre mode de règlement : les différends entre les sujets de droit international public sont largement résolus par le recours aux moyens politiques ou diplomatiques disponibles ; ceux qui ne peuvent l'être par ce biais sont soumis soit à l'arbitrage soit à la justice internationale. Mais, par rapport au règlement judiciaire international, l'arbitrage peut faire valoir deux atouts majeurs : une pratique multiséculaire et une souplesse qui lui assure la faveur des États, lesquels le considèrent généralement mieux adapté aux exigences de la souveraineté. En outre, si la compétence contentieuse

5 J. Robert (avec la collaboration de B. Moreau), *L'arbitrage. Droit interne, droit international privé*, 6e édition, Dalloz, Paris, 1993, p. 3.

6 M. Rubino-Sammartano, *International Arbitration Law and Practice*, 2nd ed., Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2001, p. 25.

du juge international repose, comme celle de l'arbitre, sur le libre consentement des parties qui y recourent, seul l'arbitrage préserve durablement leur autonomie qui s'étend, au-delà du choix du mode de règlement voulu, à la composition du tribunal arbitral et à la détermination des règles de procédure[7].

Dans les litiges opposant un État ou une entité publique à une personne privée étrangère, l'inégalité juridique des parties est patente ; ainsi, le choix de l'arbitrage semble mieux répondre aux exigences de la justice : il met en confiance la partie privée dont les intérêts peuvent paraître mieux protégés par le recours à l'arbitrage que par une action devant les tribunaux de l'État mis en cause[8].

De même, les litiges nés des relations économiques internationales de droit privé se prêtent bien à un règlement arbitral. Diverses raisons, dont des « méfiances psychologiques, accompagnées des désagréments matériels, du handicap juridique, et souvent aussi d'arrière-pensées politiques poussent les praticiens du commerce international à refuser, chacun de leur côté, la compétence des juges naturels de leur cocontractant. L'arbitrage, en revanche, leur semble plus propice à un règlement de leur différend sans détérioration définitive de leurs relations »[9]. Dans l'ensemble des domaines susmentionnés, l'arbitrage bénéficie d'un avantage comparatif généralement reconnu.

Dans l'ordre interne, le recours à l'arbitrage suscite parfois une certaine méfiance, et nombre de législations nationales n'hésitent pas à en restreindre l'accès[10]. Ces restrictions sont parfois présentées comme des mesures de protection renforcée de parties peu expérimentées ou réputées économiquement faibles. Elles viseraient à

---

7 A. Cocatre-Zilgien, « Justice internationale facultative et justice internationale obligatoire », *RGDIP*, 1976, p. 689-737, spéc. p. 712 et s. ; O. Diallo, « L'apport de l'arbitrage dans la prévention et la résolution des conflits internationaux », dans *Prévention, gestion et sortie des conflits,* Actes du séminaire de recherche doctorale commun IUHEI, IUED, IEUG, V. Chetail, C. van der Poel, S. Ramel et R. Schwok (éds.), Euryopa, Institut européen de l'Université de Genève, 2006, p. 101-118, spéc. p. 103.

8 E. Paasivirta, *Participation of States in International Contracts and Arbitral Settlement of Disputes*, Lakimiesliton Kustannus, Helsinki, 1990, p. 28. Pour un cas d'application, voir *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. The Republic of Liberia*, 26 *ILM* (1987), p. 647-662.

9 Ph. Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, Paris, 1965, p. 3.

10 L'évolution du régime juridique de la clause compromissoire en France illustre parfaitement cette attitude de méfiance envers l'arbitrage, ainsi que la volonté d'assurer, sur le plan interne tout au moins, la protection de ceux qui y recourent. Un assouplissement est intervenu avec l'adoption de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 (article 126), *J.O.*, 16 mai 2001, p. 7801. Voir, Ch. Jarrosson, « Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001 », *JCP – La Semaine Juridique Edition Générale,* n° 27, 4 juillet 2001, p. 1317-1324 ; Ph. Fouchard, « La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001 », *Rev. arb.*, 2001, p. 397-421.

protéger équitablement les justiciables de l'arbitrage, lorsque les circonstances font craindre que cet objectif ne puisse être atteint par la seule exigence du consentement.

Si ces considérations ne sont pas absentes sur la sphère internationale, où le consentement des parties demeure tout aussi fondamental, il apparaît ici moins indiqué de le concevoir de manière rigide. La prise en compte de la spécificité des relations économiques internationales plaide plutôt en faveur d'un relâchement des exigences de forme non seulement pour la rapidité des affaires, mais aussi en considération de la difficulté qu'éprouvent les opérateurs étrangers à connaître et respecter les multiples restrictions du droit interne. Ainsi, à mesure que l'on s'éloigne des situations purement internes, l'arbitrage se libère progressivement.

En conséquence, la place occupée par l'arbitrage varie en fonction de trois facteurs : la qualité des parties, le caractère interne ou international du litige et le domaine dans lequel il s'insère. Ces variables ne doivent toutefois pas occulter la constance du principe en vertu duquel l'arbitrage, interne comme international, tire sa source de la volonté des parties.

Reste à cerner cette volonté, « fait intérieur et invisible », qu'on ne saurait confondre avec le consentement, « signe extérieur qui la fa[it] reconnaître »[11]. La volonté est du ressort exclusif de l'individu, d'où son caractère versatile. Issu de la volonté, le consentement est, à l'inverse, « une sorte de gage que l'on donne à l'autre. C'est pourquoi la volonté peut vouloir tout tandis que le consentement ne peut porter que sur le possible, que sur ce que je peux donner. Le consentement a partie liée avec le patrimoine, alors que la volonté y est naturellement étrangère »[12]. L'arbitrage, objet du consentement, illustre parfaitement les limites de ce dernier, puisqu'il ne peut porter que sur les droits patrimoniaux des parties ou, en tout cas, sur ceux dont elles ont la libre disposition.

Mais que faut-il entendre par consentement ? Ce terme semble dériver du latin : *consentire* qui signifie être d'accord. Il s'agit donc, selon le *Vocabulaire juridique*, d'un « accord de deux ou plusieurs volontés en vue de créer des effets de droit… ». Le terme désigne aussi, à l'intérieur de cet accord, « la volonté de chacune des parties contractantes » et c'est en ce sens que l'on parle de l'échange des consentements. Il peut aussi désigner, par extension, « la volonté de l'auteur d'un acte unilatéral », d'où l'expression de consentement de

11 Savigny, *Traité de droit romain*, III, p. 262 cité par A. Rieg, « Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIX^e^ siècle », *Archives de philosophie du droit*, Sirey, Paris, 1957, p. 127.

12 M.-A. Frison-Roche, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.* (3), juillet-septembre 1995, p. 573-578, spéc. p. 574, n° 4.

la partie qui s'oblige[13]. La présente étude, plus précisément sa partie consacrée aux divers modes d'expression du consentement à l'arbitrage, illustre parfaitement cette polysémie.

La multiplicité des situations faisant intervenir le consentement des parties (consentement des époux au mariage, consentement des parties au contrat, consentement à l'acte médical, etc.) suscite une double interrogation : est-il justifié de parler d'originalité du consentement à l'arbitrage par rapport aux variantes ci-dessus évoquées ? Dans l'affirmative, en quoi la manifestation de volonté dont l'objet est le recours à l'arbitrage présente-t-elle une quelconque spécificité ?

Notre conviction est que le consentement à l'arbitrage présente effectivement une certaine originalité dont les signes révélateurs sont à rechercher tant du côté de la convention d'arbitrage parmi les contrats, que de celui de l'arbitrage parmi les modes alternatifs de règlement des litiges.

Le premier volet de cette spécificité se réfère donc à la convention d'arbitrage, laquelle présente une remarquable originalité par rapport aux autres contrats. Convention à objet juridictionnel, elle manifeste moins l'entente entre les parties que leur souci commun de surmonter leur désaccord. Sa mise en œuvre suppose donc un litige entre les parties. Mais, une fois cette condition remplie, la convention d'arbitrage exige une exécution en nature, qui se traduit, entre autres, par l'incompétence des tribunaux ordinaires à connaître d'un litige faisant l'objet d'une convention d'arbitrage valable.

Peut-on en inférer que l'accès à l'arbitrage passe nécessairement par la conclusion d'une convention d'arbitrage ? Est-il correct d'écrire, comme certains auteurs l'ont fait, que « *If there is to be a valid arbitration, there must first be a valid agreement to arbitrate* » ?[14]

C'est poser le problème de la distinction entre le *consentement à l'arbitrage*, d'une part, et la *convention d'arbitrage*, d'autre part.

Une distinction d'autant plus fondamentale que le lien peut sembler naturel entre ces deux notions, d'où un risque élevé de glisser insensiblement de l'étude du consentement à l'arbitrage, objet de la présente thèse, à l'analyse de la convention d'arbitrage qui, sans être étrangère à notre propos, n'en constitue pas la trame. Vu sous l'angle du droit des contrats, le consentement paraît soulever moins de questions que la convention d'arbitrage, dont il intéresse la formation mais non les effets. Au regard du droit et de la pratique de l'arbitrage, en revanche, notre sujet couvre un domaine plus vaste que celui de la convention d'arbitrage. Ainsi, si celle-ci matérialise le consentement des parties à l'arbitrage, nous verrons que ce dernier peut exister indépendamment de cette convention. L'un des

13 Gérard Cornu (éd.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 8e éd., PUF, Paris, 2000, p. 204, V° *Consentement*.

14 A. Redfern, M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 3rd ed., Sweet & Maxwell, London, 1999, p. 4.

objectifs de cette étude est, en effet, de démontrer que sans cesser d'être volontaire et donc sans renoncer à recueillir le consentement des parties, l'arbitrage peut, dans certaines circonstances, emprunter d'autres voies que la figure contractuelle. C'est dire donc que le champ de notre étude n'est ni plus vaste ni plus étroit que celui de la convention d'arbitrage, il en est tout simplement différent.

En effet, l'un des grands apports de la Convention de Washington[15] est d'avoir ouvert la voie à un arbitrage volontaire, mais non fondé sur une convention d'arbitrage. En d'autres termes, la notion de consentement a été élargie de manière à couvrir des situations dans lesquelles il n'existe ni relation contractuelle, ni convention d'arbitrage spécifique entre la personne publique et l'investisseur étranger[16]. C'est une évolution d'autant plus remarquable que, pour nombre d'États, il était exclu qu'un investisseur puisse, dans ces conditions, saisir unilatéralement le CIRDI. À ce propos, on ne peut que convenir avec le professeur Fouchard que voir « se développer un arbitrage transnational qui ne repose plus sur une convention conclue entre l'État d'accueil (ou son émanation) et l'investisseur étranger » est incontestablement de nature à dérouter quiconque sait que le domaine des investissements internationaux est celui « où la subversion de l'arbitrage était spécialement redoutée »[17].

Le second aspect de l'originalité du consentement à l'arbitrage se révèle lorsqu'on compare ce dernier aux modes alternatifs de règlement des litiges. Sa spécificité réside alors dans le fait qu'il crée, pour les parties, un engagement sans commune mesure avec les obligations résultant du choix d'un mode volontaire mais non juridictionnel de règlement des litiges. La différence tient au caractère sérieux – grave diraient certains – de l'engagement arbitral, lequel vise une résolution définitive du litige par une sentence obligatoire pour les parties. S'agissant des modes amiables de règlement des litiges, en revanche, le consentement nécessaire au déclenchement du processus subsiste et conditionne son aboutissement.

---

15 Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, Washington, 18 mars 1965.

16 J. Paulsson, « Arbitration without privity », 10 *ICSID Review/F.I.L.J.*, 1995, p. 232 ; B. Stern, « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ? », *in Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^e siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Khan*, Litec, Paris, 2000, p. 223.

17 Ph. Fouchard, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges du commerce international », *in Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^e siècle. A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, Paris, 2000, p. 95-115, spéc. p. 107. Néanmoins, le CIRDI fait actuellement l'objet de contestation, notamment en Amérique latine, la Bolivie et l'Équateur ayant décidé de dénoncer la Convention de Washington ; parallèlement, d'autres États intègrent le système (voir la liste des États parties à : http://www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-en.htm).

La prise en compte de cette différence implique que l'on s'assure de l'objet de l'accord intervenu entre les parties avant de les soumettre à un règlement ou à un autre. Des enjeux fondamentaux s'y attachent[18]. Par exemple, lorsque les parties n'ont consenti que des pouvoirs de médiateur au tiers, c'est qu'elles ont entendu conserver la liberté d'accepter ou de rejeter la solution qui leur serait proposée, une option qui cesse d'être ouverte lorsque le consentement donné fait référence à l'arbitrage.

Pierre angulaire de l'arbitrage[19], le consentement des parties ne doit donc pas voir son importance sous-estimée. Dans l'ordre interétatique, il découle directement de la souveraineté dont il entend assurer la sauvegarde[20]. En droit interne, à côté de son effet positif que matérialise la soumission à la justice arbitrale, le consentement à l'arbitrage se traduit par la renonciation à un droit fondamental, celui de l'accès au juge[21]. Il s'agit donc d'un engagement à prendre au sérieux[22]. Aussi, même lorsque le droit opte pour un consensualisme pur dans l'expression du consentement à l'arbitrage, « *parties are well advised to be more demanding than the law usually is and to draft their arbitration agreement in a form and with respect to subjects which cannot later give rise to any discussion as to their intention to resort to arbitration* »[23].

Mais, si la clarté et la précision du consentement sont de nature à limiter les difficultés, elles ne suppriment pas pour autant les contestations relatives à la compétence du tribunal arbitral. Or, du moment que celle-ci découle du consentement des parties, la solution réside dans la recherche et l'application de leur volonté commune, ce qui est loin d'être aisé. En effet, si la partie qui met en doute la compétence arbitrale peut être de bonne foi et sa position bien fondée, ce moyen de défense peut aussi servir d'échappatoire à l'obligation d'arbitrage souscrite, ou, tout au moins, favoriser les manœuvres dilatoires.

---

18 Ch. Jarrosson, "Les frontières de l'arbitrage", *Rev. arb.*, 2001, p. 5-41.

19 A. Broches, *Selected Essays. World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1995, p. 165.

20 D. Nguyen Quoc., P. Dallier, A. Pellet, *Droit international public*, 7e éd., LGDJ, Paris, 2002, p. 863, n° 524.

21 De rang constitutionnel, ce droit repose sur un fondement tout aussi solide en droit international. Parmi les instruments internationaux, citons, dans un ordre chronologique, l'article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948) ; l'article 6, al. 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1950), l'article 14, al. 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966). Voir, M. Rubino-Sammartano, *op. cit.*, note 6, p. 28 ; Ch. Jarrosson, *op. cit.*, note 3, p. 15.

22 A. Redfern, M. Hunter, *op. cit.*, note 14, p. 5.

23 K. P. Berger, *International Economic Arbitration*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/Boston, 1993, p. 119.

En vertu du principe de la compétence de la compétence[24], il incombe alors à l'arbitre de statuer sur le principe et l'étendue de son investiture. Toutefois, quelle que soit la décision rendue par l'arbitre sur sa compétence, elle n'est ni souveraine ni définitive, car sujette au contrôle du juge. Entre l'excès de formalisme et le laisser-aller, la vérification de l'existence, de la validité et de la portée du consentement doit être menée de manière à préserver l'autonomie de l'arbitrage international sans en sacrifier l'efficacité[25].

En définitive, même s'il peut paraître exagéré de parler de crise du consentement dans sa fonction de légitimation de l'arbitrage, il demeure que ce dernier est devenu une source de multiples problèmes dont certains constituent, tant pour les parties que pour les juridictions appelées à en connaître, un véritable casse-tête. C'est probablement pour cette raison que d'aucuns n'hésitent plus à voir la solution dans le dépassement pur et simple de l'exigence de consentement dans l'arbitrage. Une exigence devenue, selon eux, un dogme obsolète relevant de la pure fiction[26]. Une telle évolution leur paraît d'autant plus souhaitable que l'arbitrage est de plus en plus reconnu comme le mode normal de règlement des litiges internationaux[27].

La question du consentement à l'arbitrage se pose de nos jours d'une manière plus controversée que jamais. Divers aspects de la question ont certes été étudiés, ici ou là, mais, à notre connaissance, aucune monographie n'a à ce jour été consacrée au consentement à l'arbitrage, bien que l'on répète à l'envi l'origine volontaire de l'institution. Il est, par conséquent, grand temps d'entamer une réflexion approfondie sur le sujet.

Dans cette démarche, il ne nous paraît pas opportun de faire des exclusions *a priori*, ni par rapport au caractère interne ou international de l'arbitrage, ni par rapport à la matière litigieuse. Le consentement étant le dénominateur commun de toutes ces formes d'arbitrage, et le problème de la compétence étant en principe examiné avant le fond, le domaine dans lequel intervient le litige ne nous semble pas ici d'un grand intérêt. Bien entendu, des distinctions doi-

---

24 Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Paris, 1996, p. 409 et s.

25 J.-B. Racine, « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.*, 2005, p. 305 ; Th. Clay, « L'efficacité de l'arbitrage », *Petites affiches*, 2003, n° 197, p. 4 ; S. Bollée, « La clause compromissoire et le droit commun des conventions », *Rev. arb.*, 2005, p. 197.

26 G. Kaufmann-Kohler, P. Henry, « Formula 1 Racing and Arbitration : the FIA Tailor-Made System for Fast-Track Dispute Resolution », *Arb. Int'l.*, vol. 17, n° 2, 2001, p. 173-210, spéc. p. 186.

27 G. Cuniberti, « Beyond Contract : The Case for Default Arbitration in International Commercial Disputes », *Law Working Paper Series, Paper Number 2009-03*, Faculty of Law, Economics and Finance, University of Luxembourg, February 23rd, 2009, 63 p., disponible à http://ssrn.com/abstract=1348448 (état du 10/03/10).

vent être faites prenant en compte notamment la nature des parties et l'organisation des voies de recours. L'importance accordée à tel ou tel domaine, à tel ou tel ordre juridique sera fonction de la fréquence selon laquelle s'y pose le problème qui nous occupe. Naturellement, cela nous conduira à accorder une attention prépondérante à l'arbitrage international au sens large.

Ainsi, dans une première partie, nous étudierons la liberté de l'arbitrage comme condition du consentement à l'arbitrage et, dans une deuxième partie, les modes d'expression de ce consentement. Nous récapitulerons le tout dans une brève conclusion.

Première partie

La liberté de l'arbitrage, condition nécessaire au consentement à l'arbitrage

Il est des situations de nature à enlever au consentement toute utilité. Ainsi, lorsque la loi soustrait certains litiges, entre certaines parties, à la connaissance des arbitres, le consentement est en principe impuissant à étendre le domaine de l'arbitrage aux personnes ou aux matières visées. De même, lorsque la décision de recourir à l'arbitrage est dissociée de la volonté des parties pour reposer sur la loi, aucun problème de consentement ne doit normalement intervenir, car c'est alors en vertu de la loi que l'arbitrage doit avoir lieu, indépendamment de la volonté des parties en litige.

L'étude du consentement à l'arbitrage n'aurait donc de sens que si les parties sont libres de recourir à cette procédure en vue de la résolution de leurs litiges. La liberté de l'arbitrage apparaît ainsi comme une condition nécessaire au consentement à l'arbitrage. Mais, les restrictions légales rendent-elles le consentement totalement superflu pour autant ? Nous verrons que ces circonstances ne sont pas de nature à priver le consentement des parties de tout effet utile. Au contraire, il peut encore jouer un rôle déterminant dans la délimitation du domaine de l'arbitrage (chapitre I), sans toutefois étendre son influence à la définition de la notion même d'arbitrage (chapitre II).

Chapitre I

Le consentement à l'arbitrage, manifestation d'une volonté conquérante

Aux termes de l'article 2059 du Code civil français, « toutes personnes peuvent compromettre… »[28]. C'est un principe essentiel, en ce qu'il énonce le droit pour tous de recourir à l'arbitrage. Une manière claire d'en affirmer la liberté car « à travers les personnes, sont en réalité visés des droits, et la liberté de leur exercice »[29].

L'affirmation de la liberté de l'arbitrage, symbolisée par l'exigence du consentement des parties, comporte toutefois un risque, celui d'éluder la place et le rôle fondateur de la loi dans l'arbitrage. Pourtant, quelle que soit l'importance accordée à la volonté individuelle, celle-ci ne peut prendre la place dévolue à la loi. S'il est vrai que l'arbitrage repose sur la volonté des parties, il n'en reste pas moins que c'est en vertu de la loi et dans les limites qu'elle a fixées que cette volonté peut produire les effets juridiques ou juridictionnels voulus[30]. La loi est donc la source de tout arbitrage : « la faculté ainsi ouverte aux parties ne peut l'être qu'avec l'assentiment de la loi et pour répondre à des besoins reconnus »[31]. Ainsi, en droit positif tout au moins, c'est dans la loi que réside la source première et le fondement ultime de tout arbitrage : qu'il soit volontaire ou imposé, il s'agit toujours d'une institution réglementée[32]. Comme

---

28 Voir aussi l'article 2 de l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage, *JO* de l'OHADA, 3e année, n° 8, 15 mai 1999, p. 1-8 (reproduit dans *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Travaux du Centre René-Jean Dupuy pour le droit et le développement, vol. I, sous la direction de Ph. Fouchard, Bruylant, Bruxelles, 2000, Annexe II, p. 264-270).

29 J. Robert, *op. cit.*, note 5, p. 13.

30 Philippe Fouchard rappelle ainsi que « les conventions particulières ne sont obligatoires que dans la mesure où la loi nationale les déclare telles ; même les Conventions interétatiques doivent être reçues, c'est-à-dire ratifiées, par chaque autorité étatique. Le développement des sociétés étatiques, leur renforcement, a conduit la majorité de la doctrine et les juridictions les plus éminentes à poser en principe que "tout contrat international est nécessairement rattaché à une loi nationale", "a son fondement dans une loi nationale". Sous sa forme contractuelle, et à plus forte raison, semble-t-il, sous sa forme juridictionnelle, l'arbitrage ne semble pas pouvoir échapper à cette condamnation de l'autonomie absolue de la volonté, de la volonté considérée comme, par elle-même, source créatrice de droit ». (*op. cit.*, note 9, p. 23-24).

31 J. Robert, *op. cit.*, note 5, p. 4.

32 Voir Ch. Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale*, Dalloz, Paris, 2001, p. 19, qui parle de « source étatique de l'institution arbitrale ».

tel, l'arbitrage « ne parvient pas encore à s'affranchir de l'activité législative et juridictionnelle de l'État »[33]. La paix civile étant tributaire de l'efficacité des mécanismes de règlement des litiges, l'État tient, au contraire, à exercer un pouvoir d'encadrement et de contrôle effectif sur l'arbitrage, ce qui le conduit parfois à en interdire ou, du moins, à en restreindre l'accès[34].

Mais la compétence ainsi reconnue à l'État emporte-t-elle le pouvoir d'émettre une prohibition générale de ce mode juridictionnel alternatif à la justice étatique ? À cette question qui pose le problème de la garantie d'accès à l'arbitrage et la protection du « droit à l'arbitre »[35], il semble qu'il faille bien répondre par la négative. En effet, la liberté qui est à l'origine de l'arbitrage le soustrait à la libre disposition de l'État. Si celui-ci a incontestablement le pouvoir de le réglementer, il serait par contre mal avisé de vouloir l'interdire sous toutes ses formes. À la suite de M. Delvolvé, on pourrait d'ailleurs se demander « au nom de quel principe supérieur devrait-on interdire aux justiciables qui sont prêts à en payer le prix, de choisir pour juges, au lieu d'un tribunal d'État, une ou plusieurs personnes privées investies et dignes de leur confiance particulière, pour des raisons d'une légitimité indiscutable ? »[36]

Aucun, serait-on tenté de répondre avant de constater, avec René David, que dans la pratique, l'arbitrage demeure très libre, et fait l'objet d'une pratique quasi universelle. Toutefois, si aucun système juridique « n'interdit de façon complète l'arbitrage »[37], il n'est admis que moyennant quelques restrictions, destinées notamment à garantir la liberté individuelle et à protéger l'intérêt général. Ces limitations visent, pour l'essentiel, tantôt les parties, tantôt la matière litigeuse. Elles peuvent aussi porter sur les modalités du choix de l'arbitrage, le but étant de prévenir toute perversion de la liberté. Concrètement, il s'agit de faire de la loi un rempart contre d'éventuels abus car, comme l'a judicieusement fait remarquer Lacordaire, « entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit »[38].

---

33 J. C. Fernández Rozas, « Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international », *RCADI*, tome 290, 2001, p. 9-224, spéc. p. 23.

34 J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, préface de Ph. Fouchard, LGDJ, Paris, 1999, p. 23.

35 J.-L. Delvolvé, « Le droit à l'arbitre », *Gaz. Pal.* du 15 avril 1995, p. 473-479, spéc. p. 474-477 ; voir également P. Lalive, « Le choix de l'arbitre », *in Libertés. Mélanges Jacques Robert*, Montchrestien, Paris, 1998, p. 353-363, spéc. p. 355 ; F. Luchaire, *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Economica, Paris, 1987, p. 107 ; J. Lallement, Intervention dans *Des hommes et des moyens dans l'arbitrage*, colloque de l'Association française d'arbitrage, 28 avril 1987, p. 20-21.

36 J.-L. Delvolvé, *op. cit.*, note 35, p. 476.

37 R. David, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, Paris, 1982, p. 232, n° 184.

38 H. Lacordaire, 52e Conférence de Notre-Dame, 1848.

Ainsi, si le premier rôle revient à la loi, les parties exercent néanmoins une influence réelle sur les conditions d'accès à l'arbitrage. Par leur consentement, elles contribuent à étendre le domaine de l'arbitrage tant et si bien qu'il ne serait pas exagéré de parler à ce sujet de conquête. Nous étudierons successivement la conquête de la partie étatique (section 1) et l'extension du domaine de l'arbitrabilité (section 2).

Section 1 – La conquête de la partie étatique

Il est de principe qu'en raison d'une incapacité qui les frappe, certaines personnes ne peuvent décider par elles-mêmes du recours à l'arbitrage. Plutôt que d'une restriction discriminatoire, il s'agit d'une mesure de protection motivée par l'inaptitude des intéressés à identifier et à défendre efficacement leurs intérêts. Il en est ainsi du mineur (du moins tant qu'il n'est pas émancipé) comme de l'interdit, non pas que la voie de l'arbitrage leur soit fermée, mais pour compromettre valablement, ils ont besoin d'agir soit par l'intermédiaire de la personne chargée de leur protection, soit avec son assistance.

Il est alors question de capacité juridique et de pouvoir, deux notions certes distinctes mais dont la proximité explique que dans de nombreuses études, elles partagent souvent une même rubrique[39]. Le pouvoir fait suite à la capacité et, en matière d'arbitrage plus spécifiquement, quiconque a reçu un pouvoir de compromettre pour le compte d'autrui a, *a fortiori*, la capacité de compromettre pour son propre compte s'agissant de droits dont il a la libre disposition. N'étant pas propres à l'arbitrage, ces notions ont tout de même donné lieu à des applications intéressantes dans ce domaine[40].

---

39 A. Bucher, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, Helbing und Lichtenhahn, Bâle, 1988, p. 45, n° 110; J.-F. Poudret, S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Schulthess Zurich, Bâle, Genève, 2002, p. 244; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, note 24, p. 262. Parfois, aucune distinction n'est formellement établie entre les notions de capacité et de pouvoir: voir par exemple, G. Keutgen, G.-A. Dal, *L'arbitrage en droit belge et international, tome I: Le droit belge*, 2e édition revue et augmentée, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 59, 73 et s. Sur le fond, ces auteurs n'ont toutefois pas manqué « de rappeler la distinction entre la capacité et le pouvoir de recourir à l'arbitrage » (*Ibid.*, p. 97, n° 93).

40 Les litiges liés aux compétitions sportives internationales échappent souvent aux juridictions étatiques pour relever de l'arbitrage. Or, parmi les compétiteurs, on compte de nombreux mineurs. Les règles régissant la capacité des parties à l'arbitrage peuvent donc y trouver une application intéressante (voir M. Baddeley, *L'association sportive face au droit, les limites de son autonomie*, Faculté de droit de Genève, Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1994, p. 278). La question du pouvoir se pose surtout au sujet des personnes morales, qui doivent agir par l'intermédiaire de leurs représentants, d'où la question du pouvoir des signataires de l'accord (voir Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, note 24, p. 266 et s.; J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, note 39, p. 249 et s.).

Toutefois, cette question de la participation à l'arbitrage de personnes frappées d'incapacité ne retiendra pas davantage notre attention. Sans doute serait-il exagéré de parler de conquête à ce propos, car les conditions dont est assortie cette participation demeurent intactes[41]. En revanche, l'utilisation du terme nous paraît parfaitement justifiée lorsqu'il s'agit de décrire l'évolution intervenue au sujet de l'accès des personnes morales de droit public à l'arbitrage.

En effet, il a été soutenu « qu'en raison de leur nature ou de leur mission, certaines personnes ne peuvent pas se soumettre valablement à la juridiction arbitrale »[42]. C'est notamment le cas, dans certains pays, des personnes morales de droit public, y compris l'État lui-même. Pourtant aucune incapacité ne motive cette interdiction, les personnes visées étant au contraire pleinement capables. « L'interdiction repose en réalité sur des considérations d'intérêt général étrangères au souci de protection personnelle de la personne présumée impuissante à défendre ses intérêts qui domine le droit des incapacités. »[43]

Pour ne parler que de l'État, son aptitude à compromettre ne fait aucun doute. Aux termes de l'article 6 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, « Tout État a la capacité de conclure des traités ». Or, entre sujets de droit international, la convention d'arbitrage est soit un traité (compromis, traité d'arbitrage), soit une disposition conventionnelle (clause compromissoire) que tout État peut donc conclure. En outre, dans certains pays, l'aptitude de l'État à compromettre figure expressément dans la constitution. Ainsi, l'article 24, paragraphe 3 de la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne en date du 23 mai 1949 dispose que « Pour régler les litiges entre États, la Fédération accédera à des conventions sur un arbitrage international général, de portée universelle et obligatoire »[44]

Toutefois, si dans ses relations avec d'autres sujets de droit international, l'État proclame son pouvoir de compromettre, « les raisons qui peuvent [le] conduire […] à admettre l'arbitrage face à un autre État ne jouent pas en face d'une personne privée : n'étant plus en présence d'un pair, l'État est porté à se retrancher derrière sa qualité de souverain »[45]. Il a alors le réflexe de vouloir à tout prix soumettre

41 J. Robert, *op. cit.*, note 5, p. 14 et s.; G. Keutgen, G.-A. Dal, *op. cit.*, note 39, p. 59 et s.

42 Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, note 24, p. 329.

43 *Ibid.*, p. 333.

44 H. Oberdorff, *Les Constitutions de l'Europe des Douze*, La documentation française, Paris, 1992, p. 15-55, spéc. p. 22. La disposition citée a une portée large, couvrant également la justice internationale.

45 B. Audit, *L'arbitrage transnational et les contrats d'État : bilan et perspectives*, Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales, Académie de droit international, La Haye, 1987, p. 27.

le particulier à la compétence de ses propres tribunaux[46]. C'est une question de souveraineté pour l'État, dont la vocation est de rendre la justice plutôt que d'être lui-même assujetti à la justice d'un tiers. Tout État peut éprouver une telle méfiance, même si ce sentiment ne se traduit pas toujours par une interdiction aux personnes publiques de recourir à l'arbitrage[47].

Après une brève présentation des restrictions censées faire échec à la participation de personnes publiques à l'arbitrage nonobstant toute volonté contraire (§ 1), nous verrons de quelle manière le consentement à l'arbitrage exprimé par les parties a pu prévaloir, en faisant de l'État et des autres personnes morales de droit public des justiciables de l'arbitrage (§ 2).

§ 1 – Restrictions sur la participation des personnes publiques à l'arbitrage

La question de l'aptitude de l'État et des entités publiques à participer à l'arbitrage est diversement abordée par la doctrine. Si, pour certains auteurs, il s'agit d'une question de capacité ou de pouvoir[48], d'autres y voient un problème d'arbitrabilité subjective[49]. D'autres encore considèrent que l'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre est une catégorie juridique autonome, qui ne se confond ni avec l'arbitrabilité du litige ni avec la capacité des parties[50]. Quoi qu'il en soit, des mesures tant législatives que réglementaires ont été prises dans divers États pour interdire (A) ou restreindre (B) l'accès des personnes publiques à l'arbitrage.

A. Mesures d'interdiction

La prohibition de l'arbitrage édictée par les articles 1004 et 83 du Code de procédure civile français de 1806 vise toute contestation sujette à communication au ministère public, à savoir notamment

46 Ch. Carabiber, « L'arbitrage international entre gouvernements et particuliers », *RCADI,* 1950-I, p. 220-317.

47 Ainsi, les pays de c*ommon law* ignorent généralement cette prohibition, tout comme la Suisse, l'Italie, la Suède, l'Allemagne, qui admettent la possibilité pour l'État et d'autres personnes publiques de recourir à l'arbitrage. Cf. J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, note 39, p. 191 ; R. David, *op. cit.*, note 37, p. 142-143. Mais « lors même que cette faculté est admise, son exercice peut être entouré de précautions particulières » (B. Audit, *op. cit.*, note 45, p. 27).

48 J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, note 39, p. 190 et s. ; Ch. Jarrosson, « L'arbitrabilité : présentation méthodologique », *Rev. jurispr. com.* 1996, p. 1 et 2 ; R. David, *op. cit.*, note 37, p. 240 et s.

49 Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, note 24, p. 330, n° 534 ; B. Hanotiau, « L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen », *JDI,* 1994, p. 899-966, spéc. p. 903.

50 J.-B. Racine, *op. cit.,* note 34, p. 201.

les causes qui concernent l'État, le domaine, les communes et les établissements publics. La loi du 5 juillet 1972 n'a pas mis fin à cette interdiction, dont le motif est, selon Jean Robert, « spécialement évident en France où est prédominante la notion de puissance publique »[51]. Ainsi, aux termes de l'article 2060 du Code civil, « On ne peut compromettre […] sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics ». Il s'agit d'une mesure générale de nature organique, qualifiée par le Conseil d'État de principe général du droit public français[52]. La loi du 9 juillet 1975 (article 2060, al. 2 du Code civil) a certes habilité le Gouvernement à prendre des décrets ponctuels, autorisant certaines catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial à compromettre, mais sa portée est restée limitée, le premier décret pris à cet effet n'étant intervenu que le 8 janvier 2002[53].

Sous l'influence du droit français, le principe de prohibition de l'arbitrage pour les personnes publiques a été repris par d'autres États. En Belgique, cette interdiction s'est d'abord imposée en vertu des articles 83 et 1004 du Code de 1806. N'ayant pas été repris dans le Code judiciaire entré en vigueur le 1er novembre 1970, le principe fut réintroduit par la loi du 4 juillet 1972 (Partie VI : articles 1676 à 1723 du Code judiciaire), dont l'article 1676, al. 2 se lit comme suit : « Hormis les personnes morales de droit public, quiconque a la capacité ou le pouvoir de transiger peut conclure une convention d'arbitrage »[54]. Le principe est donc que les personnes visées ne peuvent pas recourir à l'arbitrage. Toutefois, l'État peut le faire en application d'un traité (article 1676, al. 2), et toute personne morale de droit public peut avoir recours à l'arbitrage dans les cas prévus par la loi (article 1676, al. 3).

Cette prohibition s'applique assurément à l'arbitrage interne, et la doctrine n'exclut pas son application en matière internationale[55]. La

---

51 J. Robert, *op. cit.*, note 5, p. 26, n° 31.

52 Conseil d'État, Assemblée, 13 décembre 1957, *Société nationale de vente des surplus*, *D.* 1958, p. 517, conclusions Gazier et note L'Huillier ; *JCP*, 1958.II.10800, note Motulski ; Conseil d'État, Avis du 6 mars 1986, *Eurodisneyland*, *Rev. arb.*, 1992, p. 397.

53 Décret n° 2002-56 du 8 janvier 2002, pris pour l'application de l'article 2060 du Code civil, autorisant des établissements publics à caractère industriel et commercial à compromettre, *J.O.* du 15 janvier 2002, n° 12. Les secteurs concernés sont les mines, l'électricité et le gaz.

54 M. Storme, « L'arbitrage entre personnes de droit public et personnes de droit privé », *Rev. arb.*, 1978, p. 113 ; D. Lagasse, « L'arbitrage et les entreprises publiques », dans *L'arbitrage dans la vie des sociétés*, Actes du colloque du CEPANI du 8 décembre 1999, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 55-95, spéc. p. 61.

55 D. Lagasse, *op. cit.*, note 54, p. 67, n° 6 ; B. Hanotiau, « L'arbitrabilité », *RCADI*, vol. 296, 2002, p. 25-252, spéc. p. 56. *Contra.* H. Verbist, « La clause d'arbitrage perdant ses effets suite à la succession de l'État dans les droits d'un des contractants », note sous Cass., 10 octobre 1996, *Revue de droit judiciaire et de la preuve*, 1998, p. 72.

Cour de cassation belge l'a même étendue au cas où, l'arbitrage étant valablement convenu entre des particuliers, une personne publique venait aux droits et obligations d'une des parties[56].

En Algérie, le principe de prohibition a une portée plus limitée. En effet, aux termes de l'article 442, al. 2 CPC algérien (Décret législatif n° 93-09 du 25 avril 1993), « Les personnes morales de droit public ne peuvent pas compromettre, sauf dans leurs relations commerciales internationales »[57]. La loi n'a donc pas fermé la porte de l'arbitrage, mais elle en a limité la portée aux litiges mettant en cause les intérêts du commerce international.

De nombreux pays francophones de l'Afrique subsaharienne ont également repris du droit français le principe de prohibition de l'arbitrage pour les personnes publiques. Il résulte ainsi du droit interne de ces États que l'arbitrage est exclu du contentieux intéressant les personnes morales de droit public[58].

C'est à la suite d'une expérience jugée décevante que certains États ont décidé d'interdire l'arbitrage aux personnes publiques relevant de leur juridiction. L'Arabie saoudite est à ranger dans cette catégorie. En effet, c'est en réaction à certaines sentences arbitrales, notamment celle rendue dans l'affaire *Aramco*[59], qu'elle a promulgué le décret du 25 juin 1963, interdisant au Gouvernement saoudien et à toutes les entreprises publiques du pays de se soumettre à un droit étranger, à la juridiction de tribunaux étrangers ou à l'arbitrage[60].

B. Autres restrictions

Au Maroc, en vertu de l'article 306 CPC, « on ne peut compromettre […] sur les questions intéressant l'ordre public et notamment les litiges concernant des actes ou des biens soumis à un régime de droit

---

56 Cass., 10 oct. 1996, *Revue critique de jurisprudence belge*, 1998, p. 388. Approuvé par D. Lagasse, *op. cit.*, note 54, p. 62, cet arrêt est généralement critiqué par la doctrine : G. Keutgen, « L'arbitrage et les personnes morales de droit public. Une interprétation extensive de l'article 1676 du Code judiciaire », *Revue critique de jurisprudence belge*, p. 398 ; H. Verbist, *op. cit.*, note 55, p. 72.

57 M. Issad, « Le décret législatif algérien du 25 avril 1993 relatif à l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 1993, p. 377.

58 M. Kamto, « La participation des personnes morales africaines de droit public à l'arbitrage OHADA », dans *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Travaux du Centre René-Jean Dupuy pour le droit et le développement, vol. I, sous la direction de Ph. Fouchard, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 88-100, spéc. p. 96. Plus généralement, voir R. Amoussou-Guénou, « Le droit et la pratique de l'arbitrage commercial international en Afrique subsaharienne », *Thèse Paris II Panthéon-Assas*, 1995.

59 *Arabie Saoudite c. Aramco*, sentence *ad hoc* du 23 août 1958, *Rev. crit. DIP*, 1963, p. 272 ; H. Batiffol, « La sentence Aramco et le droit international privé », *Rev. crit. DIP*, 1964, p. 647.

60 Z. Mustafa, in *Arbitrage international, soixantième anniversaire de la Chambre d'arbitrage de la CCI*, Paris, 1984, p. 259-267, spéc. p. 262.

public ». Les personnes publiques ne sont pas directement visées par cette disposition, qui s'attache plutôt à la matière du litige. Il n'en demeure pas moins que son application conduirait à leur restreindre l'accès à l'arbitrage. En effet, si, pour M. Gaudemet, la disposition citée ne prive pas les entités publiques marocaines du droit de recourir à l'arbitrage[61], M. Zaher est d'avis que « la question de l'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre n'avait jamais reçu une réponse claire avant la réforme de 2007 »[62].

La réticence de certains États latino-américains s'explique principalement par le désir d'affirmer la compétence des tribunaux locaux sur les ressources nationales, indépendamment de la nationalité des parties litigantes. Le but était à la fois de garder un contrôle sur ces ressources nationales généralement exploitées par des compagnies étrangères, et de réaliser une égalité de traitement juridictionnel entre les nationaux et les étrangers en refusant d'accorder à ces derniers un quelconque privilège en la matière. On y reconnaît les idées défendues par le célèbre juriste et diplomate argentin, M. Carlos Calvo, dont la doctrine a fortement inspiré les rédacteurs du Code andin des investissements[63].

Sans aller jusqu'à exclure l'arbitrage du contentieux intéressant les personnes morales de droit public, certains États en ont subordonné l'accès à des conditions strictes. Ainsi, l'article 139 de la Constitution iranienne du 15 novembre 1979 dispose que « le règlement de différends concernant des biens de l'État ou la soumission de tels différends à l'arbitrage sera dans chaque cas subordonné à l'approbation du Conseil des ministres et devra être notifié au Parlement. Les affaires dans lesquelles une partie au différend est un étranger et les affaires internes importantes devront également être approuvées par le Parlement »[64].

Dans le même sens, l'article 44 du Code du Conseil d'État syrien engage les départements ministériels et les autres services publics à ne pas donner leur consentement à l'arbitrage avant d'avoir demandé et obtenu une autorisation du Conseil d'État[65].

---

61 Y. Gaudemet, « L'arbitrage de droit public au Maroc », *Rev. arb.*, 2002, p. 883-898, spéc. p. 889-890.

62 K. Zaher, « Le nouveau droit marocain de l'arbitrage interne et international », *Rev. arb.*, 2009, p. 71-144, spéc. p. 79.

63 Il s'agit de la décision 24, adoptée le 30 décembre 1970 par la Commission de l'Accord de Carthagène dans le cadre du processus d'intégration des pays andins. Voir à ce sujet, R. David, *op. cit.*, note 37, p. 264 ; Cl. Reymond, « Souveraineté de l'État et participation à l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1985, p. 517.

64 Cette disposition a donné naissance à une jurisprudence étatique et arbitrale abondante, voir J.-B. Racine, *op. cit.*, note 34, p. 206, n° 359 et p. 224, n° 388.

65 G. Robin, « Arbitrage international et personnes morales de droit public », *RDAI/IBLJ*, n° 8, 2002, p. 871-892, spéc. p. 874. Le 25 mars 2008, la Syrie s'est dotée d'une nouvelle loi sur l'arbitrage, qui est entrée en vigueur le 1er mai 2008. Celle-ci encadre strictement le recours à l'arbitrage en matière admi-

En dépit de ces mesures restrictives, le consentement d'une partie étatique à l'arbitrage ne matérialise-t-il pas son aptitude à compromettre ? Dans l'affirmative, l'engagement ainsi pris gagnerait à être concrétisé par le recours effectif à l'arbitrage convenu.

Les dispositions susmentionnées ont toutes le même objectif : soustraire l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics à la juridiction arbitrale. Mais, si l'objectif est commun, les raisons invoquées à l'appui de la règle varient. Ainsi, en droit français, on a mis en avant « la volonté de ne pas permettre aux personnes publiques d'échapper à la juridiction des tribunaux spécialement établis pour elles »[66]. L'idée serait non seulement de protéger la compétence desdits tribunaux[67], mais aussi et surtout d'assurer la primauté de l'intérêt général sur des revendications individuelles. Ce facteur est également invoqué en droit belge, où l'on insiste aussi « sur la nécessité d'un contrôle par l'opinion publique des litiges relatifs aux dépenses de l'État et des autres collectivités »[68].

Mais, s'il est possible que l'arbitrage ne soit pas le moyen de règlement le plus convenable pour l'État et les autres personnes morales de droit public, était-il nécessaire pour autant d'adopter des textes le prohibant ou le soumettant à des conditions très restrictives ?[69] Le principe selon lequel l'arbitrage repose sur le consentement des

---

nistrative. Selon son article 2, al. 2, « l'arbitrage relatif aux litiges portant sur des contrats administratifs demeure assujetti aux dispositions de l'article 66 du Règlement des contrats promulgué par la loi n° 51 du 9/12/2004 ». Une traduction française de cette loi est publiée dans la *Revue de l'arbitrage*, 2008, p. 850. Pour un commentaire, voir J. El Hakim, « La nouvelle loi sur l'arbitrage en Syrie du 25 mars 2008 », *Ibid.*, p. 659-676.

66 Y. Gaudemet, « L'arbitrage : aspects de droit public. État de la question », *Rev. arb.*, 1992, p. 251.

67 Le souci de protéger leur compétence n'implique pas forcément l'interdiction du recours à l'arbitrage, mais, lorsque celui-ci est admis dans un domaine relevant normalement de la compétence des tribunaux administratifs, l'encadrement et le contrôle de l'arbitrage n'échappent généralement pas à ces derniers. Ainsi, en vertu de l'article 795, al. 2 du Code de procédure civile libanais, lorsque l'arbitrage porte sur des litiges qui, en l'absence d'arbitrage, relèvent de la compétence des juridictions administratives, c'est au président du Conseil d'État libanais qu'il revient le pouvoir d'octroyer l'exequatur à la sentence. C'est également dans ce sens que s'oriente la réforme en cours en France, si l'on en juge par le projet de loi annexé au Rapport du groupe de travail sur l'arbitrage en matière administrative, (rapport Labetoulle du 13 mars 2007), *Rev. arb.*, 2007, p. 651, obs. J.-L. Delvolvé, p. 373 ; S. Lemaire, « La libéralisation de l'arbitrage international en droit administratif. Approche critique du projet de réforme du 13 mars 2007 », *Rev. arb.*, 2007, p. 407- 443 ; rapport disponible sur : http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/074000267/0000.pdf (état du 10/03/10).

68 Ph. de Bournonville, *Droit judiciaire. L'arbitrage*, Larcier, Bruxelles, 2000, p. 103.

69 J.-L. Delvolvé, *op. cit.*, note 35, p. 477.

parties n'aurait-il pas suffi à éviter qu'une entité publique y recoure contre son gré ?

Si une personne publique estime, en effet, que l'arbitrage n'assure pas une défense adéquate des intérêts publics qu'elle défend, elle peut fort bien s'abstenir de donner son consentement. En revanche, dès lors que l'arbitrage a été accepté en connaissance de cause, il devient difficile de soutenir qu'en raison des intérêts publics dont elle a la charge, une personne publique devrait pouvoir échapper à l'arbitrage dont elle a pourtant librement convenu avec son partenaire.

§ 2 – Rôle du consentement des parties dans la reconnaissance de l'aptitude à compromettre des personnes morales de droit public

Les restrictions à l'arbitrage dont il vient d'être question ont pour fondement la défense de l'intérêt général dont sont comptables les personnes visées par ces mesures[70]. On peut néanmoins affirmer qu'il est également de l'intérêt de tous que la parole donnée soit suivie d'effet. Ne dit-on pas que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites[71] ? Le principe de la bonne foi serait gravement méconnu si l'on permettait à une personne publique qui a sciemment consenti à l'arbitrage de s'y soustraire après coup.

Aussi, même étant sous le coup d'une prohibition de compromettre, un État qui a manifesté un consentement libre et éclairé à l'arbitrage, ne devrait pas voir son engagement privé d'effet au motif qu'il aurait été pris en violation de sa propre loi. Déclarer la nullité de l'engagement d'arbitrage dans ces conditions, serait porter une atteinte grave et injustifiée à la souveraineté de l'État, car la loi dont on cherche à assurer le respect reste, après tout, une autre manifestation de la volonté étatique[72]. Il faut donc retenir la validité

70 D'autres évitent de prendre position sur cette qualification. En ce sens Jean Robert qui, au chapitre 2 de son ouvrage, parle de droit de compromettre plutôt que d'arbitrabilité. Toutefois, ce n'est pas dans la section consacrée à la capacité des personnes qu'il traite de la question de l'aptitude des personnes publiques à compromettre, mais dans la section réservée aux matières (*op. cit.,* note 5, p. 13 et s).

71 Article 1134, al. 1 du Code civil français.

72 On le voit d'ailleurs, lorsque l'État qui a consenti en toute légalité à l'arbitrage, s'adonne à une manipulation législative pour anéantir la convention d'arbitrage qu'il avait pourtant librement acceptée. L'affaire *Losinger* en est une parfaite illustration. Alors qu'un arbitrage était en cours entre la société suisse Losinger et la Banque Kompass de Vienne, d'une part, et l'État yougoslave, d'autre part, ce dernier adopta, le 19 juillet 1934, une loi sur la direction du contentieux d'État, dont l'article 24 prévoyait que « Les procès contre l'État ne peuvent être intentés que devant les tribunaux réguliers de l'État ». Le surarbitre a dû en conclure que la procédure ne pouvait se poursuivre, la loi ayant enlevé à l'État tout titre pour participer à l'arbitrage (sentence du 11 octobre 1935). Voir A. Balasko, *Causes de nullité de la sentence arbitrale en droit international public*, A. Pedone, Paris, 1938, p. 255.

du consentement donné et faire en sorte qu'il puisse produire tous les effets escomptés. C'est une solution somme toute logique car, comme l'a souligné M. Synvet[73], l'interdiction de compromettre peut s'analyser comme une autolimitation que l'État s'impose, et le consentement qu'il exprime dans un cas particulier, comme une dérogation à la règle qu'il s'est fixée[74].

Cette explication ne semble toutefois pas suffire à justifier que cette solution soit étendue à des personnes morales de droit public autres que l'État. Il serait, en effet, difficile de parler d'autolimitation à ce propos, les restrictions à l'arbitrage étant généralement imposées par l'État. C'est pourquoi certains auteurs préfèrent limiter l'application de ce régime à l'État.

Ainsi, pour MM. Poudret et Besson, la solution qui consiste à ignorer les restrictions légales à l'arbitrage et à donner effet au consentement intervenu entre les parties ne devrait pas s'appliquer comme telle aux personnes publiques dépendant de l'État, car ces dernières « ne sauraient valablement renoncer à une restriction imposée par l'État »[75]. Le consentement d'une personne publique autre que l'État étant donc irrégulier au regard de la loi qui interdit ou restreint le recours à l'arbitrage, ces auteurs reconnaissent à la personne publique en cause le droit d'invoquer ce vice, mais en subordonnent l'opposabilité à l'autre partie, à la preuve qu'elle était bien consciente de la violation[76].

Inspirée des règles régissant la capacité des personnes physiques[77], cette solution n'emporte pas notre adhésion. En effet, contrairement aux individus dont les actes sont déclarés valables ou nuls selon la maturité physique ou intellectuelle de leurs auteurs, les personnes morales sont en principe pleinement capables dès leur création. Mieux, il est évident que les restrictions dont les entités publiques font l'objet en matière d'arbitrage ne découlent pas de leur incapacité d'apprécier correctement leurs intérêts ou d'agir en conséquence[78]. Enfin, le fondement de la solution nous paraît discutable, car le

---

73 Note sous Paris, 17 décembre 1991, *Gatoil c. NIOC*, *Rev. arb.*, 1993, p. 292.

74 Cet auteur rejoint ainsi Pierre Mayer qui a fait remarquer qu'à l'égard de son auteur (l'État), la règle de prohibition ne posait pas de difficulté, car « il suffirait que l'État s'engage en dépit de cette auto-interdiction pour que sa volonté apparaisse changée, et l'interdiction levée » (« La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État », *JDI*, 1986, p. 5-78, spéc. p. 44.

75 J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, note 39, p. 204.

76 *Ibid.*

77 Tout en soulignant la nature controversée des prohibitions concernant la participation de l'État à l'arbitrage, MM. Poudret et Besson « y voient une limitation de la capacité de l'État de compromettre », *Ibid.*, p. 190-191, n° 228.

78 Pour la Cour de cassation française, « la prohibition dérivant des articles 83 et 1004 du Code de procédure civile ne soulève pas une question de capacité au sens de l'article 3 du Code civil » (Cass. civ. 1re, 2 mai 1966, *Trésor public c. Galakis, infra*, note 87).

respect de la loi s'impose à tous, à commencer par l'État qui en est à l'origine. S'il lui est loisible de se soustraire aux restrictions légales à l'arbitrage, ce n'est pas parce qu'il en est l'auteur, mais bien plutôt parce que, même généralement interprétées comme des restrictions imposées à la partie étatique, les mesures dont il s'agit sont, en réalité, un privilège que s'est reconnu l'État, et dont il a étendu le bénéfice aux autres personnes morales de droit public.

Né de la volonté de se démarquer des particuliers, ce privilège s'est traduit par le rejet de l'arbitrage par l'État, solution qu'il a pourtant toujours admise dans ses relations avec ses pairs. C'est dire que ce n'est pas l'arbitrage en tant que tel qui fait l'objet d'un rejet, mais plutôt le postulat de l'égalité juridique entre les parties que l'on peut déduire de son fondement consensuel. En fait, une telle égalité n'existe pas lorsque l'une des parties est un État, et l'autre une personne privée. Pour la partie étatique, tout se passe donc comme si le recours à l'arbitrage s'apparentait à une banalisation du statut privilégié qui est celui de l'État et de ses émanations, d'où les restrictions susmentionnées. Nous pensons, pour notre part, que ce privilège est de ceux auxquels il doit être possible de renoncer, notamment par la conclusion d'une convention d'arbitrage. Nous pensons aussi que le consentement exprimé par une entité publique autre que l'État peut fort bien constituer une telle renonciation et être donc parfaitement valable.

Quoi qu'il en soit, il peut paraître arbitraire et illogique de subordonner les effets de l'engagement arbitral à la volonté unilatérale d'une partie, qui n'a pourtant besoin d'aucune protection particulière dans la conduite de ses affaires. Il faut aussi dire que l'obligation d'arbitrage naît simultanément pour les parties de leur consentement mutuel. Si, pour une raison ou une autre, cette volonté commune fait défaut, il n'existe pas d'obligation d'arbitrage ni pour la partie étatique ni pour son cocontractant. Et à supposer établie l'irrégularité du consentement d'une entité publique du fait d'une interdiction pour elle de se soumettre à l'arbitrage, la question ne devrait pas être de savoir qui pourrait s'en prévaloir et à quelles conditions. Elle devrait plutôt être d'en déterminer les conséquences, notamment quant au recours au mode de règlement convenu. Or, le principe de prohibition n'étant pas, à notre avis, fondé sur un défaut de capacité de la personne publique, sa violation, si elle était à prendre en compte, annulerait purement et simplement la convention d'arbitrage, sans avoir d'effet discriminatoire en fonction de la partie qui entend s'en prévaloir[79]. La situation nous paraît donc simple : ou bien

79 En matière de procédure juridictionnelle, le principe d'égalité des parties est d'ordre public et tout doit être fait pour établir et maintenir cet équilibre. Voir à ce sujet, la jurisprudence de la CIJ sur l'application des réserves formulées par les États à leur déclaration d'acceptation de la clause facultative de juridiction obligatoire (article 36, § 2). Voir en particulier l'arrêt du 6 juillet 1957 rendu

une obligation d'arbitrage a pu se former nonobstant une éventuelle irrégularité, et elle lie toutes les parties, ou bien elle n'a pu exister et personne ne doit être considéré comme lié.

Cela dit, il est évident qu'en présence d'une entité publique subordonnée à l'État, l'on peut davantage hésiter entre deux alternatives : soit on donne effet à la disposition légale interdisant l'arbitrage, soit on entérine la décision des parties d'en faire le mode de résolution de leurs litiges. Si l'une et l'autre option paraissent défendables dans ce cas, c'est en principe la seconde qui a prévalu dans la pratique (A). Une solution qui a contribué à faire évoluer le droit positif vers une levée *de facto* de l'interdiction de compromettre frappant les personnes morales de droit public (B).

A. Le consentement, facteur d'ineffectivité des prohibitions internes

Comme toute règle juridique, les dispositions législatives ou réglementaires prohibant ou restreignant le recours des entités publiques à l'arbitrage méritent d'être respectées et appliquées. Il faut néanmoins dire que cette exigence s'adresse avant tout à la personne publique visée, qui doit s'abstenir de conclure une convention d'arbitrage au mépris des règles qui la régissent.

Toutefois, force est de constater que dans la pratique, cette obligation n'est pas toujours suivie d'effet. En dépit de la prohibition qui lui est faite de régler ses litiges par voie d'arbitrage, la partie étatique n'hésite parfois pas à s'engager à y recourir, en particulier lorsque l'acceptation de l'arbitrage est érigée en condition *sine qua non* d'un contrat, dont la conclusion présente un grand intérêt public[80].

Dans le meilleur des cas, l'État adapte sa législation et donne une base légale à son consentement à l'arbitrage. C'est la voie suivie par la France dans le cadre du projet *Eurodisney*, qui portait sur l'aménagement d'un parc d'attraction à Marne-la-Vallée. Vu l'avis négatif du Conseil d'État sur la soumission du contrat à l'arbitrage et l'insistance de la société Disney, qui en faisait une condition impérative de la réalisation du projet[81], le législateur a estimé que celui-ci présentait un intérêt national justifiant l'adoption d'une loi spéciale. Ainsi, l'article 9 de la loi du 19 août 1986 dispose que,

---

dans l'*Affaire relative à certains emprunts norvégiens*. La Cour jugea que la Norvège est fondée en droit à invoquer, en vertu de la condition de réciprocité, la réserve de compétence nationale contenue dans la déclaration française et que cette réserve exclut de la juridiction de la Cour le différend porté devant elle par la requête du Gouvernement français.

80 Cf. Affaire *Eurodisney* et l'avis rendu par le Conseil d'État le 6 mars 1986, dans *Études et documents du Conseil d'État*, 1987, p. 178, reproduit dans la *Revue de l'arbitrage*, 1992, p. 397.

81 S. Lazareff, « L'arbitrage conquiert de nouveaux espaces », extrait du blocnotes de Serge Lazareff, *Les Cahiers de l'arbitrage*, sous la direction de Alexis Mourre, Gaz. Pal., édition Juillet 2004, p. 10.

« Par dérogation à l'article 2060 du Code civil, l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics sont autorisés, dans les contrats qu'ils concluent conjointement avec des sociétés étrangères pour la réalisation d'opérations d'intérêt national, à souscrire des clauses compromissoires en vue du règlement, le cas échéant définitif, de litiges liés à l'application et l'interprétation de ces contrats »[82].

C'est une loi de pure circonstance, qui autorise le recours à l'arbitrage mais l'enferme dans des limites très étroites. Il semble, en effet, que l'application de cette disposition soit réservée aux cas « où se trouveraient « ensemble », du même côté contractuel, à la fois l'État, une collectivité territoriale, et un établissement public au moins »[83]. Quoi qu'il en soit, l'adoption de cette loi démontre, s'il en était encore besoin, l'aptitude et l'habileté de l'État à identifier et à défendre efficacement ses intérêts. En l'espèce, il s'agissait pour les personnes publiques françaises intéressées par le projet de remporter le contrat sans devoir conclure une convention d'arbitrage. N'ayant pu simultanément satisfaire l'un et l'autre objectifs, elles ont dû trancher en faveur du contrat, cédant sur la réticence à s'engager dans la voie de l'arbitrage.

Mais, ce qu'il convient surtout de retenir de cette affaire, c'est le souci de respecter la légalité qui a animé les acteurs publics durant tout le processus contractuel, et qui finalement les honore. Pour être normal, ce comportement de la partie étatique n'en est pas moins louable, car, dans la pratique, on rencontre plus fréquemment des situations dans lesquelles une personne publique qui a librement accepté l'arbitrage, invoque les dispositions restrictives de son droit pour se soustraire à son engagement. D'ailleurs, l'hommage ainsi rendu à la France ne la fait pas échapper au grief consistant, pour une personne publique que la loi entend tenir à l'écart de l'arbitrage, à conclure une convention d'arbitrage, puis à s'opposer à son exécution en arguant de sa contrariété à la loi. Les juges aussi bien que les arbitres ont opposé un refus catégorique à ce type de manœuvres jugées contraires à la bonne foi.

1. La jurisprudence étatique

Dans l'affaire *Myrtoon Steam Ship*[84] (du nom de la société propriétaire du *Tasis*, navire grec que la Direction française des Transports

82 Loi n° 86-972 du 19 août 1986, *J.O.* du 22 août 1986, p. 10190. Voir M. de Boisséson, « Interrogations et doutes sur une évolution législative : l'article 9 de la loi du 19 août 1986 », *Rev. arb.*, 1987, p. 3.

83 *Ibid.*, p. 19.

84 Paris, 10 avril 1957, *Myrtoon Steamship c. Ministère de la marine marchande*, *JCP*, 1957, II, p. 10078, note Motulsky ; *Gaz. Pal.*, 1957, II, p. 89, note J. Robert ; *JDI*, 1958, p. 1002, note B. Goldman ; *Rev. crit. DIP,* 1958, p. 120, note Y. Loussouarn ; *D.*, 1958, p. 699, obs. J. Robert.

maritimes avait affrété le 29 février 1940), l'État français a ainsi décidé d'ignorer la procédure arbitrale engagée conformément à une clause compromissoire insérée dans la charte-partie. Une sentence fut malgré tout rendue le 26 janvier 1951, avant de recevoir l'exequatur du Président du Tribunal civil de la Seine, le 11 juin 1952. Le Ministre de la Marine marchande fit alors opposition à l'ordonnance d'exequatur, invoquant avec succès la prohibition de l'arbitrage pour l'État, et sa conséquence, la nullité de la sentence. Saisie par la société bénéficiaire de la sentence, la Cour d'appel de Paris en a écarté la nullité, jugeant que la prohibition invoquée « est limitée aux contrats d'ordre interne et est sans application pour les conventions ayant un caractère international »[85].

Cette position a été confirmée par la Cour de cassation dans une autre affaire, dite du *San Carlo*[86]. Assigné par l'Office national interprofessionnel des céréales (O.N.I.C.) devant le Tribunal civil de Marseille, le capitaine du *San Carlo* opposa une exception d'incompétence fondée sur l'existence d'une convention d'arbitrage liant les parties. La procédure se poursuivit jusque devant la Cour de cassation. Selon le pourvoi, c'est à tort que l'arrêt attaqué a retenu la validité de la clause compromissoire alors que l'interdiction de compromettre faite aux personnes publiques s'opposait absolument à la validité de la clause compromissoire invoquée. Cet argument fut écarté par la Cour de cassation, au motif que cette prohibition générale, édictée pour des contrats internes, ne devait pas s'appliquer à un contrat international de droit privé, régi par une loi étrangère ignorant cette prohibition.

Si la solution retenue par l'arrêt a été très largement approuvée, sa motivation fut néanmoins critiquée, pour avoir rattaché l'aptitude à compromettre des personnes publiques à la loi du contrat : une démarche contestable au regard des règles du droit international privé, et une solution de fond aléatoire, car variable en fonction du contenu de la loi déclarée applicable. Aussi la Cour de cassation a-t-elle décidé de rectifier le tir dans son célèbre arrêt *Galakis*[87]. Elle a alors maintenu la solution de fond sur l'unique fondement du caractère international du contrat « passé pour les besoins et dans des conditions conformes aux usages du commerce maritime ». Il s'agissait en l'espèce, comme dans l'affaire *Myrtoon Steam Ship*, de décider de la validité d'une clause compromissoire insérée

85 Paris, 10 avril 1957, *op. cit.*, note 84, *JDI*, 1958, p. 1006.

86 Cass. civ. 1re, 14 avril 1964, *ONIC c. Capitaine du San Carlo*, *D.* 1964, p. 637, note J. Robert ; *S.* 1964, p. 93, note Plancqueel ; *Rev. arb.*, 1964, p. 82 ; *JCP*, 1965, II, p. 14406, note P. Level ; *JDI*, 1965, p. 646, note B. Goldman ; *Rev. crit. DIP*, 1966, p. 68, note H. Batiffol.

87 Cass. civ. 1re, 2 mai 1966, *Trésor public c. Galakis*, *JDI*, 1966, p. 648, note P. Level ; *Rev. crit. DIP*, 1967, p. 553, note B. Goldman ; *Rev. arb.*, 1966, p. 99 ; *D.*, 1966, p. 575, note J. Robert ; *JCP*, 1966, II, p. 14798, note Ligneau.

dans une charte-partie, conclue le 20 avril 1940 entre la Mission des Transports maritimes et M. Jean Galakis, armateur du navire grec *Aspasia*. Un litige étant survenu, l'État français refusa à nouveau de participer à l'arbitrage, puis fit opposition à l'ordonnance d'exequatur de la sentence. Celle-ci fut annulée par le Tribunal de la Seine[88], avant d'être validée par la Cour d'appel de Paris[89]. La Cour de cassation fut alors saisie d'un pourvoi qu'il rejeta le 2 mai 1966, confirmant ainsi la validité de la clause compromissoire souscrite par l'État dans un contrat international, abstraction faite de la loi applicable à celui-ci[90].

Même si elle a été dégagée par la jurisprudence française dans des affaires concernant l'État ou des organismes publics français, cette règle, dont l'objet est d'empêcher que des personnes publiques s'appuient sur une règle de prohibition de l'arbitrage pour renier des engagements librement contractés, s'applique également aux personnes publiques étrangères, nonobstant toute disposition contraire de leur propre droit.

Ainsi, dans l'affaire *Gatoil*[91], la compétence arbitrale a été contestée, motif pris de la nullité de clauses compromissoires conclues par l'organisme public iranien NIOC, en méconnaissance de l'article 139 de la Constitution de la République islamique d'Iran. Saisie d'un recours en annulation de la sentence qui avait reconnu la validité de ces clauses, la Cour d'appel de Paris l'a rejeté dans un arrêt du 17 décembre 1991, dont voici le motif principal :

> « Considérant qu'en l'espèce, s'agissant de contrats internationaux passés pour les besoins et dans des conditions conformes aux usages du commerce international, la convention d'arbitrage est conforme à l'ordre public international – qui, au contraire, interdirait à NIOC de se prévaloir des dispositions restrictives de son droit national pour se soustraire *a posteriori* à l'arbitrage convenu entre les parties ; que, de même, Gatoil ne peut pas davantage fonder sa contestation de la capacité et des pouvoirs de NIOC sur les dispositions du droit iranien alors que l'ordre public international n'est pas intéressé par les conditions fixées en ce domaine dans l'ordre interne »[92].

88 Jugement du 25 juin 1959, *Rev. arb.*, 1960, p. 30.

89 Paris, 1re Ch. suppl., 21 février 1961, *Rev. arb.*, 1961, p. 18.

90 Tout l'intérêt de l'arrêt réside dans la reconnaissance de la validité de la clause compromissoire indépendamment de toute référence à la loi du contrat, en l'espèce la loi anglaise.

91 *Op. cit.*, note 73.

92 *Rev. arb.*, 1993, p. 285. Dans l'affaire *Bomar Oil*, la validité d'une clause compromissoire par référence avait été contestée au motif entre autres qu'elle aurait été conclue par la partie adverse sans l'approbation du Ministre de l'Éducation nationale, autorité de tutelle de l'Entreprise tunisienne d'activités pétrolières (E.T.A.P.), établissement public à caractère industriel et commercial. La Cour

Cette solution, qui consiste à tenir les personnes publiques au respect de leur engagement d'arbitrage, a été maintenue par la jurisprudence étatique à l'occasion d'autres affaires[93]. Elle a pour fondement la bonne foi, principe d'ordre public international qui a permis de dégager une règle matérielle du droit de l'arbitrage international affirmant la validité du consentement à l'arbitrage des personnes morales de droit public[94]. Elle a aussi été affirmée avec force par les tribunaux arbitraux.

2. La jurisprudence arbitrale

Plusieurs tribunaux arbitraux ont eu à se prononcer sur la question de la faculté pour les personnes publiques de recourir à l'arbitrage, notamment à l'occasion d'importantes affaires impliquant des parties iraniennes. Nombre d'organismes publics iraniens avaient, en effet, accepté de s'engager dans les liens d'une convention d'arbitrage international sans satisfaire, semble-t-il, aux exigences de leur droit interne, ce qui a ouvert la voie à un important contentieux sur la validité du consentement à l'arbitrage ainsi donné.

De manière générale, les arbitres qui ont eu à régler ces difficultés ont généralement cherché à vérifier s'il existait dans le droit régissant la personne publique une réelle cause de nullité de son consentement[95]. Ensuite, au cas où celle-ci était avérée, ils ont invoqué des principes généraux (tels que la bonne foi, l'*estoppel*, l'interdiction de l'abus de droit, *venire contra factum proprium*, etc.) relevant de l'ordre public international pour s'opposer à ce qu'une irrégularité due à une personne publique, puisse lui profiter en la faisant échapper à une obligation d'arbitrage librement acceptée[96].

---

d'appel de Paris s'était fondée sur les circonstances de la cause pour écarter l'argument. Voir Paris, 20 janvier 1987, *JDI*, 1987, p. 934, note É. Loquin ; *Rev. arb.*, 1987, p. 482, note C. Kessedjian.

93 Voir Paris, 24 février 1994, *Ministère Tunisien de l'équipement c. Société Bec Frères*, *RTD. com.* 1994, p. 254, obs. Dubarry et Loquin ; *Rev. arb.*, 1995, p. 275, note Y. Gaudemet. Paris, 13 juin 1996, *Sté Kuwait Foreign Traiding Contracting and Investment c. Sté Icori Estero Spa/Sté Lombardini Estero Spa*, *Rev. arb.*, 1997, p. 251, note E. Gaillard ; *JDI*, 1997, p. 151, note E. Loquin.

94 J.-B. Racine, *op. cit.*, note 34, p. 220.

95 Selon la sentence sur la compétence rendue le 30 avril 1982 dans l'affaire CCI n° 3896 (*Framatome et autres c. A.E.O.I*) : « Sans préjudice de l'application éventuelle de principes propres à l'arbitrage international, il convient d'examiner d'abord les divers textes iraniens invoqués, du point de vue de l'aptitude à compromettre de l'AEOI, question qui doit être distinguée de celle des pouvoirs du signataire du contrat contenant la clause compromissoire » (*JDI*, 1984, p. 58 et s., spéc. p. 68. Pour un commentaire, voir B. Oppétit, « Arbitrage et contrats d'État. L'arbitrage Framatome et autres c. Atomic Energy Organization of Iran », *JDI*, 1984, p. 37-57).

96 *Elf Aquitaine Iran c. National Iranian Oil Company*, *Rev. arb.*, 1984, p. 401 et s., spéc., p. 418-420 ; *Framatome*, *JDI*, 1984, p. 58 et s., spéc., p. 70-72 ; *Bull. ASA* 1989, p. 382 et s., spéc., p. 393-395.

C'est ainsi que dans une affaire soumise à la Cour d'arbitrage de la CCI, opposant une société française à une entreprise publique iranienne, la compétence du tribunal arbitral a été contestée par cette dernière au motif que son consentement serait nul, faute d'avoir obtenu l'autorisation des autorités compétentes de l'État, requise aux termes de l'article 139 de la Constitution iranienne. Ce moyen fut écarté par le tribunal arbitral au motif notamment que :

> « L'ordre public international s'opposerait avec force à ce qu'un organe de l'État, traitant avec des personnes étrangères au pays, puisse passer ouvertement, le sachant ou le voulant, une convention d'arbitrage qui met en confiance le cocontractant et puisse ensuite, que ce soit dans la procédure arbitrale ou dans la procédure d'exécution, se prévaloir de la nullité de sa propre parole… »[97].

Dix ans auparavant, la même solution avait prévalu dans une autre affaire également soumise à la Cour d'arbitrage de la CCI[98]. Fort de l'interdiction de compromettre qui lui est faite, le défendeur (un établissement public d'un État africain) contestait la compétence du tribunal arbitral pour nullité de la clause compromissoire, conclue par une personne publique en violation des règles qui la gouvernent. Le tribunal arbitral a tout d'abord vérifié si l'allégation du défendeur était justifiée au regard du droit de son pays. Ayant conclu par la négative, il a ajouté que si l'application de ce droit avait conduit à un résultat différent (consacrant la nullité de la clause), il y aurait lieu de se demander si l'établissement public ne s'exposerait pas alors au reproche de « *venire contra factum proprium* », auquel cas cette inaptitude pourrait être considérée comme inopérante en raison de sa contrariété à l'ordre public international[99].

Dans l'affaire CCI n° 5103, les sociétés défenderesses ont invoqué les articles 251 et 260 du CPC tunisien, prétendant que ces dispositions interdisaient aux entreprises publiques qu'elles étaient de se soumettre à l'arbitrage. Elles en ont déduit la nullité des clauses compromissoires qu'elles avaient souscrites. La sentence a constaté, en premier lieu, que cette mesure d'interdiction ne s'appliquait pas aux défenderesses, car sa portée était limitée à l'État et aux collectivités publiques. Elle a ensuite souligné « qu'il serait contraire à la bonne foi qu'une entreprise publique, qui a dissimulé dans un premier temps l'existence de telles règles de droit interne, les invoque ultérieurement, si tel est son intérêt dans un litige déterminé, pour dénier la validité d'un engagement qu'elle a souscrit en parfaite connaissance de cause ». Elle a enfin conclu que « la pratique, la

97 Affaire CCI, n° 4381 de 1986, *JDI*, 1986, p. 1102, obs. Y. Derains, spéc. p. 1106.

98 Sentence CCI n° 1521, *JDI*, 1976, p. 997, spéc. p. 998.

99 Voir dans le même sens, les sentences rendues dans les affaires CCI n° 1939, et CCI n° 1526, *JDI*, 1974, p. 915.

doctrine et la jurisprudence arbitrale internationales condamnent aujourd'hui, de manière quasi unanime, un tel comportement »[100].

En définitive, il y a lieu de retenir que les multiples tentatives visant à priver d'effet une clause compromissoire librement souscrite, au motif qu'elle serait contraire à une règle interdisant aux personnes publiques de régler leurs litiges par le moyen de l'arbitrage, ont dans l'ensemble été vaines. C'est une consécration, dans ce domaine particulier, du triomphe du consentement des parties sur les restrictions internes. Il faut dire que cette victoire a été possible grâce à la bienveillance de la jurisprudence[101], qui a très tôt compris qu'il n'était pas dans l'intérêt des personnes publiques d'être tenues à l'écart de l'arbitrage, devenu le mode normal de résolution des litiges du commerce international. En agissant ainsi, la jurisprudence a non seulement assuré le respect des prévisions des parties conformément à la bonne foi, mais elle a aussi permis de « lever le handicap qui pesait sur [les personnes publiques] dans la négociation des contrats internationaux »[102]. Cette position jurisprudentielle a contribué à faire évoluer les législations des différents États dans un sens plus favorable à la participation des personnes morales de droit public à l'arbitrage. Ainsi, faute d'avoir réussi à façonner les comportements, le droit a évolué pour mieux refléter la réalité.

B. Consécration de l'aptitude de l'État et des autres entités publiques à compromettre

La jurisprudence rapportée montre qu'il n'est pas rare que des personnes publiques donnent leur consentement à l'arbitrage en méconnaissance d'une interdiction de compromettre qui leur est faite, puis se retranchent derrière celle-ci en cherchant à se soustraire à l'obligation d'arbitrage qu'elles ont pourtant librement acceptée. Or, il serait contraire à la sécurité juridique des conventions de permettre à une personne publique d'invoquer une prohibition qu'elle a sciemment ignorée (en acceptant le recours à l'arbitrage), afin d'échapper au mode de règlement convenu. Un tel laisser-aller ne serait même pas à l'avantage des personnes publiques, car s'il leur était loisible d'agir de la sorte, elles auraient eu du mal à trouver des partenaires[103].

Aussi était-il fondamental de tenir en échec les velléités de détourner de son objet la règle restreignant l'accès à l'arbitrage des personnes morales de droit public, et d'éviter ainsi d'en faire une prime à la mauvaise foi. Il est rassurant de savoir qu'elle ne fait plus obstacle

---

100 *JDI*, 1988, p. 1206, spéc. p. 1209, obs. G. Aguilar Alvarez. Cette sentence sera maintenue par la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *Sté Bec Frères*, *op. cit.*, note 93.

101 Il s'agit de la jurisprudence judiciaire. Quant aux tribunaux administratifs, ils se sont généralement montrés plus réservés.

102 J.-B. Racine, *op. cit.*, note 34, p. 218, n° 380.

103 J.-B. Racine, *op. cit.*, note 34, p. 210.

à la participation des personnes publiques à l'arbitrage international, dès lors que les parties y ont consenti[104]. Cette évolution résulte de l'effet conjugué du consentement des parties et de la volonté résolue des tribunaux étatiques et arbitraux d'en assurer l'efficacité.

En considérant que le fait pour une partie étatique d'accepter une clause compromissoire en toute connaissance de cause était une preuve suffisante de son aptitude à compromettre, nonobstant toute disposition contraire de son droit, la jurisprudence a fait prévaloir le consentement donné sur les règles censées l'interdire. Elle a ainsi contribué à « la régression notable du principe d'inaptitude de l'État à compromettre »[105], et ouvert la voie à la reconnaissance législative de son aptitude à conclure valablement une convention d'arbitrage (1). Mais, si cette évolution est généralement bien accueillie, quel sens donner aux nouvelles dispositions législatives, dont l'unique raison d'être est de proclamer l'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre ? (2)

1. Textes affirmant l'aptitude des personnes morales de droit public à recourir valablement à l'arbitrage

Acteur majeur du commerce international, dont l'arbitrage fait figure de justice ordinaire, la partie étatique ne pouvait pas se tenir longtemps à l'écart de ce mode juridictionnel préféré de la communauté des marchands. Ainsi, sur le plan international, la solution esquissée par la jurisprudence a été consacrée par la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international, dont l'article II porte sur la « capacité des personnes morales de droit public de se soumettre à l'arbitrage ». Il en découle que les personnes ainsi qualifiées « ont la faculté de conclure valablement des conventions d'arbitrage »[106]. Affirmant expressément la faculté pour l'État de recourir à l'arbitrage, cette disposition a été à la base de la sentence rendue

104 Il en a toujours été ainsi en France, où la jurisprudence a très tôt jugé que l'interdiction de compromettre des personnes publiques n'est pas d'ordre public international et devait être limitée aux relations internes. En Belgique, toutefois, la situation fut différente puisque, malgré la proximité des systèmes juridiques français et belge et l'influence du premier sur le second, la prohibition y était considérée également applicable en matière internationale. Cf. J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, note 39, p. 192 (ainsi que les notes 303 et 304).

105 Y. Derains, Observations sous Sentence CCI n° 1521, *JDI*, 1976, p. 997, spéc. p. 999.

106 Article II, al. 1er de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international, signée à Genève le 21 avril 1961. « Au moment de signer ou de ratifier la présente Convention ou d'y adhérer, tout État pourra déclarer qu'il limite cette faculté dans les conditions précisées dans sa déclaration » (article II, al. 2).

dans l'affaire *Benteler*[107]. En effet, alors que l'État belge contestait la validité de la clause arbitrale sur le fondement de l'article 1676, al. 2 de son Code judiciaire, le Tribunal arbitral a décidé d'appliquer la disposition de la Convention de Genève susmentionnée, qui consacre la validité des conventions d'arbitrage conclues par l'État[108].

La France étant également partie à cette Convention[109], la faculté pour les entités publiques françaises de recourir à l'arbitrage peut en être déduite pour tous les litiges relevant du champ d'application de la Convention[110]. D'autres dérogations au principe de prohibition de l'arbitrage résultent, pour la France, de certains traités conclus avec d'autres États, en vue de la réalisation d'ouvrages transfrontaliers. Il en est notamment ainsi de la Convention de Rome du 14 mars 1953[111], du traité de Cantorbéry du 12 février 1986[112] et de l'Accord de Madrid du 10 octobre 1995[113].

---

107 Sentence arbitrale *ad hoc* rendue le 18 novembre 1983, à Lausanne dans l'affaire *Benteler et autres c. État belge, Rev. arb.* 1989, p. 339, note D. Hascher ; *Journal des Tribunaux*, 1984, p. 230 ; J. Paulsson, « May a State Invoke its Internal Law to Repudiate Consent to International Commercial Arbitration ? », *Arb. Int'l*, vol. 2, 1986, p. 90.

108 Cette démarche nous semble d'autant plus justifiée que selon les termes mêmes de la loi belge, la prohibition n'est applicable que sous réserve des dispositions légales ou conventionnelles liant la Belgique (al. 3 de l'article 1676 du Code judiciaire belge).

109 Signataire de la Convention, la France l'a ratifiée le 16 décembre 1966.

110 Celui-ci est défini à l'article I[er], al. 1, a) et b) de la Convention. Il s'agit de litiges nés ou à naître d'opérations du commerce international entre parties établies, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, dans des États contractants différents. Pour retenir la validité d'une convention d'arbitrage conclue par une partie étatique, la jurisprudence française n'applique que le premier critère, celui du litige mettant en cause les intérêts du commerce international.

111 Article 16 et 17 de la Convention franco-italienne relative à la construction et à l'exploitation d'un tunnel sous le Mont-Blanc, publiée par le décret n° 60-203 du 20 février 1960.

112 Article 19 du Traité franco-britannique concernant la construction et l'exploitation par des sociétés privées concessionnaires d'une liaison fixe trans-Manche, publié par le décret n° 87-757 du 9 septembre 1987. Pour un cas d'application, voir la sentence partielle rendue à Bruxelles le 30 janvier 2007 dans l'affaire *The Channel Tunnel Group et France-Manche SA c. The Secretary of State for Transport of the United Kingdom of Great Britain and Northern Island et le Ministre de l'équipement, des transports, de l'aménagement du territoire, du tourisme et de la mer du Gouvernement de la République française*, disponible sur le site Internet : http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1210 (état du 20 octobre 2009). Des extraits sont publiés à la *Rev. arb.* 2007, p. 609-642, avec un commentaire de M. Audit, « Un arbitrage aux confins du droit international public : observations sur la sentence du 30 janvier 2007 opposant le Groupe Eurotunnel au Royaume-Uni et à la République française », *Ibid.*, p. 445-461.

113 Article 10 de l'Accord franco-espagnol concernant la construction et l'exploitation de la section internationale d'une ligne ferroviaire le long de la façade méditerranéenne entre la France et l'Espagne, publié par le décret n° 98-98 du 16 février 1998.

Sur le plan interne, les pays dont le droit interdit ou restreint l'accès des personnes publiques à l'arbitrage ont multiplié les exceptions à cette règle, à défaut de l'abroger purement et simplement. De nombreux textes particuliers ont été adoptés ici et là pour autoriser certaines entités publiques à compromettre. Il en est notamment ainsi, en France, de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982[114], de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990[115] et du décret n° 2002-56 du 8 janvier 2002[116]; en Belgique également, certaines personnes morales de droit public sont expressément autorisées à recourir à l'arbitrage en vertu de dispositions légales ou réglementaires spécifiques[117].

Le recours à l'arbitrage a également été autorisé dans des situations clairement définies. En France, il en est ainsi de la réalisation du projet *Eurodisney* en vertu de la loi du 19 août 1986[118]. L'accès à la justice privée est également possible en vertu du Décret n° 2004-490 du 3 juin 2004 relatif aux procédures administratives et financières en matière d'archéologie préventive[119]. De même, aux termes de l'article 11, al. 1 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, « un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi française »[120]. Cette disposition figure également à l'article 1414-12, al. 1 du Code général des collectivités territoriales. En outre, l'article 128 du Code des marchés publics (édition 2006) permet à l'État, aux collectivités territoriales et aux établissements publics locaux de recourir à l'arbitrage pour le règlement de litiges relatifs à la liquidation de leurs dépenses de

114 *J.O.* du 31 décembre 1982, autorisant la SNCF à recourir à l'arbitrage (article 25).

115 *J.O.* du 8 juillet 1990, autorisant la Poste et France Télécom à recourir à l'arbitrage (article 28).

116 Décret pris pour l'application de l'article 2060, al. 2 du Code civil, autorisant divers établissements publics, dont Charbonnages de France, EDF et Gaz de France, à recourir à l'arbitrage (*J.O.* du 15 janvier 2002, n° 12). Le décret n° 84-31 du 11 janvier 1984 pris pour l'application de la loi n° 46-895 du 3 mai 1946 modifiée a également introduit une exception en faveur de l'Office national d'études et de recherches aérospatiales (ONERA).

117 On peut notamment citer les arrêtés royaux du 31 août 1939 (modifié par la loi du 17 juin 1991), du 2 octobre 1939 (suivis de plusieurs autres), du 10 novembre 1967, ouvrant les portes de l'arbitrage à l'Office national du Ducroire, à la Banque nationale et au Bureau d'intervention et de restitution belge respectivement. La possibilité de recourir à l'arbitrage est également reconnue à beaucoup d'autres entités : voir D. Lagasse, *op. cit.*, note 54, p. 64 ; G. Keutgen, G.-A. Dal, *op. cit.*, note 39, p. 90.

118 *Supra*.

119 Section III, article 47 ; Article L-523-10 du Code du patrimoine.

120 Ordonnance ratifiée par l'article 78 de la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 (simplification du droit). La notion de contrat de partenariat est définie à l'article 1er de l'ordonnance. Voir M. Audit, « Le contrat de partenariat ou l'essor de l'arbitrage en matière administrative », *Rev. arb.*, 2004, p. 541.

travaux et de fournitures[121]. Enfin, une réforme a été lancée, afin « d'ouvrir plus largement les possibilités de recours à l'arbitrage pour les personnes publiques »[122]. Ainsi, selon l'article 1er du projet de loi annexé au rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage en matière administrative, « l'ouverture suggérée concerne toutes les personnes morales de droit public et n'opère ainsi aucune distinction entre celles-ci »[123]. Même s'il regrette que « le groupe de travail n'a[it] pas été jusqu'à aligner cette sorte d'arbitrage sur l'arbitrage de droit commun, auquel la matière administrative est pourtant parfaitement éligible », M. Delvolvé n'hésite pas à qualifier cette volonté de réforme de « véritable révolution »[124].

En outre, tout en accueillant positivement la volonté de favoriser l'accès des personnes morales de droit public à la justice privée, les spécialistes français de l'arbitrage ont cependant rejeté l'extension des effets de la dualité juridictionnelle à l'arbitrage[125]. Une résolution du Comité français de l'arbitrage en date du 21 décembre 2007 a ainsi fermement condamné l'idée d'un « arbitrage administratif », et recommandé plutôt l'abrogation de l'article 2060 du Code civil[126].

Si la solution préconisée n'est pas la seule issue possible, ni nécessairement la meilleure, elle constitue incontestablement un pas dans la bonne direction. En effet, si le but est d'abandonner

---

121 L'article 128 du Code des marchés publics (édition 2006) dispose que : « Conformément à l'article 69 de la loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906, l'Etat, les collectivités territoriales ou les établissements publics locaux peuvent, pour la liquidation de leurs dépenses de travaux et de fournitures, recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre IV du code de procédure civile.
Pour l'État, ce recours est autorisé par un décret pris sur le rapport du ministre compétent et du ministre chargé de l'économie ».

122 *Rapport du groupe de travail sur l'arbitrage en matière administrative, op. cit.*, note 67, p. 2.

123 *Ibid.*, p. 18. La constitution de ce groupe de travail fait suite à la lettre du 7 avril 2006, dans laquelle le Garde des sceaux « a demandé au Vice-président du Conseil d'État de constituer un groupe de travail afin qu'une réflexion soit engagée sur les hypothèses et les conditions dans lesquelles les personnes morales de droit public pourraient recourir à l'arbitrage pour le règlement de leurs litiges, à l'exception de ceux relatifs au contentieux des actes administratifs unilatéraux ».

124 J.-L. Delvolvé, « Une véritable révolution… inaboutie (Remarques sur le projet de réforme de l'arbitrage en matière administrative) », *Rev. arb.*, 2007, p. 373-406.

125 S. Lemaire, *op. cit.*, note 67, p. 407-443.

126 Th. Clay, « Arbitrage pour les personnes morales de droit public : le grand bazar ! » in Chronique de droit de l'arbitrage n° 2, *Petites affiches*, 25 mars 2008, n° 60, p. 3 (disponible en ligne sous un titre légèrement différent : www.cmap.fr/pdf/ArticleThomasClay.pdf, état du 10/03/10. Voir aussi E. Bertrand, « Arbitrage en droit administratif : une critique rendue publique » (http://www.avocats.fr/space/edouard.bertrand/content/_D43EA7BC-27A0-4466-94D4-538FC60765C3, état du 10/03/10).

« la démarche au cas par cas »[127] pour une approche plus générale, il serait certainement plus logique d'agir sur la disposition qui énonce le principe de prohibition. C'est, en tout cas, la voie suivie par d'autres États.

Ainsi, en Belgique, l'article 1676, al. 2 du Code judiciaire a été modifié dans le sens d'un assouplissement de la réglementation sur l'accès des personnes publiques à l'arbitrage. Si un tel accès n'était possible que dûment et spécifiquement autorisé par un texte législatif ou conventionnel, ce principe a été assorti d'une exception générale résultant de l'article 3 de la loi du 19 mai 1998. Selon cette disposition, les personnes morales de droit public belge peuvent désormais recourir à l'arbitrage pour « le règlement de différends relatifs à l'élaboration ou l'exécution d'une convention »[128], ainsi qu'en « toutes matières déterminées par la loi ou par arrêté royal délibéré en conseil des ministres »[129].

Cet élan de libéralisation des conditions d'accès des personnes publiques à l'arbitrage se poursuit et s'étend à de nombreux pays[130]. Ainsi, en Algérie, les personnes morales de droit public peuvent non seulement compromettre dans leurs relations économiques internationales, mais désormais également « en matière de marchés publics », conformément à l'article 1006 du nouveau Code de procédure civile et administrative[131].

---

127 *Rapport du groupe de travail sur l'arbitrage en matière administrative*, *op. cit.*, note 67, p. 1.

128 Si MM. Keutgen et Val (*op. cit.*, p. 87 et 88) se sont inquiétés du risque d'émiettement du contentieux en raison de la formulation trop précise de la règle (élaboration ou exécution d'un contrat), d'autres n'hésitent pas à affirmer que « l'ensemble du contentieux relatif à un contrat conclu par une personne morale de droit public peut être réglé par la voie de l'arbitrage » (D. Lagasse, *op. cit.*, note 54, p. 77).

129 Le nouvel article 1676, al. 2 du Code judiciaire dispose ce qui suit :
« Quiconque a la capacité ou le pouvoir de transiger peut conclure une convention d'arbitrage. Sans préjudice des lois particulières, les personnes morales de droit public ne peuvent toutefois conclure une convention d'arbitrage que lorsque celle-ci a pour objet le règlement de différends relatifs à l'élaboration ou l'exécution d'une convention. Une telle convention d'arbitrage est soumise aux mêmes conditions quant à sa conclusion que la convention dont l'exécution est l'objet de l'arbitrage. En outre, les personnes morales de droit public peuvent conclure une convention d'arbitrage en toutes matières déterminées par la loi ou par arrêté royal délibéré en conseil des ministres. Cet arrêté peut également fixer les conditions et les règles à respecter relatives à la conclusion de cette convention ».

130 Voir notamment l'article 1-4 de la loi portugaise du 26 août 1986, l'article 3 de la loi bulgare du 5 août 1988, l'article 809 du CPC libanais issu du décret-loi du 16 septembre 1983, l'article 7.5 du Code tunisien de l'arbitrage, etc. (dispositions citées par J.-B. Racine, *op. cit.*, note 34, p. 215, n° 375).

131 Introduit par la loi n° 08/09 du 25 février 2008. Voir M. Issad, « La nouvelle loi algérienne relative à l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 2008, p. 419-427, texte, *ibidem*, p. 575-588.

Mais, c'est probablement dans l'espace OHADA que la réforme a été la plus étendue, non seulement parce qu'elle concerne toutes les personnes morales de droit public, mais aussi parce qu'elle a purement et simplement renversé le principe de prohibition hérité du droit français, pour affirmer sans ambages le droit qu'ont désormais les personnes publiques de recourir à l'arbitrage sans autorisation préalable ni restriction liée au caractère interne ou international de celui-ci[132]. Ainsi, aux termes de l'article 2, al. 2 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, « les États et les autres collectivités publiques territoriales ainsi que les établissements publics peuvent également être parties à un arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage »[133].

Vu l'importance que revêt la question sur le plan international, certains États dont le droit ignore le principe de prohibition, ont tout de même décidé de prendre position dans le débat relatif à l'aptitude des personnes publiques à compromettre. On peut citer en exemple la Suisse, qui a soustrait la question à la méthode classique des règles de conflits de lois pour la soumettre à une règle matérielle directement applicable[134]. Ainsi, l'article 177, al. 2 de la LDIP dispose que : « Si une partie à la convention d'arbitrage est un État, une entreprise dominée ou une organisation contrôlée par lui, cette partie ne peut invoquer son propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige ou sa capacité d'être partie à un arbitrage »[135].

2. Appréciation critique

S'il convient de saluer l'évolution qui a consacré l'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre, il faut cependant se garder de tout triomphalisme. D'un point de vue juridique, l'existence de règles proclamant cette aptitude n'est certainement pas plus justifiée que celle de règles la déniant. En effet, celles-ci n'ont généralement pas empêché l'arbitrage d'avoir lieu dans les cas où il reposait effectivement sur le consentement des parties. De même, l'élaboration de celles-là n'enlève rien à la nécessité d'obtenir le consentement de la partie étatique, comme du reste celui de

132 M. Kamto, *op. cit.*, note 58, p. 89-100.

133 *J.O.* de l'OHADA, 3e année, n° 8, 15 mai 1999, p. 1-8.

134 Bien connue pour son hospitalité envers l'arbitrage international, la Suisse « n'a jamais limité l'arbitrage aux contrats commerciaux ni n'en a fermé l'accès à l'État ou aux entreprises publiques » (B. Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, LGDJ, Paris, 1996, p. 102, n° 166).

135 Cette disposition peut être rapprochée de l'article 1473 du Code de procédure civile français d'avant la réforme de 1981, aux termes duquel « Il ne peut être fait obstacle à la convention d'arbitrage international, quelle que soit la loi applicable, au motif que… [la convention d'arbitrage] aurait été conclue par un État ou toute autre personne morale de droit public… » (R. David, *op. cit.*, note 37, p. 582).

tout autre protagoniste. Les nouvelles règles ne font que rappeler une faculté, rappel qui n'aurait d'ailleurs eu aucun sens si certaines législations n'avaient pas réputé nulle toute convention d'arbitrage conclue par une personne morale de droit public.

Dans la mesure où le principe de prohibition résulte de la loi, il est certes normal que sa levée (ou plutôt son assouplissement) soit également consacrée par la loi. Toutefois, il ne faut pas exagérer la portée des dispositions affirmant l'aptitude des personnes publiques à compromettre. Si celles-ci énoncent bel et bien une « règle matérielle de droit international privé dont l'observation s'impose dans l'arbitrage international »[136], c'est uniquement en ce qui concerne l'efficacité de la convention d'arbitrage *conclue* par une personne morale de droit public. Autrement dit, si une partie étatique a signé une clause arbitrale, elle ne peut renier son engagement sous prétexte que le recours à l'arbitrage lui est interdit. En effet, selon une résolution de l'Institut de Droit international, « Un État, une entreprise d'État ou une entité étatique ne peut pas invoquer son incapacité de conclure une convention d'arbitrage pour refuser de participer à l'arbitrage auquel il a consenti »[137].

En revanche, la règle n'a ni pour objet ni pour effet d'empêcher un État d'interdire ou de restreindre à ses organes l'accès à l'arbitrage. Chaque État demeure donc libre de donner la réponse qu'il juge appropriée à la question de l'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre, pourvu qu'il veille à la cohésion entre la position exprimée dans la loi et le comportement adopté dans la pratique. Aussi convenons-nous avec le professeur Jacquet que la règle « a un objet beaucoup plus réduit et utile, à savoir interdire à un État qui a conclu une clause d'arbitrage de se retrancher derrière son propre droit pour ne pas honorer sa parole »[138].

D'un point de vue pratique, il n'est pas certain qu'une banalisation du statut de la partie étatique et sa soumission aux règles régissant le recours des particuliers à l'arbitrage soient la panacée[139]. La

136 Sentence *Benteler op. cit.*, note 107, *Rev. arb.,* 1989, p. 339 et s., spéc. p. 345.

137 Article 5 de la résolution intitulée *L'arbitrage entre États, entreprises d'État ou entités étatiques et entreprises étrangères*, adoptée le 12 septembre 1989, à la session de Saint-Jacques-de-Compostelle. Texte disponible dans *Rev. arb.*, 1990, p. 931 et s., spéc., p. 933 ; *YCA* 1991, p. 233 et s., spéc., p. 238, ainsi que sur le site Internet de l'Institut (http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1989_comp_01_fr.PDF, état du 18 mai 2009).

138 Débats autour de l'article 2, al. 2 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA. En outre, l'auteur indique, à juste titre, que nonobstant cette disposition, « si un État estime qu'il ne peut pas recourir à l'arbitrage, il ne faut pas qu'il le fasse » (dans *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, *op. cit.*, p. 118).

139 « En disposant que les personnes morales de droit public dont il donne l'énumération peuvent être parties à l'arbitrage […], l'article 2 alinéa 2 de l'Acte uniforme de l'OHADA ramène l'État et les collectivités publiques au rang de simples

consécration de l'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre ne fera pas disparaître, comme par enchantement, les multiples difficultés liées à la participation de l'État à l'arbitrage. Au nombre de celles-ci, la question de la légitimité de la procédure et celle touchant à son organisation occupent une place centrale.

Ainsi, la soumission de la partie étatique à la justice privée pose avant tout un problème de légitimité, qui peut être abordé sous divers angles. D'abord sous l'angle de la nécessité de faire prévaloir l'intérêt général de la collectivité en cause sur des revendications intempestives de nature individuelle ou corporatiste. La question est alors de savoir si, et de quelle manière, l'arbitrage, réputé être la chose des parties, conçu par elles et pour elles, pourrait intégrer une hiérarchie de valeurs allant dans le sens d'un dépassement des intérêts antagonistes des parties, pour faire place à des préoccupations plus générales, telles que le respect des droits de l'homme, la protection de l'environnement et la réalisation du développement[140]. Comment assurer malgré tout que l'arbitrage puisse prendre de la hauteur, porter une appréciation sur l'ensemble des aspects du litige et de ses implications non seulement pour les parties mais aussi pour la communauté ? Il y a là un véritable défi[141].

Ensuite, la question de la légitimité peut être abordée sous l'angle du statut des arbitres. Aussi savants soient-ils, ils demeurent des particuliers sans mandat public ni fonction officielle qui, de temps à autre au gré des nominations, exercent, contre rémunération, une activité juridictionnelle exempte de toute obligation de rendre des comptes sur ce qu'ils auront décidé d'après leur intime conviction. Il faut alors se demander si leur désignation par les parties ou par une autorité de nomination leur assure une légitimité suffisante pour statuer sans appel sur des litiges dont l'issue engage parfois l'avenir de toute une nation, tant les générations actuelles que futures.

---

particuliers, individus ou personnes morales de droit privé » (M. Kamto, *op. cit.*, note 58, p. 97).

140 Il a été judicieusement souligné que : « *Experienced commercial arbitrators generally will see their mandate as giving effect to the parties' shared* ex ante *expectations, finding the facts, and applying the law in the most dispassionate and correct fashion possible. Quite understandably, arbitrators do not normally see themselves as guardians of the public interest* » G. Aguilar Alvarez, W. W. Park, « The New Face of Investment Arbitration : NAFTA Chapter 11 », 28 *Yale J. Int'l L.*, 2003, p. 365-407, spéc. p. 394 ; reproduit dans W. W. Park, *Arbitration of International Business Disputes : Studies in Law and Practice*, Oxford University Press, New York, 2006, p. 350-351.

141 H. Mann, K. von Moltke, « Protecting Investor Rights and the Public Good : Assessing NAFTA's Chapter eleven », *Background Paper to the ILSD Tri-National Policy Workshops Mexico City : March 1, Ottawa : March 18*, Washington, April 11, International Institute for Sustainable Development/Institut international du développement durable, accessible en ligne : http://www.iisd.org/trade/ilsd-workshop/(état du 12 août 2009).

Enfin, un problème de légitimité se pose également lorsque la résolution du litige conduit les arbitres à se prononcer sur le bien-fondé et la régularité d'actes posés par les représentants légitimes de la personne publique en cause. Il peut s'agir non seulement d'actes administratifs, mais aussi de dispositions législatives ou réglementaires[142] et même de décisions judiciaires[143]. Alors, est-il légitime pour un tribunal arbitral saisi de revendications individuelles de revoir par ce biais des actes d'une autorité publique ? Ce sont là des difficultés réelles que l'on ne peut balayer d'un revers de manche.

En ce qui concerne l'organisation de la procédure, l'accueil et l'intégration de la partie étatique imposent à l'arbitrage de sérieuses contraintes d'adaptation. En effet, si l'arbitrage procède généralement sous le sceau du secret, « des exigences renforcées de transparence s'imposent à l'évidence dans la sphère publique »[144]. Il est donc nécessaire de reprendre et d'intégrer ce principe fondamental de l'action publique dans la procédure arbitrale. Le problème est alors de trouver le moyen le plus efficace de concilier le principe de confidentialité, caractéristique de l'arbitrage[145], et le principe de transparence, exigence de la conduite des affaires publiques[146].

Plus généralement, l'ouverture de l'arbitrage aux personnes publiques peut s'accompagner de restrictions plus ou moins impor-

---

142 Aux termes de l'article 201 de l'ALENA, le terme de « mesure s'entend de toute législation, réglementation, procédure, prescription ou pratique » (Texte disponible en ligne à l'adresse suivante : http://www.nafta-sec-alena.org/fr/view.aspx?x=343&mtpiID=123; Etat du 12 août 2009).

143 Dans ce domaine, l'application du traité ALENA a donné lieu à des procédures arbitrales célèbres. Dans les affaires *Loewen* et *Mondev*, les demandeurs cherchaient à démontrer que du fait de certaines décisions judiciaires, les États-Unis avaient violé le traité. Voir notamment, *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case n° ARB(AF)/99/2, Sentence du 11 octobre 2002, 42 *I.L.M.* 85 (2003), disponible en ligne sur le site du Département d'État des États-Unis à l'adresse : http://www.state.gov/documents/organization/14442.pdf ; *The Loewen Group Inc. et Raymond L. Loewen c. Etats-Unis* (AF/98/3), sentence sur la compétence, 9 janvier 2001, *JDI*, 2002, p. 217 et s. ; sentence finale, 26 juin 2003, 42 *ILM* 2003, p. 811 et s. ; 4 *J. World Invest.*, 2003, p. 675 ; *JDI*, 2004, p. 219 et s. (extraits) ; également disponible sur : http://www.state.gov/documents/organization/22094.pdf (état du 10/03/10).

144 *Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage*, *op. cit.*, note 67, par. 3.3, p. 13.

145 Voir en dernier lieu, *Confidentiality in Arbitration – 2009 Special Supplement ICC International Court of Arbitration Bulletin.*

146 Sur les efforts faits en ce sens dans l'arbitrage des litiges relatifs aux investissements étrangers, voir entre autres, B. Stern, « L'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre Etat et investisseur », *Rev. Arb.* 2002, p. 329 ; E. Teynier, « L'Amicus curiae dans l'arbitrage CIRDI », *Cahiers de l'arbitrage*, 2005/3, p. 19 ; A. Mourre, « Are Amici Curiae the Proper Response to the Public's Concern on Transparency in Investment Arbitration ? », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 5, n° 2, 2006, p. 257-271. Sur les efforts faits au niveau national, notamment en France, voir le *Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage* (*op. cit.*, note 67) et les solutions retenues au par. 3.3, p. 13 et s.

tantes sur la liberté des parties, notamment en ce qui concerne la désignation des arbitres[147] et la détermination du droit applicable à la procédure ou au fond[148]. En outre, les parties n'ont en principe pas la faculté de conférer au tribunal arbitral le pouvoir de statuer comme amiable compositeur, c'est-à-dire de fonder sa décision, le cas échéant, sur l'équité[149].

L'attachement ainsi témoigné à l'effectivité du droit, notamment par l'application des règles en vigueur aux litiges mettant en cause l'intérêt public, traduit plus généralement le souci d'assurer la sécurité et la prévisibilité des solutions. Or, un tel objectif suppose non seulement que les décisions rendues soient connues, mais aussi qu'elles soient cohérentes et constantes. D'où l'idée récurrente d'un mécanisme d'appel que certains voudraient permanent[150]. Ce sont là

147 « *The choice of arbitrators is left to the parties to a dispute. That may be acceptable for commercial disputes, but when matters of public welfare are at stake it again contravenes one of the most fundamental principles of jurisprudence, namely that parties to a dispute may not pick their own judges* » (H. Mann, K. von Moltke, *op. cit.*, note 141, p. 21).

148 En ce qui concerne les restrictions au choix des règles de procédure, voir : *Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage, op. cit.*, note 67, par. 3.2, p. 11 et s.

149 L'amiable composition est admise tant en droit français (article 1474 NCPC) qu'en droit belge (article 1700, al. 1 du Code judiciaire). Toutefois, aux termes de l'article 1700, al. 2 du Code judiciaire belge, « Lorsqu'une personne morale de droit public est partie à la convention d'arbitrage, les arbitres statuent toujours selon les règles de droit, sans préjudice des lois particulières ». En France, l'évolution semble se faire dans le même sens, le Groupe de travail sur l'arbitrage ayant proposé que l'amiable composition soit exclue lorsqu'une personne publique est partie à l'arbitrage (*Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage, op. cit.*, note 67, par. 2.3.2, p. 9).

150 Sans être nouvelle, l'idée d'un mécanisme d'appel concerne surtout l'arbitrage intéressant les personnes publiques, notamment en matière d'investissement. Voir, entre autres, *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, ICSID Secretariat Discussion Paper, 22 octobre 2004, 16 pages (avec une annexe intitulée Possible Features of an ICSID Appeals Facility), disponible en ligne : http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ViewAnnouncePDF&AnnouncementType=archive&AnnounceNo=14_1.pdf (état du 20 août 2009) ; A. H. Qureshi, « An Appellate System in International Investment Arbitration », dans *The Oxford Handbook of International Investment Law*, P. Muchlinski, F. Ortino et Ch. Schreuer (éds.), Oxford University Press, 2008, p. 1154 et s. ; B. Legum, « The Introduction of an Appellate Mechanism : the U.S. Trade Act of 2002 », *in Annulment of ICSID Awards*, A Joint IAI-ASIL Conference, Washington D.C. – April 1, 2003, E. Gaillard and Y. Banifatemi (eds.), IAI, E. Gaillard (General ed.), Juris Publishing, New York/Staempfli, Bern, 2004, p. 289 et s ; Du même auteur, « Lessons learned from the NAFTA : The New Generation of U.S. Investment Treaty Arbitration Provisions », *ICSID Review/F.I.L.J.*, vol. 19, n° 2, 2004, p. 344-356, spéc. p. 354 et s. ; pour une synthèse des propositions de solutions, voir A. Stone Sweet et F. Grisel, « L'arbitrage international : du contrat dyadique au système normatif », *Archives de philosophie de droit*, tome 59, 2009, p. 75-95, spéc. p. 94.

autant de mesures jugées indispensables à une meilleure acceptation de l'arbitrage dans la sphère publique[151].

En définitive, l'analyse des aménagements à opérer pour permettre à l'arbitrage de s'accommoder de la partie étatique montre combien est redoutable le défi qui se pose désormais à lui, s'il entend faire une place à celle-ci sans perdre son identité[152]. Sans doute peut-on trouver là une explication à l'hésitation et au peu d'empressement à procéder à une levée pure et simple de l'interdiction de compromettre frappant les personnes publiques, malgré une recommandation en ce sens de la doctrine quasi unanime. C'est dire que l'enjeu n'est pas seulement de préserver les intérêts de la partie étatique, il est aussi de protéger l'arbitrage, mode juridictionnel privé qui a fait ses preuves tant dans le règlement des litiges entre sujets de droit interne que dans la résolution des différends entre sujets de droit international, et d'en favoriser le développement dans les relations mixtes.

Quoi qu'il en soit, c'est souvent dans l'objet du litige, tel qu'il résulte des prétentions contradictoires des parties, et donc dans la nature des questions soumises au tribunal que l'on trouve la raison d'être des mesures restrictives imposées aux personnes publiques[153]. Viser les personnes, c'est donc aller du particulier au général, ce qui est une méthode appropriée de promotion de la liberté, mais lorsqu'il s'agit plutôt de la restreindre, comme en matière de non-arbitrabilité, cette méthode n'est alors pas de mise. D'où l'évolution constatée en faveur de la reconnaissance du principe selon lequel les personnes publiques peuvent également recourir à l'arbitrage. Ainsi, si les restrictions imposées à la partie étatique se sont révélées impuissantes face au consentement des parties, qu'en est-il des limitations touchant à la matière litigieuse ?

Section 2 – Extension du domaine de l'arbitrage

Le peu d'efficacité des restrictions légales imposées aux personnes ne doit pas donner l'illusion que la justice privée échappe à tout

151 La soumission de la partie étatique à l'arbitrage, devenue fréquente voire banale en matière d'investissement, a valu à l'institution de vives critiques fortement médiatisées, y compris par des organisations de défense des droits de l'homme, de l'environnement et du développement. Justifiées ou non, ces prises de position contre l'arbitrage d'investissement ne sont pas sans conséquences. L'Équateur a récemment fait savoir qu'elle dénonçait la Convention de Washington relatif au CIRDI, emboîtant ainsi le pas à la Bolivie, qui l'avait fait en 2007.

152 Voir notamment les critères utilisés dans H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends de l'OMC : une forme d'arbitrage ? », *Archives de philosophie de droit*, tome 59, 2009, p. 97-119.

153 Il est d'ailleurs révélateur que Jean Robert ait choisi de traiter de la question de l'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre dans la section consacrée aux matières (*op. cit.*, note 5, p. 26).

contrôle étatique pour relever exclusivement de la volonté des parties. Il ne saurait en être ainsi car, pour des raisons d'intérêt général, l'État soustrait certaines catégories de litiges à la compétence des arbitres[154]. Il ne faut pas nécessairement y voir une volonté de monopoliser la fonction de juger : les restrictions applicables à la matière litigieuse ont généralement pour justification le fait que l'objet du litige se prête mal à l'arbitrage. De tels litiges sont dits inarbitrables, par opposition à ceux qui peuvent valablement être réglés par voie d'arbitrage.

Il faut d'emblée souligner que les règles restreignant l'arbitrabilité n'ont cessé d'évoluer dans le sens d'une plus grande acceptation de l'arbitrage par les États, lesquels lui donnent désormais toute latitude pour régler des litiges dont l'objet est régi par des règles d'ordre public. À mesure que cette confiance s'affirme, « la non arbitrabilité des litiges se réduit comme une "peau de chagrin" »[155]. Et M. Hanotiau de souligner que « l'extension du domaine arbitrable et, partant, de l'arbitrabilité, a suivi historiquement l'évolution de la *favor arbitrandum* »[156]. Or, du moment que cette évolution s'est faite essentiellement par voie jurisprudentielle, il va de soi que les parties y ont été pour quelque chose. Une fois que nous aurons cerné la notion d'arbitrabilité (§ 1), nous chercherons à déterminer la manière dont elle s'articule avec le consentement des parties à l'arbitrage (§ 2).

§ 1 – Notion d'arbitrabilité

La distinction entre ce qui est arbitrable et ce qui ne l'est pas relève de l'arbitrabilité[157], notion définie comme « l'aptitude d'une cause à constituer l'objet d'un arbitrage »[158].

Aux États-Unis, la notion d'arbitrabilité a un sens plus large, couvrant la question de l'existence du consentement, celle de la portée de la convention d'arbitrage et, enfin, celle de l'aptitude de la cause à faire l'objet d'un arbitrage au regard des règles d'ordre public[159]. C'est une conception spécifique de l'arbitrabilité, terme qui prend donc en compte non seulement les restrictions légales au recours

154 « Dans toute société, il est parfaitement compréhensible que le législateur estime ne pas devoir abandonner le règlement de certains types de litiges à ce mécanisme privé qu'est l'arbitrage. » (Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, p. 346-347, n° 561).

155 J.-B. Racine, *op. cit.*, note 34, p. 24.

156 B. Hanotiau, *op. cit.*, note 55, p. 40, n° 4 et s.

157 On parle d'arbitrabilité objective ou *ratione materiae* (B. Hanotiau, *op. cit.*, note 55, p. 43, n° 13).

158 A. Bucher, *op. cit.*, note 39, p. 37. Voir également, P. Level, « L'arbitrabilité », *Rev. arb.*, 1992, p. 213 ; J.-B. Racine, *op. cit.*, note 34, p. 25.

159 W. W. Park, « The Arbitrability Dicta in *First Options v. Kaplan* : What Sort of Kompetenz-Kompetenz Has Crossed the Atlantic ? », *Arb. Int'l.*, vol. 12, n° 2, 1996, p. 137-159, spéc. p. 143.

à l'arbitrage (comme c'est généralement le cas), mais aussi le souhait des parties en la matière. L'arbitrabilité se déduit d'abord de la volonté des parties : est en principe arbitrable ce que les parties ont, d'un commun accord, soumis à l'arbitrage. Elle se déduit ensuite du droit en vigueur : est arbitrable ce qui, aux termes des règles applicables, peut faire l'objet d'un arbitrage[160].

Une autre manière de prendre en compte la volonté des parties dans la définition de l'arbitrabilité consiste à subordonner celle-ci à la condition que les parties à la convention d'arbitrage soient en mesure de la négocier à armes égales[161]. Cette extension de la notion d'arbitrabilité trouve application dans la réglementation de beaucoup de pays sur la protection du contractant réputé en état de faiblesse. Il est en effet connu que « l'arbitrage suppose un équilibre des forces ; partout où cet équilibre est rompu, l'arbitrage s'asphyxie »[162]. Ce n'est donc pas que la matière soit réfractaire à l'arbitrage, il s'agit surtout de s'assurer de l'existence et de l'intégrité du consentement de la partie protégée (consommateur, salarié, locataire, etc.). Aussi le recours à l'arbitrage reste-t-il en principe possible moyennant quelques aménagements[163].

Lorsque la notion d'arbitrabilité intègre la volonté des parties (arbitrabilité *lato sensu*), elle correspond à peu de chose près à la compétence arbitrale[164]. Ainsi, établir qu'un tribunal arbitral est compétent, c'est s'assurer que le litige dont il est saisi est arbitrable au regard non seulement des règles pertinentes, mais aussi de la volonté commune des parties. Ces deux conditions sont cumulatives : à supposer la condition d'arbitrabilité en vertu de la loi (arbitrabilité *stricto sensu*) remplie, « la compétence des arbitres n'est que virtuelle ; seule une convention d'arbitrage valable leur donnera effectivement

160 Cour suprême des États-Unis, 2 juillet 1985, *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 105, *S. Ct* 3346 (1985) ; 473 U.S. 614 (1985) ; *YCA*, 1986, p. 555 ; *Rev. arb.*, 1986, p. 273 et le commentaire de J. Robert à la p. 173. B. Hanotiau, *op. cit.*, note 55, p. 42, n° 11 et p. 245, n° 396.

161 Pour une analyse de ces questions en termes d'arbitrabilité, voir J.-B. Racine, *op. cit.*, note 34, p. 57, n° 102 ; B. Hanotiau, *op. cit.*, note 55, p. 213, n° 350 et s. L'analyse vaut également pour les situations dans lesquelles l'arbitrage n'est possible que moyennant l'application de certaines règles. Ainsi, la loi belge du 27 juillet 1961 telle que modifiée par la loi du 13 avril 1971, n'exclut l'arbitrage du règlement des litiges relatifs à la résiliation unilatérale de concessions de vente exclusive à durée indéterminée que pour prévenir l'éviction du droit belge.

162 H. Motulsky, *Écrits. Études et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, Paris, 1974, p. 113, n° 1.

163 En général, le choix de l'arbitrage avant la survenance du litige est soit soumis à des conditions strictes (article 1031, al. 5 ZPO allemand), soit purement et simplement interdit (article 1678, al. 2 CJ belge). En France, les conflits individuels du travail ne sont arbitrables que si le contrat de travail a pris fin.

164 G. Keutgen, G.-A. Dal, *op. cit.*, note 39, p. 105, n° 101.

compétence pour trancher le litige »[165]. En sens inverse, la non-arbitrabilité selon la loi pose une limite au recours à l'arbitrage, puisque les litiges réputés inarbitrables ne peuvent en principe être résolus par voie d'arbitrage. Il n'en demeure pas moins que la référence à la volonté individuelle dans la définition même de la notion d'arbitrabilité dénote de la *favor arbitrandum*, l'accent étant clairement mis sur l'importance primordiale du consentement des parties, sans lequel le litige ne peut être tranché par un tribunal arbitral. En cela, cette terminologie est heureuse[166], mais elle est aussi porteuse de confusion de la part même de spécialistes reconnus. Ainsi, selon le professeur Carbonneau, *« it is advisable then to have the arbitration agreement provide that the arbitral tribunal's authority shall not be limited because the subject matter of the dispute involves public policy questions. Such a provision might undo the effect of a defense of subject-matter inarbitrability »*[167].

Dans une conception plus étroite, qui est de loin la plus répandue, la volonté des parties ne joue aucun rôle dans la définition de l'arbitrabilité, terme réservé aux restrictions légales à la liberté des parties de recourir à l'arbitrage. Ici, l'accent est mis sur l'idée d'exclusion de l'arbitrage du règlement de certains litiges, nonobstant toute volonté contraire des parties. Pour bien marquer l'impuissance de la volonté individuelle à étendre le domaine de l'arbitrage aux matières ou questions que la loi tient hors de la compétence des juges privés, l'arbitrabilité est érigée en « condition de validité de la convention d'arbitrage et, partant, de la compétence des arbitres »[168].

C'est une autre manière de faire le lien entre les deux aspects de la question, mais, paradoxalement, pour ce qui est de la détermination de la compétence arbitrale, l'impératif de protection de l'intérêt général que traduit l'idée d'arbitrabilité en vertu de la loi, passe alors par le truchement de la volonté individuelle exprimée dans la convention d'arbitrage. Alors même qu'il était question d'en souligner les limites, cette convention finit par apparaître comme la synthèse de toutes les conditions entourant la compétence arbitrale, l'exigence légale d'arbitrabilité s'y étant dissoute. Cette exigence, voulue extérieure aux parties et censée indiquer concrètement ce

165 J.-M. Jacquet, Ph. Delebecque, S. Corneloup, *Droit du commerce international*, Dalloz, Paris, 2007, p. 759, n° 1047.

166 D'un avis contraire, Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, p. 329 et 941, note 198; B. Hanotiau, *op. cit.*, note 55, p. 245, n° 396. Pourtant, en dépit de cette conception large, le droit américain a eu une influence très positive sur la libéralisation des conditions d'arbitrabilité: sur la question, voir, P. J. Martinez-Fraga, *The American Influence on International Commercial Arbitration: Doctrinal Developments and Discovery Methods*, Cambridge University Press, New York, 2009, p. 15 et s.

167 Th. E. Carbonneau, *Cases and Materials on the Law and Practice of Arbitration*, 2nd Ed., Jurish Publishing, New York, 2000, p. 18.

168 B. Hanotiau, *op. cit.*, note 55, p. 39; J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, note 39, p. 298, n° 326.

sur quoi peut porter l'arbitrage prévu dans leur accord, sert désormais indistinctement d'objet à ce dernier[169], suivant la structure normale de tout contrat[170].

À vrai dire, cette conception de l'arbitrabilité n'ajoute pas grand-chose à ce que l'on sait déjà d'un litige, à savoir qu'il peut être tranché soit par un juge, soit par un arbitre, dès lors qu'il se prête à un règlement juridictionnel aussi bien devant le premier que devant le second. En d'autres termes, elle se borne à énoncer la faculté qu'ont les parties de soumettre leur litige à l'arbitrage. Ainsi, « déclarer qu'un litige est arbitrable signifie qu'il relève potentiellement aussi bien de la juridiction des arbitres que de celle des juges »[171]. En ce sens, l'arbitrabilité en vertu de la loi ne peut être qu'un critère imparfait de répartition des compétences juridictionnelles. Elle ne renseigne pas sur l'existence de la compétence arbitrale : elle ne permet de la déclarer absolument exclue que dans les matières les plus évidentes. Pour le reste, c'est de son interaction avec la volonté des parties que vient la solution.

§ 2 – Articulation entre le consentement et l'arbitrabilité

Sur ce point, il importe de relever la spécificité de l'arbitrage de droit international public, où la notion d'arbitrabilité ne renvoie pas à une norme extérieure à la volonté des parties. Par conséquent, c'est directement et exclusivement à celle-ci qu'il convient de se référer pour apprécier si un différend, entre des parties données, peut ou non faire l'objet d'arbitrage. En d'autres termes, ce qui préoccupe les tribunaux arbitraux internationaux, c'est moins la question de savoir si les parties pouvaient valablement soumettre le type de litige visé à l'arbitrage, que celle de déterminer, dans une espèce donnée, si et dans quelle mesure le différend en question entre dans le cadre de l'obligation d'arbitrage assumée par les parties[172].

Une application de cette conception spéciale d'arbitrabilité a été faite par la C.I.J. dans l'affaire relative à l'applicabilité de l'obligation d'arbitrage. Dans son avis consultatif du 26 avril 1988, la Cour énonce que : « la demande d'avis tend exclusivement à déterminer en l'espèce si, par application de l'article 21 de l'accord de siège,

169 G. Keutgen, G.-A. Dal, *op. cit.*, note 39, p. 53 et s., spéc. p. 104. Dans le même sens, Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, p. 261 et 328 ; J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, note 39, p. 121 et 297. En sens inverse, T. Várady, J. J. Barceló, A. T. von Mehren, *International Commercial Arbitration : A Transnational Perspective*, 2nd ed., Thomson West, Saint-Paul, 2003, p. 84 et 207 ; J.-M. Jacquet, Ph. Delebecque, S. Corneloup, *op. cit.*, note 165, p. 759, 763 et 777.

170 L'article 1108 du Code civil tant français que belge cite quatre éléments : le consentement, la capacité, l'objet et la cause.

171 J.-M. Jacquet, Ph. Delebecque, S. Corneloup, *op. cit.*, note 165, p. 763, n° 1052.

172 Voir l'article 3 § 1 du Modèle de règles sur la procédure arbitrale de la CDI.

l'Organisation des Nations Unies était en droit de demander l'arbitrage et si les États-Unis avaient l'obligation de se soumettre à cette procédure. Ainsi, la demande d'avis concerne uniquement l'applicabilité au différend allégué de la procédure d'arbitrage prévue par l'accord de siège »[173].

Dans les relations entre particuliers, les règles d'inarbitrabilité sont sanctionnées par l'incompétence du tribunal arbitral. De ce fait, elles font échec au jeu normal de la convention d'arbitrage et portent atteinte à la liberté des parties de recourir à ce mode juridictionnel privé. C'est pourquoi, même s'il est loisible à l'État de circonscrire le domaine de l'arbitrage, il ne doit le restreindre que pour répondre à des motifs légitimes. Il n'est de toute évidence pas question de priver arbitrairement d'effet la volonté des parties qui ont choisi de confier le règlement de leurs litiges à des arbitres. En outre, les règles régissant l'arbitrabilité gagnent à être claires et faciles à appliquer. En effet, « il ne serait pas sain que [cette] question […] mobilise une part essentielle des efforts des arbitres, des parties et de leurs conseils »[174]. La satisfaction de ce besoin est cependant rendue difficile en raison du lien étroit unissant l'arbitrabilité à l'ordre public, notion aux contours mal définis. Il n'empêche que l'inarbitrabilité doit reposer sur des critères préétablis.

Deux critères généraux sont en principe utilisés pour déterminer l'arbitrabilité d'un litige : la libre disponibilité des droits (solution de loin la plus répandue, qui se décline parfois en une possibilité de transiger) et le caractère patrimonial de la cause. S'y ajoute un troisième critère, complémentaire aux deux premiers, celui de la compétence exclusive des autorités publiques, administratives ou judiciaires[175].

L'application de ces critères a permis de distinguer deux catégories de litiges insusceptibles d'être tranchés par des arbitres, selon que l'inarbitrabilité qui les frappe est absolue (A) ou relative (B).

A. Les causes de nature extrapatrimoniale, bastion de l'inarbitrabilité

Les restrictions à l'arbitrabilité, bien que variables d'un ordre juridique à un autre, ont un dénominateur commun. Celui-ci regroupe l'ensemble des questions, litiges ou matières, dont la caractéristique commune est de présenter une incompatibilité

---

173 *Affaire relative à l'applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies*, *CIJ Recueil*, 1988, p. 26, par. 33.

174 Ch. Gavalda, Cl. L. de Leyssac, *L'arbitrage*, Connaissance du droit, Dalloz, Paris, 1993, p. 23.

175 Sur ces critères et leur application, voir J.-B. Racine, *op. cit.*, note 34, p. 27 et s. ; B. Hanotiau, *op. cit.*, note 55, p. 107 et s.

absolue avec l'arbitrage[176]. Les questions d'état et de capacité des personnes, celles relatives à l'établissement ou à la dissolution des liens de famille (mariage, divorce, filiation, etc.) sont des exemples éloquents d'inarbitrabilité au sens le plus strict. On a parlé à ce sujet de « noyau dur » d'inarbitrabilité[177], de non-arbitrabilité relevant « de la matière en ce qu'elle intéresse au plus près l'ordre public international et exclut de manière absolue la compétence arbitrale »[178], ou d'inarbitrabilité *per se*[179].

Nous sommes ici au cœur des droits extrapatrimoniaux, qui sont par principe indisponibles, sauf de rares exceptions[180]. Les questions citées revêtent également ce caractère, qui les fait échapper à la justice privée même dans les droits les plus libéraux. En effet, « même en matière internationale, il n'est pas concevable de faire trancher par des arbitres un divorce, une action tendant à contester la validité d'un mariage, à faire établir une filiation, une question relative aux droits de la personne humaine par exemple »[181].

C'est pour le bien-être général que la famille, cellule de base de la société, a été placée sous la protection directe des tribunaux publics. Le statut personnel et matrimonial est ainsi soustrait à la libre disposition des parties. En conséquence, la volonté individuelle perd toute efficacité lorsqu'elle a pour objet de soumettre de telles questions à l'arbitrage. Cette préoccupation est largement partagée dans le monde et un peu partout, on ne peut faire appel aux arbitres pour décider de l'état des personnes, de leur capacité juridique, de l'établissement ou la dissolution des liens familiaux (mariage, filiation, divorce).

L'État ne peut se désintéresser de ces questions, et les litiges qu'elles suscitent ne sont tout simplement pas arbitrables[182]. Il faut dire que les

176 P. Mayer, « Le contrat illicite », *Rev. arb.*, 1984, p. 205 et s., spéc. p. 213 ; en ce sens, Paris, 29 mars 1991, *Sté Ganz et autres c. Sté nationale des Chemins de fer tunisiens*, *Rev. arb.*, 1991, p. 478, note L. Idot. Paris, 19 mai 1993, *Sté Labinal c. Sté Mors et Westland Aerospace*, *Rev. arb.*, 1993, p. 645, note Ch. Jarrosson ; *JDI*, 1993, p. 957, note L. Idot et *RTD com.*, 1993, p. 492, obs. Dubarry et Loquin.

177 P. Ancel, « Conventions d'arbitrage, conditions de fond, litiges arbitrables », *Juris-Classeur Procédure civile*, Fasc. 1024, *Commercial*, Fasc. 212, 1986, n° 25 et s.

178 Paris, 29 mars 1991, *Sté Ganz et autres*, *op. cit.*, note 176. Dans le même sens, J.-P. Ancel, « L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire », *Tr. com. fr. DIP*, 1991-1992, A. Pedone, Paris, 1994, p. 75.

179 L. Idot, note sous *Sté Ganz et autres*, *op. cit.*, note 176, p. 485.

180 P. Lalive, J.-F. Poudret, Cl. Reymond, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Payot, Lausanne, 1989, p. 308-309.

181 Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, note 24, p. 355, n° 572.

182 Cette vision doit être nuancée car l'inarbitrabilité connaît des degrés divers dans les différends États. C'est ainsi qu'en Angleterre, il est possible de régler par arbitrage la garde des enfants. En Suisse les questions pécuniaires découlant du droit de la famille sont aussi arbitrables. P. Catala, « Arbitrage et patrimoine familial », *Rev. arb.*, 1994, p. 279 ; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, note 24, p. 356 (note 393).

litiges de cette nature ne donnent généralement pas lieu à la conclusion d'une convention d'arbitrage, laquelle n'intervient que lorsque l'arbitrabilité est certaine ou qu'elle n'est en tout cas pas absolument et unanimement exclue, comme c'est le cas ici. L'arbitrage n'est presque jamais prévu pour des litiges inarbitrables par nature, et si une convention d'arbitrage venait malgré tout à être conclue, elle serait d'une nullité manifeste qu'un examen *prima facie* suffit à établir. Si c'est l'arbitre qui en est saisi, il pourra, le cas échéant, soulever d'office la question[183]. C'est pour toutes ces raisons, que « le problème de l'arbitrabilité des litiges internationaux n'a guère suscité de difficultés – ni d'intérêt d'ailleurs – dans les matières « évidentes », telles que le divorce ou le droit pénal classique »[184]. Aussi convient-il de passer à l'étude de la seconde catégorie sans plus tarder.

B. Matières ouvertes à la conquête des parties

En règle générale, la volonté commune librement exprimée paraît suffisante pour engager les parties à l'arbitrage[185]. Cependant, cette volonté ne saurait être la source exclusive de la compétence arbitrale, car abandonnée à elle-même, elle ne peut assurer une justice efficace. La fonction juridictionnelle étant fondamentalement régalienne, l'État se doit non seulement de réglementer l'arbitrage, mais aussi de lui porter secours, le cas échéant. À ce double titre, il est amené à soustraire certaines catégories de litiges à la compétence des arbitres[186]. Mais cette assistance n'est pas totalement désintéressée, elle est généralement assortie de conditions que l'État détermine librement et qui influencent *de facto* la compétence arbitrale, dans son exercice mais pas forcément dans son essence.

S'il en est ainsi c'est parce que considérées en elles-mêmes, les matières en cause ne présentent pas d'incompatibilité avec l'arbitrage. Elles sont certes sensibles, mais pas réfractaires à la justice privée. En conséquence, la portée des règles de non-arbitrabilité y afférentes variera en fonction du caractère interne ou international du litige. Dans le premier cas, elles sont généralement très suivies, et la justice privée ne peut réellement prospérer que dans la mesure permise par l'État. En matière internationale, en revanche, la marge de

183 À la question de savoir si l'arbitre doit examiner d'office l'arbitrabilité du litige, M. Hanotiau (*op. cit.*, note 55, p. 64) donne une réponse nuancée: si l'objection à l'arbitrabilité de la cause est d'odre public international, « il doit soulever la question *ex officio*», dans tous les autres cas, c'est à la partie intéressée de le faire.

184 B. Hanotiau, *op. cit.*, note 55, p. 117.

185 J.-M. Jacquet, Ph. Delebecque, S. Corneloup, *op. cit.*, note 165, p. 778, n° 1073.

186 « Dans toute société, il est parfaitement compréhensible que le législateur estime ne pas devoir abandonner le règlement de certains types de litiges à ce mécanisme privé qu'est l'arbitrage. » (Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, p. 346-347, n° 561).

manœuvre étatique diminue d'autant que l'efficacité de l'arbitrage international échappe à tout État considéré à titre individuel pour reposer sur une forte communauté d'États engagés à reconnaître et à favoriser l'effet juridictionnel de la convention d'arbitrage[187].

Ainsi, en matière d'arbitrabilité, l'objectif n'étant généralement pas l'uniformité des règles, mais plutôt la transparence des solutions, les matières soustraites à l'arbitrage dans tel ordre juridique sont valablement arbitrables ailleurs, et cela apparaît comme une conséquence logique de la liberté de l'arbitrage, liberté qui conduit les États à repousser sans cesse les limites de l'arbitrabilité, en rivalisant d'effort et d'ingéniosité pour élever le niveau de protection et étendre le domaine couvert[188].

Il faut également souligner que, même s'il arrive qu'un grand nombre d'États déclarent certaines matières inarbitrables[189], ces restrictions sont pour la plupart fondées sur le caractère impératif des règles régissant la matière[190]. Ainsi, la loi belge du 27 juillet 1961 telle que modifiée par la loi du 13 avril 1971, n'interdit l'arbitrage des litiges relatifs à la résiliation unilatérale des concessions exclusives de vente à durée indéterminée, que pour prévenir l'éviction du droit belge[191]. Lorsque son application est assurée, le consente-

187 C'est pratiquement le cas des 144 États parties à la Convention de New York de 1958, voir liste : http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html (20/10/09).

188 Voir à ce sujet les dispositions pertinentes de la Convention de New York (article II, III, V et VII).

189 Parfois, l'inarbitrabilité ne découle pas de la matière, visée de manière abstraite. Celle-ci peut bien être arbitrable, mais frappée d'une restriction liée au droit applicable (admissibilité de l'arbitrage subordonnée à l'application d'une loi déterminée) ou au mode d'expression du consentement (admission de l'effet juridictionnel du compromis, mais pas celui de la clause compromissoire). En France, même pas le compromis n'est efficace en matière de contrat individuel de travail s'il a été conclu avant la rupture des rapports de travail. En ce sens, N. Coipel-Cordonnier, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé,* préface de Marc Fallon, avant-propos de Pierre Mayer, LGDJ, Paris, 1999**,** p. 242.

190 P. Mayer, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », *RCADI*, 1989, tome 217, p. 433 et s. spéc. p. 438. J.-B. Racine, *op. cit.,* note 34, p. 159, n° 275.

191 Sur cette loi, voir, entre autres : R. Ledoux, « L'arbitrage en matière de concession de vente », *Rev. arb.*, 1978, p. 156 ; H. Van Houtte, « L'arbitrabilité de la résiliation des concessions de vente exclusive », in *Mélanges Van Der Elst*, Nemesis, Bruxelles, 1986, (vol. II), p. 829 ; A. Nuyts, « La loi belge du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée et les conventions d'arbitrage », *J.T.*, 1993, p. 349 ; *idem*, La concession de vente exclusive, l'agence commerciale et l'arbitrage, Bruylant, Bruxelles, 1996 ; P. Hollander, « L'arbitrabilité des litiges relatifs aux contrats de concession de vente exclusive et d'agence commerciale en droit belge », *RDAI/IBLJ*, 1998, p. 86.

ment des parties n'est pas privé d'effet[192]. Cette solution s'explique, selon M^me^ Coipel-Cordonnier, par le fait que « ce n'est pas l'arbitrage lui-même qui est condamné, mais uniquement son éventuelle *conséquence de droit applicable* »[193].

Très soucieux de l'effectivité des normes définissant l'arbitrabilité des litiges et surtout désireux de prévenir la contradiction qui pourrait résulter de l'appréciation de la question selon des règles divergentes, le professeur Mayer juge « préférable de considérer que la non-arbitrabilité d'une matière, lorsqu'elle est édictée par un État, résulte d'une *loi de police* dont le domaine d'application dépend des impératifs propres à cette matière »[194].

Le professeur Racine affirme, pour sa part, que « l'arbitrabilité du litige se détermine au regard de la loi de police qui revendique son application que celle-ci appartienne ou non au droit applicable à la convention d'arbitrage ou au droit du siège de l'arbitrage »[195].

Sans doute partageons-nous le désir louable de ces auteurs de rechercher l'harmonie entre les décisions rendues en matière d'arbitrabilité[196]. Il n'est cependant pas certain que cet objectif sera atteint par une simple référence aux lois de police[197], car en matière internationale, c'est déjà largement le cas[198]. Pourtant, si un problème d'arbitrabilité peut se poser dans tout arbitrage, les lois de police

---

192 Voir l'arrêt rendu par la Cour de cassation belge le 28 juin 1979 dans l'affaire *Audi/NSU*, *Pas.*, I, 1260 ; *Rev. crit. jurisp. belge*, 1981, p. 332, note Van Der Elst. Affaire CCI n° 6379 de 1991, *Rev. dr. com. belge*, 1993, p. 1146, note Hanotiau ; *YCA*, 1992, p. 212. Voir B. Hanotiau, *op. cit.*, note 49, p. 952 et s. ; *Idem*, « L'arbitrabilité des litiges en droit belge au regard de la pratique internationale », *Mélanges Roger O. Dalcq*, Maison Larcier, Bruxelles, p. 269-285, spéc. p. 278.

193 N. Coipel-Cordonnier, *op. cit.*, note 189, p. 242.

194 P. Mayer, *op. cit.*, note 190, p. 438.

195 J.-B. Racine, *op. cit.,* note 34, p. 162, n° 281.

196 C'est un souci largement partagé, voir I. Fadlallah, « L'ordre public dans les sentences arbitrales », *RCADI*, 1994, tome 249, p. 377 et s., spec. p. 415, n° 66.

197 Sur les lois de police et l'arbitrage international, voir : B. Goldman, « Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international », *Trav. Com. fr. DIP*, 1966-1969, p. 119 ; Y. Derains, « Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale », dans *Le droit des relations économiques internationales. Mélanges offerts à Berthold Goldman*, Litec, Paris, 1982, p. 29 ; P. Mayer, « Mandatory Rules of Law in International Arbitration », *Arb. Int'l.*, 1986, p. 274 ; K.H. Böckstiegel, « Public Policy and arbitrability » in *Comparative Arbitration Practice and Public Policy Arbitration,* ICCA Congress Series n° 3, (P. Sanders Gl Ed.), Kluwer, 1986, p. 177 ; J.D.M. Lew, « Determination of Arbitrator's jurisdiction and the Public Policy Limitations on that Jurisdiction », *in* (J.D.M. Lew ed.) *Contemporary Problems in International Arbitration*, School for International Arbitration, 1986, p. 73 ; I. Fadlallah, *op. cit.,* note 196 ; M. Blessing, « Mandatory Rules of Law versus Party autonomy in International Arbitration », *J. Int'l Arb.*, 1997, n° 4, p. 24 ; Ch. Seraglini, *op. cit.,* note 32.

198 J.-B. Racine, *op. cit.,* note 34, p. 159, n° 275.

n'interviennent que dans un contexte bien particulier, celui des relations internationales de droit privé[199].

Cette catégorie de lois a été consacrée pour prendre en charge certains intérêts dont l'État juge la défense et la promotion si essentielles « qu'ils ne peuvent se satisfaire de la relative neutralisation que leur imprime la règle de conflit et qu'ils revendiquent pour les règles qui les expriment une application directe au niveau international »[200]. C'est dire que ces règles exigent de pouvoir régir toute situation juridique impliquant les intérêts dont elles ont la garde, indépendamment du tribunal compétent pour en connaître. Autrement dit, leur objet n'est pas tant la juridiction compétente que le droit applicable : l'arbitre, aussi bien que le juge, peut appliquer les lois de police[201]. Il a même été soutenu, à ce propos, que « l'arbitre a non seulement le pouvoir mais aussi le devoir d'appliquer les lois de police même lorsque celles-ci sont étrangères à la loi déclarée applicable au fond du litige »[202]. Il ne sert à rien d'inciter l'arbitre international à appliquer les lois de police des États si, simultanément, on cherche à ériger celles-ci en une barrière à sa compétence[203].

Plutôt que d'aller dans le sens préconisé par ces auteurs, c'est vers l'évolution inverse que s'est orienté le droit positif. La mise en cause des règles d'ordre public a cessé d'être un obstacle à l'arbitrage pour devenir une composante essentielle de son domaine, pouvoir étant reconnu à l'arbitre d'appliquer ces règles et d'en sanctionner la violation, sous le contrôle du juge. Malgré cette reconnaissance, n'oublions pas que l'arbitre international n'est pas investi par un État et qu'il n'a ni for ni *lex fori*. Il demeure l'agent d'exécution de la volonté des parties, et c'est en cette qualité qu'il est amené à appliquer les lois de police d'un État, dont il ne saurait être, au bout du compte, le gardien de l'ordre public.

En conséquence, l'arbitre a toutes les raisons de montrer peu d'empressement à appliquer des règles conduisant à l'inarbitrabilité du litige, même lorsqu'elles prennent la forme de lois de police. Quel que soit le système juridique dont elles relèvent, l'arbitre devrait en donner une vue synthétique : « gardien de sa propre compétence et

199 Certaines des mesures impératives prises par les États « ont directement pour objet les relations internationales (réglementation douanière ou des changes) ; d'autres sont édictées au premier chef en vue des rapports internes (réglementation des prix, de la concurrence) » (B. Audit, *Droit international privé*, 4e édition, Economica, Paris, 2006, p. 97, n° 117).

200 J.-M. Jacquet, Ph. Delebecque, S. Corneloup, *op. cit.*, note 165, p. 217, n° 385.

201 Pour une illustration, voir la loi belge sur la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée, *op. cit.*, note 161.

202 J.-B. Racine, *op. cit.*, note 34, p. 162, n° 281.

203 Selon M. Mayer, « Lorsque l'État a affirmé de façon impérative sa volonté de prendre en main cette protection sans en étendre à l'excès le domaine spatial, l'arbitre ne doit pas résister ; il méconnaîtrait par là le rôle légitime des États » (*op. cit.*, note 190, p. 439).

comptable de la volonté des parties, il ne saurait céder facilement à toute revendication étatique d'inarbitrabilité »[204]. Il a l'obligation de veiller à ce que le mandat qui lui a été confié puisse s'exercer correctement, et qu'aucune partie ne puisse recourir à une règle de non-arbitrabilité pour échapper à une obligation d'arbitrage librement contractée.

Les mêmes principes (notamment la bonne foi) qui ont dicté la solution au problème posé par les restrictions à l'arbitrage visant la partie étatique trouvent application ici également. En effet, si les parties ont librement accepté de conclure la convention d'arbitrage, c'est que l'objet du litige ne leur a pas paru relever du noyau dur d'inarbitrabilité. Mieux, l'arbitrabilité n'étant que le reflet de la vision qu'un État se fait de la justice privée à un moment donné, elle permet de distinguer les États hostiles des États hospitaliers à l'arbitrage, selon que ce dernier y est simplement toléré ou réellement accepté[205]. Une telle distinction disparaîtrait au profit d'un nivellement par le bas, si les États favorables à l'arbitrage devaient donner effet à des dispositions restrictives étrangères, parfois dictées par un nationalisme juridique ou juridictionnel, juste parce qu'elles ont le caractère de lois de police. Il en irait de même, s'ils devaient accepter de donner effet à un arbitrage ne reposant pas sur le consentement des parties.

204 J.-M. Jacquet, Ph. Delebecque, S. Corneloup, *op. cit.*, note 165, p. 767, n° 1057.

205 J. Paulsson, «Accepting International Arbitration in Fact – and Not Only in Words», in *Arbitration in Africa*, E. Cortant, A. Amissah (eds.), LCIA Worldwide Arbitration, Kluwer, 1996, p. 31-46, spéc. p. 31.

Chapitre II

Le consentement à l'arbitrage, manifestation d'une volonté contenue

Face aux restrictions que la loi impose à la justice privée, les parties à l'arbitrage international ne sont pas démunies. Loin d'être inopérant, leur consentement a même joué un rôle déterminant dans l'admission de la partie étatique à l'arbitrage et dans l'extension des matières litigieuses susceptibles d'être réglées par cette voie. Peut-on en dire autant lorsque, au lieu de restreindre l'accès à l'arbitrage, la loi impose d'y recourir dans telles ou telles matières ou entre telles ou telles catégories de parties ? C'est l'hypothèse de l'arbitrage forcé qui vient montrer que, quel soit l'esprit de conquête qui anime les parties à l'arbitrage, leur consentement reste une volonté contenue. Une belle manière de réaffirmer le rôle premier de la loi dans l'arbitrage.

En effet, la liberté de l'arbitrage serait illusoire sans la protection de la loi, qui en définit le champ et en fixe les modalités d'exercice. Aussi bien, le consentement à l'arbitrage n'a de raison d'être qu'en l'absence d'une prescription légale lui soumettant certaines catégories de litiges (section 1). Cependant, la reconnaissance et l'exercice d'une telle compétence législative apparaissent difficilement conciliables avec la traditionnelle liberté qui définit habituellement la notion d'arbitrage (section 2).

Section 1 – Absence de consentement ou la problématique de l'arbitrage forcé

L'intervention du législateur dans le domaine de la justice privée peut se faire de « deux manières, soit en permettant aux parties de recourir à l'arbitrage en telle ou telle matière, et c'est l'arbitrage volontaire, soit en décrétant que tel ordre de litige sera obligatoirement soumis à des arbitres, et c'est l'arbitrage forcé »[206]. En principe, il n'est pas besoin d'obliger les parties à régler leurs litiges par voie d'arbitrage, il suffit de leur garantir la liberté de le faire. C'est pourquoi, dans le monde entier, l'arbitrage repose généralement sur le consentement des parties. Toutefois, pour être universel, le principe du fondement volontaire de l'arbitrage n'en

206 J. Robert, *op. cit.*, note 5, p. 3.

souffre pas moins une exception importante, très répandue elle aussi. Il s'agit de la situation dans laquelle l'arbitrage repose sur la loi, qui l'impose aux parties (§ 1). Mais en l'occurrence, l'intervention du législateur est-elle légitime, sur quelles raisons objectives peut-elle reposer ? (§ 2).

§ 1 – Notion d'arbitrage forcé et étendue du phénomène

L'existence de l'arbitrage forcé n'est nullement discutée, du moins en droit interne. C'est là un fait que l'on ne peut que constater, quel que soit par ailleurs le parti que l'on défend dans la controverse relative à la légitimité des arbitrages forcés. Il y a lieu tout d'abord de chercher à bien cerner la notion (A), ce qui facilitera ensuite l'identification de ses différentes manifestations (B).

A. Définition de l'arbitrage forcé

Il est assez rare que l'arbitrage soit défini par les lois qui le réglementent[207]. D'ailleurs, pour M. Jarrosson, « l'arbitrage n'a *pas de définition légale* »[208]. On pourrait en dire autant sinon davantage de l'arbitrage forcé, qui n'est que très rarement nommé comme tel dans les textes qui l'instituent ou l'organisent. Tout au plus, se contentent-ils de faire allusion à son caractère obligatoire. C'est donc dans les écrits de la doctrine qu'il convient de chercher la définition de l'arbitrage forcé, également qualifié de légal ou obligatoire. Mais ici non plus, le sujet n'est pas fréquemment abordé et là où il l'a été, il était surtout question, soit de commenter une loi qui organise un cas particulier d'arbitrage forcé, soit d'examiner la nature arbitrale de ce type de procédure[209].

Pour M. Robert Rodman, « *Compulsory arbitration is that which occurs when the consent of one of the parties is enforced by statutory provisions* »[210]. Selon le Vocabulaire juridique, l'expression recouvre deux sens, dont le second, proche de la définition proposée par M. Rodman, n'évoque pas un véritable cas d'arbitrage forcé car la procédure

207 Voir cependant, l'article 1er de la loi mauritanienne portant Code de l'arbitrage (n° 2000-06) qui stipule que « l'arbitrage est un procédé privé de règlement de certaines catégories de contestations par un tribunal arbitral auquel les parties confient la mission de les juger en vertu d'une convention d'arbitrage » (texte dans *Rev. arb.*, 2001, p. 935).

208 Ch. Jarrosson, *op. cit.,* note 3, p. 368, n° 779, faisant remarquer que la notion d'arbitrage « n'est définie nulle part dans les textes français, elle ne l'est pas non plus dans les travaux de l'Office de révision du Code civil québécois, et elle ne l'est pas davantage dans les droits étrangers (cela est vrai par exemple du droit italien, allemand, belge, danois, suisse, anglais, américain…) ». *Ibid.*, p. 369 ; dans le même sens, J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, note 39, p. 1, n° 1.

209 Ch. Jarrosson, *op. cit.,* note 3, p. 13.

210 R. M. Rodman, *Commercial Arbitration with forms*, West Publishing Co., 1984, p. 3.

repose sur le consentement des parties. Il est alors fait référence à la situation découlant de la survenance d'un « litige entre des personnes tenues, sauf commune renonciation, de le soumettre à l'arbitrage en exécution d'une clause compromissoire »[211]. Cette définition est certes usitée dans la pratique internationale pour désigner une obligation préalable de règlement pacifique des différends, mais elle ne sera pas retenue ici, car si l'obligation existe, elle n'a pu naître que de la volonté commune des parties. Ainsi, dire que l'arbitrage est volontaire signifie qu'il repose sur l'accord des parties, même si cet accord est parfois remis en cause après la survenance du litige.

Il arrive que la volonté réelle de l'une des parties concernant le recours à l'arbitrage soit d'emblée ignorée. C'est notamment le cas lorsque l'adoption de la convention d'arbitrage est posée comme une condition d'accès à un certain service ou avantage, ou qu'elle est associée à une sanction. Dans le premier cas, on peut donner l'exemple d'un arbitrage imposé par voie testamentaire : l'héritier, ou le légataire, ne peut éviter l'obligation d'arbitrage qu'à condition de renoncer au bénéfice du testament[212]. La seconde hypothèse peut être illustrée par le cas d'un professionnel qui risquerait d'être exclu de sa corporation s'il refusait d'inclure une clause arbitrale dans ses conditions générales, conformément aux recommandations de celle-ci. Il en va de même de l'athlète, qui serait privé de compétition s'il n'adhérait pas à la clause compromissoire stipulée dans les statuts de la fédération sportive. Dans tous ces cas, le consentement à l'arbitrage de l'une des parties est automatiquement déduit de son acceptation du contrat de base. Bien que la partie concernée soit privée d'une réelle possibilité de choix, ce consentement apparaît réfléchi, et il intervient loin de toute contrainte étatique. Il ne s'agit donc pas là, à notre avis, d'un véritable cas d'arbitrage forcé.

D'un autre côté, le caractère imposé de l'arbitrage peut découler du fait qu'un tribunal arbitral saisi par l'une des parties exerce une compétence qu'elle n'a pas, en méconnaissance du fondement consensuel de l'arbitrage. La partie qui entend contester cette décision de compétence a alors la faculté de saisir un tribunal étatique à l'effet d'annuler la sentence. Mais pour cela, elle doit pouvoir convaincre la cour du bien-fondé de sa prétention. A défaut, la sentence sera validée et l'obligera. Pourtant, à ce niveau non plus, il ne s'agit pas d'un arbitrage forcé, puisque la contestation de la compétence se fonde essentiellement sur l'absence de consentement à l'arbitrage. Même si l'on n'est pas totalement à l'abri de certaines erreurs d'appréciation de la part des arbitres et des juges, cette éventualité ne change rien au principe selon lequel les particuliers

211 G. Cornu (éd.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, note 13, *V° Arbitrage forcé ou obligatoire*, p. 67.

212 Voir l'article 1066 ZPO allemand, qui soumet cet arbitrage au régime de l'arbitrage volontaire.

étant tous libres et égaux en droits, ils ne peuvent s'obliger les uns envers les autres que par leur consentement mutuel. Il demeure en effet acquis que « n*either arbitrators nor courts have the prerogative to redraft an arbitration clause to require parties to arbitrate matters that they did not initially agree to arbitrate*»[213].

En revanche, le premier sens que le *Vocabulaire juridique* donne de la notion intéresse fort bien notre propos : l'arbitrage forcé ou obligatoire y est défini comme étant l'« arbitrage auquel la loi, par exception, impose de recourir pour la solution d'un litige »[214]. Effectivement, on peut considérer que l'on se trouve en présence d'un arbitrage forcé ou légal, chaque fois que la décision de recourir à ce mode privé de règlement est dissociée de la volonté des parties pour reposer sur la loi. Dans ce cas, aucun problème de consentement ne se pose : les parties doivent soumettre leur différend à l'arbitrage, une telle solution leur étant imposée par la loi. L'arbitrage étant forcé, le consentement devient superflu et il n'intervient plus dans le débat sur la compétence.

En conséquence deux éléments concourent à la définition de l'arbitrage forcé tel que nous l'entendons ici : d'une part, il y a une intervention de la loi qui impose l'arbitrage, de l'autre, l'on assiste à un effacement du consentement qui apparaît alors comme la conséquence logique du premier facteur. Pour qu'il y ait arbitrage forcé, toute cohabitation entre la loi et le consentement doit donc être exclue. Dans l'arbitrage volontaire, les deux éléments coexistent : la loi prévoit l'arbitrage mais laisse aux parties la liberté d'y recourir. Dans l'arbitrage forcé, elle va plus loin et accapare la place du consentement.

Par ailleurs, ne sont pas comprises dans cette définition les procédures qualifiées à tort d'arbitrage : même si la loi impose d'y recourir, c'est uniquement à des fins de conciliation, le tiers n'ayant pas reçu compétence pour trancher le différend par une décision obligatoire pour les parties[215].

B. L'arbitrage forcé en droit comparé

De nombreux pays connaissent ou ont connu le phénomène de l'arbitrage forcé, même si ce n'est que de façon marginale et exceptionnelle. Ils ont eu à y recourir pour régler certaines catégories de litiges sensibles, par exemple en matière de relations de travail. C'est ainsi que dès les années 1930, nombre de pays anglo-saxons ont organisé une procédure d'arbitrage obligatoire pour régler

213 R. M. Rodman, *op. cit.*, note 210, p. 14.

214 G. Cornu (éd.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, note 13, V° Arbitrage – forcé ou obligatoire, p. 66.

215 Goldberg, Sander, Roger, *Disputes Resolution : Negotiation, Mediation and other Processes*, 3rd ed., Aspen Law & Business, New York, 1999, p. 233.

pacifiquement les contestations entre employeurs et salariés dans le but de limiter les grèves. Pour sa part, l'article 139 de la Constitution du Honduras du 11 janvier 1982 telle qu'elle a été successivement amendée jusqu'en 2005, fait obligation à l'État de promouvoir et d'organiser la résolution des conflits de travail par la conciliation et l'arbitrage[216]. Au Chili, la loi prévoit que les litiges découlant du partage des biens communs aux époux seront obligatoirement résolus par voie d'arbitrage[217].

Nous allons à présent nous intéresser à la pratique de l'arbitrage forcé et à son évolution dans les quatre pays ci-après.

1. L'arbitrage forcé en France

Historiquement, la France a connu différentes procédures d'arbitrage forcé[218]. Mais la plupart ont disparu pour n'en laisser subsister que quelques-unes, qui servent à régler les rapports de travail dans certaines professions libérales. Il en est ainsi de l'arbitrage organisé par la loi du 29 mars 1935 instituant la Commission arbitrale des journalistes. En vertu de l'article 761-5 du Code du travail[219], une commission arbitrale est obligatoirement saisie pour déterminer l'indemnité due lorsqu'un licenciement survient alors que la durée des services excède quinze années[220].

Une procédure semblable est instituée pour régler les litiges relatifs aux relations de collaboration entre membres du barreau. Aux termes de l'article 7 de la loi du 31 décembre 1971 tel que modifié par l'article 71 de la loi du 10 juillet 1991, « les litiges nés à l'occasion d'un contrat de travail sont soumis à l'arbitrage du bâtonnier à charge d'appel devant la cour d'appel siégeant en chambre de conseil ». Les caractéristiques de cette procédure d'exception ont clairement été exposées par M. Damien : « il s'agit d'un arbitrage décidé par la loi, différent de l'arbitrage classique, le mot recouvrant en fait un premier degré de juridiction pour lequel l'arbitre (le bâtonnier) est désigné par la loi et intervient es qualité dans un rôle institutionnel »[221].

---

216 Voir le texte à l'adresse : http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Honduras/hond05.html (état du 20/09/09).

217 H. G. Sommerville, « Arbitration in Chile » in *International Commercial Arbitration in Latin America, Special Supplement, ICC International Court of Arbitration Bulletin*, December 1996, p. 15-20, spec. p. 17.

218 H. Motulsky, *op. cit.*, note 162, p. 18-20.

219 Inséré par Loi n° 73-4 du 2 janvier 1973, *J.O.* du 3 janvier 1973.

220 G. Flécheux, « La Commission arbitrale des journalistes », *Rev. arb.*, 1964, p. 34.

221 A. Damien, « Une procédure originale de règlement des conflits de travail entre avocats. L'arbitrage du Bâtonnier (article 7 de la loi du 31 décembre 1971 dans sa rédaction issue de la loi du 31 décembre 1990) », *in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, Paris, 1996, p. 63-74, spéc. p. 70.

2. L'arbitrage forcé en Suisse

Le droit suisse connaît une application spécifique de l'arbitrage légal prévu à l'article 89 de la Loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal). Aux termes de l'alinéa 1er de cette disposition, « les litiges entre assureurs et fournisseurs de prestations sont jugés par un tribunal arbitral ». Il incombe à chaque canton d'en instituer un, de composition paritaire chapeauté par un président neutre. Il est aussi permis aux cantons de « confier les tâches du tribunal arbitral au tribunal cantonal des assurances complété, dans ce cas, par un représentant de chacune des parties »[222].

La procédure reste cantonale, mais chaque canton doit veiller à ce qu'elle soit simple et rapide. L'obligation d'arbitrage ne pèse que sur les caisses maladies et les fournisseurs de soins. Quant à l'assuré, il ne peut agir, et sa responsabilité ne peut être directement engagée, que devant le Tribunal cantonal des assurances. Ses obligations peuvent néanmoins relever du tribunal arbitral à condition toutefois que la procédure se déroule entre le fournisseur de prestations et l'assureur, ce dernier agissant alors au nom et pour le compte de l'assuré[223].

3. L'arbitrage forcé aux États-Unis

Aux États-Unis, le problème de l'arbitrage obligatoire connaît un regain d'intérêt qui n'est pas étranger à la politique sensiblement favorable à la résolution des litiges par voie d'arbitrage. Cette tendance de la loi à prescrire la soumission obligatoire de certaines catégories de litiges à l'arbitrage est illustrée, en matière sportive, par la *Ted Stevens Olympic and Amateur Sport Act*. Cette loi impose la résolution arbitrale de tout litige relatif à la participation des sportifs désireux de défendre les couleurs américaines aux différentes compétitions internationales. La procédure a lieu sous l'égide de l'American Arbitration Association (AAA)[224].

222 Article 89, al. 4 LAMal.

223 Article 89, al. 3 LAMal. Pour plus de détails sur la compétence du tribunal arbitral, voir A. Ayer, B. Despland, *Loi fédérale sur l'assurance-maladie, Édition annotée*, Georg Éditions Médecine & Hygiène, Genève, 2004, p. 138-141 ; P. Jolidon, *Commentaire du concordat suisse sur l'arbitrage*, Stämpfli, Berne, 1984, p. 33, n° 61.

224 A. Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, Schulthess, Zurich, Bruylant Bruxelles, LGDJ, Paris, 2005, p. 247. L'auteur note la même tendance dans différents pays (Canada, Pologne, Chine) et en conclut que la création par voie législative de mécanismes arbitraux pour la résolution des litiges sportifs semble se généraliser (*Ibidem*, p. 248) et même s'universaliser dans le cadre du Code mondial antidopage. « Si les travaux en vue d'une convention internationale formalisant l'acceptation du Code par les États devaient aboutir, l'arbitrage du TAS serait obligatoire non seulement pour les parties, mais aussi pour les États contractants eux-mêmes » (*Ibidem*, p. 249, n° 472).

À côté de l'arbitrage statutaire imposé par la loi, le débat est houleux sur la pratique des *mandatory arbitration clauses*. Dans la mesure où la jurisprudence n'hésite généralement pas à donner effet à de telles clauses qui n'engagent parfois qu'une seule partie, souvent celle qui est réputée faible, il est permis de se demander s'il ne faut pas voir là un réel cas d'arbitrage forcé. Cette problématique concerne l'arbitrage dans le secteur public, l'arbitrage lié à une procédure judiciaire et l'arbitrage portant sur les erreurs et défaillances médicales[225].

4. Les problèmes posés par l'arbitrage forcé en Italie

L'arbitrage forcé a été régulièrement pratiqué en Italie jusqu'à ce qu'un arrêt de la Cour de cassation déclare son inconstitutionnalité. Depuis, l'institution tend à tomber en désuétude[226].

De cette étude, il ressort que l'arbitrage forcé est connu et pratiqué dans divers ordres juridiques même si, en général, la doctrine tend à minimiser le phénomène[227]. Se pose alors la question de la légitimité d'une telle procédure dans un système démocratique, fondé sur la séparation des pouvoirs et le respect des droits de l'homme.

§ 2 – Légitimité de l'arbitrage forcé

Que l'État n'entrave pas le recours à l'arbitrage, c'est tout à fait normal. Cela est conforme à la liberté des parties qui se voient ainsi ouvrir une option entre deux procédures : l'une judiciaire, l'autre arbitrale ; mais qu'il aille jusqu'à leur imposer l'arbitrage, alors même que les tribunaux publics sont à leur disposition, révèle un certain paradoxe. Une telle démarche peut paraître d'autant plus étrange qu'elle semble s'inscrire à l'opposé des intérêts tant de l'État que des individus : du côté de l'État, elle serait en contradiction avec l'objectif initial, qui consiste à centraliser le contentieux devant les tribunaux étatiques ; du côté des particuliers qui seraient privés, malgré eux, de l'accès aux tribunaux, il s'agirait d'une remise en cause d'un droit fondamental, le droit à une protection judiciaire effective.

Pour tout dire, lorsqu'il est coupé de son fondement volontaire, l'arbitrage devient à ce point déconcertant que se pose la question de sa légitimité (A). Cependant, l'examen de la raison d'être du

225 Th. Carbonneau, *op. cit.*, note 167 ; J. M. Nolan-Haley, *Alternative Dispute Resolution in a Nutshell*, West Publishing Co., Saint-Paul, 1992, p. 125-130 (voir aussi la 2e édition de 2001).

226 M. Rubino-Sammartano, *op. cit.*, note 6, p. 25-28.

227 *Contra* A. Rigozzi, qui constate que « la pratique montre une tendance au développement de cas d'arbitrages imposés par la loi » (*op. cit.*, note 224, p. 247).

consentement en tant que fondement de l'arbitrage permet de comprendre que celui-ci puisse parfois tirer sa légitimité d'une autre source que la volonté des parties (B).

A. Débat sur la légitimité de l'arbitrage forcé

Dans bien des pays, la constitution (loi fondamentale) garantit à toute personne l'accès à un tribunal indépendant et établi par la loi. Elle interdit la création de commissions extraordinaires ou de tribunaux d'exception. Entre autres dispositions, on peut citer les articles 8 et 94 de la Constitution du Royaume de Belgique du 7 février 1831, l'article 61 de la Constitution du Royaume de Danemark du 5 juin 1953, l'article 117 de la Constitution du Royaume d'Espagne du 27 décembre 1978. « *Because of the very close relationship between compulsory arbitration and special jurisdictions, some legal systems maintain that compulsory arbitration is not admissible* »[228].

En Italie, la Constitution du 27 décembre 1947 reconnaît « à chacun le droit d'ester en justice pour la protection de ses droits et intérêt légitimes » (article 24). Elle énonce, dans son article 25 que « nul ne peut être soustrait au juge naturel désigné par la loi » et aux termes de l'article 102, al. 2, « il ne peut être institué de juges extraordinaires ou spéciaux ». En s'appuyant sur ces principes, la Cour constitutionnelle italienne a déclaré l'inconstitutionnalité de l'arbitrage forcé dans sa décision n° 177, du 14 juillet 1977[229]. Une position qu'elle a maintenue dans une espèce récente[230].

Au Brésil, la loi du 23 septembre 1996 sur l'arbitrage a suscité un débat nourri sur sa conformité à la constitution, notamment s'agissant de ses articles 6 et 7 qui traitent des modalités de « mise en œuvre de l'arbitrage » en l'absence « d'accord préalable » des parties. « Pourtant, après une longue discussion de plus de trois ans, la majorité absolue des magistrats de la Cour suprême constitutionnelle du Brésil a approuvé sa validité »[231].

Pour M. Rodman, une procédure d'arbitrage forcé serait tout simplement illégale à moins que « *a statute for compulsory arbitration gives parties the further right of appeal from the award of the arbitrators, or other procedures to carry the matter before a judicial tribunal to have the issues tried there, or the award sufficiently reviewed* »[232]. Mais une telle garantie est

228 M. Rubino-Sammartano, *op. cit.,* note 6, p. 27.

229 F. Carpi, « Le règlement des litiges en dehors des tribunaux en droit italien », in *Les conciliateurs, la conciliation, une étude comparative*, sous la direction de H. Kötz et R. Ottenhof, Economica, Paris, 1983, p. 97-108, spéc. p. 97.

230 Cour constitutionnelle italienne, décision du 9 mai 1996, *Mortini v. Comune di Alidone*, *Foro pad.* 1996, 4, cité par M. Rubino-Sammartano, *op. cit.,* note 6, p. 28.

231 A. Wald, « L'évolution de la législation brésilienne sur l'arbitrage : 1996-2001 », *Bull. CCI*, vol. 12, n° 2, 2e semestre, 2001, p. 44-51, spéc. p. 44.

232 R. M. Rodman, *op. cit.*, note 210, p. 14.

rarement offerte en pratique, car elle irait à l'encontre de l'efficacité de la procédure d'arbitrage imposée et ne ferait qu'allonger inutilement la procédure. D'autres auteurs se sont préoccupés de savoir si l'arbitrage ne serait pas un droit de l'homme dont la garantie s'impose à l'État, tenu de pourvoir à son libre exercice sans pouvoir ni l'interdire, ni l'imposer. Bref, doit-on déclarer l'arbitrage forcé hors la loi ?

B. Fondement du consentement et admissibilité de l'arbitrage forcé

La recherche et l'identification de la base juridique du consentement à l'arbitrage apporteront une lumière nouvelle au débat relatif à la légitimité des arbitrages forcés. Elles nous permettront de dresser les hypothèses dans lesquelles l'institution d'un arbitrage forcé devient possible et les conditions d'efficacité d'une telle procédure.

En effet, l'exigence du consentement à l'arbitrage résulte de la liberté des parties qui y recourent. Plus précisément, elle procède du principe fondamental d'égalité de toutes les personnes intéressées par une telle procédure : aucun des protagonistes n'est en mesure d'imposer l'arbitrage aux autres. L'engagement de chaque partie à s'en remettre à la justice d'un tiers, trouve sa contrepartie dans l'obligation, en principe de même nature, assumée par l'autre partie[233]. Quant à l'arbitre, il ne peut contraindre les plaideurs à se soumettre à sa juridiction, laquelle procède de leur libre volonté. Les parties non plus n'ont le pouvoir de le contraindre à statuer. Jouissant d'une liberté égale à celle des parties, la personne pressentie pour la fonction d'arbitre peut accepter tout comme elle peut décliner la mission qui lui est proposée. Le refus de la mission n'est toutefois pas sans conséquence sur le compromis qui devient caduc par application de l'article 1448, al. 3 NCPC[234].

---

233 Avec l'intérêt que présente le recours à l'arbitrage dans certains domaines, l'insertion d'une clause arbitrale dans le contrat peut être érigée en une condition *sine qua non* de la conclusion de celui-ci. Il devient aussi envisageable de stipuler l'obligation d'arbitrage à la charge d'une seule partie qui accepte cette clause arbitrale unilatérale pour accéder à un avantage fourni par l'autre partie et qui aurait été autrement inaccessible. Cf. L. A. Niddam, « Unilateral Arbitration Clauses in Commercial Arbitration », *Arb. & Disp. Res. Law J.*, 1996, p. 147 ; W. W. Park, « Making Sense of Financial Arbitration », *ICC Bull., Special Suppl. on arbitration, finance and insurance*, 2000, p. 7-13 ; également disponible en français sous le titre : « Comprendre les enjeux de l'arbitrage financier », *Bull. CCI, Supplément spécial, arbitrage, finance et assurance*, ICC Publishing, Paris, 2000, p. 7-13, spéc. p. 12.

234 Commentant cette disposition, M. Jean Robert, écrit : « Il apparaît de la sorte que le compromis est soumis à un double concours de volontés, celui des parties et celui du ou des arbitres. La différence entre eux est cependant que le concours de volontés des parties est nécessaire et suffisant à une formation du compromis, lequel a effectivement et complètement pris naissance avec lui, de telle sorte qu'il ne crée qu'une simple réalisation sous condition suspensive.

Ces principes de liberté et d'égalité s'appliquent indistinctement à toutes les parties à l'arbitrage, quand bien même elles peuvent relever de statuts juridiques fort différents (État, personne privée). Négligées pour satisfaire aux exigences d'une saine administration de la justice, notamment dans le but d'établir un équilibre procédural entre les parties, ces différences subsistent et se manifestent dans la diversité des bases juridiques invoquées au soutien des principes cités.

Ainsi, en droit international, l'égalité juridique découle de la souveraineté des États. « Aussi longtemps que survivra la souveraineté étatique, il sera difficile d'établir une justice internationale obligatoire, autorisant chaque État à citer unilatéralement un autre État devant une juridiction internationale à propos de n'importe quel différend »[235]. C'est une garantie suprême, qui supprime à ce niveau toute distinction *ratione personae* entre la justice institutionnalisée et l'arbitrage. Dans les deux cas, la règle demeure la même, à savoir le principe du consentement à la juridiction. Le professeur Rigaux a une belle formule pour l'exprimer : « entre certaines parties il n'existe d'autre mode de règlement des litiges que celui auquel elles ont volontairement adhéré. Tel est notamment le cas des États et des organisations internationales »[236]. Au niveau des relations internationales de droit public, le principe est donc l'exclusion de toute possibilité d'arbitrage forcé[237].

Au niveau transnational également, l'arbitrage demeure essentiellement libre et le consentement est généralement incontournable. Cette liberté est assurée par les mêmes considérations de souveraineté que précédemment, quoique dans un moindre degré. En effet, l'arbitrage transnational ne met pas forcément en cause la souveraineté. D'abord, la personne privée partenaire de l'État en est dépourvue. Ensuite, le litige peut l'opposer à une personne publique autre que l'État. On le voit dans l'arbitrage entre un particulier étranger et une émanation de l'État : même dotée de prérogatives régaliennes, cette

---

Mais l'adhésion (simultanée ou postérieure) qu'y donneront les arbitres sera à la fois la condition de la mise en œuvre et celle du maintien du compromis » (J. Robert, *op. cit.*, note 5, p. 87-88).

235 D. Nguyen Quoc, P. Dallier, A. Pellet, *op. cit.*, note 20, p. 863.

236 F. Rigaux, « Avantages possibles de l'arbitrage », *in Resolution Methods for Art-Related Disputes*. Proceedings of a symposium organised on 17 October 1997, Quentin Byrne-Sutton/Fabienne Geisinger-Mariéthoz, Eds., Schulthess Polygraphisher Verlag, Zürich, 1999, p. 117-122, spéc. p. 117.

237 Bien entendu, il peut arriver dans la pratique que ce principe soit violé ; voir à ce sujet l'arbitrage de Vienne du 2 novembre 1938 entre la Hongrie et la Tchécoslovaquie rendu par Ribbentrop et Ciano et la « sentence arbitrale » des mêmes personnages tranchant le conflit territorial entre la Hongrie et la Roumanie rendue à Vienne le 30 avril 1940.

entité publique n'est pas souveraine, du moins pas au sens du droit international public[238].

L'institution d'un arbitrage forcé transnational apparaît alors envisageable. Toutefois, l'hypothèse ne peut revêtir qu'un caractère fort exceptionnel car s'il peut se passer du consentement des parties au différend (lorsqu'il oppose un particulier à une personne publique non étatique) ou au moins du consentement de la personne privée, cela ne peut se faire sans l'accord des États dont relèvent les parties. Dans ce contexte, la nationalité étrangère de la personne privée joue un rôle essentiel. Le professeur Jacquet y voit « un élément hautement significatif. L'on peut pressentir que cette personne, en sa qualité d'étrangère, n'est pas soumise dans les mêmes proportions que la personne "nationale", à l'autorité de l'État, d'où la singularité du lien de droit qui s'établira entre elle et un État étranger »[239].

Le Tribunal des différends irano-américains en est une parfaite illustration. Institué par la Déclaration d'Alger, il matérialise la volonté commune des États-Unis et de l'Iran de soumettre à ce mécanisme juridictionnel certains aspects du vaste contentieux qui les a opposés au lendemain de la révolution islamique et de la crise des otages. On doit remarquer que la compétence de ce tribunal international s'impose aux ressortissants des deux États[240]. En effet, même si l'initiative de la procédure leur est réservée, ils sont privés de la possibilité de soumettre les questions relevant de la compétence du tribunal aux tribunaux de leurs pays. Le caractère forcé de cet arbitrage réside donc dans cette incompétence judiciaire intervenue en l'absence de toute convention d'arbitrage entre les parties[241]. Dans le même temps, si un particulier venait à saisir un tribunal d'un

238 Sur la notion d'émanation de l'État, voir P. Lagarde, « Une notion ambivalente : "l'émanation" de l'État nationalisant », *in Mélanges C. A. Colliard*, A. Pedone, Paris, 1984, p. 539, s.

239 J.-M. Jacquet, « Contrat d'État » *Jurisclasseur de droit international*, 1998, Fascicule 565-60, p. 1-36, spéc. p. 2.

240 *Contra* B. Stern : « … on ne peut considérer comme le fait Éric Loquin, que les Accords d'Alger, parce les États-Unis se sont engagés à mettre fin à toutes les actions devant les tribunaux américains, ont imposé « une procédure d'arbitrage obligatoire, en tout cas pour le demandeur américain » : de fait, les ressortissants américains avaient toujours la possibilité d'aller devant les tribunaux d'autres États dans lesquels l'Iran pouvait avoir des biens, ou pouvaient renoncer à poursuivre leur réclamation, personne en tout cas ne pouvait les contraindre juridiquement à avoir recours au Tribunal irano-américain des différends » (« Un coup d'arrêt à la marginalisation du consentement dans l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 2000, p. 403-427, spéc. p. 420).

241 B. M. Clagett, « The Perspective of the Claimant Community », *in The Iran – United States Claims Tribunal and the Process of International Claims Resolution. A Study by the Panel on State Responsability of the American Society of International Law*, David D. Caron, John R. Crook, eds., Transnational Publishers, Inc. Ardsley, New York, 2000, p. 59-63.

État tiers, il n'est pas certain qu'il y trouve une alternative viable[242] car, même en laissant de côté les obstacles liés aux immunités des États, il serait difficile de convaincre le tribunal saisi d'assumer sa compétence au mépris du dispositif international spécialement prévu à cet effet. Confrontée à ce problème dans l'affaire *Dallal v. Bank Mellat*, la justice anglaise n'a eu aucun mal à mettre fin à la procédure initiée par le demandeur en la jugeant abusive[243].

Le caractère imposé du tribunal se remarque aussi dans le régime de reconnaissance et d'exécution des sentences du tribunal. Les États tiers n'ont aucune obligation de leur appliquer le régime favorable défini par la Convention de New York de 1958[244]. Ainsi qu'on le voit aux articles II et V, par. 1, a), l'accord des parties reste le fondement indispensable de l'arbitrage régi par la Convention. Le bénéfice du régime conventionnel est donc réservé à l'arbitrage librement consenti par les parties[245]. Ce facteur n'a d'ailleurs pas échappé aux négociateurs des textes créant le tribunal, puisqu'il est prévu que ses sentences « seront sans recours et lieront les parties » mais leur exécution « devant les tribunaux de tout pays [se fera] conformément au droit de celui-ci »[246]. Par ailleurs, pour prévenir un refus d'exécution des décisions du tribunal par un État tiers, un fonds spécial d'environ un milliard de dollars a été constitué afin de garantir l'exécution des sentences rendues en faveur des ressortissants américains[247].

Il est tout aussi significatif, s'agissant de la nature juridique du Tribunal, que les autorités néerlandaises qui l'ont accueilli sur leur sol, aient eu besoin de passer une loi spéciale précisant le statut de ses

242 Certains spécialistes n'ont pas manqué d'évoquer « … l'impossibilité ou la difficulté, pour les demandeurs non étatiques, de s'adresser à un autre juge que celui qui leur est ainsi, de fait, imposé,… » (Ph. Fouchard, B. Goldman, E. Gaillard, *op. cit.*, note 24, p. 137).

243 QB, [1986] 1 All ER 239 ; *YCA*, 1986, p. 547.

244 Il est vrai que les tribunaux américains ont jugé la Convention applicable aux sentences du Tribunal des différends irano-américains (Affaire *Gould Marketing Inc. v. Ministry of Defence of the Islamic Republic of Iran*), *YCA*, 1989, p. 763 (décision de première instance) et *YCA*, 1990, p. 605 (décision d'appel confirmative). Cela peut se comprendre par la participation des États-Unis aux Accords d'Alger et leur obligation de donner effet aux sentences du Tribunal. Le contexte change radicalement si la même demande est formulée devant le tribunal d'un État tiers, comme le montre l'arrêt de la *High Court* de Londres du 26 juillet 1985, écartant l'application de la Convention de New York à une sentence du Tribunal, au motif que celle-ci ne reposait pas sur une convention d'arbitrage entre les parties. Décision dans *YCA*, 1986, p. 547 avec un commentaire à la p. 412.

245 J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, note 39, p. 866 à 868, n° 882.

246 Article IV de la Déclaration algérienne du 19 janvier 1981 sur le règlement du contentieux entre l'Iran et les États-Unis.

247 S. D. Murphy, « Securing Payment of the Award », *in The Iran – United States Claims Tribunal and the Process of International Claims Resolution*, *op. cit.*, note 241, p. 299-311.

décisions par rapport au droit néerlandais. L'article 2 de la loi de 1983 stipule à cet effet que :

> *« The awards of the Tribunal in respect of claims and counter-claims as referred to in Article 2, Paragraph 1 of the Declaration of the Democratic and Popular Republic of Algeria of 19 January 1981 concerning the settlement of claims between the United States of America and the Islamic Republic of Iran (Netherlands Treaty Series 1981, n° 155, p. 11) shall be arbitral awards within the meaning of Dutch law. They may not be challenged in the courts of the Netherlands on the grounds of lack of jurisdiction of the Tribunal »*[248].

Alors même qu'il intervient dans un cadre purement privé, loin de la présence de toute partie publique, l'arbitrage peut continuer à revendiquer une liberté suffisamment importante pour assurer la préservation du consentement des parties qui y recourent en rendant très difficile, à défaut de pouvoir l'écarter totalement, toute possibilité d'arbitrage forcé. Cela ne fait aucun doute lorsque les relations concernées échappent, par leur caractère international, à l'emprise exclusive d'un État. À ce niveau également, on reconnaît l'effet de certains facteurs caractéristiques de la société internationale, qui se singularise par l'absence notoire d'une autorité centrale, investie de la compétence d'instituer et de faire fonctionner une véritable juridiction privée internationale.

C'est dire qu'en matière internationale, les cas d'arbitrage forcé ne peuvent qu'être rares sinon inexistants. La Cour d'appel de Paris a eu récemment l'occasion de le rappeler en des termes d'une autorité impériale : « l'arbitrage international, qu'il se déroule en France ou à l'étranger, a nécessairement un fondement conventionnel ; qu'il relève à ce titre exclusivement de la volonté des parties, laquelle est seule à pouvoir habiliter l'arbitre en lui conférant son pouvoir juridictionnel »[249].

Bien évidemment, la fermeté de ton adopté dans cet arrêt ne suffit pas à effacer toute trace d'arbitrage forcé dans les relations internationales. L'exemple du Tribunal des différends irano-américains le prouve amplement. Toutefois, en l'absence d'une situation de crise internationale exceptionnelle, comme ce fut le cas entre l'Iran et les États-Unis, les obstacles à l'établissement international d'un arbitrage forcé sont tels que l'effort n'en vaut pas la peine. Sans être aussi catégorique que la Cour d'appel de

---

248 Texte *in* Document 4-1 *Legislation Regarding the Applicability of Dutch Law to the Awards of the Tribunal*, annexé à D. D. Caron, « International Tribunals and the Role of the Host Government », *in The Iran – United States Claims Tribunal and the Process of International Claims Resolution*, *op. cit.*, note 241, p. 27-57, spéc., p. 37.

249 Paris, 1er juin 1999, *Société Tarom c. Société Khayat Travel and Tourism*, *RTD. Com.*, 1999, p. 659, obs. É Loquin ; *J.D.I.*, 2000, p. 370, note É. Loquin ; *Rev. arb.*, 2000, n° 3, p. 493.

Paris, « on peut donc écarter, d'autant plus facilement qu'elles ne se rencontrent qu'en droit interne, les hypothèses "d'arbitrage forcé" ou d'arbitrage imposé »[250].

En effet, la juxtaposition des souverainetés étatiques exclut la compétence de tout État pour régir seul les relations internationales de droit privé. Il en résulte nécessairement un concours de compétences étatiques, lequel fournit une base solide à la liberté des parties, car il est plus facile pour les États de s'accorder sur la réalisation des libertés que sur leur transgression. Plus fragile que le fondement précédent (la souveraineté), cette garantie demeure tout de même fondamentale en ce sens qu'elle se trouve soustraite à la compétence exclusive de tout État.

Dans l'ordre purement interne, par contre, l'État conserve la maîtrise du régime juridique de l'arbitrage. En tant qu'expression de la volonté générale, la loi peut imposer l'arbitrage dans le règlement de certaines catégories de litiges. Car même dans les pays où elle bénéficie d'une assise constitutionnelle, la liberté de l'arbitrage n'est envisagée que négativement, les autorités n'ayant pas la compétence de l'interdire. Il n'en demeure pas moins que l'institution de l'arbitrage forcé semble truffée de paradoxes.

Comment comprendre, en effet, que l'État puisse contraindre les plaideurs à déserter les palais de justice pour soumettre leurs litiges à des arbitres ? Même volontaire, le choix de l'arbitrage par les parties à un litige interne, ne risque-t-il pas de se heurter au droit fondamental d'accès à la justice étatique réputée « gardienne de la liberté individuelle »[251] et plus protectrice des parties ?

À la différence de l'arbitrage, la justice étatique est publique et gratuite, rendue par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi[252]. Autant de qualités qui font dire au professeur Fouchard que « sur le plan interne au moins, l'arbitrage ne peut, systématiquement, être préféré à la justice publique, qui offre malgré tout aux plaideurs un cadre, un personnel, une tradition solidement éprouvés, et dont le fonctionnement offre peu de place à l'improvisation »[253]. Vue sous cet angle, la politique étatique favorisant la résolution arbitrale des litiges internes peut paraître inappropriée voire absurde, en particulier lorsqu'elle cherche à imposer l'arbitrage.

Mais en dernière analyse, ce paradoxe n'existe qu'en apparence. D'abord, la protection des parties découlant de l'exigence du consentement à l'arbitrage n'est pas dirigée contre les pouvoirs

250 Ph. Fouchard, *op. cit.*, note 9, p. 9.

251 Conformément à l'article 66, al. 2 de la Constitution française.

252 Voir l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui énonce les conditions applicables à l'arbitrage forcé. Le consentement apparaît alors comme un facteur d'indulgence, car ce qui est voulu par les parties, est présumé juste et conforme à leurs intérêts.

253 Ph. Fouchard, *op. cit.*, note 9, p. 3.

publics, lesquels sont dotés du pouvoir d'adopter, en toute légalité et dans le but de satisfaire l'intérêt général, des actes généraux engageant les particuliers indépendamment de leur volonté. Le consentement à l'arbitrage est rendu nécessaire surtout pour protéger chaque partie de son adversaire. Son but est d'empêcher que l'une des parties impose à l'autre la renonciation au juge au profit d'un recours forcé à l'arbitrage.

Le paradoxe est en outre relativisé par le fait que l'arbitrage forcé n'ignore généralement pas les intérêts des parties. Au contraire, il s'y fonde assez souvent et c'est ce qui lui permet de recueillir leur adhésion. Ainsi, en France, ce fut un journaliste assumant un mandat de député qui a introduit, dans l'intérêt de la profession, la proposition de loi instituant l'arbitrage forcé administré par la Commission arbitrale des journalistes[254].

Enfin, alors même que la décision de recourir à l'arbitrage ne relèverait plus des parties, leur volonté trouve tout de même un moyen de s'exprimer dans l'arbitrage, en tout cas davantage que dans une procédure judiciaire. La loi peut, par exemple, se limiter à ordonner l'arbitrage, laissant aux parties le soin de désigner les arbitres. Par ailleurs, en règle générale, la procédure gardera la souplesse caractéristique de l'arbitrage et l'autonomie des parties sera largement préservée.

Quoi qu'il en soit, l'existence de l'arbitrage forcé n'est rien d'autre que la confirmation de ce qui a été dit au sujet de la maîtrise étatique de la fonction de juger. Qu'ils soient directement investis par la loi ou par la convention des parties, les arbitres demeurent « des particuliers, auxquels l'ordre juridique permet d'exercer une fonction qui est en principe réservée à l'État »[255]. Le consentement des parties à l'arbitrage ne produit d'effets procéduraux dérogatoires à l'égard des juges, attributifs à l'égard des arbitres, que puisque la loi en a ainsi disposé. « *The legality of an adjudicatory process depends upon the will of the sovereign – not the unfettered individual will of private parties. The legitimacy of an adjudicatory determination, whether public or private, arises from the operation of law, not the contractual consent of the parties* »[256].

Par ailleurs, toute idée de contradiction est levée pour peu que l'on admette qu'en raison de certaines de ses caractéristiques propres, l'arbitrage n'est pas l'équivalent de la justice étatique : il est parfois appelé à répondre à des besoins spécifiques ressentis dans la résolution de certaines catégories de litiges. Dès lors que des intérêts prépondérants, reconnus par l'État, militent en faveur de la mise à l'écart des tribunaux publics au profit de la solution arbitrale de ces litiges, le refus du consentement individuel peut être prévenu

254 Ch. Jarrosson, *op. cit.*, note 3, p. 16.
255 H. Motulsky, *op. cit.*, note 162, p. 14.
256 Th. E. Carbonneau, *op. cit.*, note 167, p. 23.

par l'intervention du législateur qui, par une loi spéciale, impose l'arbitrage. Mais celui-ci change-t-il de nature du simple fait qu'il n'émane plus du choix des parties mais procède du commandement de la loi ? « Peut-on encore parler d'arbitrage ou doit-on considérer que l'aspect conventionnel de l'arbitrage est – à l'instar de son aspect juridictionnel – essentiel ? »[257]

Section 2 – Le consentement, critère de qualification de l'arbitrage ?

Nous venons de voir que lorsque l'arbitrage est imposé, toute possibilité de choix est supprimée et les litiges visés dans la loi doivent être soumis au mode de règlement qu'elle prescrit. Ce qui entraîne comme conséquence la levée de la condition du consentement qui ne joue plus de rôle, si ce n'est une portion congrue dans le jeu de l'institution. Or, la volonté des parties au différend demeure l'élément régulateur par excellence de l'arbitrage. Son élimination est un facteur perturbateur pour l'identité et le régime juridique de l'arbitrage. Aussi ne faut-il pas s'étonner que la nature juridique de l'« arbitrage » forcé suscite tant de controverses. S'agit-il réellement d'un arbitrage ou plutôt d'une procédure judiciaire exceptionnelle ?

Qu'ils soient en faveur d'une thèse ou de l'autre, les arguments avancés ne manquent guère de pertinence (§ 1). Cela fait persister l'énigme. Pour la déchiffrer, il nous semble utile d'ouvrir plus largement le débat, afin de réfléchir sérieusement sur la notion de justice consensuelle (§ 2).

§ 1 – Le débat sur la nature juridique de l'arbitrage forcé

Il convient tout d'abord de s'interroger sur l'intérêt d'un tel débat (A), avant de présenter et d'évaluer les arguments avancés de part et d'autre (B).

A. L'intérêt du débat

« Est-il véritablement important de se demander si l'arbitrage forcé participe réellement de l'arbitrage ? »[258]. Cette interrogation, fondamentale à nos yeux, est la conclusion à laquelle aboutit M. Jarrosson au bout d'une longue réflexion sur la nature juridique de cette institution. Mais cette interrogation intervient peut-être un peu tard, après que l'auteur ait déployé d'importants efforts intellectuels sur une question qui, selon ses propres termes, « risque de rester théorique dans la mesure où, quelle qu'en soit la réponse, il se trouve

257 Ch. Jarrosson, *op. cit.*, note 3, p. 13.
258 Ch. Jarrosson, *op. cit.*, note 3, p. 20.

que le législateur a voulu qu'à cette institution soient appliquées les règles qu'il a lui-même édictées pour l'arbitrage »[259].

Qu'à cela ne tienne ! En droit, la qualification présente toujours un intérêt primordial. C'est en effet de cette opération juridique que dépend généralement le régime applicable. Par ailleurs, même si, comme le laisse entendre M. Jarrosson, le législateur peut soumettre à un régime juridique unique les procédures d'arbitrage, qu'elles soient volontaires ou forcées, le problème demeure, du moins sur le plan international, car la qualification donnée par ce législateur ne s'impose pas aux États étrangers.

1. Absence de consentement et qualification en droit interne

Le problème de la qualification de l'arbitrage forcé n'est pas fréquent en droit interne. Il se pose néanmoins, lorsqu'est contestée la constitutionnalité de la loi qui l'institue ou que celle-ci ne le réglemente qu'en partie.

a) Constitutionnalité de l'arbitrage forcé

S'agissant de l'aspect constitutionnel, la question de l'admissibilité de l'arbitrage forcé s'est posée au regard de la Constitution italienne. La Cour constitutionnelle a jugé, en l'espèce, que la procédure soumise à son examen et qui reposait sur la loi mais ignorait le consentement des parties, était inconstitutionnelle et devait donc être interdite. M. Carpi en déduit que « les arbitrages peuvent donc maintenant être convenus mais pas imposés »[260]. Pour M. Jarrosson, « cette décision semble montrer que la Cour constitutionnelle italienne a opté pour le caractère arbitral de l'arbitrage forcé. En effet, si elle y avait vu une juridiction d'exception, elle ne l'aurait pas jugée contraire à la Constitution »[261].

Cette interprétation ne nous semble pas convaincante : prononcer l'inconstitutionnalité de la procédure est une chose, la qualifier d'arbitrale en est une autre. La qualification vient donc de l'auteur, pas du juge. D'ailleurs, si réellement la Cour y avait vu un arbitrage, elle ne l'aurait pas interdit non plus. L'institution d'arbitrage est, en effet, connue du droit italien qui lui consacre une réglementation détaillée[262].

259 *Ibidem.*

260 F. Carpi, *op. cit.* note 229, p. 98.

261 Ch. Jarrosson, *op. cit.*, note 3, p. 15.

262 Le droit italien serait même d'une richesse exceptionnelle en la matière, puisqu'à côté de l'arbitrage *rituale*, consacré par la loi, la pratique a développé une forme assouplie d'arbitrage, qualifié de *irrituale* ou *libero*, et qui repose exclusivement sur la volonté des parties, ce qui lui permet d'échapper aux rigueurs de la loi.

La base juridique de la décision de la Cour doit donc être recherchée ailleurs. Il se peut simplement qu'elle ait été inspirée par le fait que la procédure en cause ne rentrait dans le moule d'aucun des modes de règlement juridictionnels connus et acceptés du droit italien. La procédure était telle que la Cour n'y a reconnu ni une juridiction ordinaire ni une juridiction d'exception. Mais ce n'était assurément pas un arbitrage non plus. D'ordinaire, celui-ci repose sur le consentement des parties. À moins donc d'y voir la création d'une nouvelle catégorie de juridiction et pourvu que cette prérogative rentre dans les attributions de la loi, la Cour ne pouvait l'admettre.

b) Régime juridique de l'arbitrage forcé

Toujours sur le plan interne, le problème de la qualification de l'arbitrage forcé peut se poser également lorsque la loi qui l'institue ne le réglemente pas suffisamment. Il arrive en effet que la loi se révèle lacunaire ou qu'elle omette de préciser le régime juridique auquel l'institution doit obéir. Dans ce cas, il faudra d'abord procéder à la qualification pour pouvoir ensuite déterminer les règles applicables.

En fonction des caractéristiques propres de la procédure en cause, le juge se déterminera soit en faveur des principes applicables à l'arbitrage, soit en faveur des textes gouvernant l'activité des tribunaux ordinaires ou spéciaux, soit enfin en faveur d'un régime spécial, combinant les différentes sources. Dans tous les cas, il lui faudra trancher, jusqu'à ce qu'une intervention législative le décharge de cette tâche, en fixant le régime juridique applicable. Une fois le régime fixé, le juge devra l'appliquer. C'est pour cette raison qu'en matière interne la qualification présente certes des enjeux, mais ceux-ci sont mineurs comparés à ceux qui prévalent au niveau international. Sans doute est-ce avec raison que M. Rigozzi fait observer que lorsque la loi institue une procédure et la qualifie expressément d'arbitrage, « la question de la qualification d'arbitrage au sens de cette législation n'a plus de véritable portée à cet égard »[263].

2. Absence de consentement et qualification sur le plan international

Sur le plan international, le consentement des parties à l'arbitrage peut être considéré à la fois comme le passeport et le visa nécessaires à la circulation des sentences qui en sont issues. C'est un principe universel, le dénominateur commun à toutes les législations d'arbitrage et à toutes les conventions internationales portant sur

263 A. Rigozzi, *op. cit.*, note 224, p. 248, n° 471. Il note cependant que « la question peut se révéler plus délicate s'agissant de la qualification par les tribunaux d'un autre pays que celui dans lequel la sentence arbitrale (imposée par la loi de son pays d'origine), par exemple ceux devant lesquels une partie a ouvert action en dépit de l'existence d'une convention arbitrale » (*Ibidem*, note 1500).

la matière. La coopération internationale en vue de l'efficacité des conventions d'arbitrage et des sentences n'a été instituée que pour donner effet à la volonté des parties, non pour la supprimer ou la contraindre. Le bénéfice du régime favorable consacré par les conventions internationales sur l'arbitrage est par conséquent réservé à l'arbitrage volontaire.

Aussi bien, l'arbitrage forcé ne peut être efficace sur le plan international que si les États qui l'instituent se donnent les moyens d'en maîtriser le processus, de la constitution et la saisine du tribunal arbitral à l'exécution de sa sentence. À défaut de dispositions juridiques et financières suffisantes, l'effort risque d'être vain, compromis par l'élan de résistance des justiciables. En effet, de nombreux systèmes juridiques, y compris ceux où l'arbitrage forcé est connu et pratiqué, peuvent éprouver une réticence compréhensible à reconnaître et secourir une procédure arbitrale étrangère, ignorant complètement le principe du fondement conventionnel de l'arbitrage.

La problématique du consentement, éludée dans l'ordre juridique qui a institué un arbitrage forcé, ressurgit aussitôt que ce dernier cherche à s'exporter. En conséquence, l'arbitrage forcé ne supplante pas totalement le principe du libre consentement des parties litigantes. Même si ce dernier perd sa pertinence dans l'ordre juridique considéré, il conserve un rôle essentiel dans les rapports internationaux.

Ainsi, lorsque l'arbitrage forcé ne peut trouver un dénouement définitif dans son ordre juridique et qu'il a besoin de produire des effets à l'étranger, la qualification d'« arbitrage », opérée par l'ordre juridique d'envoi ne saurait lier l'ordre juridique d'accueil. Ce dernier procédera librement à sa propre qualification et parmi les critères qui lui permettront de confirmer le caractère arbitral de la procédure, le consentement jouera, à n'en point douter, un rôle central.

Il doit en être d'autant plus ainsi que la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères n'a défini ni la notion d'arbitrage, ni celle de sentence[264]. À propos de cette dernière, elle a seulement précisé, répondant en cela au vœu des pays socialistes, que la notion de « sentences arbitrales » s'entend aussi de « celles qui sont rendues par des organes d'arbitrage permanents ». Mais la Convention s'empresse aussitôt d'ajouter que les

264 Ainsi, la qualification demeure du ressort des juridictions de chaque État contractant. Cette situation est illustrée par l'arbitrage *libero* du droit italien. Si la Cour de cassation italienne cherche à promouvoir la reconnaissance de la « sentence » issue de l'*arbitrato irrituale*, la Cour fédérale allemande lui refuse le bénéfice de la Convention de New York. Cf. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, note 24, p. 148, n° 259.

organismes d'arbitrage dont les sentences doivent être reconnues et exécutées sont ceux « auxquels les parties se sont soumises »[265].

Or, comme le consentement fait défaut à l'arbitrage forcé, la décision risque d'être ni reconnue ni exécutée, en tout cas pas au titre d'une sentence arbitrale. Peut-être le sera-t-elle au titre d'un jugement étranger, mais le fait qu'elle n'émane pas d'un tribunal ordinaire, tendrait plutôt à compliquer la cause. D'où l'utilité de doter tout système d'arbitrage forcé d'un mécanisme d'exécution propre.

Un autre intérêt du débat résulte du rapprochement de l'arbitrage et du droit au procès équitable garanti par divers textes internationaux relatifs aux droits de l'homme. Si nous nous limitons au cas de la Convention européenne des droits de l'homme[266], celle-ci définit à son article 6.1, des droits et garanties dont les États membres doivent, dans tous les cas, assurer le respect. Cependant, les éventuels manquements à cette obligation, ne peuvent être examinés et sanctionnés par la Cour de Strasbourg que s'ils sont le fait des tribunaux ou des organes d'un État membre.

Dans la mesure où l'arbitrage forcé résulte de la loi, l'État a les moyens de lui assurer un déroulement conforme aux dispositions de la Convention. Dans le cas contraire, la Cour européenne des droits de l'homme serait compétente pour connaître de toute violation éventuelle des obligations assumées au titre de la Convention.

En revanche, l'arbitrage volontaire n'étant pas le fait de l'État, mais la chose des parties, celles-ci, par leur consentement assument le risque de certains écarts de procédure qui doivent certes être corrigés, car les droits substantiels définis par la Convention s'imposent de toutes les façons, mais ils doivent l'être dans le cadre du contrôle de la sentence conduit par les tribunaux internes. À ce niveau également, le consentement est le critère déterminant pour décider si le contrôle doit se limiter au niveau interne ou s'il peut se prolonger au niveau international. Ainsi, assure M. Jarrosson, « ce n'est pas la *procédure arbitrale* qui est soumise à la Convention, c'est le *droit* de recourir à ce mode de règlement des litiges qui doit préserver les principes posés par la Convention (…). La nuance est importante car le destinataire du contrôle est *l'État* en tant qu'il autorise l'arbitrage et non l'arbitre en tant qu'il exerce sa fonction juridictionnelle »[267].

L'intérêt du débat ayant été précisé, venons-en à l'examen de son contenu.

---

265 Convention de New York du 10 juin 1958, article 1er, par. 2. Par ailleurs la Convention prévient que la reconnaissance et l'exécution « seront refusées », du moins en application de ses règles, aux décisions ignorant le consentement des parties (article V, par. 1, al. a), c) et d)).

266 Ch. Jarrosson, « L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. arb.*, 1989, p. 573-607, spéc., p. 581-587.

267 *Ibidem*, p. 584.

B. Les thèses en présence

L'arbitrage serait-il une institution propre à provoquer des dissensions entre les auteurs ? L'on se rappelle encore que, pendant longtemps, sa nature juridique a profondément divisé la doctrine en deux écoles : d'une part, ceux qui ne voulaient voir que son origine conventionnelle, de l'autre ceux qui ont été aveuglés par son effet juridictionnel. Ce débat semblait intarissable, mais il ne retient plus l'attention depuis qu'une troisième thèse s'est proposée de concilier les deux premières. Désormais, on souligne partout la nature hybride de l'arbitrage : contractuelle par son origine, procédurale par sa fonction. Mais cette entente est rompue dès l'instant où la base consensuelle de l'arbitrage est supprimée et qu'il devient forcé. On fait face, à nouveau, à une guerre d'idées et d'arguments entre ceux qui nient le caractère arbitral de « l'arbitrage forcé », d'une part, et ceux qui reconnaissent ce caractère en dépit de l'absence de consentement.

1. Pas d'arbitrage sans consentement

Commençons par les relations interétatiques où les hypothèses d'arbitrage forcé sont pratiquement inexistantes. Cependant, parfois, l'on a pu parler d'arbitrage à propos « de diktats prononcés par des puissances occupantes ou assumant la réalité du pouvoir par rapport à des États fantoches. Il s'agit d'un abus de langage, à défaut de consentement réel à l'arbitrage par l'une ou par les deux parties »[268]. Effectivement, il ne fait aucun doute qu'une procédure imposée aux parties ne peut être de l'arbitrage. C'est une école qui regroupe des tendances diverses : des modérés aux irréductibles défenseurs de la thèse voulant réserver le terme d'arbitrage à la seule procédure volontaire.

Les plus conciliants sont représentés par les auteurs qui, sans poser le problème de front, affirment avec une force particulière le fondement volontaire de l'arbitrage. Généralement, ils ignorent l'arbitrage forcé ou lorsqu'ils s'y réfèrent, c'est par une allusion très brève et souvent destinée à l'exclure aussitôt du champ de leur étude.

C'est ainsi que M. Rigaux soutient que « quelles qu'en soient les formes, l'arbitrage se définit par l'origine du pouvoir de juger : la juridiction des arbitres a pour source la volonté des parties, c'est en quoi l'arbitrage se distingue du pouvoir juridictionnel étatique »[269].

---

268 J. Salmon (éd.), *Dictionnaire de droit international public*, préface de G. Guillaume, Bruylant, Burxelles, 2001, p. 77.

269 F. Rigaux, « Souveraineté des États et arbitrage transnational » *in Études Goldman*, *op. cit.*, note 197, p. 262.

Ailleurs, il écrit : « les parties ne peuvent être contraintes à comparaître devant les arbitres que si elles l'ont voulu »[270].

Pour leur part, MM. Redfern et Hunter, affirment : « *If there is to be a valid arbitration, there must first be a valid agreement to arbitrate. This is recognised both by national laws and by international treaties* »[271]. Plus loin, ils concèdent, tout de même que : « *Compulsory arbitration does exist (…). However, [it] is outside the scope of this book, which is concerned with the mainstream of international commercial arbitration – that is to say, with arbitration as a consensual process, taking place pursuant to an arbitration agreement* »[272].

Les plus fervents défenseurs de cette thèse abordent directement la question de la nature juridique de l'arbitrage forcé et l'excluent du domaine de l'arbitrage. Ainsi le professeur Fouchard a-t-il écrit : « ce que l'on appelle l'arbitrage obligatoire, ou arbitrage forcé, qui est un mécanisme juridictionnel préétabli que les parties ne peuvent écarter pour les litiges pour lesquels il est institué, n'est pas un véritable arbitrage, car il ne repose pas sur une base conventionnelle »[273].

Si ce n'est pas un vrai arbitrage, de quoi s'agit-il ? Selon M. Klein, « l'arbitrage étant par définition une institution dépendant de la libre volonté des parties, il y a lieu de le distinguer (…) de ce que l'on est convenu d'appeler arbitrage forcé et qui n'est en réalité qu'une procédure judiciaire d'exception »[274]. Cette approche est partagée par le professeur Jarrosson, pour qui « l'arbitrage forcé ne relève pas du concept d'arbitrage faute d'accord pour y recourir (…) Le caractère volontaire de l'arbitrage (…) paraît être de l'essence de l'arbitrage et conduire à une exclusion de tout arbitrage forcé du domaine de l'arbitrage »[275].

Ces auteurs peuvent appuyer leur point de vue sur quelques décisions jurisprudentielles françaises, quoique très anciennes. Ainsi, la Cour de cassation a eu à assimiler l'arbitrage forcé à une procédure judiciaire spécialisée, analogue aux commissions des prud'hommes[276]. Ils citent aussi le moindre point de divergence entre le régime normal d'arbitrage et celui applicable à un type particulier d'arbitrage forcé comme un argument favorable à leur thèse. C'est

---

270 F. Rigaux, *op. cit.*, note 236, p. 117.

271 A. Redfern, M. Hunter, *op. cit.*, note 14, p. 4.

272 *Ibidem*, p. 135.

273 Ph. Fouchard, « La nature juridique de l'arbitrage du Tribunal des différends irano-américains » *Cahiers du CEDIN*, 1re journée d'actualité internationale, 19 avril 1984, p. 32.

274 F. E. Klein, *Considérations sur l'arbitrage en droit international privé*, Bâle, 1955, p. 35.

275 Ch. Jarrosson, *op. cit.*, note 3, p. 19.

276 Cass. (ch. réunies), 15 mars 1838 *S.* 1838.1.398 V° *Arbitrage*; Paris, 27 novembre 1949 (*Caradec – Perquis c. Journal Le Pays*), *D.*, 1950.232 ; Paris, 17 juillet 1950 (*Syndicat de la Presse parisienne et consorts c. Charrière et consorts*), citée par Motulsky, H., *Écrits, Études et notes de procédure civile*, Dalloz, Paris, 1973, p. 311.

ainsi qu'ils mentionnent le cas de la Commission arbitrale des journalistes dont les décisions sont exécutoires dès leur dépôt au greffe.

Mais tous ces arguments n'ont pas ébranlé la conviction des auteurs qui voient en l'arbitrage forcé un véritable arbitrage.

2. L'absence de consentement ne dénature pas l'arbitrage

Ici aussi, la position des différents auteurs témoigne d'un intérêt plus ou moins marqué pour la défense du caractère arbitral de l'arbitrage forcé. M. Jean Robert reconnaît l'existence de deux types d'arbitrage, l'un volontaire, l'autre obligatoire. Ce dernier n'a plus, toutefois, qu'un intérêt limité[277]. Il consacre aussi dans son ouvrage quelques développements à l'arbitrage légal conduit par la Commission d'arbitrage des journalistes[278]. Plus tranchée est la position de M. Level selon qui, « pour être forcé, un arbitrage n'en reste pas moins un arbitrage »[279].

M. Motulsky partage cet avis, car pour lui, « on ne peut mentionner l'origine contractuelle de l'arbitrage qu'en ajoutant que si c'est là la situation normale, il existe des hypothèses où l'arbitrage s'impose sans option conventionnelle : à côté de l'arbitrage volontaire, se place l'arbitrage forcé »[280]. Il souligne que, si des arrêts anciens ont opté pour l'assimilation de l'arbitrage forcé à la procédure judiciaire, « la jurisprudence moderne ne suit nullement cette voie »[281]. Selon lui, « l'arbitrage forcé constitue bel et bien un *arbitrage* au sens technique du terme et que la décision à laquelle il aboutit conserve la nature d'une *sentence*, sans devenir un jugement étatique »[282].

Pour ces auteurs, l'arbitrage forcé est un vrai arbitrage, et non une contradiction dans les termes. Le consentement est certes absent, mais cela ne suffit pas à retirer à l'institution son caractère d'arbitrage pour la faire entrer dans l'organisation judiciaire. Notons toutefois que si la nature arbitrale de l'arbitrage forcé a été niée, son caractère de juridiction d'exception est aussi rejeté par certains[283]. Par ailleurs, « les tenants aussi bien de la thèse juridictionnelle que de la thèse contractuelle déclarent que l'arbitrage forcé obéissant à une loi étrangère ne doit pas être considéré comme un arbitrage au sens de la conception française »[284].

277 J. Robert, *op. cit.*, note 5, p. 3.

278 *Idem*, p. 42-43.

279 P. Level, ex fascicules du *Juris-Classeur Procédure civile*, article 1003-1028, Fasc. III, n° 15.

280 H. Motulsky, *op. cit.*, note 162, p. 18.

281 *Idem*, p. 20 ; et il cite, en faveur de sa thèse : Civ., 2 août 1943, *Gaz. Pal.*, 1943, II, p. 157 ; 16 mai 1944, *Gaz. Pal*, 1944, II, p. 66 ; Soc., 25 juin 1959, *Bull. civ.*, n° 810, p. 648 ; Soc., 6 juill. 1961, *JCP*, 1961, II, p. 12319.

282 *Idem*, p. 20.

283 M. Rubio-Sammartano, *op. cit.*, note 6, p. 26.

284 H. Motulsky, *op. cit.*, note 162, p. 19-20.

C'est dire donc que le consentement tient un rôle primordial dans la reconnaissance internationale de la nature arbitrale d'une procédure juridictionnelle. C'est aussi l'existence du consentement qui permet de qualifier la décision qui en résulte de « sentence arbitrale », aux fins de sa reconnaissance ou de son exécution à l'étranger. Néanmoins, si le consentement demeure un critère important de l'arbitrage, il ne lui est pas inhérent. On le comprendra mieux en examinant les rapports entre la notion de justice consensuelle d'une part, et arbitrale, de l'autre.

§ 2 – Justice consensuelle et justice arbitrale : une coïncidence imparfaite

Pour pouvoir trancher entre les différents protagonistes du débat sur la nature juridique de l'arbitrage forcé, nous n'avons pas encore assez d'éléments. À présent, l'on se propose de prolonger le débat sur le terrain de la justice consensuelle. On montrera ici que même la justice étatique peut faire une place au consentement des parties qui y recourent (A). Mieux, dans l'ordre interétatique, toute justice ne peut être que consensuelle, ce qui n'a pas empêché l'émergence de deux modes juridictionnels proches certes, mais tout de même différents (B). Enfin, on procédera à une synthèse (C).

A. La prorogation de for

Si par principe, la justice étatique s'impose aux justiciables, rien ne l'empêche, par contre, de faire une place à la volonté des parties, en se rapprochant ainsi du caractère consensuel. Cet objectif est atteint, notamment grâce à l'institution de la prorogation de for[285]. Celle-ci est largement connue et pratiquée dans les différents droits nationaux, qui permettent aux contractants de convenir du tribunal de l'État devant lequel ils entendent vider le contentieux susceptible de survenir relativement à leurs rapports. Il s'agit bien là d'une juridiction convenue, même si cela ne nous permet pas de la qualifier d'arbitrale. En effet, si le consentement était le critère décisif de l'arbitrage, on aurait pu parler ici aussi d'arbitrage. Mais comme son nom l'indique, l'effet de la convention attributive de juridiction se limite à une attribution particulière de compétence, ou à une simple précision de celle-ci, et n'a aucune incidence sur l'existence du tribunal et son pouvoir de juger[286]. En revanche, la décision de recourir à l'arbitrage a une portée plus grande : en principe, elle crée le tribunal arbitral et lui confère sa compétence.

285 H. Gaudemet-Tallon, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Dalloz, Paris, 1965, p. 226 et s.

286 *Ibidem*, p. 226 et s.

B. Justice institutionnelle et arbitrage en droit international public

Le droit international public est dominé par le principe de l'égalité souveraine des États. Or, « la souveraineté implique le droit de refuser d'être attrait devant un tiers ; elle implique tout autant le droit de faire exception à ce refus par un engagement conventionnel »[287]. Il en résulte, et de manière rigoureuse, la nécessité d'obtenir le consentement des sujets de cet ordre juridique, avant la mise en œuvre de tout mode de règlement de leurs litiges. Si la Charte des Nations Unies édicte une obligation de règlement pacifique des différends internationaux (article 2 § 3), elle ne va pas jusqu'à contraindre les États à recourir à un mécanisme particulier de solution[288]. Bien au contraire, l'article 33 § 1 leur laisse le libre choix des moyens, au nombre desquels figure le règlement juridictionnel. Cette dernière procédure, réputée plus contraignante en ce qu'elle aboutit à une décision dotée de l'autorité de la chose jugée, n'en demeure pas moins consensuelle, à l'instar des autres : c'est toujours en vertu du consentement des parties qu'elle est enclenchée. Aucune controverse sur ce point : « Il est bien établi en droit international qu'aucun État ne saurait être obligé de soumettre ses différends avec les autres États, soit à la médiation, soit à l'arbitrage, soit enfin à n'importe quel procédé de solution pacifique sans son consentement »[289].

La C.I.J., que l'article 92 de la Charte reconnaît comme « l'organe judiciaire principal des Nations Unies », affirme, de manière constante et claire, que « la Cour ne peut exercer sa juridiction à l'égard d'un État si ce n'est avec le consentement de ce dernier »[290]. Par conséquent, dans l'ordre interétatique, toute justice ne peut être que consensuelle[291]. Or, ce fondement conventionnel commun n'a pas empêché qu'une distinction claire soit faite, en droit international public, entre les deux procédures juridictionnelles de résolution des litiges. C'est ainsi que l'article 33 par. 1 de la Charte des Nations

287 CIJ, *Affaire Ambatielos*, Arrêt du 19 octobre 1953, *CIJ Recueil*, 1953, p. 19.

288 G. Abi-Saab, « Cours général de droit international public », *RCADI*, 1987, tome 207, p. 229 et 232.

289 CPJI, *Statut juridique de la Carélie Orientale*, avis consultatif, *CPJI, Série B, n° 5*, p. 27.

290 CIJ, *Affaire de l'or monétaire pris à Rome en 1943*, arrêt du 15 juin 1954, *CIJ, Recueil*, 1954, p. 32.

291 L'on entend parfois parler de mécanisme « obligatoire », comme dans le cas de l'article 36 § 2 du statut de la CIJ. Toutefois, une telle affirmation ne remet pas en cause la base consensuelle de la compétence, elle indique simplement que l'accord requis des parties a été donné d'avance et que, désormais, ces dernières sont tenues de recourir au règlement envisagé, que la solution qui en découlera puisse leur être imposée ou seulement proposée.

Unies cite, en les distinguant, l'arbitrage et le règlement judiciaire[292]. L'on comprend donc, à travers le droit international public, que toute justice consensuelle n'est pas forcément arbitrale[293], alors même que tant l'origine conventionnelle que la fonction juridictionnelle sont communes au règlement arbitral et judiciaire[294].

C. Synthèse

Au terme de cette démonstration, nous pouvons retenir que la base consensuelle n'est pas une caractéristique exclusive de l'arbitrage ; il la partage non seulement avec le juge étatique dont la compétence est prorogée, mais aussi avec le juge international. En conséquence, l'on se résume sur ce point en disant que la justice consensuelle et la justice arbitrale ne coïncident qu'imparfaitement. Aucune n'est réductible à l'autre : « l'arbitrage forcé n'a pas sa place dans le concept d'arbitrage car il lui manque l'élément "volontaire" qui est essentiel dans l'arbitrage, mais l'arbitrage forcé ne peut cependant être évincé totalement du domaine de l'arbitrage car, pour des rai-

---

292 La doctrine reflète cette distinction que l'on retrouve dans les différents ouvrages traitant de la matière. On a même songé à établir une certaine corrélation entre les deux modes juridictionnels, de manière à aboutir à un véritable « système » de justice internationale. Cf. Nations Unies, *Document A/CN.4/133.* – Projet sur la procédure arbitrale adopté par la CDI à sa cinquième session : rapport de Georges Scelle, Rapporteur spécial (avec en annexe, un modèle de projet sur la procédure arbitrale), *Annuaire de la CDI*, 1958, vol. II, p. 1-15 ; en doctrine, voir M. Reisman, « The Supervisory Jurisdiction of the International Court of Justice : international arbitration and international adjudication », *RCADI*, 1996, tome 258, p. 39 et s.

293 Sans formellement remettre en cause la distinction entre les procédures arbitrale et judiciaire internationales, certains auteurs ne semblent pas entièrement acquis à la nature judiciaire et non arbitrale de la CPJI et de la CIJ. Pour M. Rubino-Sammartano, « *as long as those bodies cannot sit unless the parties grant their consent as to that specific dispute, it is suggested that their arbitral, and not judicial, nature ought to be considered* » (*op. cit.*, note 6, p. 151).

294 La définition donnée par l'article 37 de la Convention de La Haye de 1907, est pertinente à cet égard : « L'arbitrage international a pour objet le règlement des litiges entre les États *par des juges de leur choix* et sur la base du respect du droit » (italiques ajoutés). Cette liberté du choix des juges se restreint dans le règlement judiciaire international. Selon le professeur, la distinction entre les deux modes juridictionnels, l'arbitrage et la justice internationale, « réside dans le degré d'institutionnalisation du processus, qui est précisément une question de degré et non de nature radicalement différente ». Cette institutionnalisation se référant, quant à elle, à la « procédure » qui, d'une part, « acquiert un profil et des traits stables et reconnaissables », et d'autre part, marque « une certaine distanciation, indépendance ou autonomie » par rapport aux parties et aux espèces (Cours général, *op. cit.*, note 288, p. 244 et s ; *Idem*, « De l'arbitrage dans ses rapports avec la justice internationale », *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Ch. Dominicé et al. (éds.), Éditions Helbing & Lichtenhahn, Bâle, Francfort-sur-le-Main, 1993, p. 377-384, spéc. p. 378).

sons législatives et historiques, il partage dans une large mesure le régime juridique de l'arbitrage »[295].

Toutefois, ces démonstrations ne prouvent en rien que l'arbitrage forcé est un vrai arbitrage. La controverse demeure donc non résolue. Pour la dépasser, il faudrait cesser d'envisager l'arbitrage uniquement sous l'angle subjectif, plutôt feindre d'ignorer sa dépendance envers les parties et le prendre pour ce qu'il est réellement dans son approche et sa manière de procéder. Ainsi, l'on s'aperçoit qu'en dernière analyse, la différence qui sépare l'arbitrage du règlement judiciaire ne réside pas tant dans le fondement légal (pour le juge) ou conventionnel (pour l'arbitre) de leur juridiction, que dans leur manière de procéder. La souplesse, la flexibilité ainsi que le rôle important dévolu à la volonté des parties dans la procédure d'arbitrage, constituent, de plus en plus, un élément déterminant de l'identité de l'arbitrage[296].

Indépendamment de la nature publique ou privée des parties en litige et peu importe que l'arbitrage soit volontaire ou imposé, « décider de recourir à la justice arbitrale, c'est donc, avant tout, décider de recourir à une justice autrement conçue et organisée que la justice rendue par les tribunaux de l'État »[297]. En effet, l'arbitrage offre une justice de qualité, rendue sans retard par des professionnels, prenant en compte « la volonté des parties et non seulement en fonction des contingences d'un système judiciaire »[298].

En conclusion, on peut retenir de cette partie que l'arbitrage demeure fondamentalement libre. Mais, cette liberté subit parfois des atteintes, qui se traduisent notamment par des restrictions rendant l'arbitrage inaccessible à certaines personnes ou dans certaines matières. Les mesures prises à cet effet peuvent donc avoir une incidence négative sur l'efficacité du consentement des parties. Dans la pratique, celui-ci réussit néanmoins à produire ses effets habituels, et c'est ainsi que l'arbitrage parvient à conquérir un nouvel espace de liberté.

Mais, aussi forte et déterminée que puisse être la volonté individuelle que véhicule le consentement à l'arbitrage, la loi peut encore et toujours la contenir, voire la priver de sa raison d'être. C'est ce que fait la loi lorsqu'elle commande de soumettre certaines catégories de

295 Ch. Jarrosson, *op. cit.*, note 3, p. 20.

296 Cette réalité se révèle plus nettement par l'étude des différences séparant le règlement judiciaire de l'arbitrage au niveau interétatique. Cf. L. Caflisch, « L'avenir de l'arbitrage interétatique », *A.F.D.I.*, 1979, p. 9-45, spéc. p. 17-23.

297 J.-M. Jacquet, Ph. Delebecque, S. Corneloup, *op. cit.*, note 165, p. 743, n° 1026.

298 J. Linsmeau, « L'arbitrage sectoriel et les principes généraux du droit » in *Les modes non judiciaires de règlement des conflits. Actes de la journée d'études du 27 avril 1994*, sous la direction de l'Association européenne pour le droit bancaire et financier (AEDBF-Belgium) et l'Association belge des juristes d'entreprise (ABJE), avec la collaboration scientifique du service de droit judiciaire de l'ULB, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 40.

litiges entre certaines parties à un règlement par voie d'arbitrage. On parle alors d'arbitrage forcé. En effet, une fois que la loi a institué une procédure qu'elle a qualifiée d'arbitrage, il nous paraît inutile de s'élever contre cette qualification, pour la simple raison que la procédure envisagée ne repose pas sur la volonté des parties.

Ayant ainsi montré comment et dans quelle mesure la liberté de l'arbitrage pouvait conditionner l'existence et l'efficacité du consentement à l'arbitrage, nous allons à présent étudier les différents modes d'expression de celui-ci.

Deuxième partie

L'expression du consentement à l'arbitrage

Pour manifester leur volonté de recourir à l'arbitrage, les parties disposent d'une large panoplie de techniques, témoignant d'une liberté remarquable en la matière[299]. Cette liberté s'applique à la forme et au contenu du consentement, ainsi qu'au moment de son expression. Elle profite à toutes les parties qui optent pour la résolution arbitrale de leurs différends. Son étendue est toutefois soumise à des variations plus ou moins importantes en fonction d'un certain nombre de critères : qualité des parties, nature de leurs rapports et caractère de l'arbitrage mis en œuvre. Ainsi, selon que le litige oppose des particuliers ou des États, ou qu'il mêle ces deux catégories de sujets, selon qu'il est considéré comme civil ou commercial, interne ou international, certains modes d'expression du consentement seront admis plutôt que d'autres.

En règle générale, les parties expriment leur consentement à l'arbitrage par la conclusion d'une convention d'arbitrage. « Pour faire trancher leurs litiges par des arbitres […], les parties doivent exprimer, avec le moins d'ambiguïté possible, leur consentement dans un "contrat arbitral" »[300]. Elles le font, le plus souvent, au moment où elles contractent en insérant une clause compromissoire dans leur contrat. On y voit une précaution utile, un moyen d'anticiper la réticence à conclure le compromis après la survenance du litige. Clause compromissoire et compromis constituent ainsi les deux catégories familières de conventions d'arbitrage (chapitre I).

Toutefois, la conclusion d'une convention d'arbitrage en bonne et due forme n'est pas l'unique voie pour arriver à l'arbitrage. Valable dans tous les types de rapports, l'approche contractuelle demeure certes la plus répandue, mais elle n'emporte pas l'exclusivité des moyens d'accès à l'arbitrage. D'autres voies y mènent également, du moins depuis « la petite révolution qui consiste à admettre que le consentement de l'État […] peut être donné non seulement sous la forme traditionnelle d'une convention d'arbitrage […] mais aussi

299 M. de Boisséson, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, préface de P. Bellet, GLN-éditions, Paris, 1990, p. 139 et s.

300 *Ibidem*, p. 15, n° 1.

sous forme d'un engagement unilatéral contenu dans une loi ou un traité bilatéral relatif à l'investissement d'origine étrangère »[301].

Nous l'avons vu, l'approche contractuelle est totalement absente de l'arbitrage forcé, mais cette absence n'est alors qu'une conséquence logique de la base légale de cet arbitrage, qui n'est aucunement fondé sur le consentement des parties. Néanmoins, si la loi peut imposer l'arbitrage, elle peut, *a fortiori*, se borner à octroyer un droit d'y recourir. Dans ce cas, tout en demeurant dans le cadre de l'arbitrage volontaire résolument axé sur leur consentement mutuel, certaines parties arrivent à se passer de l'approche contractuelle. Leur liberté demeure pourtant préservée car leur soumission à l'arbitrage dépend toujours du consentement qu'elles donnent. La nouveauté se limite à la technique utilisée pour exprimer ce consentement : celui-ci se manifeste directement et n'a plus besoin de passer par la conclusion d'une convention d'arbitrage. C'est un consentement immédiat, qui s'exprime sans détour, ni par la clause compromissoire, ni par le compromis (chapitre II).

301 J.-M. Jacquet, « Compte rendu de l'ouvrage de M. Sébastien Manciaux intitulé *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États. Trente années d'activité du CIRDI*, préface de Philippe Kahn, Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Litec, Paris, 2004, 727 pages », *JDI*, 2005, p. 1004.

Chapitre I

Le consentement à l'arbitrage par voie contractuelle

Pour faire court, on peut parler de consentement contractuel. S'il n'est pas très habituel de voir le consentement ainsi qualifié, la situation n'est tout de même pas inédite. En témoigne le récent ouvrage de M. Limbach intitulé : *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales…*[302]. Cette précision rappelle que l'expression du consentement n'aboutit pas nécessairement à la formation d'un contrat. Nous verrons, au prochain chapitre, que dans certaines situations, les parties donnent leur consentement de sorte qu'un lien arbitral se forme entre elles en dehors de tout cadre contractuel. La figure contractuelle est alors totalement exclue, non seulement en ce qui concerne le contrat qui fait habituellement l'objet de l'engagement d'arbitrage, mais aussi s'agissant du contrat arbitral qui, traditionnellement, donne naissance à cet engagement.

Mais avant d'aborder cette question, il convient d'examiner le consentement à l'arbitrage par voie contractuelle. L'expression du consentement conduit alors à la formation d'un contrat appelé convention d'arbitrage. Celle-ci est définie à l'article 7 (1) de la Loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international comme étant « une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel ». La même disposition précise qu'« une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou faire l'objet d'une convention séparée ». Elle annonce ainsi les différentes catégories de convention d'arbitrage (section 1), dont il convient d'étudier certains aspects de la formation (section 2).

Section 1 – Catégories de conventions d'arbitrage

De manière générale, la convention d'arbitrage intervient soit pour soumettre à l'arbitrage un litige déjà né, soit pour prévoir la résolution arbitrale d'une catégorie de litiges encore éventuels.

302 F. Limbach, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales. De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, préface de C. Witz, avant-propos de S. Peruzzetto, LGDJ, Paris, 2004.

Dans le premier cas, la convention porte le nom de compromis arbitral, dans le second, il s'agit d'une clause compromissoire. L'on est alors en présence de deux sortes de conventions d'arbitrage dont le critère de distinction repose essentiellement sur un rapport généralement établi entre la date de conclusion de la convention et la survenance du litige : si la convention précède le litige, on parle de clause compromissoire, si elle lui est postérieure, on est en face d'un compromis d'arbitrage.

C'est, avant tout, une distinction factuelle qui n'est toutefois pas dépourvue d'intérêt juridique surtout lorsqu'elle est consacrée par la loi qui soumet chacun des actes à une réglementation propre. C'est souvent le cas en matière interne[303], où « compromis et clause compromissoire se distinguent non seulement par le moment auquel ils se situent par rapport à la naissance du litige, mais aussi parce qu'un certain nombre de règles différencient leur régime juridique »[304]. Suivant l'opinion de Jean Robert, « cette distinction doit être tenue pour essentielle, toute convention d'arbitrage intervenant avant la naissance du litige constitue une clause compromissoire et obéit aux dispositions propres à celle-ci. Par contre, la convention intervenant après la naissance de celui-ci constitue un compromis et obéit aux dispositions relatives à celui-là »[305].

Il faut néanmoins réserver la faculté reconnue aux parties de conclure une convention d'arbitrage qui viserait à la fois un litige qui les oppose déjà et des litiges susceptibles de les opposer dans le futur au sujet d'un rapport juridique déterminé. La validité d'une telle convention a d'ores et déjà été reconnue par la jurisprudence[306]. Son analyse révèle un double consentement quoique de manifestation simultanée : par rapport au litige actuel qu'il est besoin de résoudre, c'est un compromis d'arbitrage, par rapport aux litiges éventuels, il s'agit d'une clause compromissoire.

Cette distinction apparaît encore plus essentielle à M. de Boisséson qui estime que « les parties, qui sont soudainement confrontées à un désaccord sur le contrat qu'elles ont signé, ne peuvent valablement s'entendre sur l'élaboration d'une clause compromissoire pour soumettre ce litige particulier à l'arbitrage. Elles doivent passer un

303 En droit français, par exemple, l'arbitrage est principalement régi par le Livre IV du nouveau Code de procédure civile (NCPC), lequel se compose de cinq titres, dont le premier porte sur les « conventions d'arbitrage » et comprend trois chapitres respectivement intitulés « la clause compromissoire » (chapitre I[er], arts. 1442 à 1446), « le compromis » (chapitre 2, arts. 1447-1450) et les « règles communes » aux deux actes précités (chapitre 3, arts. 1451 à 1459). Le Concordat intercantonal suisse sur l'arbitrage retient également cette distinction (texte in *Rev. arb.*, 1969, p. 120-132).

304 J.-M. Jacquet, Ph. Delebecque, S. Corneloup, *op. cit.*, note 165, p. 778, n° 1072.

305 J. Robert *op. cit.*, note 5, p. 46, n° 57.

306 Cass. req., 13 janvier 1947, *S.*, 1947, 1, p. 77 (cité par M. de Boisséson, *op. cit.*, note 299, p. 79).

compromis »[307]. L'auteur fonde son opinion sur une jurisprudence de la Cour d'appel de Paris qui qualifie de compromis la convention d'arbitrage intervenue entre les parties, dès lors qu'elle ne faisait pas référence « à un contrat, soit concomitant, soit même antérieur ; qu'elle se réfère expressément, au contraire, à un différend déterminé concrétisé par une contestation actuelle ; que, par suite, elle n'avait pas et ne pouvait avoir la nature d'une clause compromissoire »[308].

On doit cependant reconnaître que l'avenir d'une telle distinction ne semble nullement assuré. Depuis un certain temps d'ailleurs, elle fait l'objet d'une remise en cause constante. D'abord, elle a disparu du droit de l'arbitrage commercial international[309], qui se réfère plus volontiers à la « convention d'arbitrage », expression générique englobant à la fois la clause compromissoire et le compromis[310]. D'autres législations l'ignorent simplement parce qu'elles consacrent un régime juridique unique à l'arbitrage interne et international. Enfin, pour une bonne partie de la doctrine, la distinction ne présente guère d'intérêt. Source de complications inutiles, elle renvoie à une époque, heureusement révolue, où « dans l'arbitrage interne, seul le compromis était valable, la clause compromissoire ne pouvant être exécutée qu'à condition d'avoir été confirmée une fois le litige né »[311].

Malgré sa remise en cause dans l'arbitrage commercial international, force est de reconnaître que la distinction subsiste, notamment en matière interne et même dans l'arbitrage de droit international public où elle fonde encore l'opposition classique entre « l'arbitrage facultatif » introduit sur la base du compromis et « l'arbitrage obligatoire » mis en œuvre en vertu d'une clause compromissoire[312]. Ce sont là, écrit Georges Scelle, « deux façons, pour les gouvernements, de s'engager à l'arbitrage », quoique dans les deux cas, l'institution reste égale à elle-même : « l'arbitrage est *toujours obligatoire* si l'on considère son aboutissement : la sentence. Il

307 M. de Boisséson, *op. cit.*, note 299, p. 78, n° 83.

308 *Idem*, citant Paris, 1re suppl., 17 janvier 1958, *Schwekeh c. Michel*, *Rev. arb.*, 1958, p. 49.

309 Voir A. J. van den Berg, « The New York Convention of 1958 : An Overview », *in* E. Gaillard et D. Di Pietro (eds.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards : The New York Convention in Practice*, Cameron May, London, 2008, p. 39-68, spéc. p. 45-46, n° 3.2.

310 « La distinction entre la clause compromissoire et le compromis s'abolissant en matière internationale, pour se voir substituer la seule catégorie de convention d'arbitrage, laquelle intervient indifféremment à l'égard d'un litige né ou éventuel » (Paris, 17 janvier 2002, SA *Omenex c. Hugon*, *Rev. arb.*, 2002, p. 391, note J.-B. Racine).

311 Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, note 24, p. 210, n° 386.

312 G. Scelle, *Manuel de droit international public*, Domat-Montchrestien, Paris, 1948, p. 703 et 711 ; NG. Q. Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public*, 5e éd., p. 822-823.

est *toujours facultatif* si l'on considère son origine : l'engagement d'y recourir… »[313].

Notons que cette dichotomie n'est pas spécifique à l'arbitrage, elle concerne l'ensemble des moyens de règlement qui peuvent être qualifiés de facultatifs ou d'obligatoires selon que la décision d'y recourir intervient avant ou après le différend. « Le moment du consentement détermine le caractère facultatif ou obligatoire du recours à une procédure de règlement »[314]. C'est ainsi que l'on parle de conciliation obligatoire tout en étant conscient cependant que l'issue du processus, c'est-à-dire la proposition de solution émanant du conciliateur, ne peut pas s'imposer aux parties. En revanche, elles demeurent liées par la sentence arbitrale qu'elle soit rendue sur le fondement d'un compromis ou d'une clause compromissoire.

Enfin, il faut bien admettre que dans l'étude du consentement à l'arbitrage, il n'est pas sans intérêt de distinguer les différents types de convention d'arbitrage car si le consentement soulève peu de difficultés dans le cadre du compromis (§ 1), il peut devenir très problématique lorsqu'il s'exprime à l'avance, au moyen de la clause compromissoire (§ 2). Enfin, le consentement à l'arbitrage doit être plus ou moins précis quant à sa portée matérielle, en fonction des parties impliquées, d'où la spécificité du traité général d'arbitrage (§ 3).

§ 1 – Le compromis d'arbitrage

C'est « la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage d'une ou plusieurs personnes »[315]. Chronologiquement, le compromis constitue la première forme de convention d'arbitrage. « *The submission to arbitration of an existing dispute is the older type of arbitration agreement and has been in use for a long time* »[316]. S'il peut être difficile de remonter le fil de l'histoire et de vérifier cette affirmation s'agissant de l'arbitrage en général, il est aisé de la corroborer en se limitant à l'arbitrage interétatique,

313 G. Scelle, *op. cit.*, note 312, p. 712.

314 Ph. Pazartzis, *Les engagements internationaux en matière de règlement pacifique des différends entre États*, Avant-propos de G. Guillaume, préface de D. Bardonnet, LGDJ, Paris, 1992, p. 2.

315 Article 1447 NCPC.

316 G. Herrmann, « The Arbitration Agreement as the Foundation of Arbitration and Its Recognition by the Courts », *in International Arbitration in a Changing World*, ICCA Conference, Bahrain, 14-16 February 1993, A. J. van den Berg General Editor, Kluwer, Deventer, 1994, p. 41-56, spéc. p. 42. Dans le même sens, M. Foustoucos écrit : « *Submission was the first form of arbitration agreement. Later, practice gave birth to the arbitration clause* » (A. C. Foustoucos, « Conditions Required for the Validity of an Arbitration Agreement », *Rev. hell. dr. int'l.*, 1989, p. 181-199, spéc. p. 183).

dont la pratique moderne (arbitrage juridictionnel et pas seulement diplomatique) est relativement récente[317].

Elle remonte, en effet, à la conclusion du Traité d'amitié, de commerce et de navigation communément appelé Traité Jay du 19 novembre 1794 entre les États-Unis et la Grande-Bretagne[318]. Trois commissions d'arbitrage furent alors établies sur la base de cet instrument pour trancher les différends qui opposaient les parties, notamment celui qui portait sur la frontière nord-est américaine. C'est également par la voie du compromis (Traité de paix de Gand du 24 décembre 1814)[319] que le différend lié aux conséquences de la guerre anglo-américaine de 1812 a été soumis à l'arbitrage. Cette technique du compromis (Traité de Washington du 8 mai 1871) a aussi servi de base à l'arbitrage organisé dans l'affaire de l'*Alabama*[320]. Ce sont là trois précédents importants qui s'inscrivent tous « dans les paramètres de l'arbitrage *ad hoc* (…), c'est-à-dire d'une procédure arrêtée *ex post* pour une affaire ou une série d'affaires déterminées, déjà nées »[321]. Ainsi, il ne fait guère de doute que dans les relations internationales, tout au moins, l'arbitrage « était connu d'abord sous forme d'une procédure pour le règlement de contestations déjà nées entre les États »[322].

La technique de la clause compromissoire est apparue plus tard[323], vraisemblablement vers 1826, lors de la conclusion du Traité d'union, d'association et de confédération perpétuelle entre certains pays d'Amérique latine[324]. En vertu de l'article 16 du traité, les États

317 S'agissant de l'arbitrage en général, et de l'arbitrage commercial international en particulier, M. Foustoucos donne un aperçu de l'évolution historique : « *As far as we know, the first evidence about agreements to arbitrate on future disputes comes from the 10th or 11th century…* » (*Ibidem*, p. 183, note 15).

318 *CTS*, vol. 52, 1793-1795, p. 243.

319 *CTS*, vol. 63, 1813-1815, p. 421.

320 P. de Lapradelle, N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, Paris, 1923, p. 777 (texte de la sentence, *Ibid*em, p. 889).

321 L. Caflisch, « Cent ans de règlement pacifique des différends interétatiques », *RCADI*, 2001-I, tome 288, p. 245-468, spéc. p. 307.

322 Secrétariat de l'ONU, *Commentaire sur le Projet de convention sur la procédure arbitrale adopté par la Commission du Droit international à sa cinquième session*, Nations Unies, New York, 1955, p. 10. Voir, dans le même sens, M^me^ Pazartzis : « Le compromis d'arbitrage constitue la forme la plus ancienne d'accord destiné à soumettre un différend concret à l'arbitrage » (*op. cit.*, note 314, p. 3).

323 Le professeur Caflisch estime que c'est « à la suite » de l'arbitrage *Alabama* que « commença à se développer, à côté de l'arbitrage *ad hoc* [mis en œuvre en vertu du compromis], une forme d'*arbitrage organisé d'avance*: des accords bilatéraux de plus en plus nombreux prévoyaient que les différends pouvant s'élever à l'avenir entre les États parties, ou du moins certains types de différends, pouvaient être soumis unilatéralement à l'arbitrage » (L. Caflisch, *op. cit.*, note 321, p. 307-308).

324 Selon certains, depuis le Moyen-âge déjà, la clause compromissoire figurait dans certains traités de paix et d'amitié. Cf. E. Teymouri, « L'évolution de l'arbitrage international au XX^e^ siècle », *Thèse*, Université de Neuchâtel, Imprimerie de l'Institut franco-iranien Téhéran, 1958, p. 23.

parties se sont engagés à arbitrer l'ensemble de leurs futures « différences »[325]. Cependant, ce traité que la Colombie fut seule à ratifier, n'entrera jamais en vigueur. Il faudra patienter longtemps avant que la soumission à l'arbitrage de différends éventuels soit effective. De Martens fait état de quelques conventions ultérieures renvoyant à l'arbitrage, comme l'article 7 du Traité du 12 juillet 1832 entre le Pérou et l'Équateur[326]. En Europe, il cite un traité liant les Pays-Bas au Portugal, par lequel ces deux puissances convenaient de recourir à l'arbitrage pour trancher tout différend susceptible de les opposer pourvu qu'il ne touche en rien à leur indépendance[327]. Encore que ces obligations manquaient souvent de fermeté. La volonté d'arbitrer restait à confirmer dans chaque cas concret par un compromis. Or la conclusion de ce dernier pouvait être refusée par tout État estimant que son honneur, son indépendance ou ses intérêts vitaux étaient en cause. C'est ce qui a conduit M. Anand à qualifier l'engagement issu de ces clauses compromissoires de *pactum de contrahendo*[328].

Première forme connue de convention d'arbitrage, le compromis reste aussi le symbole d'un arbitrage pleinement consenti, d'où sa grande facilité d'exécution, que la clause compromissoire lui aurait certainement enviée, n'eût été son double rôle de source d'arbitrage (A) et de catalyseur d'arbitrage (B).

A. Le compromis : source d'arbitrage

Idéalement, l'expression du consentement à l'arbitrage passe par le compromis. C'est l'instrument qui manifeste le mieux l'acceptation de la justice arbitrale par les parties. Conclu après la survenance du litige, il exprime une réelle préférence pour ce mode de règlement. La décision de recourir à l'arbitrage s'analyse alors comme un choix positif et délibéré décidé par chaque partie en fonction de ses intérêts bien compris. C'est pour cette raison que lorsqu'il repose sur le compromis, l'arbitrage bénéficie en principe de la faveur de toutes les parties qui collaborent pleinement à sa mise en œuvre, imprimant à la procédure « un caractère purement consensuel »[329]. Toutefois, même dans le cadre du compromis, l'on n'est pas totalement à l'abri de la pression qui pourrait s'exercer sur une partie, au

325 *International American Conference, Reports of Committees and Discussions thereon*, Washington, 1890, vol. 4, *Historical Appendix*, p. 187 (cité dans *Commentaire*, *op. cit.*, note 322, p. 11).

326 F. de Martens, *Nouveau Recueil*, vol. 13, p. 25 (cité dans *Commentaire, op. cit.*, note 322, p. 11).

327 F. de Martens, *Nouveau Recueil général*, 2e série, vol. 22, p. 591-592 (cité dans *Commentaire, op. cit.*, note 322, p. 11).

328 R. P. Anand, *International Courts and Contemporary Conflict*, New Delhi, 1974, p. 265.

329 A. Rigozzi, *op. cit.*, note 224, p. 172, n° 315.

point de lui arracher un consentement qu'elle n'aurait autrement pas donné.

L'affaire *Compañía de Desarrollo de Santa Elena c. République du Costa Rica* en fournit une illustration remarquable[330]. Certes, c'est sur la base d'un compromis spécial mutuellement accepté par les parties qu'un tribunal arbitral du CIRDI fut saisi du litige. Toutefois, le consentement de l'État, bien que régulier et éclairé, ne fut pas totalement libre[331]. En effet, il n'avait été donné que sous la pression des États-Unis qui menaçaient de bloquer un important prêt (175 millions de dollars) de la Banque Interaméricaine de Développement destiné au Costa Rica, si ce pays persistait dans son refus de soumettre à l'arbitrage un différend qui l'opposait à un investisseur américain. Le consentement requis interviendra le 21 mai 1995 et la sentence, le 17 février 2000. Sur le plan des principes, ce compromis reste valable : c'est en parfaite connaissance de cause que le Costa Rica y a souscrit, conformément à ses intérêts.

Malgré tout, le compromis reste l'instrument par excellence de l'arbitrage volontaire. « Le degré zéro de l'arbitrage consiste dans un compromis d'arbitrage […] pour une affaire donnée, en dehors de tout engagement préalable. L'arbitrage est facultatif. C'est le compromis qui fixe le principe et l'objet de l'arbitrage, ainsi que ses modalités pratiques »[332]. La soumission à l'arbitrage procède alors d'un consentement spécifique, exprimé dans un document dont l'objet exclusif est le recours à l'arbitrage dans un cas bien précis. Ainsi, si en matière de clause compromissoire on peut douter de la portée du consentement des parties (se limite-t-il au contrat de fond ou s'étend-il à l'accord d'arbitrage également ?), aucune hésitation n'est permise au sujet du compromis : un seul accord intervient et il porte uniquement sur la soumission à l'arbitrage d'un litige déterminé. Par ailleurs, le caractère consensuel de l'arbitrage fondé sur le compromis est accentué par la vaste étendue de l'accord arbitral qui, en plus du contenu habituel d'une clause compromissoire (lieu de l'arbitrage, règles de procédure et de fond, etc.) couvre également la délimitation du litige et le choix des arbitres.

Par conséquent, du point de vue de l'origine volontaire de l'arbitrage, il est tout à fait justifié de distinguer les différentes catégories de convention d'arbitrage. Mieux, cette distinction présente une utilité indéniable dans la compréhension de certains principes fondamentaux de l'arbitrage comme le principe d'autonomie de la clause compromissoire. De même, dans l'étude de

---

330 Sentence du 17 février 2000 rendue dans l'affaire n° ARB/96/1 et rapportée sur le site Internet du CIRDI : www.worldbank.org/icsid, (état du 1er février 2002).

331 R. Ch. Wolf, *Trade, Aid, and Arbitrate. The Globalization of Western Law*, Ashgate, Aldershot, 2004, p. 191.

332 E. Decaux, *Droit international public*, 4e éd., HyperCours (Cours Documents Exercices) Dalloz, Paris, 2004, p. 222, n° 253.

l'expression du consentement à l'arbitrage, toute assimilation entre le compromis et la clause compromissoire doit être évitée. « On ne peut dire, sous peine de simplification excessive, que l'expression du consentement soit la même pour la clause compromissoire et pour le compromis. La clause compromissoire est intégrée à un contrat, ou se forme à l'occasion de la conclusion du contrat,… »[333]. En comparaison, « l'expression du consentement au compromis s'apprécie […] de manière légèrement différente à cause du caractère direct de l'accord des parties pour faire trancher par voie d'arbitrage un litige né et actuel »[334].

Expression d'un consentement libre et éclairé, le compromis bénéficie d'un accueil très favorable du législateur qui le soumet à des règles moins strictes que celles applicables à la clause compromissoire[335]. « Le compromis […] ne suscite pas de réserve […] La clause compromissoire, en revanche, […] suscite la réserve du législateur interne qui craint qu'elle ne soit acceptée par l'une ou l'autre des parties, ou par les deux, à la légère et sans vraiment avoir réfléchi aux conséquences »[336]. C'est l'explication souvent donnée aux limitations que la loi de certains pays impose à l'effet juridictionnel de la clause compromissoire, laquelle ne peut valablement intervenir que dans certains types de relations et entre certaines parties.

Bien entendu, même lorsque l'arbitrage repose sur une clause compromissoire, le compromis n'est pas totalement éliminé. Il peut jouer un rôle important dans l'exécution de l'obligation d'arbitrage préalablement assumée par les parties.

B. Le compromis : catalyseur d'arbitrage

Dans un premier temps, le compromis remplit la même fonction que la clause compromissoire : l'un, comme l'autre, exprime valablement le consentement des parties à recourir à l'arbitrage. De ce point de vue, les deux actes sont mutuellement indépendants et opèrent de manière alternative. Dans un second temps, le compromis fait mieux que la clause compromissoire : il facilite la mise en œuvre de la procédure arbitrale. C'est pour étendre cet avantage à l'arbitrage fondé sur une clause compromissoire et lui permettre d'avoir un déroule-

333 M. de Boisséson, *op. cit.,* note 299, p. 139, n° 184.

334 *Ibidem*, p. 140, n° 184.

335 En droit français, l'article 1443 NCPC soumet la clause compromissoire à la forme écrite « à peine de nullité » alors que cette exigence ne s'applique pas au compromis qui est simplement « constaté par écrit » (article 1449 NCPC). Voir aussi l'article 2061 du Code civil qui restreint l'usage de la clause compromissoire aux relations entre professionnels, alors que tout le monde peut s'engager à l'arbitrage au moyen du compromis.

336 J. Béguin, « Les grands traits du décret français du 12 mai 1981 sur l'arbitrage international », *Rev. int'l dr. comp.*, N° spécial – vol. 5, 1983, p. 359-391, spéc. p. 370.

ment tout aussi harmonieux que s'il reposait sur un compromis, que l'habitude s'est installée « de préciser, par un nouvel accord, les questions qui seront posées à l'arbitre, c'est-à-dire l'objet concret du différend »[337]. Sans être indispensable, cet accord spécifique présente une grande utilité pratique. Il donne aux parties l'occasion de régler ensemble les détails de la procédure.

Un tel accord est fréquent, en particulier dans la pratique des États, où il intervient en exécution d'un traité d'arbitrage ou d'une clause compromissoire. Il est formalisé dans un acte qui porte, lui aussi, le nom de compromis d'arbitrage. Il faut donc se garder de confondre ce dernier avec le compromis « classique », conclu en l'absence totale d'obligation d'arbitrage préalable et qui, une fois le litige né, énonce la décision des parties de le soumettre à l'arbitrage. La différence réside essentiellement dans le fait que ce dernier est porteur d'une décision d'arbitrage dont le premier est dépourvu. Celui-ci a un objet plus restreint, il vise simplement à préciser les conditions d'exécution d'un engagement d'arbitrage antérieur. « Dans ce cas, le compromis mentionne souvent l'engagement sur la base duquel il est conclu. Il n'est alors qu'un élément d'exécution d'une obligation conventionnelle préalablement contractée »[338]. C'est ainsi que le compromis d'arbitrage conclu le 19 novembre 1956 entre la France et l'Espagne pour organiser l'arbitrage dans l'affaire du *Lac Lanoux*, a pris le soin de préciser que la décision des deux gouvernements d'établir un tribunal arbitral chargé de trancher le différend avait été prise en « application de la convention du 10 juillet 1929 »[339].

Par conséquent, si cet acte est utile à la mise en œuvre de la procédure arbitrale, il n'en constitue pas le fondement. L'effet juridique qu'il produit est moindre comparé à celui du compromis conclu en l'absence de toute obligation d'arbitrage préalable. D'où l'intérêt de ne pas confondre ces deux formes de compromis. Une distinction doit également être faite entre le compromis et l'acte de mission de l'arbitre, dont l'établissement, obligatoire dans la procédure de la CCI et du CEPANI, tend à se généraliser dans l'arbitrage *ad hoc*. Ainsi, « l'acte de mission ne peut avoir pour vocation de se substituer à la convention d'arbitrage qui est seule à l'origine de l'investiture et de la compétence de l'arbitre. Cet acte a principalement pour objet de constater l'accord des parties, adapter, modifier ou compléter au besoin les stipulations de la convention d'arbitrage »[340].

---

337 D. Nguyen Quoc, P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public*, 5e éd., 1994, p. 826, n° 541.

338 Ph. Pazartzis, *op. cit.*, note 314, p. 4.

339 Secrétariat de l'ONU, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, p. 285 (disponible en ligne sur : http://untreaty.un.org/cod/riaa/vol_XII.htm (état du 10/10).

340 J.-J. Arnaldez, « L'acte déterminant la mission de l'arbitre », dans *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, Paris, 1991, p. 1-31.

En droit international public, la différence entre les deux formes de compromis est également soulignée par la doctrine[341]. Pour désigner le compromis qui fait suite à une obligation antérieure d'arbitrage, « certains auteurs parlent alors de "compromis improprement dit" ou de "quasi-compromis" ou encore de "*protocol of submission*" »[342]. Selon M. Makowski :

> « Le compromis conclu en vue d'arbitrage isolé a une importance beaucoup plus grande que le compromis à l'occasion d'arbitrage institutionnel. Le premier a non seulement le caractère régulateur, mais aussi générateur d'arbitrage… avant tout, il réalise l'accord des volontés des parties pour soumettre le différend à l'arbitrage. Par contre… dans le cas d'arbitrage institutionnel… c'est le traité général d'arbitrage ou la clause compromissoire qui ont le caractère constitutif et générateur d'arbitrage, en prévision d'un différend éventuel »[343].

Le compromis qui a pour but d'organiser la procédure se fonde sur une obligation préexistante. Son adoption s'impose aux parties car il s'agit simplement pour elles d'exécuter une obligation d'arbitrage préalablement acceptée. C'est pourquoi l'article 53 de la Convention de La Haye de 1907 confère à la Cour permanente d'arbitrage la compétence de suppléer à la carence des États dans l'établissement du compromis[344]. La même compétence est généralement reconnue à toute institution d'arbitrage dont le règlement a été adopté par les

---

341 Certains auteurs minimisent la différence entre ces deux catégories de compromis : « Dans la pratique la plus fréquente, ce compromis ne diffère guère du compromis « classique », celui conclu dans tous les cas où n'existe pas un engagement d'arbitrage obligatoire » (D. Nguyen Quoc, P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public*, 5e éd., 1994, p. 826, n° 541).

342 E. Teymouri, *op. cit.*, note 324, p. 23 (italiques ajoutés).

343 J. Makowski, « L'organisation actuelle de l'arbitrage international », *RCADI*, 1931-II, p. 308.

344 Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux adoptée à La Haye le 18 octobre 1907, texte disponible sur le site Internet de la CPA : http://www.pca-cpa.org/upload/files/1907FRA.pdf (état du 10/03/10) ; voir aussi K. Oellers-Frahm and N. Wühler, *Dispute Settlement in Public International Law. Texts and Materials*, p. 5-16. Aux termes de l'article 53 de cette Convention :

> « La Cour permanente est compétente pour l'établissement du compromis, si les Parties sont d'accord pour s'en remettre à elle.
> Elle est également compétente, même si la demande est faite seulement par l'une des Parties après qu'un accord par la voie diplomatique a été vainement essayé, quand il s'agit :
> 1° – D'un différend rentrant dans un traité d'arbitrage général conclu ou renouvelé après la mise en vigueur de cette Convention et qui prévoit pour chaque différend un compromis et n'exclut pour l'établissement de ce dernier ni explicitement ni implicitement la compétence de la Cour. Toutefois, le recours à la Cour n'a pas lieu si l'autre Partie déclare qu'à son avis le différend n'appartient pas à la catégorie des différends à soumettre à un arbitrage obligatoire, à moins que le traité d'arbitrage ne confère au Tribunal arbitral le pouvoir de décider cette question préalable ;

parties. Ainsi, la Cour d'arbitrage de la CCI est compétente pour adopter l'acte de mission lorsque les parties qui se sont engagées à arbitrer sous son égide ne parviennent pas à s'entendre sur l'élaboration dudit acte. Dans les deux cas, l'intervention du tiers se fonde sur l'accord antérieur des parties, car sans leur consentement préalable, nul ne saurait les engager à l'arbitrage. Ce serait en violation de leur liberté.

Enfin convient-il de remarquer que, paradoxalement, le respect scrupuleux du consentement, caractéristique importante de l'arbitrage fondé sur le compromis, n'est pas un gage de succès de cet instrument. « *In modern practice arbitration agreements dealing with future disputes prevail by far* »[345]. La relative rareté des titres de compétence arbitrale résultant du compromis s'explique essentiellement par les multiples difficultés qui jalonnent la négociation et la conclusion de cet instrument à un moment où les parties sont déjà en nette opposition. Même si, le litige né, elles acceptaient de négocier de bonne foi, la conclusion du compromis ne serait tout de même pas assurée car les questions soulevées (délimitation du litige, choix des arbitres, droit applicable, etc.) sont en général très délicates. C'est pour anticiper ces difficultés que la technique de la clause compromissoire a été mise au point et dans la pratique actuelle, elle est devenue beaucoup plus fréquente que le compromis[346].

Néanmoins, le handicap dont le compromis semble souffrir relativement à son adoption, est largement compensé par la grande facilité qu'offre son exécution. La plupart des difficultés de mise en œuvre de la clause compromissoire disparaissent lorsque l'arbitrage se fonde sur un compromis. Les parties collaborent à la constitution du tribunal arbitral qu'elles saisissent conjointement et, dans bien des cas, la procédure se déroule harmonieusement, sans résistance. En effet, « il est peu probable, du moins théoriquement, que les circonstances changent et qu'une partie veuille se dégager d'un engagement concret et récent. Les aléas sont plus accentués lorsqu'il s'agit d'un engagement établissant à l'avance une obligation de règlement pacifique »[347].

Aussi l'espoir est-il permis quant à l'avenir du compromis. Loin d'être condamné à la désuétude, il se maintiendra tantôt parallèlement, tantôt en complément à la clause compromissoire.

2° – D'un différend provenant de dettes contractuelles réclamées à une Puissance par une autre Puissance comme dues à ses nationaux, et pour la solution duquel l'offre d'arbitrage a été acceptée. Cette disposition n'est pas applicable si l'acceptation a été subordonnée à la condition que le compromis soit établi selon un autre mode ».

345 J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2003, p. 101.

346 Dans les relations interétatiques, toutefois, le compromis continue de jouer un rôle très important.

347 Ph. Pazartzis, *op. cit.*, note 314, p. 5.

§ 2 – La clause compromissoire

Aussi longtemps que le recours à l'arbitrage était subordonné à la conclusion du compromis, l'institution ne pouvait prendre son envol. En effet, le choix de l'arbitrage procède d'une évaluation, par chaque partie, des avantages comparatifs de cette solution par rapport aux autres modes de règlement disponibles (règlement amiable, voie judiciaire etc.). Or une fois le litige né, il est rare que les parties manifestent le même enthousiasme à le voir tranché. En règle générale, les raisons qui poussent une partie à préférer l'arbitrage sont les mêmes qui incitent l'autre partie à s'en méfier. Plus une partie insiste sur l'adoption du compromis, plus son adversaire s'y refuse. Ces difficultés ont fait évoluer la pratique vers une anticipation du choix de l'arbitrage, favorisant l'émergence d'une nouvelle catégorie de convention d'arbitrage, appelée clause compromissoire.

Définie comme « la convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat »[348], la clause compromissoire dispose, pour sa formation, de deux atouts majeurs qui font défaut au compromis. Conclue en même temps que le contrat pour soumettre à l'arbitrage des litiges encore hypothétiques, elle tire parti non seulement de l'entente qui prévaut au moment de la conclusion du contrat, mais aussi de l'indétermination, à ce stade, d'un nombre important de facteurs susceptibles d'influencer les parties et déterminer leur attitude face à la clause arbitrale. L'obligation d'arbitrage est assumée à un moment où les parties qu'elle engage ignorent des données essentielles de leur engagement. Elles en sont alors à se demander « si des litiges vont effectivement surgir et quels seront leur nombre, leur contenu et, surtout, leur importance. Le risque ainsi couru est particulièrement élevé… »[349].

On peut donc comprendre que des parties responsables puissent manifester quelque hésitation à contracter d'avance une obligation d'arbitrage. Encore que le risque que cela implique soit fonction du statut des parties et de l'alternative dont elles disposent. En effet, selon qu'elle figure dans un contrat de droit privé ou dans un accord international, la clause compromissoire ne remplit pas exactement le même rôle.

Dans le premier cas, les parties savent que le rejet de l'arbitrage ne les met pas à l'abri d'une décision contraignante d'un tiers : si leurs prétentions sont inconciliables, elles n'échappent à l'arbitre que pour tomber dans la sphère de compétence du juge. Dans tous les cas, elles demeurent soumises à la juridiction d'un tiers. Dès lors, et dans la mesure où l'arbitre est, comme le juge, tenu au respect des

348 Article 1442 NCPC.

349 L. Caflisch, *op. cit.*, note 321, p. 288.

principes directeurs du procès civil[350], les contractants qui insèrent une clause arbitrale dans leur contrat n'ont généralement pas l'impression de prendre un risque démesuré. D'où le rôle prépondérant joué par la clause compromissoire dans les rapports économiques internationaux intéressant les particuliers.

En comparaison, le risque lié à l'insertion d'une clause compromissoire dans le traité apparaît d'autant plus important que le choix alternatif est plus ouvert pour les États. Libres de toute crainte d'être obligatoirement soumis à une juridiction préétablie, les États savent qu'en évitant de se lier par avance, ils peuvent, à la différence des particuliers, exiger une solution négociée plutôt que juridictionnelle. Cette possibilité, jointe à la nature des intérêts dont le souverain a la charge, explique sa réticence à souscrire d'avance à des engagements fermes de règlement juridictionnel. Contrairement à la pratique dominante dans les relations commerciales internationales où l'arbitrage repose essentiellement sur la clause compromissoire, il semble bien que ce soit le compromis qui est privilégié par les États, du moins dans leurs relations réciproques. « La *solution la plus fréquente* choisie est celle de l'accord *ad hoc*: les États parties à un litige concret déjà né concluent un accord, dénommé « compromis », qui confie le règlement de ce litige – et lui seul – à un tiers »[351].

Quoi qu'il en soit, l'avènement de la clause compromissoire comme base autonome de compétence marque un tournant décisif dans la pratique de l'arbitrage. C'est une évolution qualitative qui traduit un véritable « progrès du droit de l'arbitrage »[352]. Tout en demeurant un excellent moyen de résolution des conflits, l'institution cesse d'être cantonnée à son rôle traditionnel et s'enrichit d'une nouvelle fonction: la prévention des litiges par l'adoption anticipée d'un mode contraignant de règlement (A). Toutefois, ce progrès n'a été possible qu'au prix d'un certain relâchement au niveau de la base consensuelle de l'arbitrage (B).

A. Vertu préventive de la clause compromissoire

Cette dimension préventive dont l'importance ne cesse de grandir est régulièrement évoquée dans la doctrine, sans toutefois être suffisamment démontrée[353]. Comme beaucoup d'autres auteurs, le

350 J. Robert, *op. cit.*, note 5, p. 132, n° 156.

351 L. Caflisch, *op. cit.*, note 321, p. 287.

352 D. Nguyen Quoc, P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public*, 5e éd., 1994, p. 823, n° 539.

353 J.-F. Lalive, « Contrats entre États et personnes privées », *RCADI*, 1983, p. 61; Ch. Dominicé, « Le règlement juridictionnel du contentieux externe des Organisations internationales », dans *L'ordre juridique international entre tradition et innovation. Recueil d'études*, Introduction de Krzysztof Skubiszewski, Publications de l'IUHEI, PUF, Paris, 1997, p. 147- 161, spéc. p. 153.

professeur Pierre Lalive reconnaît à la clause compromissoire « un rôle préventif extrêmement important. Une bonne clause arbitrale, bien rédigée, joue un rôle préventif considérable, de même qu'un arbitrage bien engagé se termine dans de nombreux cas par une transaction, ce qui est un succès en soi »[354].

Il faut préciser que l'objet direct de la prévention envisagée concerne le moyen de règlement convenu par les parties. Le litige n'est concerné que de manière indirecte, car la stipulation d'une clause compromissoire n'a pas pour but premier d'empêcher celui-ci de surgir. Il n'en demeure pas moins vrai que les parties qui ont préalablement souscrit à une obligation d'arbitrage se montrent, en général, plus disposées à négocier efficacement afin de surmonter leurs divergences, évitant ainsi la cristallisation du litige et sa redoutable conséquence : devoir en confier le règlement à un tiers, conformément aux prévisions de la convention d'arbitrage.

Par voie de conséquence, même si l'adoption d'une clause compromissoire par les parties a pu être qualifiée de « voyage vers l'inconnu »[355], la démarche se justifie et doit être encouragée. En effet, loin de manifester une quelconque légèreté de la part des parties, la technique de l'engagement préalable d'arbitrage constitue parfois le seul moyen pour elles de se garantir l'accès mutuel à la justice arbitrale. Ainsi, à défaut de pouvoir empêcher la survenance d'un litige, les contractants se dotent d'emblée d'un cadre unique de règlement, éliminant du même coup l'incertitude liée à l'absence (pour les États) ou la multiplicité des compétences juridictionnelles et le risque de *forum shopping* y afférent. Toutes ces précautions contribuent à limiter l'effet perturbateur du litige et favorisent la continuation des relations de partenariat dans le futur.

Dans tous les cas, la prise en compte des difficultés de conclusion du compromis, couplée au souhait des parties de continuer à bénéficier des avantages importants qu'offre la résolution arbitrale des litiges, relativise largement les risques associés à la conclusion de la clause compromissoire. En contractant un engagement d'arbitrage visant des litiges éventuels, les partenaires manifestent leur commun désir d'en prévenir la survenance. S'ils n'y parviennent pas toujours, ils s'assurent au moins que tout différend qui viendrait à les opposer, serait rapidement tranché par un tribunal arbitral dont la sentence serait obligatoire.

L'effet préventif de la clause compromissoire peut d'ailleurs déborder la prévision d'un moyen approprié de règlement pour se manifester également du côté du litige. Il ne fait aucun doute, en effet, que l'obligation d'arbitrage constitue pour les parties qu'elle engage une forte incitation à déceler, puis ajuster progressivement les situations

354 P. Lalive, « Conclusion » in *Resolution Methods for Art-Related Disputes*, Centre du Droit de l'art, vol. 11, Schulthess, Zurich, 1999, p. 235-240, spéc. p. 236.

355 L. Caflisch, *op. cit.*, note 321, p. 288.

conflictuelles. Les parties savent que si elles parviennent à s'entendre et à éviter la survenance d'un litige, elles n'auront pas à exécuter leur obligation d'arbitrage. La stipulation d'une clause compromissoire dans le contrat est donc une manière de tempérer l'intransigeance des contractants dans la compréhension qu'ils ont de leurs droits et obligations. Ainsi, tout en défendant son propre point de vue, chaque partie prête une oreille attentive aux arguments opposés par l'adversaire. Avec ou sans l'aide d'un facilitateur, le dialogue s'instaure, les divergences finissent par être aplanies et, en l'absence de différend, l'obligation d'arbitrage demeure sans objet, elle conserve son aspect habituel de mécanisme potentiel[356].

L'observation de la pratique confirme que l'obligation préalable d'arbitrage est un facteur d'apaisement et de résolution des conflits même lorsqu'elle n'a pas été effectivement mise en œuvre. Mieux, l'effet souhaité d'une clause compromissoire est de susciter et d'entretenir un dialogue constructif entre les parties de manière à éloigner l'éventualité d'un différend et ainsi, leur permettre de faire l'économie d'une procédure. M^me^ Pazartzis doit être approuvée lorsqu'elle observe, à ce propos, que les engagements préalables d'arbitrage « ne peuvent être justement appréciés par le nombre de cas où ils ont été invoqués dans la pratique. La valeur d'un système d'obligation de règlement outrepasse la simple constatation de l'application ou, au contraire, de la non application de telles obligations »[357].

Et le professeur Jean-Flavien Lalive de conclure : « la clause arbitrale est beaucoup plus qu'un procédé de règlement des différends par l'appel à un tiers ou à des tiers neutres. Cette clause possède une vertu préventive considérable. Combien de litiges ont-ils pu se régler par la négociation directe entre les parties, par la conciliation, ou grâce aux bons offices d'un tiers, cela précisément à cause de l'existence d'une clause arbitrale jouant le rôle à la fois de soupape de sûreté, de signal d'alarme ou de mesure dissuasive ! »[358].

En définitive, grâce à sa fonction préventive, la clause compromissoire joue un rôle irremplaçable dans le développement de l'arbitrage. À coup sûr, sans cette clause et l'anticipation qu'elle permet, les litiges soumis à la juridiction arbitrale se réduiraient fortement.

> *« If parties were allowed to agree to arbitration only after the dispute had arisen, international commercial arbitration would doubtless become a useless tool, for, once a dispute has arisen, the defendant typically has little reason to agree to a neutral forum ; it would insist that any suit be brought before its own national courts. In other words, arbitration agreements can play a significant role only if they are*

356 Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, note 24, p. 443, n° 711.
357 Ph. Pazartzis, *op. cit.*, note 314, p. 240.
358 J.-F. Lalive, *op. cit.*, note 353, p. 61.

concluded before any dispute arises, typically at the time of entering into, and as a term of, the original contract»[359].

Ainsi, l'apparition du litige fait naître d'énormes difficultés qui entravent la conclusion de l'accord d'arbitrage. À supposer que le choix de l'arbitrage soit effectivement dans l'intérêt mutuel des parties, la question se pose dès lors de savoir pourquoi elles éprouvent autant de mal à s'accorder sur le recours à ce mode de règlement après la survenance du litige. Les obstacles à la conclusion du compromis sont autant de raisons de douter de la réalité du consentement donné à certaines procédures engagées en vertu d'une clause compromissoire. Un doute renforcé par les multiples incidents de procédure qui caractérisent la mise en œuvre de tels arbitrages.

B. La clause et l'érosion de la base consensuelle de l'arbitrage

De l'avis du professeur Sanders, « *international commercial arbitration is as lively as international business. When new types of business contracts arise, arbitration has to follow the trend*»[360]. Ainsi, de même qu'aux contrats d'adhésion correspond la clause compromissoire par référence, aux contrats électroniques correspond la clause d'arbitrage conclue par voie électronique[361]. La technique de conclusion de la clause compromissoire a suivi l'évolution des techniques contractuelles. De même que le contrat échappe de plus en plus souvent à toute négociation, de même, le recours à l'arbitrage est assez fréquemment décidé par une seule partie, qui fait de l'acceptation de la clause arbitrale une condition *sine qua non* de la conclusion du contrat. Parfois, c'est toute une matière qui se trouve d'emblée soumise à la juridiction arbitrale, l'arbitrage perdant alors son caractère de procédure exceptionnelle soumise à un consentement spécifique des parties, pour occuper, dans les relations envisagées, la position privilégiée de procédure de droit commun.

Bref, avec l'avènement de la clause compromissoire, il existe désormais « toute une série de situations dans lesquelles on fait peu de cas de la *volonté des parties* comme fondement du recours à l'arbitrage »[362]. Comme l'a également relevé M. Rigozzi, dans la

359 J. Paulsson *op. cit.*, note 205, p. 34-35.

360 P. Sanders, « Trends in the Field of International Commercial Arbitration », *RCADI*, 1975, tome 145, p. 218.

361 G. Kaufmann-Kohler, « Arbitration Agreements in Online Business to Business Transactions » *in Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century, Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, R. Briner, L.Y. Fortier, K.P. Berger and J. Bredow (Eds.), Carl Heymanns, Cologne, etc., 2001, p. 355-369 ; G. Kaufmann-Kohler, Th. Schultz, *Online Dispute Resolution, Challenges for Contemporary Justice*, International Arbitration Law Library, Kluwer Law International, The Hague/Shulthess, Zurich, 2004.

362 Ch. Jarrosson, *op. cit.*, note 18, p. 15.

«grande majorité des cas, les parties conviennent de recourir à l'arbitrage avant même la survenance du litige (généralement dans une clause arbitrale insérée dans le contrat qui les unit), réduisant ainsi le caractère purement consensuel de l'arbitrage»[363]. Le phénomène connaît une expansion fulgurante dont on présentera les différentes facettes (1) avant de nous intéresser à l'accueil qui lui a été réservé (2).

1. L'ampleur du phénomène

La marginalisation du consentement à l'arbitrage est, de nos jours, particulièrement marquée et connaît différentes manifestations. Tout d'abord, se trouve en cause une certaine technique de conclusion de la clause compromissoire (a). Ensuite, l'inégalité entre partenaires peut faire douter de la réalité du consentement donné par la partie réputée faible (b). Enfin, dans certains domaines, le recours à l'arbitrage présente un caractère de plus en plus objectif, rendant le consentement des parties presque inéluctable (c).

a) La technique de la clause arbitrale par référence[364]

Il s'agit bien d'une technique ou mode particulier de conclusion de la clause arbitrale. Comme telle, elle est de nos jours couramment utilisée dans diverses matières soumises à l'arbitrage: opérations commerciales, pratiques sportives, activités se déroulant sur le cyberspace, etc.[365]. En fonction du domaine considéré, le recours à

363 A. Rigozzi, *op. cit.*, note 224, p. 174, n° 319.

364 Sur l'ensemble de la question, voir B. Oppetit, «La clause arbitrale par référence», *Rev. arb.*, 1990, p. 551 et s.; Cl. Reymond, «La clause arbitrale par référence» dans *Recueil de travaux suisses sur l'arbitrage international*, sous la direction de Cl. Reymond et E. Bucher, Congrès intérimaire ICCA, Lausanne, 1984, Schulthess, Zurich, 1984, p. 85-98; J.-F. Poudret, «La clause arbitrale par référence selon la Convention de New York et l'article 6 du Concordat sur l'arbitrage», *Mélanges Guy Flattet*, B. Dutoit, J. Hofstetter et P. Piotet (eds.), Payot, Lausanne, 1985, p. 523-538; X. Boucobza, «La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international», *Rev. arb.*, 1998, p. 495 et s.; S. Netzle, «Jurisdiction of Arbitral Tribunals in Sports Matters: Arbitration Agreements by Reference to Regulations of Sports Organisations», *in Arbitration of Sports-related Disputes*, ASA Special Series n° 11, Bâle, 1998, p. 45-58; A. Samuel, «Arbitration Clauses Incorporated by General Reference and Formal Validity under Article II (2) of the New York Convention», *in Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Payot, Lausanne, 1999, p. 505-518; H. van Houtte, «Consent to Arbitration through Agreement to Printed Contracts: The Continental Experience», *Arb. Int'l.*, vol. 16, n° 1, 2000, p. 1-18.

365 La nécessité de concevoir l'arbitrage au pluriel a souvent été soulignée. Selon Claude Reymond, par exemple, «l'arbitrage même international n'est pas une notion univoque: il y a des arbitrages» (Cl. Reymond, «La nouvelle loi suisse et le droit de l'arbitrage international. Réflexions de droit comparé», *Rev. arb.*, 1989, p. 385-413, spéc. p. 388; *Idem*, «La clause arbitrale par référence», *op. cit.*, note 364, p. 92).

la technique de la clause compromissoire par référence peut être plus ou moins fréquent[366]. De manière générale, les contrats d'adhésion constituent le domaine de prédilection de la clause arbitrale par référence. Le contenu du contrat est déterminé par une partie en termes généraux et pour un usage répété, sous la forme d'un contrat-type ou de conditions générales d'affaires qu'elle propose à l'adoption de ses partenaires. Mais la technique de la clause arbitrale par référence peut aussi servir dans le cadre « de contrats individuellement négociés et non répétitifs… »[367]. Tout en traitant sur une base d'égalité, les parties conviennent expressément de certains aspects de leur accord et renvoient pour le surplus à un contrat antérieur ou au règlement d'une association professionnelle[368].

C'est une technique utile qui permet aux contractants de faire l'économie de certains détails relatifs à leur accord. Mais si elle favorise ainsi la rapidité des affaires, elle n'en constitue pas toujours un facteur de simplification, en particulier lorsqu'il s'agit de convenir, par ce moyen, du recours à l'arbitrage. En effet, loin de constituer un détail, la conclusion d'une clause arbitrale est une décision capitale non seulement parce qu'elle exclut la compétence de la juridiction ordinaire mais aussi parce qu'elle contribue largement à fixer les droits et obligations issus du contrat. Il est donc raisonnable d'attendre des parties qui prévoient d'arbitrer les litiges relatifs à leur contrat, qu'elles y insèrent une clause compromissoire en bonne et due forme. Il s'agit toutefois d'un idéal qui n'est pas toujours atteint. On peut alors comprendre que dans certaines situations, la clause compromissoire ne puisse pas figurer directement dans le contrat, lequel ne fait qu'une brève référence à un document préétabli et c'est finalement ce dernier qui contient la clause compromissoire que les parties sont censées avoir adoptée.

Ainsi, « on entend par clause arbitrale par référence une clause compromissoire contenue dans un document distinct et préexistant (conditions générales, contrat-type, règlement, conditions de vente d'un fournisseur, etc.) auquel renvoie le contrat passé entre les parties »[369]. Toute la question est alors de savoir si par cette référence, les parties ont valablement manifesté leur consentement à l'arbitrage et

366 « *Arbitration clauses entered into online are practically always part of general terms and conditions of contract* » (G. Kaufmann-Kohler, Th. Schultz, *op. cit.,* note 361, p. 143). La remarque vaut aussi pour l'arbitrage en matière de sport. Cf. A. Rigozzi, *op. cit.,* note 224, p. 415 et s.

367 Cl. Reymond, *op cit.*, note 365, p. 388-389.

368 Claude Reymond distingue entre la « clause arbitrale contenue dans un document auquel les deux parties se sont référées », qu'il qualifie « d'acte *per relationem* » et « le problème connexe […] de la clause arbitrale contenue dans un document émanant d'une des parties » (*op. cit.*, note 364, p. 86). Selon l'auteur, cette distinction emporte des conséquences juridiques, notamment s'agissant de l'application de la doctrine relative à la clause insolite.

369 J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, note 39, p. 176-177, n° 213.

sont en conséquence liées dans les termes du texte auquel renvoie leur accord.

Il est vrai que l'étude de la clause arbitrale par référence a souvent été abordée sous l'angle de sa validité formelle[370]. La question a fréquemment porté sur la validité de cette clause au regard notamment de la condition de forme prescrite par l'article II, al. 2 de la Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Ce texte exige de la clause compromissoire qu'elle soit insérée dans le contrat signé par les parties, ou qu'elle figure dans les lettres ou télégrammes qu'elles ont échangés. Néanmoins, le problème fondamental suscité par la clause d'arbitrage par référence se trouve en amont : il s'agit surtout de s'assurer de l'existence et de la portée du consentement issu d'une clause compromissoire qui, faute d'avoir trouvé place dans le contrat, doit être déduite d'une référence, faite dans celui-ci, à un document qui la stipule.

Il est dès lors réjouissant d'observer une tendance générale à privilégier le consensualisme en s'attachant à la réalité du consentement véhiculé par la clause. Ainsi, c'est en la dissociant des préoccupations de forme qu'un nombre croissant d'auteurs aborde l'étude de la clause arbitrale par référence[371]. « Du plan de la forme on passe à celui du consentement, qui importe seul désormais… »[372]. La jurisprudence suit la même approche, comme le montre l'arrêt du Tribunal fédéral suisse du 31 octobre 1996, où il est dit que « le problème [posé par la clause arbitrale par référence] se déplace […] de la forme au consentement »[373].

Au final, seule importe l'intention des parties de recourir à l'arbitrage[374]. Cette intention est plus ou moins certaine, quant à l'acceptation de l'arbitrage, selon que le renvoi fait dans le contrat précise ou non l'existence d'une clause arbitrale dans le document de référence. Lorsqu'il est expressément fait mention de la présence dans ce document d'une clause arbitrale, on parle de référence spécifique ou de renvoi explicite. Il ne fait alors aucun doute que les parties sont conscientes de se soumettre à l'arbitrage, même si elles peuvent encore

370 J.-M. Jacquet, Ph. Delebecque, S. Corneloup, *op. cit.*, note 165, p. 785, n° 1082 ; J.-F. Poudret, *op. cit.*, note 364, p. 523 et s. ; J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, note 39, p. 175, s.

371 Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, note 24, p. 290 et s. ; G. Kaufmann-Kohler, « Arbitration Agreements… », p. 364 et s. ; Pour sa part, M. Rigozzi étudie la clause arbitrale par référence au regard des conditions de forme et de fond (*op. cit.*, note 224, p. 415, n° 796 et p. 426, n° 821).

372 J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, note 39, p. 178, n° 216.

373 TF, 31 octobre 1996, *Nagel c. FEI*, *Rec. des sentences du TAS 1986-1998*, M. Reeb (éd.), Berne, 1998, p. 577 et s., spéc. p. 582.

374 Cette observation est sans préjudice des conditions de forme imposées dans certains droits pour la validité ou la preuve du consentement. Toutefois, ces exigences s'appliquent à toute convention d'arbitrage et ne présentent plus de spécificité par rapport à la clause arbitrale par référence.

ignorer certaines données contenues dans le document de référence. « En pareil cas, le contrat manifeste explicitement la volonté de se soumettre à l'arbitrage et le fait que les modalités de celui-ci figurent dans un document séparé importe peu »[375]. C'est justement parce que l'existence du consentement n'est pas douteuse, s'agissant de la clause arbitrale par référence spécifique qu'en principe, la jurisprudence n'hésite guère à en admettre l'efficacité[376].

En revanche, lorsque l'existence de la clause compromissoire est passée sous silence dans le contrat et que celui-ci se contente de renvoyer globalement au document de référence, on parle de référence générale ou de renvoi global. D'épineux problèmes risquent alors de se poser quant à l'incorporation de la clause par des parties qui peuvent ignorer jusqu'à son existence. Selon le degré de la rigueur exigée des parties, deux solutions sont théoriquement envisageables. La première conduit à engager les parties conformément aux termes du document de référence, sans se préoccuper de la connaissance qu'elles pouvaient en avoir lors de la conclusion du contrat. La seconde, par contre, consiste à exclure tout engagement d'arbitrage sur la base d'une référence globale. Les deux solutions sont extrêmes : l'une paraît trop stricte et l'autre trop laxiste. Aucune n'est assez respectueuse de l'autonomie de la volonté et du consentement à l'arbitrage que les parties pourraient fort bien avoir donné.

Pour éviter que le recours à l'arbitrage ne s'impose comme une sanction à l'engagement assumé « à la légère » par les parties, tout en favorisant les effets du consentement résultant d'une référence, fût-elle globale, pour concilier la protection de la volonté à son efficacité, la solution doit être circonstanciée, prenant en compte les spécificités de chaque espèce. C'est, de manière générale, l'orientation prise par la jurisprudence étatique tant au stade du déclinatoire (exception d'arbitrage) que dans le cadre du contentieux post-arbitral, qu'il s'agisse d'un recours en annulation de la sentence ou d'une demande d'exequatur.

Fidèle à cette approche, la Cour de cassation française n'a pas hésité à casser un arrêt de la Cour d'appel de Nancy qui avait méconnu l'effet négatif d'une clause arbitrale par référence globale, au seul motif « qu'elle ne figure pas dans la convention principale dont le texte ne cite pas cette clause, mais se contente de faire un renvoi à des conditions générales qui n'étaient ni signées ni acceptées par les parties »[377]. Selon la Cour de cassation, la généralité de la référence n'est en soi pas un obstacle à l'acceptation de l'arbitrage par les parties. D'où sa décision de casser et d'annuler l'arrêt du 8 septembre

375 J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, note 39, p. 176, n° 214.

376 Voir la jurisprudence citée par MM. Poudret et Besson, *op. cit.*, note 39, p. 178, note 233 ; publiée au *YCA* : 1977, p. 244 ; 1979, p. 262, 296 et 323 ; 1983, p. 383 ; 1997, p. 849.

377 *Rev. arb.*, 1991, p. 292.

1988, qui avait hâtivement tiré cette conclusion « sans rechercher si la société Crouzier n'avait pas eu connaissance de la teneur des conditions générales de l'ONU, comportant la clause compromissoire et si, dans l'affirmative, elle n'avait pas, par son silence, accepté leur incorporation au contrat »[378].

Par ailleurs, en dépit des nombreuses critiques qu'il a essuyées et qui peuvent se justifier à certains égards[379], l'arrêt de cette même Cour, rendu le 11 octobre 1989 dans la célèbre affaire *Bomar Oil c. ETAP*[380] ne nous semble pas aller à l'encontre de ce courant jurisprudentiel admettant la validité de la clause arbitrale par référence, dès lors qu'elle repose sur un consentement certain des parties. En effet, c'est uniquement dans le but de s'assurer qu'un tel consentement existe et non pas pour imposer des conditions supplémentaires à la référence globale que, nous semble-t-il, la Cour de cassation a exigé qu'il « existe entre les parties des relations habituelles d'affaires qui leur assurent une parfaite connaissance des stipulations écrites régissant couramment leurs rapports commerciaux »[381]. S'il est acquis que les parties étaient au courant de la présence d'une clause arbitrale dans le document incorporé, le caractère général de la référence importe peu.

C'est ainsi reconnaître, à notre sens, que ce qui est déterminant, c'est l'information que les parties avaient ou étaient en mesure d'avoir au moment de contracter, sur la présence d'une clause arbitrale dans le document de référence. La preuve qu'elles étaient bien informées sur ce point, « peut suppléer au défaut de référence explicite, l'essentiel étant que les deux parties aient admis le renvoi en connaissance de cause »[382]. Dans la cause citée, cette preuve a d'ailleurs été rapportée devant la Cour d'appel de Versailles, juridiction de renvoi qui s'est satisfaite, pour maintenir la sentence litigieuse, « que soit rapportée la preuve de ce que la partie, à laquelle l'autre partie prétend opposer une clause compromissoire, a bien eu connaissance de ladite clause au moment de la conclusion de la convention principale,… »[383].

---

378 Cass. 26 juin 1990, *Dreistern Werk c. Crouzier*, *Rev. arb.*, 1991, p. 291, spéc. p. 292, note C. Kessedjian. Dans le même sens, Paris, 18 avril 1991, *Rev. arb.*, 1994, p. 95, 2e espèce, note Y. Paclot. En matière interne, Cass., 30 juin 1993 et Paris, 30 mai 1991, *Rev. arb.*, 1994, p. 95, 1re et 3e espèce, note Y. Paclot ; Paris, 22 mars 1991, *Rev. arb.*, 1993, p. 680, note D. Cohen.

379 Voir les notes critiques de C. Kessedjian, *Rev. arb.*, 1990, p. 134 et de E. Loquin, *JDI*, 1990, p. 633.

380 Sur l'ensemble des décisions rendues dans l'affaire *Bomar Oil NV c. Entreprise tunisienne d'Activités pétrolières (ETAP)*, voir : Paris, 20 janvier 1987, *Rev. arb.*, 1987, p. 482 ; Cass., 11 octobre 1989, *Rev. arb.*, 1990, p. 134 ; Versailles, 23 janvier 1991, *Rev. arb.*, 1991, p. 291 ; Cass., 9 novembre 1993, *Rev. arb.* 1994, p. 108.

381 Cass. 1re civ., 11 octobre 1989, *Bomar Oil I*, *Rev. arb.*, 1990, p. 134, note C. Kessedjian ; *JDI*, 1990, p. 633, note E. Loquin.

382 J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, note 39, p. 178, n° 216.

383 Versailles, 23 janvier 1991, *Rev. arb.*, 1991, p. 291, note C. Kessedjian ; *YCA*, 1992, p. 488.

Saisi d'un pourvoi contre ce dernier arrêt, la Cour de cassation a confirmé, en des termes généraux, que l'essentiel pour admettre l'efficacité d'une clause arbitrale par référence, c'est la connaissance que les parties en avaient au moment de se référer au document qui la stipule. Selon les propres termes de l'arrêt,

> « en matière d'arbitrage international, la clause compromissoire par référence écrite à un document qui la contient, par exemple des conditions générales ou un contrat-type, est valable, à défaut de mention dans la convention principale, lorsque la partie à laquelle la clause est opposée, a eu connaissance de la teneur de ce document au moment de la conclusion du contrat, et qu'elle a, fût-ce par son silence, accepté l'incorporation du document au contrat »[384].

C'est également en ce sens, en appréciation des circonstances particulières de la cause, que le Tribunal fédéral suisse a statué, accueillant une sentence rendue à Londres, dans une affaire de vente de coprah, sur la base d'une clause renvoyant globalement aux « conditions du contrat londonien n° 2 de la *London Coprah Association* ». Selon cette jurisprudence, il est indifférent, en l'espèce, que le vendeur suisse qui a accepté la référence au contrat-type ait pu ignorer son contenu, en particulier la clause compromissoire qui y figure[385]. En effet, selon une formule classique en droit suisse, « celui qui signe une pièce et fait ainsi une déclaration à un autre doit souffrir qu'elle lui soit opposée, même s'il ne s'est pas soucié de son contenu, à moins que le destinataire n'ait su ou, d'après l'expérience générale, n'ait dû raisonnablement savoir que le contenu de la déclaration n'était pas voulu »[386].

Il est donc évident qu'en droit suisse et depuis longtemps « l'arbitrage peut être valablement convenu par l'effet d'une référence générale à un contrat type ou à un règlement qui contient lui-même une clause arbitrale, sans exiger que la référence mentionne l'existence d'une telle clause »[387].

Plus récemment, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de confirmer cette position dans un arrêt important rendu en matière de sport[388]. La cause lui était parvenue par la voie d'un recours en réforme, suite

---

384 *Rev. arb.*, 1994, p. 108, note C. Kessedjian ; *JDI*, 1994, p. 690, note E. Loquin ; *YCA*, 1995, p. 660.

385 Lorsque l'arbitrage a lieu en matière interne et se déroule en Suisse, les conditions peuvent être plus strictes, en application de l'article 6, al. 2 CIA qui exige une référence écrite et spécifique.

386 Tribunal fédéral, 22 novembre 1950, *Spühler AG c. The East Asiatic Company Ltd.*, *ATF* 76 (1950) I 338 ; *J.T.*, 1951-I, p. 239. Dans le même sens, T.F., 25 janvier 1967, *Egetran S.A. c. Uxtebel*, *ATF* 93 (1967) I 49 (Affaires citées par Cl. Reymond, *op. cit.*, note 364, p. 94).

387 Cl. Reymond, *op. cit.*, note 364, p. 95.

388 Tribunal fédéral, 31 octobre 1996, *Nagel c. FEI*, *Rec op. cit.*, note 373, p. 582.

à l'accueil d'une exception d'arbitrage présentée devant les tribunaux vaudois, qui avaient été saisis par le cavalier Nagel, en annulation de sa suspension décidée par la Fédération Equestre internationale (FEI) pour cause de dopage. Plutôt que de se limiter à des considérations de forme ou au caractère général de la référence (la licence du sportif renvoyait globalement aux textes de la FEI), la haute Cour s'est surtout intéressée au consentement des parties, en particulier celui de l'athlète à qui la clause était opposée. L'examen des faits lui permit de conclure à l'acceptation de l'arbitrage par cet athlète, fin connaisseur de la réglementation référencée et de la clause arbitrale qu'elle contient et dont il avait même fait usage pour saisir le Tribunal arbitral du sport (TAS) d'un précédent litige. En l'espèce, la Cour suprême suisse a reconnu que pour être générale, la référence n'en exprimait pas moins le consentement des parties à l'arbitrage.

La pratique arbitrale du CIRDI s'est également confrontée à l'épineuse question de la clause compromissoire par référence, notamment dans l'affaire *CSOB c. Slovaquie*[389]. Entre autres titres de compétence, la banque tchèque avait invoqué l'article 7 de l'accord de consolidation qui la liait à la défenderesse et en vertu duquel « *this Agreement shall be governed by the laws of the Czech Republic and the Treaty on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments between the Czech Republic and the Slovak Republic dated November 23, 1992* ». Par ce texte, soutenait la demanderesse, les parties avaient incorporé à leur contrat ledit traité, y compris les dispositions de ce dernier relatives à la compétence du CIRDI (article 8 du traité). La défenderesse prétendait le contraire : cette disposition n'est qu'une clause de droit applicable et aucune compétence arbitrale ne saurait en être inférée.

C'est encore une fois, en se penchant sur les faits et circonstances de la cause et en remontant le fil des négociations qui ont abouti à la conclusion de l'accord de consolidation que le tribunal arbitral est parvenu à cerner le véritable sens que l'article 7 devait avoir pour les parties. Il a ainsi rappelé qu'au cours de l'élaboration de l'accord, il avait été question, à l'initiative de la Banque, non seulement de droit applicable mais aussi de recours à l'arbitrage en cas de litige. Toutefois, le tribunal reconnaît lui-même que cette dernière proposition, relative à l'arbitrage devant la Chambre de commerce et d'industrie de Prague, avait été rejetée par le Gouvernement slovaque. Les parties avaient donc discuté du choix de l'arbitrage, sans toutefois parvenir à un accord.

Selon la sentence, toutefois, ce choix est intervenu plus tard, précisément au moment où les parties ont supprimé toute référence à l'entrée en vigueur du traité bilatéral auquel elles avaient soumis leur accord conformément au texte de la version définitive de l'article 7.

389 CIRDI, *Ceskoslovenska Obchodni Banka (CSOB) c. République slovaque* (ARB/97/4).

Cette disposition n'est rien d'autre qu'un substitut à la proposition ouvertement rejetée par la partie slovaque, mais que le génie créateur du tribunal a permis de réintroduire : « cet article 7 devait alors être interprété comme couvrant le même champ que la proposition qu'il remplaçait, organisant à la fois le choix du droit applicable et le mode de règlement des différends »[390].

En conclusion, il fut décidé que

> *« by referring to the BIT, the parties intended to incorporate Article 8 of the BIT by reference into the Consolidation Agreement, in order to provide for international arbitration as their chosen dispute-settlement method. The soundness of this conclusion is confirmed by the fact that the provisions of the BIT were well known to the negotiators for both parties »*[391].

Que l'on approuve ou non le tribunal arbitral dans son interprétation des faits de la cause, deux choses demeurent certaines. D'une part, ni la nature ni le contenu de la clause de référence ne fournissent une indication suffisante sur l'existence ou l'absence d'un consentement à l'arbitrage, celui-ci demande à être clairement établi ; d'autre part, avec la clause arbitrale par référence et la possibilité de multiplier les renvois (l'accord entre les parties se réfère à un document qui lui-même renvoie à un autre document… contenant la clause arbitrale)[392], la clause compromissoire cesse d'être la preuve de l'acceptation de l'arbitrage par les parties pour devenir elle-même la source du problème relatif à l'existence d'un tel accord. Une problématique semblable se pose avec la clause arbitrale à effet unilatéral.

b) Clause arbitrale à effet unilatéral

Cette clause a surtout été étudiée par la doctrine anglophone qui la désigne et la définit comme suit :

> *« A unilateral arbitration clause, also called an optional arbitration clause, is a clause which provides that, should a dispute arise, one of the parties to a contract may choose the adjudicatory forum. Typically the clause will provide for arbitration or court adjudication at the election of the privileged party »*[393].

---

390 S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États. Trente années d'activité du CIRDI*, préface de Ph. Kahn, travaux du CREDIMI, Litec, Paris, 2004, p. 230.

391 *Ibidem*, par. 55.

392 Toutefois, estime un auteur, « … rien n'interdit de reconnaître la validité de la clause compromissoire par une référence au second degré [double renvoi], dès lors que les parties ont eu connaissance des différents documents en cause » (X. Boucobza, *op. cit.*, note 364, p. 507, n° 18).

393 L. A. Niddam, *op. cit.*, note 233, p. 147. Voir aussi W. W. Park, « When and Why Arbitration Matters », in *The Commercial Way to Justice*, G. M. Beresford Hartwell (ed.), 1997, p. 73-99, spéc. p. 93 ; *Idem*, *op. cit.*, note 233, p. 7-13, spéc. p. 11-12 ; *Idem*, « Jurisdictional Issues in Financial Arbitration : Three Illustrations », *in*

La littérature francophone parle de clauses optionnelles « qui laissent le choix à un seul des protagonistes de décider en cas de litige si celui-ci sera soumis à l'arbitrage ou au juge étatique »[394].

En règle générale, l'option est unilatérale et profite à une partie déterminée. Elle ne peut être rendue bilatérale ou réciproque, à l'égal bénéfice des parties, qu'avec le risque d'ouvrir une course à la saisine et instituer une litispendance malvenue entre le juge et l'arbitre[395]. Elle suppose, en principe, une clause arbitrale entre les parties, ce qui distingue ce cas de figure de l'arbitrage mis en œuvre, principalement devant le CIRDI, sur la base d'un traité ou d'une loi sur les investissements et dont il sera question plus loin[396].

Le plus souvent, l'option découle de la clause arbitrale elle-même. Il s'agit alors d'une clause contractuelle au terme de laquelle une seule partie est tenue par la clause d'arbitrage qui sera mise en œuvre à la demande de son partenaire. Ce dernier dispose, quant à lui, du privilège de choisir, une fois le litige né, entre la justice étatique et l'arbitrage. L'initiative de la procédure ne lui est toutefois pas exclusivement réservée[397]. Si la partie engagée se révèle la plus diligente, elle n'est pas privée de recours. Bien au contraire, on peut même soutenir qu'il lui est tout aussi loisible de saisir le tribunal de son choix[398]. En effet, qu'elle s'adresse au juge ou à l'arbitre, elle court le même risque d'être renvoyée à mieux se pourvoir, les

---

Festschrift für Otto Sandrock zum 70 Geburtstag, Berger, Ebke, Elsing, Grossfeld and Kühne (Eds.), Verlag, Heidelberg, 2000, p. 745-759, spéc. p. 757-758 ; G. Kaufmann-Kohler, Th. Schultz, *op. cit.,* note 361, p. 159, 165 et 169. Voir, en français, J.-L. Goutal, « L'arbitrage et les tiers : I – Le droit des contrats. Rapport général », *Rev. arb.*, 1988, p. 439-455, spéc. p. 448 ; W. Ben Hamida, « L'arbitrage transnational unilatéral- Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique », *Thèse,* Université Panthéon-Assas (Paris II), Paris, 2003, p. 7-9.

394 J.-L. Goutal, *op. cit.*, note 393, p. 448. Voir aussi, D. Cohen, *Arbitrage et société*, préface de B. Oppetit, LGDJ, Paris, 1993, p. 266, n° 507 ; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, note 24, p. 288.

395 Pour un cas d'application, voir High Court of Singapore, Admiralty Division, 2 mars 1992, *Canada Packers v. Fujian Shipping Co*, *YCA*, 1998, p. 750. Était en cause une clause d'arbitrage dont voici la teneur : « *All disputes arising under or in connection with this bill of lading shall be determined by Chinese law in the Courts of, or by arbitration in, the People's Republic of China* ». M. Rubino-Sammartano estime que l'application de ce type de clauses peut être source de difficultés (*op. cit.,* note 6, p. 216).

396 Voir cependant W. Ben Hamida, *op. cit.*, note 393, p. 7-10.

397 *Contra*, W. Ben Hamida : « Si dans le schéma habituel de l'arbitrage, chacune des parties a la double qualité de demanderesse et de défenderesse, dans l'arbitrage unilatéral, elle n'a qu'une seule qualité. Dans celui-ci se présentent deux catégories de personnes ayant des positions procédurales différentes : une partie, seule et toujours défenderesse, et une autre, unique et exclusive demanderesse » (*op. cit.*, note 393, p. 7, n° 14).

398 Toutefois, c'est uniquement en saisissant l'arbitre qu'elle honore l'obligation d'arbitrage qu'elle a assumée.

préférences de son adversaire étant décisives. Ce dernier est l'unique titulaire d'un droit d'exception : lui seul, à l'exclusion de la partie engagée, peut présenter une exception d'arbitrage devant le juge ou une exception d'incompétence devant l'arbitre. Par conséquent, une clause arbitrale a bel et bien été conclue, mais ses effets (positif et négatif) sont suspendus à la volonté unilatérale d'une partie.

Ces clauses optionnelles sont généralement valables[399]. Leur validité est notamment admise dans une espèce opposant une société française à des sociétés néerlandaises auxquelles la convention d'arbitrage ouvrait une option entre l'arbitrage et la juridiction étatique. Selon l'arrêt de la Cour d'appel d'Angers du 25 septembre 1972, « le fait que les sociétés étrangères se soient réservées ce droit d'option ne remet pas en cause la renonciation de la société [française] à se prévaloir du privilège de juridiction »[400]. En outre, ces clauses optionnelles n'altèrent pas la nature de l'arbitrage. « Le constat que les parties ne sont pas directement [et réciproquement] engagées, l'une envers l'autre, à soumettre leur litige à l'arbitrage n'écarte pas la qualification arbitrale »[401]. Pour la préservation de l'essence de cette institution, « *it does not matter whether referral is in itself binding or not, as long as the parties are bound by the ensuing decision once they have chosen arbitration* »[402].

Les clauses arbitrales à effet unilatéral peuvent même se révéler très utiles dans la pratique. Tout d'abord, elles sont censées jouer un rôle déterminant dans l'admission de la stipulation pour autrui en matière d'arbitrage[403]. Les contractants pourront alors stipuler une clause arbitrale en faveur d'un tiers qui aura « le droit d'invoquer le bénéfice de cette clause (pour soulever l'incompétence de la juridiction étatique, ou pour attraire l'une des parties en arbitrage), mais ne sera pas soumis aux obligations résultant de celle-ci (c'est-à-dire qu'il ne pourra pas être attrait à l'arbitrage contre son gré »)[404].

---

399 En droit français, J.-L. Goutal, *op. cit.*, note 393, p. 448 ; D. Cohen, *op. cit.*, note 394, p. 266 (et la note 35). En droit anglais, « *it has been held, for example, that an agreement that one party, but not the other, may insist on arbitration is an arbitration agreement* » (*Pittalis v. Sherefettin* [1986] QB 868, cité par J. Hill, *The Law Relating to International Commercial Disputes*, 2nd ed., LLP, London, Hong Kong, 1998, p. 624).

400 *Rev. arb.*, 1973, p. 164, note J. Rubellin-Devichi ; *Gaz. Pal.*, 1973, p. 210. Arrêt maintenu par Cass. 1re civ., 15 mai 1974, *Bull. civ.*, I, n° 143.

401 W. Ben Hamida, *op. cit.*, note 393, p. 14, n° 27.

402 G. Kaufmann-Kohler et Th. Schultz, *op. cit.*, note 361, p. 159. Dans le même sens, A. Rigozzi, *op. cit.*, note 224, p. 260-261

403 La principale objection à cette évolution a jusque-là été que la clause compromissoire est porteuse de droits et d'obligations, alors que l'effet d'une stipulation pour autrui se limite à attribuer des droits au bénéficiaire sans obligation correspondante. En ce sens, J.-L. Goutal, *op. cit.*, note 393, p. 448 ; J. Robert, *op. cit.*, note 5, p. 100, n° 120-2.

404 J.-L. Goutal, *op. cit.*, note 393, p. 449.

Elles suscitent aussi l'espoir d'une large participation à l'arbitrage de personnes réputées en position de faiblesse par rapport à leur cocontractant, surtout lorsque ce dernier est seul tenu par la clause arbitrale, c'est-à-dire qu'elle n'est mise en œuvre que sur demande du contractant en position de faiblesse.

Tant que la réalité demeure comme elle vient d'être décrite et que l'option est stipulée en faveur de la partie qui a besoin d'être protégée des abus probables de son partenaire, le consentement véhiculé par les clauses arbitrales à effet unilatéral n'est aucunement sujet à caution. Ainsi, si c'est à l'employé, au locataire, au consommateur ou au sportif que la clause arbitrale offre le choix entre le tribunal étatique et l'arbitrage, aucun soupçon ne pèse sur la réalité du consentement des parties, tout indique que ce privilège a volontairement été concédé par la partie adverse[405].

Néanmoins, dans tous ces secteurs, où le rapport juridique s'établit entre des parties d'inégale puissance, la crainte est grande que la clause compromissoire ne dissimule un arbitrage imposé à une partie par son partenaire plus puissant. C'est la raison fréquemment donnée pour expliquer certaines réticences à admettre, dans ces domaines, l'efficacité de la clause compromissoire même lorsqu'elle engage également les parties. Des législateurs ont ainsi estimé qu'une telle clause n'était adaptée que dans les relations entre partenaires égaux. Du moment que cette condition n'est pas remplie en l'espèce, différentes solutions ont été envisagées. Les plus radicales soustraient les questions litigieuses à l'arbitrage, elles sont alors inarbitrables. D'autres ne suppriment pas tout rôle à la volonté des parties, qui demeurent libres de convenir de l'arbitrage après la survenance du litige. D'autres enfin, admettent la clause compromissoire moyennant quelques adaptations au niveau de sa formation, qui obéit désormais à des conditions plus strictes, ou au niveau de ses effets, qui sont modifiés de manière à favoriser la partie réputée faible.

Dans ce dernier cas, une option est souvent ouverte à cette partie, qui peut recourir à l'arbitrage convenu ou lui préférer une action judiciaire. Il faut toutefois préciser que l'option découle ici de la loi, non de l'accord des parties, lequel est une convention d'arbitrage classique, à effets réciproques. La directive européenne du 5 avril 1993 (n° 93/13 CEE)[406] peut être interprétée dans ce sens dès lors que son article 6, al. 1 libère le consommateur de toute obligation découlant d'une clause abusive, celle-ci étant définie par son objet ou son effet, qui est de « supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions

405 En revanche, lorsque l'option profite au professionnel, l'efficacité de la clause a parfois été refusée. C'est dans ce sens que la Cour suprême allemande a statué, le 10 octobre 1991, dans une cause où l'auteur des conditions générales litigieuses s'y était réservé une telle option. Cf. *YCA*, 1994, p. 200.

406 *JOCE*, 21 avril 1993 L. 95.

en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales »[407]. De même, la loi brésilienne sur l'arbitrage du 23 septembre 1996 dispose que :

> « Dans les contrats d'adhésion, la clause compromissoire n'est efficace que si l'adhérent prend l'initiative d'instaurer l'arbitrage ou qu'il donne expressément son accord pour sa constitution, à condition que son consentement soit inscrit dans un document en annexe, ou présenté en gras, signé ou qu'une autorisation spéciale pour cette clause y soit donnée »[408].

Sans être choquante, la clause arbitrale à effet unilatéral commence à susciter des doutes sur son caractère réellement consenti lorsqu'elle est stipulée dans un contrat de prêt à l'initiative et à la faveur d'un établissement de crédit. Comme le professeur Park l'a souligné, « *for the lender, the ideal litigation strategy would normally include an option either to elect arbitration or to go to court,…* »[409]. Grâce à cette option, le prêteur pourra décider, en fonction des données concrètes de chaque litige, quelle voie privilégier. La saisine du juge (celui de son domicile étant souvent élu) prévaudra toutes les fois que la résolution du litige n'exige pas une stricte confidentialité et que le jugement attendu pourra être facilement exécuté. Dans le cas inverse, l'arbitrage sera préféré.

Alors que l'effet unilatéral des clauses d'élection de for apparaît moins préoccupant[410], l'option d'arbitrage unilatérale suscite plus de réticence. Cela peut se comprendre, car contrairement à la justice étatique, obligatoire pour les parties, l'arbitrage repose sur leur libre consentement. Il importe donc de veiller à ce que ce dernier soit effectif, ce dont on peut raisonnablement douter si l'accès au crédit est subordonné à l'acceptation par l'emprunteur d'une clause arbitrale à effet unilatéral. Aussi leur caractère exécutoire reste-t-il très controversé. Si la loi mexicaine refuse leur validité[411], en Angleterre et en Allemagne la jurisprudence les tient pour valables même lorsqu'elles figurent dans les conditions générales d'une partie[412].

---

407 Voir l'annexe à l'article 3 de la directive.

408 Article 4, § 2, Loi brésilienne n° 9307/96, du 23 septembre 1996. Texte en français (non officiel) in *Rev. arb.*, 1997, p. 297-310, spéc. p. 298. Pour un commentaire, voir J. B. Lee, « Le nouveau régime de l'arbitrage au Brésil », *Ibid.*, p. 203.

409 W. Park, *op. cit.*, note 233, p. 11.

410 Les clauses d'élection de for à effet unilatéral sont expressément consacrées à l'article 17 des Conventions de Bruxelles (devenu le Règlement de Bruxelles) et de Lugano.

411 Article 567 *Código Federal de Procedimientos Civiles.*

412 Voir en droit anglais la décision de la *Queen's Bench Division* dans l'affaire *Pittalis c. Sherefettin* (1986), et en droit allemand, la décision de la Cour suprême fédérale du 24 septembre 1998, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis*

Aux États-Unis, de telles clauses sont fréquentes dans la pratique mais, même si la tendance est à leur admission en matière commerciale, la jurisprudence reste encore hésitante :

> *« Whether such optional clauses will be enforceable is not entirely certain. Rightly or wrongly, some courts have invoked the principle of « mutuality of remedy » to invalidate one-sided arbitration agreements, on the theory that if one side is not bound neither is bound. Each party's right to relief depends on whether it would have been available to the other. Other courts, however, have been willing to enforce one-sided clauses »*[413].

Le doute que l'on a pu éprouver sur la valeur du consentement résultant des clauses arbitrales par référence ou à effet unilatéral se fait encore plus précis dans certains secteurs où la décision d'arbitrage revêt un caractère de plus en plus objectif. Il en est notamment ainsi de l'arbitrage en matière de sport, où la clause arbitrale apparaît comme une disposition banale de la réglementation d'une fédération sportive et où la technique de la référence est courante.

c) La clause arbitrale statutaire

La décision de recourir à l'arbitrage émane parfois de l'acte constitutif d'une personne morale : charte d'une organisation internationale, statuts d'une société et même d'une association, comme c'est fréquemment le cas des fédérations sportives. Dans le premier cas, la question est régie par le droit international public alors que dans les deux autres, c'est en principe le droit interne qui s'applique. En dépit de cette différence de régime juridique et des multiples dénominations de l'acte contenant la disposition relative à l'arbitrage, nous désignerons celle-ci par l'expression de clause arbitrale statutaire.

Examinons, en premier lieu, l'obligation d'arbitrage découlant de l'acte constitutif d'une organisation internationale[414]. Ce cas de figure peut être illustré par l'Accord du 20 août 1971, instituant l'organisation internationale de télécommunications par satellites (INTELSAT), dont l'article VIII soumet à l'arbitrage tout différend juridique en rapport avec ledit traité, entre États parties ou entre l'organisation et un ou plusieurs de ses membres[415]. La compétence

---

(*ZIP*), 1998, p. 2065, note S. Kröll (voir J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *op. cit.*, note 345, p. 168, n° 8-12).

413 W. W. Park, *op. cit.*, note 233, p. 12. L'auteur cite une abondante jurisprudence mettant en cause la validité des clauses arbitrales à effet unilatéral (voir note 35). Il cite une jurisprudence tout aussi abondante admettant l'exécution judiciaire de ces clauses (note 36).

414 Sur l'ensemble de la question, voir P. Glavinis, *Les litiges relatifs aux contrats passés entre organisations internationales et personnes privées*, préface de Ph. Fouchard, LGDJ, Paris, 1990.

415 Texte *in* 10 *ILM*, 1971, p. 909.

arbitrale ainsi définie couvre également certaines dispositions de l'Accord d'exploitation et les détails de la procédure sont précisés à l'Annexe C de l'Accord[416]. Toutefois, l'organisation internationale n'étant pas partie à l'accord qui lui a donné naissance, la question de son consentement à l'arbitrage, procédure instituée par le traité constitutif, se pose indiscutablement.

En effet, au moment de naître, l'organisation se trouve déjà soumise à la procédure arbitrale décidée par ses créateurs. Bien entendu, rien n'empêche que la volonté de l'organisation puisse s'exprimer ultérieurement dans le même sens que celle des États, c'est-à-dire en faveur du règlement des différends éventuels par voie d'arbitrage. S'agissant de INTELSAT, on peut estimer qu'une confirmation est intervenue avec la conclusion du protocole définissant ses privilèges et immunités et dont l'article 13 prévoit le recours à l'arbitrage en cas de litige entre l'organisation et l'un de ses membres[417]. Toutefois, si l'organisation internationale peut à tout moment endosser l'engagement juridictionnel issu de sa charte, il n'est pas certain qu'elle puisse s'en écarter. Il est donc raisonnable de douter de la valeur de son consentement à un tel arbitrage[418].

Plutôt que de s'engager dans une quête infructueuse, en cherchant à démontrer, vaille que vaille, le consentement à l'arbitrage de l'organisation internationale, il convient d'admettre tout simplement que dans la situation envisagée, l'obligation d'arbitrage lui est imposée. C'est sur la base de cette reconnaissance que M. Santulli établit une distinction entre le contentieux purement interétatique et celui où une organisation internationale est impliquée. Après avoir rappelé que dans le premier cas « la juridiction est nécessairement "consensuelle" », il écrit :

> « Le contentieux entre États et organisations internationales ou entre organisations présente des caractéristiques légèrement différentes. Si le consentement étatique reste nécessaire […], l'organisation est dans une position d'assujettie à l'égard de l'ensemble de ses membres. *Ainsi, son consentement n'est nécessaire que dans la mesure où le traité constitutif (ou ses amendements) n'en a pas disposé. L'organisation devra donc se soumettre aux procédures prévues par l'instrument qui fonde ses pouvoirs (le traité constitutif), sans qu'elle ait à y consentir.* En l'absence de limite constitutionnelle, ou au-delà

416 Ch. Dominicé, *op. cit.*, note 353, p. 151-152. Voir aussi, *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement, Mélanges Michel Virally*, A. Pedone, Paris, 1991, p. 225-238.

417 Texte dans *RGDIP*, 1987, p. 1075.

418 Le même raisonnement peut s'appliquer à la société et à l'association dont l'obligation d'arbitrage découle d'une disposition de l'acte fondateur (les statuts).

de celle-ci, elle n'est pas le sujet d'un ou plusieurs États, et son consentement est donc nécessaire « comme » celui de l'État »[419].

En second lieu, il sera question de la clause arbitrale statutaire dans le cadre du droit des sociétés[420]. Le législateur néerlandais a pris le soin de préciser que « par convention d'arbitrage on entend également une clause compromissoire contenue dans des statuts et règlements obligatoires pour les parties »[421]. Une étude spécialisée a constaté, à cet égard, que « la clause compromissoire figurant dans les statuts d'une société commerciale semble fréquente, et elle peut y figurer dès l'origine ou encore y être insérée postérieurement »[422].

À ce niveau également, la question du consentement à l'arbitrage de certains associés ou actionnaires peut se poser. En présence d'une clause originaire (incluse aux statuts dès leur élaboration), le problème concerne surtout les futurs adhérents au pacte social, tandis que la clause insérée postérieurement à l'adoption des statuts pourrait poser problème même envers les associés fondateurs de la société.

À la question de savoir si l'adjonction d'une clause arbitrale aux statuts d'une société requiert le consentement de tous les actionnaires, M. Cohen répond par la négative, conformément aux textes pertinents du droit français[423]. L'insertion d'une clause compromissoire en cours de vie sociale passe donc par une modification des statuts suivant une procédure complexe mais qui n'exige pas l'unanimité des associés. Les actionnaires minorisés par la décision de recourir à l'arbitrage y sont soumis au même titre que ceux qui se sont exprimés en faveur de l'arbitrage. « Il ne faudrait pas toutefois que l'insertion de la clause d'arbitrage résulte d'un abus de majorité, sinon la clause ne serait pas valable… »[424].

---

419 C. Santulli, *Droit du contentieux international*, LGDJ-Montchrestien, Paris, 2005, p. 106, n° 180.

420 S. V. Berti, « Some Thoughts on the Validity of Arbitration Clauses in the Articles of Association of Corporations under Swiss Law », *ASA Special Series*, n° 8, 1994, p. 120-122.

421 Article 1020, al. 5, CPC des Pays-Bas.

422 D. Cohen, *op. cit.*, note 394, p. 190, n° 383. L'auteur précise que « la fréquence de la clause compromissoire paraît donc liée au caractère fermé de la société : plus la société est fermée, quel que soit son type ou sa dimension, plus la clause compromissoire se rencontre ; plus la société est ouverte, plus la clause est rare dans les statuts » (*Ibid.*, p. 29, n° 48).

423 En droit allemand, « *it is also recognized that arbitration clauses may be included in articles of association by way of their amendment. In the case of a stock corporation (Aktiengesellschaft) and association (Verein) this is even possible by the vote of a qualified majority. For the GmbH, the prevailing view demands the consent of all shareholders though* » (*Bull. ASA*, Special Series, n° 8, 1994, p. 116). Pour la pratique suisse voir S. V. Berti, *op. cit.*, note 420, p. 122.

424 D. Cohen, *op. cit.*, note 394, p. 191, n° 384.

Une fois qu'une clause statutaire prévoit l'arbitrage comme mode de règlement des différends issus du pacte social, cette solution s'impose à tout actionnaire, indépendamment de la date de son entrée au capital social. Il est vrai que le consentement à l'arbitrage des futurs actionnaires va découler automatiquement de leur décision d'investir dans la société. Toutefois, les actionnaires de première heure ne semblent pas occuper une position privilégiée : plutôt que d'apparaître comme le fruit de leur accord, la clause arbitrale statutaire s'analyse comme un acte social dont l'origine leur est étrangère et sur lequel ils n'ont pas prise. Les actionnaires sont sur un pied d'égalité : le recours à l'arbitrage fondé sur la clause statutaire présente à leur égard un caractère objectif, ce qui relativise d'autant l'importance du consentement en la matière. Ce caractère objectif et obligatoire de la clause statutaire à l'égard de tout associé a été confirmé par la CJCE s'agissant de la clause d'élection de for[425].

Avec la précaution due à certaines particularités de l'ordre juridique international, cette analyse peut être étendue aux États désireux de participer à un organisme intergouvernemental dont l'activité est d'emblée soumise à arbitrage. Le cas de l'OMC est intéressant à cet égard, avec l'obligation pour tout Membre, les fondateurs comme les adhérents, de se soumettre au mécanisme de règlement des différends établi par le « Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends »[426]. L'accord exige que suite soit donnée immédiatement sinon dans les moindres délais aux recommandations et décisions de l'Organe de règlement des différends (ORD). Si cela est irréalisable pour un Membre, il devra le faire dans un délai raisonnable qui, à défaut d'intervenir de manière consensuelle, sera « déterminé par arbitrage contraignant dans les 90 jours suivant la date d'adoption des recommandations et décisions »[427]. Si ses conditions de mise en œuvre sont réunies, cette procédure arbitrale s'impose aux Membres[428], à la différence de l'arbitrage prévu à l'article 25. Ce dernier est plus respectueux du consentement à l'arbitrage, puisqu'il est « subordonné à l'ac-

425 CJCE, 10 mars 1992, *Powell Duffryn Plc v. Petereit*, *Recueil*, 1992 I, p. 1745.

426 Annexe 2 à l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, *in Résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay. Textes juridiques*, publié par le secrétariat du GATT, Genève, 1994, p. 427.

427 Article 21, par. 3 c). Si les parties ne parviennent pas à s'entendre sur le choix d'un arbitre dans un délai de 10 jours après que la question aura été soumise à arbitrage, le Directeur général désignera l'arbitre dans les 10 jours, après avoir consulté les parties.

428 Une procédure d'arbitrage obligatoire est également prévue à l'article 22, par. 6 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (concernant la portée des contre-mesures) et à l'article 21, par. 3 a) de l'Accord général sur le commerce des services (concernant la modification des Listes). Voir à ce sujet, L. Boisson de Chazournes, « L'arbitrage à l'OMC », *Rev. arb.*, 2003, p. 949-988.

cord mutuel des parties qui conviendront des procédures à suivre » (article 25, al. 2).

Enfin, il convient de se pencher sur la clause arbitrale statutaire en matière de sport. Un nombre croissant d'associations et de fédérations sportives y recourt, stipulant notamment la compétence du TAS pour administrer la procédure. Ainsi, aux termes de l'article 64, al. 1 des Statuts de la Fédération internationale de basket-ball (FIBA),

> « Tout litige découlant des présents Statuts généraux ou des Règlements internes de la FIBA et qui ne pourrait être réglé à l'intérieur de la FIBA, sera tranché définitivement par un Tribunal constitué conformément au Statut et au Règlement du Tribunal arbitral du sport, Lausanne, Suisse. Les parties concernées s'engagent à se conformer au Statut et Règlement du Tribunal arbitral du sport et à accepter et exécuter de bonne foi sa décision »[429].

Trois catégories de litiges liés au sport ont été identifiées par M^me^ Kaufmann-Kohler[430]. À côté des litiges contractuels qui présentent peu ou pas de particularités par rapport aux litiges commerciaux habituels, elle distingue, parmi les litiges non contractuels, ceux qui mettent en cause une responsabilité délictuelle de ceux dont elle qualifie la nature de particulière « puisqu'ils résultent de la contestation de décisions d'instances sportives »[431]. C'est surtout à propos de ces derniers, très prolifiques en pratique, que de sérieuses réserves ont été émises sur le rôle effectif du consentement des parties dans leur soumission à l'arbitrage. Cette méfiance s'explique tout d'abord par le déséquilibre entre les parties : d'un côté une puissante organisation sportive, de l'autre l'athlète soumis à l'autorité de la première. « Au même titre que l'arbitrage en matière de travail ou de consommation, il [ce type d'arbitrage] se caractérise aussi par une inégalité que l'on peut qualifier de structurelle entre les parties »[432].

En outre, cet arbitrage dit d'appel se fonde généralement sur des clauses insérées dans les statuts et règlements des organisations sportives. Or, il est rare que le sportif soit membre de la fédération dont

429 Statuts de la FIBA, cités par A. Rigozzi, *op. cit.*, note 224, p. 249, n° 473.

430 G. Kaufmann-Kohler, « Art et arbitrage : quels enseignements tirer de la résolution des litiges sportifs », *in Resolution Methods for Art-related Disputes*, Studies in Art Law, vol. 11, Schulthess, Zürich, 1999, p. 123-151, spéc. 125. Pour la définition du litige sportif et ses limites, voir J.-Ph. Rochat, « Tribunal arbitral du sport : quelle procédure pour quel litige ? », *in L'arbitrage des litiges liés au sport*, Conférence conjointe de l'ASA et du TAS, 16 janvier 1998, Bâle, 1998, p. 11-24, spéc. p. 11 ; G. Simon, « Le conflit sportif : un conflit de normes ? », *in Droit et sport*, P. Zen-Ruffinen (éd.), Staempfli, Berne, 1997, p. 103-107, spéc. p. 104.

431 G. Kaufmann-Kohler, *op. cit.*, note 430, p. 125.

432 A. Rigozzi, *op. cit.*, note 224, p. 179, n° 330.

les statuts contiennent la clause arbitrale[433]. En général, il adhère à une association ou est membre d'un club, lui-même membre d'une fédération nationale, et c'est cette dernière qui est l'affiliée de la fédération internationale dont les statuts prévoient l'arbitrage. Par conséquent, la clause arbitrale statutaire est applicable à l'athlète grâce à la technique du renvoi. On peut donc dire qu'en la matière, le recours à l'arbitrage allie souvent la technique de la clause statutaire à celle de la clause arbitrale par référence[434]. Le Tribunal fédéral suisse a récemment décrit le processus qui conduit à l'établissement du lien arbitral entre les instances sportives et l'athlète qui prend part aux compétitions internationales :

> « La Fédération internationale de ski (FIS), qui a son siège en Suisse, est l'autorité suprême pour toutes les questions ayant trait au ski. En font partie les associations nationales de ski qui ont approuvé les statuts et qui ont été admises comme membres. Tel est le cas de l'Association X. de ski. Pour pouvoir participer à une compétition internationale de ski, le compétiteur doit être en possession d'une licence FIS délivrée par son association nationale. La licence n'est délivrée qu'aux compétiteurs ayant signé la déclaration d'athlète. En signant cette déclaration, le compétiteur se déclare prêt à soumettre ses prétentions en premier lieu à un tribunal arbitral constitué conformément aux statuts et aux règlements de la Cour d'arbitrage du sport »[435].

C'est un excellent condensé des traits caractéristiques de l'arbitrage en matière de sport : la fédération internationale est qualifiée d'« autorité suprême », qui n'admet comme membres que des associations nationales, lesquelles ne délivrent la licence de participation aux compétitions internationales qu'aux sportifs qui acceptent l'arbitrage. Qu'on ne s'étonne dès lors pas de la suspicion qui entoure le caractère volontaire dudit arbitrage, du moins, en ce qui concerne l'athlète. Ce n'est pas tant le caractère statutaire de la clause qui est incriminé. « Le fait que le recours à l'arbitrage soit prévu dans une clause compromissoire contenue dans les statuts d'une personne morale ne fait en principe pas obstacle au caractère volontaire de l'arbitrage »[436]. Ce qui est surtout en cause, c'est l'absence totale d'alternative pour le sportif : « l'athlète qui souhaite participer à une compétition organisée ou gérée par une fédération sportive

433 M^me^ Baddeley donne l'exemple du joueur de hockey sur glace (*op. cit.*, note 40, p. 277).

434 S. Netzle, *op. cit.*, note 364, p. 50.

435 T.F., 27 mai 2003, *A et B c. Comité international olympique, Fédération internationale de Ski et TAS* (recours de droit public), ATF 129 III, p. 445, spéc. p. 447, Consid. A.a. Pour des exemples de déclaration d'acceptation de l'arbitrage, voir A. Rigozzi, *op. cit.*, note 224, p. 420.

436 *Ibid.*, p. 250, n° 476.

dont la réglementation prévoit le recours à l'arbitrage n'aura d'autre choix que d'accepter la clause d'arbitrage »[437]. Et M. Paulsson d'en conclure que « *To speak of a* consensual process *here seems an abuse of language* »[438].

Cette absence de choix est un fait généralement reconnu[439] qui affecte, selon certains, l'intégrité du consentement du sportif[440]. On aurait alors pu attendre des tribunaux étatiques, garants de la liberté individuelle, qu'ils s'élèvent contre cette pratique qui, tout en prétendant se fonder sur le libre consentement des parties ne leur laisse en fait aucun choix, ou pire, avalise la domination d'une partie qui impose l'arbitrage à son partenaire plus faible. C'est cette attente, nous semble-t-il, que M. Paulsson exprimait dans un article paru en 1993 et qui traduisait la circonspection d'un spécialiste, pourtant très libéral, face à la pratique arbitrale décrite ici. Après avoir rappelé le vœu des fondateurs du TAS que les décisions rendues sous son égide soient de véritables sentences dignes d'exécution en application de la Convention de New York de 1958, il écrit : « *it remained to be seen whether the Swiss courts would so acknowledge TAS awards in situations where its jurisdiction was not created by a negotiated contract, but by virtue of the conditions stipulated in a licence* »[441].

Dix ans après, des auteurs, bien au courant de la pratique, font le constat que voici : *« In spite of this lack of choice, the courts faced with arbitration clauses for sports disputes have so far had little hesitation enforcing these clauses »*[442]. On ne devrait alors pas mettre en doute la validité de ces clauses arbitrales reconnues et exécutées régulièrement par les tribunaux étatiques.

Pourtant, un important courant doctrinal persiste à penser que les procédures mises en œuvre sur la base de ces clauses compromissoires

---

437 *Ibid.*, p. 250, n° 476.

438 J. Paulsson, « Arbitration of International Sport Disputes », *Arb. Int'l.*, 1993, vol. 9, n° 4, p. 359-369, spéc. p. 361.

439 « … *when agreeing to arbitration, they [the parties] had no choice: the "acceptance" of arbitration was a condition sine qua non for admission to the motor-racing season* » (G. Kaufmann-Kohler, P. Henry, *op. cit.*, note 26, p. 186) ; « … soit le sportif accepte la clause et il est admis à la compétition (il obtient sa qualification), soit il refuse et il n'est pas admis. La situation de monopole dans laquelle se trouvent ces organisations sportives font que le sportif ne dispose pas d'une alternative car il ne peut exercer son activité professionnelle que dans le cadre des compétitions organisées par la fédération, internationale ou nationale, qui chapeaute son sport ou dans celui des J.O. » (P. Zen-Ruffinen, *Droit du sport*, Schulthess, Zurich/Bâle/Genève, 2002, p. 506).

440 J.-Ph. Rochat, « Le règlement des litiges en matière sportive », *in Droit et sport*, Staempfli, Berne, 1997, p. 91-102, spéc. p. 100 ; P. Zen-Ruffinen, *op. cit.*, note 439, p. 506 ; J. Bondallaz, *Toute la jurisprudence sportive en Suisse. Exposé systématique de plus de 600 arrêts*, édité par P. Zen-Ruffinen, Staempfli, Berne, 2000, p. 59.

441 J. Paulsson, *op. cit.*, note 438, p. 364.

442 G. Kaufmann-Kohler, Th. Schultz, *op. cit.*, note 361, p. 30.

laissent peu de place au consentement des parties, à défaut de l'ignorer complètement. Si cette analyse devait s'avérer, et à moins d'admettre que la jurisprudence donnant effet à de telles clauses soit elle-même en violation constante de la règle qui fait du consentement la base de l'arbitrage, l'on serait forcé de trouver à l'arbitrage un fondement autre que le consentement. Quoi qu'il en soit, il importe à ce stade de noter un fort décalage entre l'analyse doctrinale et la pratique : soit les procédures décrites respectent le consentement et dans ce cas, l'analyse qui en est faite ne colle pas à la réalité et doit être revue, soit elles se passent du consentement et alors il faudra revenir sur le fondement consensuel de l'arbitrage.

2. Implications quant à la pérennité du caractère consensuel de l'arbitrage

Les différents cas de figure étudiés ont tous révélé la relativité du consentement issu de certaines clauses compromissoires. Le constat du lien devenu très lâche entre le consentement des parties et le fondement véritable de l'arbitrage a conduit un nombre sans cesse croissant d'auteurs à pointer du doigt le fossé grandissant entre la réalité triomphante d'un recours quasi inéluctable à l'arbitrage et la théorie obstinée d'un sacro-saint consentement, désigné comme la source de tout arbitrage. Sur cette question, les professeurs Kaufmann-Kohler et Henry Peter sont formels : « *More and more, the classical concept of arbitration based on consent is being supplemented by other concepts of arbitration which largely ignore this requirement. This is so especially in the areas of sport, consumer transactions, and investment arbitrations based on treaties or national statutes* »[443].

Ainsi, en plus de l'arbitrage fondé sur le consentement des parties, ces auteurs annoncent l'avènement d'une forme d'arbitrage dont le fondement est à chercher ailleurs. Sur la base de nos développements antérieurs, l'on serait tenté de penser qu'il ne s'agit pas d'une nouvelle catégorie d'arbitrage, mais qu'il est simplement fait référence à la notion d'arbitrage forcé, dont le renouveau avait été annoncé par le professeur Oppetit en ces termes : « … on assiste actuellement, dans les milieux professionnels et même judiciaires, à la montée croissante […] d'un désir de régler les différends par une voie de type arbitral, au sens large, susceptible éventuellement d'être imposée aux parties par une autorité supérieure »[444]. Encore faudrait-il qu'il s'agisse d'une autorité légitime, habilitée à exclure les litiges en question de la compétence des tribunaux étatiques pour en confier le règlement à un tribunal arbitral, dont la compétence s'impose aux parties.

---

443 G. Kaufmann-Kohler, P. Henry, *op. cit.*, note 26, p. 186. Dans le même sens, G. Kaufmann-Kohler, Th. Schultz, *op. cit.*, note 361, p. 30.

444 B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, PUF, Paris, 1998, p. 16.

Toutefois, force est de constater que ce n'est pas ce type d'arbitrage qui est envisagé par les auteurs lorsqu'ils annoncent « *a growing new category of arbitration without consent* »[445]. Bien au contraire, ils restent dans le cadre de l'arbitrage volontaire, celui qui a normalement pour base le libre consentement des parties. Leur propos vise alors à montrer que dans les domaines cités, ce consentement revêt un caractère automatique et inéluctable, de sorte qu'il n'exprime guère un choix libre de la part des parties ou de l'une d'entre elles au moins. C'est fort de ce constat qu'ils ont annoncé l'avènement d'une troisième voie, à cheval entre les deux catégories traditionnelles d'arbitrage, volontaire et forcée à la fois, et finalement assez différente de l'une comme de l'autre pour constituer une catégorie à part[446].

Pour illustrer l'absence de choix pour les parties à l'arbitrage en matière de sport, ces auteurs citent le cas de la procédure établie dans le cadre de la Fédération internationale de l'automobile (FIA) et connue sous le nom de C.R.B. (*Contract Recognition Board*)[447]. D'apparence fondée sur le consentement, cette procédure leur semble, en réalité, « … *a good illustration of a growing new category of arbitration without consent. Admittedly, the parties had executed a contract embodying an arbitration clause. However, when agreeing to arbitration, they had no choice: the "acceptance" of arbitration was a condition* sine qua non *for admission to the motor-racing season* »[448].

En ce qui concerne l'arbitrage des litiges relatifs au droit de la consommation[449], le problème vient de la clause compromissoire, car leur arbitrabilité étant admise, le consentement n'est nullement en cause lorsqu'il découle du compromis. Ainsi,

445 G. Kaufmann-Kohler, P. Henry, *op. cit.*, note 26, p. 186.

446 Cette forme d'arbitrage pourrait être qualifiée de volontaire, si l'on entend le consentement dans un sens large. Le choix libre dont le défaut a été allégué existerait alors, non pas s'agissant du recours à l'arbitrage directement, mais concernant la décision de prendre part à la compétition sportive considérée. La procédure pourrait aussi être qualifiée d'arbitrage forcé « si l'on se place du point de vue de l'ordre juridique sportif […] En effet, l'arbitrage y est impérativement prévu par la réglementation des organisations sportives qui, dans l'ordre juridique sportif, représentent l'équivalent fonctionnel de la loi dans l'ordre juridique étatique » (A. Rigozzi, *op. cit.*, note 224, p. 178, n° 331).

447 Sur cette procédure voir P. Henry, « Conflicting Contracts in Sport: Resolution through Central Filing and Ad hoc Arbitration », *in Arbitration of Sport Related Disputes* (*ASA Special Series* n° 1), November 1998, p. 63-68.

448 G. Kaufmann-Kohler, P. Henry, *op. cit.*, note 26, p. 186.

449 Sur la question, voir: E. Loquin, « L'arbitrage des litiges du droit de la consommation », *in Vers un code européen de la consommation*, F. Osman (éd.), Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 359-366; Ph. Delebecque, « Arbitrage et droit de la consommation », 104 *Droit & Patrimoine*, 2002, p. 46; G. Kaufmann-Kohler, Th. Schultz, *op. cit.*, note 361, p. 169 et s.

« If a consumer waives his or her right to access the courts after the dispute has arisen, one can reasonably assume that this was done with full knowledge of the circumstances, chances, and risks.

The position with respect to pre-dispute arbitration agreements is different. Such agreements are often part of adhesion contracts, which the consumer may accept, or he must forego all transactions with businesses providing such clauses. If he or she wishes to enter into the transaction, the only choice is to accept arbitration »[450].

Et voici la conclusion qu'en tire le professeur Carbonneau, quant à la nature volontaire d'un tel arbitrage :

« When business entities can impose arbitration upon clients and consumers in a unilateral contract, these parties are deprived, without their consent, of their right to judicial recourse, due process, and equal protection. Forced and unknowing participation in the arbitral process contravenes the spirit of voluntary recourse to arbitration »[451].

Enfin, le dernier exemple cité d'arbitrage prétendument non consensuel est celui fondé sur une loi ou un traité de protection des investissements : une forme d'arbitrage sans clause compromissoire ni compromis, qui ouvre une ère nouvelle, celle de l'« *arbitration without arbitration clause* »[452]. Sa spécificité étant d'être un arbitrage volontaire sans convention d'arbitrage, il en sera question dans le prochain chapitre. Ici, la démonstration sera faite uniquement par rapport aux deux premiers domaines, où les parties sont formellement liées par une convention d'arbitrage, mais dont l'insertion quasi automatique dans l'acte régissant leurs rapports, fait douter de sa réelle acceptation par l'une d'entre elles au moins (en matière de sport et de consommation).

Par ailleurs, le constat d'érosion de la base consensuelle qui aurait abouti à l'émergence d'une troisième catégorie d'arbitrage n'est pas pour préoccuper outre mesure les deux auteurs. « *This is only natural, as arbitration becomes the most common method for settling international disputes* »[453]. Il faut reconnaître que la bienveillance des tribunaux étatiques envers cette pratique est approuvée par une grande partie de la doctrine, qui s'efforce de montrer qu'en dépit du déséquilibre qui caractérise les parties à ces procédures et de l'absence de choix

450 G. Kaufmann-Kohler, Th. Schultz, *op. cit.*, note 361, p. 173. Dans le même sens, M. Rigozzi note « un recul de l'aspect consensuel de l'arbitrage : il y a certes un contrat entre les parties, mais souvent le travailleur ou le consommateur n'aura d'autre choix que d'accepter l'arbitrage s'il veut obtenir le travail, respectivement acquérir le produit » (*op. cit.*, note 224, p. 176, n° 325).

451 Th. E. Carbonneau, *op. cit.*, note 167, p. 12.

452 M. Blessing, *Introduction to Arbitration – Swiss and International Perspectives*, Helbing and Lichtenhahn, Bâle, 1999, n° 325-343.

453 G. Kaufmann-Kohler, P. Henry, *op. cit.*, note 26, p. 186.

réel pour l'une d'entre elles au moins, le consentement ne fait pas totalement défaut ou que d'autres raisons impératives justifient tout de même le recours à l'arbitrage dans ces domaines.

En revanche, peu d'auteurs déduisent de cette pratique une autorisation à se passer du consentement à l'arbitrage. Les professeurs Kaufmann-Kohler et Henry Peter semblent quelque peu isolés, lorsqu'ils y voient une tendance générale au déclin du consentement en tant que fondement de la compétence du tribunal arbitral. Ils préconisent une solution radicale, consistant à supprimer purement et simplement l'exigence de consentement à l'arbitrage devenu, selon eux, un dogme obsolète, du moins dans les domaines envisagés.

> *« One may choose to cling to the dogma of consent and when no true and meaningful consent exists, rely on a fiction of consent. But if we merely preserve the appearance of consent, this justification for arbitration is no longer compelling. Indeed, it may be more accurate and intellectually honest to simply admit that arbitration without consent exists. Having made that admission, one can then investigate the requirements that have come to replace consent. Are there any ? What are they ? Simply the fairness of the process ? Or others ? Which ones ? It seems clear that this type of investigation is more likely to identify the true forces at play and thus protect the interests of the arbitration users more effectively than insisting on an obsolete dogma »*[454].

Cette série de considérations appelle tout d'abord une vérification du recul annoncé du consentement, considéré comme le fondement de la compétence du tribunal arbitral. Ensuite, sera examinée la question d'un éventuel dépassement du consentement à l'arbitrage et les difficultés qu'il y aurait à lui trouver un substitut valable et sans dommage pour la légitimité, l'autonomie et l'efficacité de la justice privée.

a) Vérification du recul annoncé du consentement à l'arbitrage

Cette vérification doit concerner tout d'abord l'arbitrage des litiges liés à la consommation. Contrairement au défaut de consentement allégué en la matière, ce secteur constitue un des rares domaines où une protection supplémentaire continue d'être accordée au consommateur afin de rendre son consentement encore plus libre et mieux

454 G. Kaufmann-Kohler, P. Henry, *op. cit.*, note 26, p. 186. Cette idée est reprise dans G. Kaufmann-Kohler, Th. Schultz, *op. cit.*, note 361, p. 31 : « *Rather than clinging to the dogma of consent as a justification for arbitration in situations where consent has become a mere fiction, it would be preferable to investigate what requirements have come to replace consent. Such investigation would exceed the scope of this research, but it can be said that one manner to make good for a deficit in consent may well be to be particularly demanding in terms of fairness and procedural guarantees* ».

éclairé[455]. S'il est de plus en plus reconnu au consommateur le droit de recourir à la justice arbitrale, son consentement fait néanmoins l'objet d'une attention particulière[456]. Dans un écrit plus récent, cosigné par M. Schultz, le professeur Kaufmann-Kohler ne manque d'ailleurs pas de le souligner :

> « *The legislation of certain countries seeks to further protect the consumer by setting additional requirements to the validity of pre-dispute consumer arbitration clauses. These requirements relate to the formal and substantial validity of such arbitration clauses. Their goal is generally to improve the "knowing and voluntary standards", or in other words to provide for informed consent* »[457].

Ainsi, le droit anglais étend l'application de ses dispositions protectrices du consommateur (*Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994*) aux conventions d'arbitrage conclues par ce dernier avant ou après la survenance du litige (Section 89 (1) *Arbitration Act* 1996). Ces règles de protection s'appliquent « *where the consumer is a legal person as they apply where the consumer is a natural person* »[458].

Quant au droit suédois, il exclut purement et simplement la clause compromissoire des rapports intervenus dans le domaine de la consommation. L'article 6 de la loi du 4 mars 1999 dispose à cet égard que « lorsqu'un litige survient entre un commerçant et un consommateur concernant un produit, un service ou tout autre bénéfice fourni, principalement destiné à l'usage privé, la convention d'arbitrage ne produit aucun effet si elle a été conclue avant la survenance du litige ».

En France, la même solution est consacrée par la jurisprudence s'agissant des relations domestiques. Une partie de la doctrine considère qu'elle doit également prévaloir en matière internationale, étant donné que dans les deux cas l'impératif de protection du consommateur reste le même[459]. Toutefois, cette opinion ne semble pas avoir eu d'écho auprès de la jurisprudence qui penche plutôt en faveur d'un régime général de validité de la clause compromissoire en matière internationale[460].

Le secteur de la consommation figurerait même, aux dires de certains observateurs, parmi les domaines de prédilection de la clause

---

455 E. Bazin, « Le consentement du consommateur », *Thèse*, Université de Reims Champagne-Ardenne, Presses universitaires du Septentrion, 1999.

456 L'article 1031, al. 5 du CPC allemand (*ZPO*) est très éloquent à cet égard : il exige un écrit signé par les deux parties ou un acte notarié.

457 G. Kaufmann-Kohler, Th. Schultz, *op. cit.*, note 361, p. 179-180.

458 *Arbitration Act* 1996, Article 89 (3).

459 Ph. Delebecque, *op. cit.*, note 449, p. 50 et s. ; E. Loquin, *op. cit.*, note 449, p. 370 et s.

460 Cass., 21 mai 1997, *Meglio c. V 2000*, *Rev. crit. DIP*, 1998, p. 87, note V. Heuzé ; Cass., 21 mai 1997, *Renault c. V 2000*, *Rev. arb.*, 1997, p. 537, note E. Gaillard. Voir aussi, Paris, 7 décembre 1994, *Rev. arb.*, 1996, p. 245, note Ch. Jarrosson.

arbitrale à effet unilatéral. « *Often the option is in favor of the consumer only, the other party being bound to arbitrate if the consumer so wishes* »[461]. En favorisant la conclusion de cette nouvelle clause, dont l'objet est précisément d'ouvrir au consommateur l'accès à l'arbitrage sans lui fermer la voie judiciaire, les professionnels écartent d'emblée la menace que les règles protectrices du consommateur font peser sur la clause arbitrale traditionnelle. C'est dire que le consentement à l'arbitrage est bel et bien présent dans le secteur de la consommation et qu'il bénéficie même de garanties renforcées. Peut-on en dire autant du consentement à l'arbitrage en matière sportive ?

Pour apprécier correctement le consentement des parties à l'arbitrage dans le domaine du sport, en particulier le consentement de l'athlète qui est souvent mis en doute, il est utile de rappeler la situation qui a prévalu avant l'institutionnalisation de l'arbitrage par la création du Tribunal arbitral du sport en 1983. En effet, « il était courant qu'une clause insérée dans les statuts des groupements sportifs sanctionne d'exclusion tout membre qui s'autoriserait à soumettre un litige aux juridictions étatiques »[462]. Les athlètes étaient donc soumis à la justice interne des fédérations sportives et aucun recours juridictionnel ne leur était réellement accessible du fait de la sanction qu'ils risquaient de se voir infliger s'ils poussaient l'audace jusqu'à saisir le juge.

C'est donc surtout dans l'intérêt des sportifs que la résolution arbitrale des litiges sportifs s'est imposée au cours de ces vingt dernières années. Pour eux, l'accès à l'arbitrage a été acquis de haute lutte. En effet, jalouses de leurs prérogatives, les instances dirigeantes du sport se sont pendant longtemps fermement opposées à tout contrôle externe. Si elles ont fini par l'accepter, c'est surtout pour contrer l'activisme de certains juges prompts à remettre en cause leurs décisions et à accorder une réparation conséquente à tout athlète victime d'une mesure disciplinaire injustifiée[463].

À présent, l'absence d'alternative à l'arbitrage demeure certes une réalité, mais nous ne pensons pas que cela soit suffisant pour conclure à la nature forcée d'un tel arbitrage. Pour se passer du consentement des parties, l'arbitrage doit trouver un fondement autoritaire, une base légale à ce jour inexistante en matière de sport, du moins si l'on excepte l'arbitrage du TAS prévu dans le Code mondial antidopage

461 G. Kaufmann-Kohler, Th. Schultz, *op. cit.*, note 361, p. 169.

462 G. Simon, « L'arbitrage des conflits sportifs », *Rev. arb.*, 1995, p. 185-218, spéc. p. 186.

463 Un juge américain a ainsi condamné l'IAAF à verser 27, 4 millions de dollars à M. Reynolds, alors détenteur du record du monde des 400 m, pour l'avoir empêché de prendre part aux compétitions sur la base d'une simple suspicion de dopage (cf. G. Simon, *op. cit.*, note 462, p. 188).

et dont l'adoption par les États, pourra conduire à l'institution d'un véritable cas d'arbitrage forcé dans ce domaine[464].

En définitive, l'arbitrage en matière de sport doit être compris non pas comme une procédure que la fédération sportive impose à l'athlète, mais plutôt comme un moyen de soustraire ce dernier à l'arbitraire de son partenaire plus puissant. En réalité, ce sont donc les organisations sportives qui ont été soumises à l'arbitrage pour la protection des athlètes. La nouvelle donne favorise ces derniers et consacre l'échec des instances sportives dans leur stratégie visant à échapper à tout contrôle. C'est pour bien souligner les limites ainsi tracées aux pouvoirs des dirigeants du sport que l'on parle d'arbitrage d'appel, c'est-à-dire d'une procédure arbitrale au cours de laquelle l'on vérifie le bien-fondé des mesures disciplinaires décidées par les organisations sportives à l'encontre des athlètes.

Il est vrai cependant que ce progrès n'a été possible que moyennant la soumission à l'arbitrage de la compétition sportive elle-même, ce qui donne au recours à l'arbitrage un caractère objectif qui relativise d'autant l'effet, sinon l'importance du consentement. « À partir du moment où il est prévu par la réglementation sportive pertinente, l'arbitrage aura vocation à s'appliquer à tous ceux qui participent à une compétition se déroulant selon cette réglementation, et cela indépendamment de l'existence de toute relation contractuelle […] entre l'organisation sportive et le participant »[465]. Le caractère objectif d'un tel arbitrage fait que tous les participants sont amenés à y souscrire, les fédérations sportives au même titre que les athlètes. À cet égard, il a justement été observé que « l'arbitrage est souvent imposé aux sportifs, comme il l'est aux associations… »[466].

Mais encore une fois, cela n'est que la conséquence du large consensus qui s'est dégagé en faveur de la résolution par voie d'arbitrage des litiges relatifs à l'organisation et à la gestion des compétitions sportives à l'échelle planétaire. Une évolution semblable est amorcée aux États-Unis s'agissant de la soumission à l'arbitrage des litiges relatifs aux droits des employés. Un processus de maturation est vraisemblablement en cours, mais il ne semble pas que le consensus nécessaire pour faire d'un tel arbitrage une condition à l'emploi soit facile à atteindre. Selon le Rapport de la Commission Dunlop[467],

---

464 Déjà intégré dans la réglementation interne des différentes organisations sportives, le Code mondial antidopage devra être transposé dans le droit interne des États. Une convention internationale formalisant l'acceptation du Code par les États est en cours d'élaboration, sous l'égide de l'UNESCO avec l'objectif d'une entrée en vigueur lors des Jeux olympiques de Turin 2006. Voir à ce propos, A. Rigozzi, *op. cit.,* note 224, p. 67, n° 126.

465 A. Rigozzi, *op. cit.,* note 224, p. 179.

466 M. Baddeley, *op. cit.*, note 40, p. 277.

467 Commission sur l'avenir des relations de travail entre les salariés et la direction, établie par le Président Clinton.

« *The public rights embodied in state and federal employment law – such as freedom from discrimination in the workplace and minimum wage and overtime standards – are an important part of the social and economic protections of the nation. Employees required to accept binding arbitration of such disputes would face what for many would be an inappropriate choice: give up your right to go to court, or give up your job. Private arbitration systems, which we believe can work well if properly administered, will have to prove themselves through experience before the nation is in a position to decide whether employers should be allowed to require their employees to use them as a condition of employment. We urge employers to experiment broadly with voluntary programs so the nation can gain experience with this potentially valuable tool…*

Binding arbitration agreements should not be enforceable as a condition of employment. The Commission believes the courts should interpret the Federal Arbitration Act in this fashion. If they fail to do, Congress should pass legislation making it clear that any choice between available methods for enforcing statutory employment rights should be left to the individual who feels wronged rather than dictated by his or her employment contract. At some time in the future, as the nation gains experience with private arbitration systems, it may wish to re-evaluate the situation… »[468].

De manière générale, la doctrine a tendance à trop se focaliser sur l'inégalité des parties à la procédure, ce qui fait oublier le caractère objectif imprimé à l'arbitrage sportif. Il importe donc de montrer qu'en dépit de sa puissance, il arrive que la fédération sportive soit elle-même placée dans une situation telle qu'elle n'a d'autre choix que de se soumettre à l'arbitrage. Dans l'affaire *Baumann*, la position prise par la Fédération internationale d'athlétisme (IAAF) devant la Chambre *ad hoc* du Tribunal arbitral du sport illustre parfaitement ce cas de figure.

Suspendu pour cause de dopage par sa fédération nationale, puis par l'IAAF, cet athlète allemand (qui fut champion du monde du 1500 m) s'est vu retirer son accréditation aux Jeux de Sydney, le 20 septembre 2000 par le CIO. Il saisit alors la Chambre *ad hoc* en annulation de son exclusion décidée par les trois organisations sportives citées. La compétence du tribunal fut cependant contestée par l'IAAF aux motifs qu'elle n'avait jamais consenti à l'arbitrage du TAS (ses statuts n'y faisant pas référence) et que la suspension de l'athlète par son organe interne d'arbitrage était définitive et sans appel. Les deux moyens furent écartés par le tribunal qui se reconnut compétent à l'égard de toutes les parties, visant essentiellement l'article 74 de la Charte olympique[469].

---

468 Cité par Goldberg, Sander, Roger, *op. cit.*, note 215, p. 249.

469 M^me^ Kaufmann-Kohler énumère des titres de compétence complémentaires à l'égard de toutes les parties, à l'exception de l'IAAF. « *In any event, except for the IAAF, all of the parties had consented to arbitration by conduct, by filing an application for*

Ainsi, la compétence du tribunal fut affirmée sur la base même de la soumission des Jeux à l'arbitrage. La matière étant dès lors de la compétence des arbitres, les participants ne peuvent qu'entériner un tel choix, ce qui fait déplace le choix de la décision d'arbitrer à celle de prendre part à la compétition. Ce n'est donc pas que les parties soient forcées d'arbitrer, « … personne n'est à proprement parler *contraint* d'accepter l'arbitrage »[470]. L'obligation d'arbitrage qui pèse sur les parties est bien le résultat d'un choix, bien qu'il soit indirect et n'intervienne que comme une conséquence de la décision de prendre part à un événement sportif, lui-même couplé à une obligation d'arbitrage.

Mais si la participation à une compétition sportive internationale est ainsi liée à la résolution de tout litige éventuel par la voie de l'arbitrage, si la pratique du sport professionnel implique la soumission à l'arbitrage dans bien des cas, il ne faudrait pas faire de l'acceptation de l'arbitrage le prix à payer pour accéder à la compétition et en déduire un affaiblissement du consentement de l'athlète tenu de donner son consentement pour poursuivre sa carrière. On le voit en examinant la situation des athlètes non qualifiés : pour n'avoir pu prendre part à la compétition sportive, ces derniers bénéficient tout de même de la protection juridictionnelle fournie par l'arbitrage. S'ils se considèrent atteints dans leurs droits et liberté, ils peuvent agir devant l'organe arbitral en dépit de leur non-participation et justement pour s'en plaindre.

Cela montre que la corrélation entre la participation au club et le recours à l'arbitrage n'est pas parfaite, elle ne fonctionne que dans un sens, ce qui tend à conférer à l'arbitrage en matière de sport une certaine dimension objective. Ce caractère de l'arbitrage sportif a même été reconnu par le Tribunal fédéral suisse, lorsqu'il a admis que la clause statutaire pouvait être opposée non seulement aux acteurs reconnus du monde sportif, mais aussi à ceux qui aspirent à en faire partie. Selon la Cour, « un sportif reconnaît la réglementation d'une fédération dont il a connaissance lorsqu'il s'adresse à cette fédération en vue de l'obtention d'une autorisation générale pour participer aux compétitions »[471]. Si les candidats qui n'ont pas encore été admis peuvent bénéficier de la justice arbitrale en matière sportive, n'est-ce pas que cette justice a acquis un caractère objectif dans le domaine ?

Même s'il est exact que le consentement à l'arbitrage en matière de sport reste très ténu, il n'en constitue pas moins la base de la

---

Baumann or by attending a hearing without raising an objection for the German NOC and the IOC» (*Arbitration at the Olympics. Issues of Fast Track Dispute Resolution and Sports Law*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2001, p. 16).

470 A. Rigozzi, *op. cit.*, note 224, p. 250, n° 476.

471 T.F., 7 février 2001, *Stanley Roberts c. FIBA*, *Bull. ASA*, 2001, p. 523, spéc. p. 528 (traduit et cité par A. Rigozzi, *op. cit.*, note 224, p. 431, n° 831).

compétence arbitrale. C'est en tout cas autour de ce consentement que la plupart des auteurs cherchent à construire leur théorie. Ainsi, plusieurs raisons ont été invoquées pour justifier le recours à l'arbitrage dans ce domaine :

> « *The strongest argument in favour of arbitration derives from the fundamental principles in sports, namely fairness and equal opportunity. Same rule violations must be treated and sanctioned alike. In international sports, this can only be achieved through an arbitration instead of different national or even local court decisions.*
>
> *[…] there is probably no other area in life where arbitration is equally accepted. Athletes and officials are familiar with the idea of resolving disputes by arbitration* »[472].

Dans le même sens, M. Rigozzi note qu'une protection efficace ne peut être conciliée avec un traitement égal des athlètes que par la voie de l'arbitrage, ce qui « conduit à envisager plus généralement la problématique du consentement à l'arbitrage *sans ignorer le contexte social dans lequel il s'insère et le rôle qu'il est appelé à y jouer* »[473]. Loin de répudier le consentement des parties comme fondement de l'arbitrage dans le domaine du sport, cet auteur cherche au contraire à le démontrer, quitte à « penser que *le consentement de l'athlète se manifeste dans le contrat social (avec les autres membres de l'organisation sportive à laquelle il adhère)*, contrat qui est à l'origine de l'ordre juridique sportif »[474].

De manière générale, l'attitude de la doctrine a donc été de trouver une justification consensuelle à ces mécanismes d'arbitrage. Tout en reconnaissant le caractère affaibli du consentement qui en est à l'origine, elle a fait valoir divers arguments selon lesquels ce déficit de consentement serait largement compensé par des « aspects bénéfiques […] difficilement contestables »[475]. À ce stade, la conclusion qui s'impose est celle de la pérennité du fondement consensuel de l'arbitrage, ce qui autorise à passer rapidement sur la question des éléments susceptibles de remplacer le consentement.

---

472 S. Netzle, *op. cit.*, note 364, p. 47.

473 A. Rigozzi, *op. cit.*, note 224, p. 425, n° 818.

474 *Idem*, p. 426, n° 819, citant C. Punzi : « L'arbitrage prévu par les clauses compromissoires de l'ordre juridique sportif demeure "volontaire" puisqu'il trouve sa source exclusive dans le pacte social » [entre l'athlète et la fédération sportive] (« Le clausole compromissorie nell'ordinamento sportivo », *Rivista di diritto sportivo*, 1987, p. 237-254, spéc. p. 243).

475 Y. Derains, « L'impact des accords de protection des investissements sur l'arbitrage », *Gaz. Pal., Les cahiers de l'arbitrage*, 2001, p. 10-15, spéc. p. 12.

b) Substitut éventuel au consentement des parties à l'arbitrage

Il est bien connu que lorsqu'il est forcé, l'arbitrage se passe du consentement des parties pour reposer sur un fondement autoritaire. Du moment que l'arbitrage forcé existe, forcément existe aussi un substitut au consentement dans sa fonction de légitimation de l'arbitrage. Il s'agit en général de l'acte législatif par lequel le recours à l'arbitrage est imposé aux parties. L'intervention de la loi nous fait retomber dans une compétence obligatoire qui rappelle celle des tribunaux étatiques. Le consentement des parties n'est alors plus nécessaire puisque la loi s'est chargée de créer le tribunal arbitral et de lui conférer son pouvoir de juger. Mais en l'absence d'intervention d'une autorité pouvant légitimement soumettre les parties, le fondement de la justice arbitrale restera forcément leur consentement mutuel.

La qualité de la procédure ne permet pas de se passer du consentement. En effet, le respect des principes directeurs du procès est déjà une réalité dans l'arbitrage, tout comme d'ailleurs dans la justice étatique, ce qui montre que cet impératif n'est pas fonction du caractère volontaire ou obligatoire de la juridiction. Le régime juridique de l'arbitrage cumule les exigences de consentement et de procès équitable selon un ordre chronologique. La question du respect des règles de procédure vient après celle de la soumission volontaire des parties à l'arbitrage. L'on ne se préoccupe du caractère juste et équitable du procès arbitral que s'il est acquis qu'il a été régulièrement engagé sur la base du consentement des parties[476].

Aussi élevé que puisse être le standard des règles permettant de garantir les droits procéduraux des parties à l'arbitrage, ce ne sera pas suffisant pour se passer de leur consentement à recourir à la justice privée. Seul un fondement autoritaire pourra servir de substitut à ce dernier, mais alors on quitte l'arbitrage volontaire sans toutefois s'affranchir des exigences d'un procès équitable. Celles-ci sont au contraire renforcées par le caractère forcé de l'arbitrage, qui conduit

476 Voir à ce propos l'ordre dans lequel sont énumérés les motifs d'annulation ou de refus de reconnaissance de la sentence. L'article 1502 NCPC cite avant tout l'absence de convention d'arbitrage (1er motif). La violation du principe de la contradiction ne vient qu'en quatrième lieu. De même, la LDIP suisse s'attache d'abord à assurer que la compétence arbitrale existe (article 190 par. 2 a) à c) avant de s'intéresser à « l'égalité des parties ou leur droit d'être entendues en procédure contradictoire » (article 190, par. 2 d)). Voir dans le même sens les articles V de la Convention de New York et 34 de la Loi-type de la CNUDCI. Le professeur Fernández Rozas observe que le contrôle étatique de la sentence « commence par le début même de la procédure : la convention arbitrale et sa mise en œuvre. Ensuite, on examine la régularité de la désignation du tribunal d'arbitrage et des notifications de la demande et de la reconvention, le cas échéant. Ensuite, l'intérêt se porte sur la conformité aux principes essentiels d'audition et de contradiction de la procédure d'arbitrage.… » (*op. cit.*, note 33, p. 200).

à reconnaître aux parties le bénéfice de la totalité des garanties procédurales énoncées notamment à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'obligation de respecter pleinement cette disposition est la conséquence, et non la cause, de l'absence de consentement.

En définitive, quelle que soit la distance qui peut séparer la volonté réelle des parties de la décision de recourir à l'arbitrage, le consentement des parties en litige demeurera le fondement de la compétence de tout tribunal arbitral non institué par une norme législative ou conventionnelle obligatoire pour les parties. Si une procédure arbitrale ne peut se fonder sur un acte d'une autorité légitime, elle ne pourra reposer que sur le consentement des parties qui auront accepté de se soumettre à la justice de leurs pairs. Seule l'exigence du consentement assure l'égalité des parties (équilibre horizontal ou interne) et leur évite la sujétion aux arbitres (équilibre vertical ou externe). Le lien entre la volonté des parties et le fondement de l'arbitrage peut être très ténu, il ne saurait cependant être totalement rompu.

L'absence de choix pour les parties à certaines procédures arbitrales est certes une réalité incontestable, il n'en découle pas pour autant une remise en cause du fondement consensuel de l'arbitrage. Cette réalité traduit simplement une corrélation devenue très forte entre les droits substantiels et procéduraux des parties. De plus en plus, ces deux paramètres s'imbriquent dès le départ, au cours des négociations qui conduisent à l'établissement d'une relation contractuelle entre les parties. Les droits substantiels et leur réalisation juridictionnelle sont dès lors conçus comme un tout. Le consentement à l'arbitrage devient associé à la jouissance des droits substantiels découlant de tel ou tel rapport juridique. Dans le domaine des investissements internationaux, l'acceptation de l'arbitrage par l'État hôte apparaît comme un facteur incitatif très puissant. Pour attirer les investisseurs étrangers, il faut leur ouvrir une voie d'accès à l'arbitrage. La juridiction arbitrale devient aussi un rouage du système sportif mondial. Est-ce à dire que l'arbitrage devient forcé dans ces domaines ?

Théoriquement, l'institution d'arbitrage conserve le même statut, elle continue de relever du libre consentement des parties. Il y a certes une nouveauté, mais celle-ci ne concerne pas directement les parties ; elle intervient plutôt du côté de la matière, soit ici la compétition sportive qui relève désormais de la justice arbitrale à laquelle elle est associée. Bien évidemment, cette évolution n'est pas sans répercussion sur la liberté des personnes actives dans le secteur soumis à l'arbitrage. Elles devront entériner le choix de l'arbitrage : s'il est possible qu'il ne soit pas immédiatement le leur, il reste tout de même leur choix par l'intermédiaire de l'activité qu'elles ont décidé d'exercer et qui est bon gré mal gré couplée à l'arbitrage. Il faut donc approuver les auteurs qui considèrent que le consentement à

l'arbitrage demeure toujours d'actualité pourvu qu'il soit plus largement entendu[477]. Ainsi peut-il résulter, en plus de la clause compromissoire et du compromis qui sont d'usage dans tous les types de rapport, du traité d'arbitrage qui est, lui, spécifique aux relations entre puissances étatiques.

§ 3 – Le traité d'arbitrage

Comme la clause compromissoire, le traité d'arbitrage est tourné vers l'avenir. C'est un instrument de prévention et de résolution des différends internationaux par le moyen de l'arbitrage[478]. Il engage les États parties à soumettre à l'arbitrage (ou au règlement judiciaire) tous les litiges qui viendraient à les opposer (traité général d'arbitrage obligatoire) ou, de manière plus limitée, ceux qui naîtraient de « certains ordres de rapports internationaux : commerce, rapports culturels, navigation fluviale »[479]. Par d'autres aspects, le traité général d'arbitrage se rapproche plutôt du compromis en ce sens que l'un et l'autre sont conclus isolément et ne sont couplés à aucun autre acte, contrairement à la clause compromissoire qui se rapporte à une relation juridique donnée, généralement un contrat.

Toutefois, le traité d'arbitrage se singularise par son objet exclusivement juridictionnel : la résolution arbitrale des litiges éventuels constitue l'unique finalité du traité. Il se distingue aussi par la vaste portée de l'obligation d'arbitrage qu'il énonce : « la négociation des accords de ce genre ne mérite en effet d'être engagée que si des catégories assez larges de différends sont concernées »[480]. Par le compromis, les parties soumettent à l'arbitrage un litige ou une série de litiges actuels. En comparaison, le domaine de la clause compromissoire est plus ouvert, puisqu'il couvre toute une catégorie de litiges éventuels définis par rapport à une relation juridique déterminée. On parle de clause arbitrale spéciale lorsque l'étendue de l'engagement juridictionnel ne concerne que certains aspects de l'accord de

477 J.-M. Jacquet, *op. cit.*, note 239, p. 21, n° 97 ; J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, note 39, p. 3, n° 4.

478 L'arbitrage n'est pas forcément l'objet exclusif du traité, qui peut viser également le règlement judiciaire, comme c'est le cas de la Convention européenne pour le règlement des différends du 29 avril 1957. La définition de « traité d'arbitrage » proposée par M. Santulli commence par souligner cet aspect : « qu'ils visent le règlement judiciaire ou le règlement arbitral, on appelle « traités d'arbitrage » (ou « traités sur le règlement des différends ») les accords indépendants d'une réglementation matérielle particulière dont le seul objet est l'institution de procédures juridictionnelles interétatiques à vocation générale (i.e. toutes les matières, sauf celles qui sont exclues expressément) » (*op. cit.*, note 419, p. 118, n° 207).

479 G. Scelle, *op. cit.*, note 312, p. 712.

480 D. Nguyen Quoc, P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public*, 5e éd., p. 824, n° 539.

fond. En revanche, « la clause compromissoire est dite « générale » lorsqu'elle vise tous les différends susceptibles de naître du fait de l'acte qui la contient »[481].

Par rapport à ces deux types de conventions, le traité d'arbitrage occupe donc une place à part. « De pareils traités équivalent à une "clause compromissoire abstraite et générale", et l'on conçoit qu'ils soient assez rares puisqu'ils impliquent une ambiance de confiance particulière entre des gouvernements et des peuples »[482]. Ce degré élevé de confiance qu'exige leur conclusion est plus facilement atteint au niveau bilatéral que multilatéral[483]. « En pratique ces traités, d'ailleurs peu nombreux, sont loin d'atteindre l'universalité (appréciée par rapport au nombre potentiel des États qui pourraient y accéder) car beaucoup se méfient de leur généralité jugée excessive »[484].

Ils interviennent néanmoins entre des États fortement interdépendants. Le traité de 1903 qui lie la France à l'Angleterre en constitue un exemple emblématique. On peut aussi mentionner le traité de 1921 entre la Suisse et l'Italie. Plus récemment, le Royaume-Uni a conclu avec la Suisse un Traité de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage[485]. L'approche multilatérale n'est cependant pas totalement absente. Elle est symbolisée par l'Acte général pour le règlement pacifique des différends internationaux. Conclu le 26 septembre 1928, ce traité général d'arbitrage fut « révisé en 1949 pour l'adapter au cadre des Nations Unies »[486].

Contrairement au compromis et à la clause compromissoire qui peuvent intervenir entre toutes parties, le traité général d'arbitrage est un instrument réservé aux États. La généralité de l'obligation d'arbitrage qu'il contient lui confère un caractère exclusivement interétatique. «… *States may in principle agree to give any tribunal jurisdiction over as broad a range of disputes as they choose… The position of private*

---

481 *Ibidem*.

482 G. Scelle, *op. cit.*, note 312, p. 713.

483 La remarque vaut aussi pour la clause compromissoire : « Il pourrait sembler logique que les États acceptent moins facilement une clause compromissoire dans un traité multilatéral. En effet, dans une convention multilatérale, à l'incertitude sur le différend éventuel, s'ajoute l'incertitude sur l'identité de l'adversaire » (Ph. Pazartzis, *op. cit.*, note 314, p. 56).

484 J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, 6e ed., Montchrestien, Paris, 2004 p. 584 ; M. Santulli est plus catégorique : « La "juridiction générale" proprement dite (non exceptionnelle), en revanche, n'existe pas. Ce qui peut exister est un engagement juridictionnel sans limite *ratione materiae*. Dans l'ordre international, de tels engagements ne sont en vigueur qu'entre une minorité d'États (et la compétence reste donc spéciale, au moins *ratione personae*) » (*op. cit.*, note 419, p. 127, n° 229).

485 Traité du 7 juillet 1965, entré en vigueur le 9 février 1967, texte dans *ILM*, vol. IV, 1965, p. 943-953.

486 E. Decaux, *op. cit.*, note 332, p. 222, n° 253.

and mixed arbitrations is different»[487]. Soumis d'autorité à la juridiction d'État, les particuliers ne peuvent contracter un engagement général d'arbitrage qui les soustrairait une fois pour toutes à la compétence des tribunaux publics. Toute convention d'arbitrage passée par eux doit sa validité à la précision de son objet, à savoir un litige ou une relation juridique potentiellement litigieuse[488]. Ainsi, les individus ne peuvent soumettre à l'arbitrage que des litiges nés ou susceptibles de résulter « d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel »[489].

De ce point de vue, la définition que donne M. Carabiber de la clause compromissoire appelle certaines précisions : « la clause compromissoire est l'engagement aux termes duquel les parties conviennent, avant la naissance de tout différend, de soumettre à des arbitres ce qui pourrait les opposer éventuellement »[490]. La définition est exacte, pourvu que l'on précise que les particuliers ne peuvent, quant à eux, se soustraire aux tribunaux étatiques de manière générale ni soumettre d'avance tout « ce qui pourrait les opposer » à des arbitres. Ils sont tenus de circonscrire l'engagement d'arbitrage à un litige donné ou à un rapport juridique bien défini.

Cette remarque peut être aisément étendue à la définition donnée de la convention d'arbitrage dans la loi russe sur l'arbitrage. Il s'agit, selon l'article 7, al. 1 de la loi, de « l'accord des parties sur la soumission à l'arbitrage de tout litige ou de litiges déterminés, nés ou pouvant naître entre elles dans leurs relations juridiques de toutes sortes, qu'elles aient un caractère contractuel ou non… »[491]. Cette disposition ne doit pas être comprise comme autorisant les parties à s'interdire toute saisine du juge, au profit d'un recours généralisé à l'arbitrage, à propos de tout litige à venir. Elle doit au contraire être lue à la lumière du régime général défini à l'article 7 (1) de la loi-type de la CNUDCI dont elle est inspirée et qui demeure conforme, sur ce point, à l'article II (1) de la Convention de New York de 1958. Or, il a été justement observé à ce sujet que

> *« … a predispute agreement to arbitrate is not valid if it refers to any and all disputes between the parties, or to disputes that are defined only by their nature*

---

487 J. Collier, V. Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law. Institutions and Procedures*, Oxford University Press, New York, 1999, p. 202.

488 En ce sens, L. Craig, W. Park, J. Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 2nd ed., Oceana Publications, New York, London, Rome, ICC Publishing, Paris, 1990, p. 108.

489 Article II par. 1, Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York de 1958). Article 1020, par. 1 CPC néerlandais.

490 Ch. Carabiber, « L'évolution de l'arbitrage commercial international », *RCADI*, 1960, tome 99, p. 167.

491 Loi de la Fédération de Russie sur l'arbitrage commercial international (traduit du russe par V. Godbillon), texte *in Bull. ASA*, 1999, n° 3, p. 309-331, spéc. p. 313.

regardless of any particular legal relationship, or to disputes described only by reference to an undefined, generic relationship. For instance, a clause providing that all future disputes arising between A and B shall be settled by arbitration, without making it possible to determine what particular relationship is concerned, would not be valid »[492].

Il est par conséquent nécessaire, dans les relations impliquant des sujets autres que des États, de relier l'engagement d'arbitrage à un rapport juridique déterminé. Tandis que ce dernier constitue le point d'ancrage le plus solide de l'obligation d'arbitrage résultant d'une clause compromissoire, c'est par rapport aux parties à l'accord que se décline l'engagement juridictionnel issu d'un traité général d'arbitrage. Dans le premier cas, la référence est matérielle : l'obligation d'arbitrage est davantage arrimée à une certaine situation juridique qu'à la personne des parties ; dans le second cas, par contre, la référence devient personnelle : l'obligation d'arbitrage s'attache aux parties et se détermine par rapport à elles.

Mais au-delà des particularités des différentes catégories de convention d'arbitrage, celles-ci retrouvent une unité quant aux conditions entourant leur formation.

Section 2 – Formation de la convention d'arbitrage

La formation de la convention d'arbitrage obéit à un certain nombre d'exigences conditionnant sa validité. Après l'étude des conditions de forme (§ 1), il sera question du contenu de l'acte par lequel les parties matérialisent leur consentement à l'arbitrage (§ 2).

§ 1 – Forme de la convention d'arbitrage

Les conditions de forme imposées à la convention d'arbitrage ne sont guère l'expression d'un formalisme rigoureux. Bien au contraire, le principe demeure le consensualisme et le but des exigences de forme est souvent d'assurer la sécurité juridique en favorisant le consentement éclairé des parties[493]. « *The formal requirements are intended to ensure that the parties actually agreed on arbitration. Consequently questions as to*

492 A. Bucher, P.-Y. Tschanz, *International Arbitration in Switzerland*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1988, p. 49, n° 85.

493 C'est du moins la conclusion d'une étude relative à « la question de savoir si, au regard du droit commun français de l'arbitrage […] et des principales conventions internationales en la matière […], la convention d'arbitrage est un acte consensuel ou un acte formel » (Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, note 24, p. 374, n° 591). Ainsi, si le droit français impose que la convention d'arbitrage interne fasse l'objet d'un écrit (articles 1443 NCPC pour la clause compromissoire et 1449 NCPC pour le compromis), il ne soumet la convention d'arbitrage international à aucune exigence de forme (*Idem*, p. 387, n° 610).

the fulfilment of the form requirements and the necessary consent are often interwoven and treated jointly»[494].

Dans un domaine voisin, celui des conventions d'élection de for, la Cour de Justice des Communautés européennes a maintes fois souligné l'importance des conditions de forme dans l'établissement du consentement donné à la prorogation de compétence[495].

Expression de la volonté des parties de confier le règlement de leurs litiges à des particuliers plutôt qu'aux magistrats, le consentement à l'arbitrage mérite donc une considération sérieuse[496]. Le choix de l'arbitrage s'analyse, en effet, comme une renonciation à un droit constitutionnel garanti à tous, le droit de recourir à la justice étatique[497]. C'est bien ce qui ressort d'un jugement du Tribunal fédéral suisse, selon lequel :

> « le droit constitutionnel (pour la Suisse, cf. article 30 al. 1 Constitution) et le droit conventionnel (cf. article 6 par. 1 CEDH [RS 0.101]) garantissent à toute personne, physique ou morale, le droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal établi par la loi. En concluant une convention d'arbitrage, les parties renoncent à cette garantie. S'agissant de déroger à une garantie de rang constitutionnel, on se gardera d'admettre trop facilement qu'une convention d'arbitrage a été conclue, si ce point est contesté »[498].

---

494 J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *op. cit.*, note 345, p. 130, n° 7-5. Voir aussi G. Kaufmann-Kohler, Th. Schultz, *op. cit.*, note 361, p. 141 : « *The writing requirement imposed for arbitration agreements is intended mainly to record the consent of the parties who commit to arbitrate and thereby waive their right to resort to court proceedings, and to alert these parties to the seriousness of such a commitment and waiver*».

495 CJCE, 14 décembre 1976, *Estasis Salotti di Colzani e Gianmario Colzani*, *Rec. de Jurisp. CJCE*, 1976, p. 1831 ; 24 juin 1981, *Elefanten Schuh*, *Rec. de Jurisp. CJCE*, 1981, p. 1671 ; 11 juillet 1985, *Berghoefer*, *Rec. de Jurisp. CJCE*, 1985, p. 2699, n° 13 ; 11 novembre 1986, *Iveco Fiat*, *Rec. de Jurisp. CJCE*, 1986, p. 3337, n° 6. Cf. F. Schockweiler, « Clauses attributives de juridiction », *in Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe. Actes du Colloque sur l'interprétation de la Convention de Bruxelles par la Cour de Justice européenne dans la perspective de l'espace judiciaire européen*, Luxembourg, les 11 et 12 mars 1991, Butterworths, London, etc., 1993, p. 121-131. Voir aussi les commentaires de H. Gaudemet-Tallon, *Ibidem*, p. 133 et A. L. Diamond, p. 145 ; Ch. Soulard, « Les conditions de forme des clauses attributives de juridiction », *in L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale/The European Judicial Area in Civil and Commercial Matters*, R. Fentiman, A. Nuyts, H. Tagaras et N. Watté (Eds.), Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 57-67.

496 A. Redfern, M. Hunter, *op. cit.*, note 14, p. 5.

497 M. Rubino-Sammartano, *op. cit.*, note 6, p. 28 ; Ch. Jarrosson, *op. cit.*, note 3, p. 15.

498 T.F., 16 octobre 2001, X c. la sentence partielle rendue le 18 avril 2001 par un Tribunal arbitral siégeant à Genève, dans la cause qui oppose la recourante à O (Arrêt non publié).

Pour éviter ou réduire autant que possible les contestations relatives à l'existence ou la validité de l'accord compromissoire, il importe de consigner le consentement dans un document. Même si « la volonté en soi est seule importante et efficace mais, comme fait intérieur et invisible, elle a besoin d'un signe extérieur qui la fasse reconnaître »[499]. En règle générale, un écrit est donc exigé par les différentes législations et la mesure a rarement été jugée restrictive[500]. Bien au contraire, elle est très largement approuvée par la doctrine[501]. En France, les exigences formelles introduites par le décret du 14 mai 1980[502] pour régir la clause compromissoire en matière interne (article 1443 NCPC) ont ainsi été bien accueillies. Jean Robert considère « normal qu'il en intervienne certaines, à partir du moment où, comme on l'a souligné, la clause compromissoire autorise désormais le passage direct à l'arbitrage et entraîne par elle-même (article 1458) l'incompétence des tribunaux étatiques »[503].

Lorsque la loi n'impose aucune condition de forme à la convention d'arbitrage, comme c'est le cas en droit suédois et danois, il peut néanmoins être utile de disposer d'un écrit[504]. En droit français où ce

499 Savigny, *op. cit.*, note 11, p. 262; passage repris dans A. Rieg, *op. cit.*, note 11, p. 127.

500 Dans leur ouvrage, MM. Lew, Mistelis et Kröll préconisent « *the complete abolition of the "in-writing" requirement* », tout en proposant cependant une alternative plus réaliste : « *at least the submission of the issue of formal validity to a substantive rule of international arbitration. In any event, the writing requirement should be interpreted dynamically in the light of modern means of communication* » (*op. cit.*, note 345, p. 132, n° 7-10). Pour M^me^ Coipel-Cordonnier, l'écrit requis par l'article II (2) de la Convention de New York « est jugé trop exigeant au regard des usages du commerce international » (*op. cit.*, note 189, p. 330). Voir aussi N. Kaplan, « Is the Need for Writing as Expressed in the New York Convention and the Model Law Out of Step with Commercial Practice ? », *Arb. Int'l.*, vol. 12, 1996, p. 27, spéc. p. 30 ;

501 Aussi bien, la tendance n'est pas à l'abrogation de l'écrit mais plutôt à sa consécration. Ainsi, si la loi belge admettait la clause compromissoire sans condition de forme, la réforme de 1972 a introduit cette exigence (voir J. Linsmeau, *L'arbitrage volontaire en droit privé belge*, préface de G. Keutgen, Bruylant, Bruxelles, 1991, p. 65, n° 81). Le droit néerlandais a connu la même évolution : expression de la réforme du 2 juillet 1986, l'article 1021 du Code de procédure civile exige désormais un écrit pour la preuve de la convention d'arbitrage (voir P. Sanders, A. J. van den Berg, *The Netherlands Arbitration Act 1986*, Kluwer, The Hague, 1987, n° 5 ad article 1021). De même, avant la réforme du droit de l'arbitrage intervenue en Allemagne avec la loi du 22 décembre 1997, la convention d'arbitrage entre commerçants pouvait se passer de toutes exigences de forme. Pour un cas d'application, voir *Bundesgerichtshof*, 25 mai 1970, *YCA*, vol. II, 1977, p. 237. Pour une tendance inverse, voir la loi néo-zélandaise sur l'arbitrage de 1996 qui a admis les conventions d'arbitrage verbales.

502 Décret 80-354, du 14 mai 1980 régissant l'arbitrage interne et intégré au Livre IV du NCPC, Titres I à IV, articles 1442 à 1491.

503 J. Robert, *op. cit.*, note 5, p. 63, n° 82.

504 J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, note 39, p. 151, n° 183.

libéralisme ne concerne que l'arbitrage international[505], la doctrine estime « … impossible de conseiller et difficile de concevoir que la convention d'arbitrage ne soit pas matérialisée dans un document, quelle que soit la nature de celui-ci »[506].

C'est une mesure de précaution dont il vaut mieux s'entourer. Par conséquent, même lorsque la loi consacre le consensualisme pur dans l'expression du consentement à l'arbitrage[507], « *parties are well advised to be more demanding than the law usually is and to draft their arbitration agreement in a form and with respect to subjects which cannot later give rise to any discussion as to their intention to resort to arbitration* »[508].

Dans les relations interétatiques, empreintes de formalisme et de solennité, on remarque que l'existence d'une convention d'arbitrage est moins fréquemment contestée[509]. C'est donc tout naturellement que cette pratique a été codifiée à l'article premier, paragraphe 2 du Projet de convention sur la procédure arbitrale préparé et adopté par la Commission du Droit international (CDI). En vertu de cette disposition, « l'engagement [d'arbitrage] doit résulter d'un document écrit, quelle que soit la forme du document ». Dans le commentaire officiel il est précisé ce qui suit :

> « le terme "document écrit" n'est même pas réservé à un document auquel, d'une manière ou d'une autre, la signature des parties a été apposée. Il suffirait, par exemple, que les parties acceptent une résolution du Conseil de sécurité qui leur recommande d'avoir recours à l'arbitrage

505 En matière interne, l'article 1443 NCPC exige une clause écrite à peine de nullité et l'article 1449 dispose que le compromis est constaté par écrit. Dans un premier temps, la jurisprudence avait étendu l'application de ces conditions de forme à la convention d'arbitrage international « si le droit français a été déclaré applicable audit arbitrage » (Paris, 1re Ch. D., 17 mai 1995, *Société Trafidi c. société International Spice and Food*, *Rev. arb.*, 1997, p. 90, obs. Y. Derains. L'annotateur avait regretté l'extension de la règle de l'article 1443 à l'arbitrage international soumis à la loi française. Selon M. Derains, « une telle approche est incompatible avec la règle matérielle posée par l'arrêt *Dalico* selon lequel l'existence et l'efficacité d'une clause compromissoire s'apprécie d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique » (*Ibidem*, p. 91). La jurisprudence a, depuis, corrigé le tir : dorénavant en France, la convention d'arbitrage international échappe à toute exigence formelle même lorsque l'arbitrage est soumis à la loi française.

506 J.-M. Jacquet, Ph. Delebecque, S. Corneloup, *op. cit.*, note 165, p. 785, n° 1081.

507 Voir par exemple l'article 1er, paragraphe 2 let. a de la Convention de Genève de 1961. Le droit japonais admet aussi la validité des clauses arbitrales orales (cf. M. Rubino-Sammartano, *op. cit.*, note 6, p. 217).

508 K. P. Berger, *op. cit.*, note 23, p. 119.

509 Très souvent, ce qui est en cause, c'est l'existence d'un différend ou l'applicabilité d'une obligation d'arbitrage au différend en question ; l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage est en revanche difficilement contestable, vu les formalités requises pour la conclusion des traités. Voir l'avis consultatif de la CIJ concernant l'*applicabilité de l'obligation d'arbitrage*, *op. cit.*, note 173.

pour le règlement d'un différend déterminé. En pareil cas, les procès-verbaux officiels des Nations Unies seraient le texte authentique de l'engagement »[510].

D'ailleurs, la règle générale demeure que la convention d'arbitrage doit être passée par écrit (A). Une exigence dont l'intensité varie en fonction de la nature interne ou internationale de la procédure et dans ce dernier cas, il faudra au préalable déterminer le droit applicable à la forme de la convention d'arbitrage (B).

A. L'exigence d'un écrit

Plus que tout autre contrat, la convention d'arbitrage mérite une attention particulière de l'ordre juridique étatique. Son effet dérogatoire à la compétence des tribunaux publics interdit au juge de lui rester indifférent. Quant au législateur, il lui manifeste un grand intérêt : en principe, il requiert des parties qu'elles matérialisent leur consentement dans un écrit. C'est une exigence commune aux lois[511] et aux conventions internationales régissant l'arbitrage[512]. Toutefois, s'il est possible de faire état d'un large consensus en faveur du caractère écrit de la convention d'arbitrage, les différentes réglementations ne s'accordent ni sur la notion d'écrit (1), ni sur sa valeur (2).

1. Signification de l'écrit

Convenons avec MM. Poudret et Besson que la forme écrite que doit revêtir la convention d'arbitrage n'est « pas toujours entendue exactement de la même façon, même si l'article II de la Convention de New York a exercé une influence unificatrice indéniable »[513]. Aux termes du paragraphe 2 dudit article, la « convention écrite » que chacun des États contractants doit reconnaître conformément au

---

510 *Commentaire sur le Projet de convention sur la procédure arbitrale op. cit.*, note 322, p.12.

511 Voir, en droit français, les articles 1443, 1449 et 1499 NCPC ; en droit suisse, les articles 6 CIA et 178, al. 1 LDIP. Voir aussi l'article 7, al. 2 de la loi-type de la CNUDCI, inspiré de l'article II de la Convention de New York et qui sert à son tour de modèle à beaucoup de législations nationales. Pour une analyse plus détaillée du droit de certains pays européens, voir J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, note 39, p. 159 et s.

512 Convention de New York de 1958 (article II, alinéas. 1 et 2), Convention de Genève de 1961 (article I, al. 2 (a)) ; Convention de Washington de 1965 (article 25, al. 1).

513 J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, note 39, p. 151, n° 183. Dans le même sens, il a été remarqué que « *Despite significant harmonisation, national laws differ considerably as to what satisfies the requirement of a written agreement* » (J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *op. cit.*, note 345, p. 133, n° 7-11). Voir aussi A. J. van den Berg, *The New York Convention of 1958*, Kluwer, La Haye, 1981, p. 173.

paragraphe 1, s'entend d'une « clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes ». Cette disposition pourrait prêter à discussion dans le cas de la clause compromissoire. On peut en effet se demander s'il faut une signature spéciale pour la clause compromissoire ou si, pour tout le contrat, une seule signature suffit[514].

Intervenue trois ans plus tard, la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international lève toute ambiguïté sur ce sujet : il n'est pas exigé que la clause compromissoire fasse l'objet d'une acceptation spécifique[515]. Il suffit que le contrat qui la contient soit signé par les parties[516]. En effet, tout en reprenant la définition de l'écrit donnée par la Convention de 1958, l'article 1er, paragraphe 2, (a), de la Convention de 1961 parle de « contrat ou compromis signés par les parties… ». Elle reconnaît par ailleurs la convention établie au moyen de « communications par téléscripteur » et admet les conventions d'arbitrage verbales « dans les rapports entre pays dont les lois n'imposent pas la forme écrite à la convention d'arbitrage »[517].

La loi-type de la CNUDCI de 1985 consolide ces acquis et intègre les avancées technologiques[518]. Sans reprendre la distinction entre clause compromissoire et compromis, l'article 7, paragraphe 2 de la loi exige la forme écrite pour la convention d'arbitrage et précise que cette condition est remplie si la convention « est consignée dans un document signé par les parties ou dans un échange de lettres, de communications télex, de télégrammes ou de tout autre moyen de télécommunications qui en atteste l'existence, ou encore dans l'échange d'une conclusion en demande et d'une conclusion en

514 La jurisprudence a consacré une interprétation libérale, qui n'exige qu'une seule signature, celle du contrat. Cf. D. Hascher, « European Convention on International Commercial Arbitration of 1961. Commentary », *YCA*, vol. XVII, 1992, p. 711-746, spéc. p. 720, n° 19.

515 Il a été jugé que la forme écrite de la convention d'arbitrage n'implique ni que chaque page du document contractuel soit paraphé, ni l'acceptation spécifique de la clause arbitrale. Cf. Paris, 26 juin 1987, *Sté Entreprise Guy Broussail c. Sté Marbrerie de Bel Air et al.*, *Rev. arb.*, 1990, p. 905.

516 La Cour d'appel de Paris a même admis la validité d'une clause arbitrale insérée dans un contrat non signé par les parties : « Il importe peu que, comme il est d'usage dans le négoce du blé, aucune des parties n'ait signé le contrat, dès lors que la demanderesse ne conteste pas qu'il a été « passé par les parties », qu'elle l'a exécuté au moins partiellement et qu'elle s'en prévaut elle-même dans ses actes de procédure » (Paris (1re Ch. C.), 8 juin 1995, *Sarl Centro Stoccaggio Grani c. société Granit*, *Rev. arb.*, 1997, p. 89, Obs. Y. Derains.

517 Pour des cas d'application, voir D. Hascher, *op. cit.*, note 514, p. 721, n° 23.

518 La jurisprudence a validé la convention d'arbitrage passée par télex ou par fax, voir J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, note 39, p. 157 (note 158).

réponse dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre… »[519].

De l'ensemble de ces dispositions, il résulte que la forme écrite est satisfaite chaque fois que la convention d'arbitrage bénéficie d'un support documentaire signé par les parties. En revanche, lorsque l'accord des parties en vue de recourir à l'arbitrage ne ressort pas d'un document unique, l'exigence de signature est remplacée par la circulation des documents entre les parties. « Les documents échangés n'ont donc pas besoin d'être signés, même s'il s'agit de lettres »[520]. L'essentiel est que ces documents permettent d'identifier les parties tout en exprimant clairement leur consentement à l'arbitrage.

Le droit allemand admet, en plus de la forme qu'il vise à l'article 1031 (1) ZPO (document signé par les parties ou échange de lettres ou de tout autre moyen de communication probant), la convention d'arbitrage « consignée dans un document qui a été transmis par une partie à l'autre ou par un tiers aux deux parties, et qui vaut, conformément aux usages admis dans les rapports d'affaires, convention au cas où une objection n'intervient pas en temps utile »[521].

Par ailleurs, la notion d'écrit s'entend de manière large. « L'écrit n'est plus exclusivement un instrument lié au support papier »[522]. L'article 178, al. 1 de la LDIP suisse vise toute convention « passée par écrit, télégramme, télex, télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par un texte ». Très libéral, ce régime ignore l'exigence de signature prescrite en matière interne par l'article 6 du Concordat de 1969[523]. La doctrine parle de

---

519 Pour un commentaire de la loi-type, voir, entre autres : G. Herrmann, « The UNCITRAL Model Law – its Background, Salients Features and Purposes », *Arb. Int'l.*, 1985, p. 6-29 ; S. Jarvin, « La loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.*, 1986, p. 509-527 ; Ph. Fouchard, « La loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international », *JDI*, 1987, p. 861-885 ; H. M. Holtzmann, J. E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Kluwer, etc., Deventer, etc., 1989 (réédition en 1995) ; A. Broches, *Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Kluwer, etc., Deventer, etc., 1990.

520 J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, note 39, p. 157, n° 188.

521 Article 1031, par. 2 *ZPO* allemand. Texte en français *in Rev. arb.*, 1998, p. 441 (traduction de M. Lehmann) ; P. Schlosser, « La nouvelle législation allemande sur l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1998, p. 291.

522 M. K. Charfeddine, « L'écrit, une preuve à l'épreuve », *in Le contrat au début du XXIe siècle, Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 217-234, spéc. p. 221, n° 8.

523 Même en ce qui concerne l'arbitrage concordataire, la tendance est à la simplification et à la levée de l'exigence de signature. L'article 358 du CPC suisse (19/12/08) dispose à cet effet que la « convention d'arbitrage est passée en la

« forme écrite simplifiée »[524]. En outre, le texte législatif est rédigé de telle sorte qu'il intègre les progrès enregistrés et ceux qui sont attendus dans le domaine de la communication électronique[525]. Il suffit que l'engagement d'arbitrage figure « sur un support pouvant être reproduit par écrit et attestant l'acceptation réciproque du texte par les parties »[526]. C'est dire donc qu'une convention d'arbitrage conclue par courrier électronique devrait satisfaire aux exigences formelles de l'article 178, al. 1 de la loi[527].

Pour sa part, le droit anglais maintient l'exigence d'un écrit (Section 5 (1), mais définit si largement le concept que certains en ont conclu qu'il « étend paradoxalement la forme écrite à un accord oral »[528]. En effet, aux termes de la Section 5 (2) de la loi anglaise sur l'arbitrage (*Arbitration Act*, 1996), « *There is an agreement in writing: if the agreement is made in writing (whether or not it is signed by the parties); if the agreement is made by exchange of communications in writing; or if the agreement is evidenced in writing* ».

La Section 5 (4) ajoute que « *an agreement is evidenced in writing if an agreement made otherwise than in writing is recorded by one of the parties, or by a third party, with the authority of the parties to the agreement* »[529].

---

forme écrite ou par tout autre moyen de communication permettant d'en établir la preuve par un texte » (sur : http://www.admin.ch/ch/f/ff/2009/21.pdf ; état du 10/03/10).

524 P. Lalive, J.-F. Poudret, Cl. Reymond, *op. cit.*, note 180, p. 319, n° 11 *ad* article 178 ; J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, note 39, p. 161, n° 193 ; A. Rigozzi, *op. cit.*, note 224, p. 413, n° 790.

525 A. Bucher, A. Bonomi, *Droit international privé*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, Genève, Munich, 2001, p. 325, n° 1243.

526 B. Dutoit, *Droit international privé suisse. Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 4e éd., Helbing & Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2005, p. 626, n° 3 à 6.

527 G. Kaufmann-Kohler, Th. Schultz, *op. cit.*, note 361, p. 140. Ces auteurs élargissent le fondement de cette conclusion qui repose sur « *the principle of functional equivalence* ». En vertu de ce celui-ci, « *if a data message fulfils the same function as a paper document, it should be recognized as equivalent* ». Voir notamment l'article 5 de la Loi-type de la CNUDCI sur le commerce électronique : http://daccess-dds-ny.un.org/doc. UNDOC. GEN/N97/763/58/PDF/N9776358.pdf?OpenElement (état du 10/03/10).

528 J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, note 39, p. 151, n° 183. *Contra*, K. Tweeddale, A. Tweeddale, *A practical approach to Arbitration Law*, Blackstone Press Limited, London, 1999, p. 7 : « *Oral agreements to refer matters to arbitration are still outside the scope of the statute governing arbitration, which is now the Arbitration Act 1996* ». Néanmoins, ces auteurs considèrent que l'oralité d'une convention d'arbitrage n'en est pas une cause de nullité. Elle demeure valable en *Common law*, même si l'*Arbitration Act* ne lui est pas applicable (*Ibidem*, p. 20, se référant à la loi de 1950).

529 Bien avant la loi de 1996, la jurisprudence anglaise s'est montrée particulièrement libérale dans son appréciation de la forme de la convention d'arbitrage. Voir l'interprétation de la Section 7(1) de l'Arbitration Act 1975, notamment dans l'affaire *Zambia Steel & Building Supplies Ltd. c. James Clark & Eaton Ltd*, *Lloyd's Report*, 1986, vol. 2, p. 225. Voir aussi la note critique de F. A. Mann, « An "Agreement in Writing" to Arbitrate », *Arb. Int'l.*, 1987, p. 171-172.

Cette approche très libérale de la forme de la convention d'arbitrage n'a pas manqué d'influencer la valeur juridique de l'écrit.

2. Valeur juridique de l'écrit

Le principe du caractère écrit de la convention d'arbitrage est très largement reçu. Mais quelle valeur juridique attribue-t-on à l'écrit dans les différents systèmes juridiques qui le consacrent ? S'agit-il d'une règle de validité de la convention d'arbitrage, ou simplement d'un moyen de preuve de son existence ? Enfin, quelle sanction attache-t-on à l'inobservation des exigences formelles ?

Ce sont là autant de paramètres à prendre en considération dans la détermination de la valeur juridique de l'écrit. Dans cette perspective, on observera que les solutions retenues par les différentes normes sont très variables. Elles varient d'un système juridique à un autre et à l'intérieur d'un même ordre juridique, en fonction du caractère interne ou international de la procédure et suivant le type de convention d'arbitrage envisagé. Ainsi, tout en libérant la convention d'arbitrage international de toute condition de forme, le droit français fait de l'écrit une condition de validité de la clause compromissoire stipulée en matière interne, alors que pour le compromis, l'écrit a seulement une valeur de preuve. Tandis que « la clause compromissoire doit, à peine de nullité, être stipulée par écrit » (article 1443 NCPC), « le compromis est constaté par écrit » (article 1449 NCPC)[530].

De telles subtilités peuvent parfois être source de complications. Aussi le législateur néerlandais a-t-il décidé de les ignorer pour généraliser le régime libéral qu'il consacre à la forme de la convention d'arbitrage. Aux termes de l'article 1021 du Code de procédure civile des Pays-Bas, « La preuve de la convention d'arbitrage est fournie par écrit. À cet effet, il suffit d'un document écrit prévoyant l'arbitrage, ou se référant à des conditions générales prévoyant l'arbitrage, si ce document a été expressément ou tacitement accepté par l'autre partie ou en son nom »[531].

Cette disposition, qui fait de l'écrit un simple moyen de preuve de la convention d'arbitrage, en facilite la conclusion, notamment en limitant l'exigence de la preuve écrite à l'offre d'arbitrage.

530 En ce sens, Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, note 24, p. 384, n° 607-608. Quant à Jean Robert, il semble n'avoir envisagé l'écrit qu'au titre de la preuve de la clause arbitrale : « Les exigences de la législation quant à la forme de la clause compromissoire sont aujourd'hui de deux ordres, les unes quant au mode de preuve, les autres quant au contenu minimum de la clause » (*op. cit.*, note 5, p. 63, n° 82). S'il reconnaît, par ailleurs, que « l'exigence de forme se traduit dans l'article 1443, essentiellement par la nécessité d'un écrit, à peine de nullité de la clause », il se réfère, quelques lignes plus bas, à « l'exigence d'un écrit pour la preuve de la clause compromissoire » (*Ibidem*, p. 63, n° 83).

531 P. Sanders, A. van den Berg, *op. cit.*, note 501 ; J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, note 39, p. 1080.

L'acceptation peut, quant à elle, être orale et même tacite. « Il suffit donc qu'un document émanant de l'une des parties, par exemple une confirmation de commande mentionnant une clause arbitrale, soit acceptée tacitement par le destinataire, par exemple qui ne réagit pas ou qui exécute le contrat, pour que cette convention soit valable »[532].

La valeur juridique de l'écrit ne ressort pas toujours très clairement du texte qui exige que la convention d'arbitrage fasse l'objet d'un écrit. Il arrive qu'une disposition soit interprétée différemment par les auteurs qui cherchent à déterminer à quel titre elle requiert l'écrit. Ainsi, si certains considèrent que « *the formal prerequisites in the New York Convention and in Dutch, French and Italian law are considered to be evidentiary requirements* »[533], d'autres classent la Convention de New York parmi les normes qui font de l'écrit une condition de validité de la convention d'arbitrage[534].

On peut noter les mêmes divergences d'interprétation à propos de l'article 178, al. 1 de la LDIP suisse qui dispose que : « Quant à la forme, la convention d'arbitrage est *valable* si elle est passée par écrit, télégramme, télex, télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la *preuve* par un texte »[535]. Quelle valeur juridique attribuer à l'écrit exigé par cette disposition ? S'agit-il d'une condition de validité de la convention d'arbitrage ou simplement d'un moyen permettant de certifier son existence ?

Si des auteurs français ont cité cette disposition parmi celles qui « précisent expressément que l'écrit n'est exigé qu'*ad probationem* »[536], la doctrine suisse s'est majoritairement prononcée en sens contraire[537]. « En précisant que la convention d'arbitrage « est *valable* si elle est passée par écrit […] », l'article 178 al. 1 LDIP fait clairement de l'exigence de forme une *condition de validité de la convention d'arbitrage* »[538]. Quant à la jurisprudence du Tribunal fédéral, elle se réfère à « la validité formelle de la convention d'arbitrage litigieuse » qu'elle apprécie, lorsque le siège de l'arbitrage se trouve en Suisse, en application de l'article 178, al. 1 LDIP, plutôt que de la soumettre aux exigences plus strictes de l'article II, al. 2 de la Convention de New York[539].

---

532 J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, note 39, p. 173-174, n° 208.

533 W. Wenger, « Art. 178 », *in International Arbitration in Switzerland. An Introduction to and Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute*, S. Berti (ed.), Kluwer, The Hague, 2000, p. 327-360, spéc. p. 332, n° 7.

534 J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, note 39, p. 152, n° 183.

535 Nous soulignons.

536 Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, note 24, p. 383, n° 606.

537 P. Lalive, J.-F. Poudret, Cl. Reymond, *op. cit.*, note 180, p. 315, n° 5, ad. Article 178 ; J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, note 39, p. 161, n° 193.

538 A. Rigozzi, *op. cit.*, note 224, p. 412, n° 788. Dans le même sens, un auteur écrit : « *Despite the mention in the statute of the evidentiary function of form, adherence thereto is – as is clear form the French version of the law ("…valuable si…")* – a prerquisite of validity » (W. Wenger, *op. cit.*, note 533, p. 332, n° 7).

539 T.F., 31 octobre 1996, *Nagel c. FEI* consid. 3, *op. cit.*, note 373, p. 580.

Quelle que soit la valeur juridique attribuée à l'écrit, les parties peuvent s'en dispenser si, après la survenance du litige, elles sont disposées à recourir à l'arbitrage comme elles l'étaient au moment de la conclusion de la clause arbitrale. Le risque lié à l'inobservation des conditions de forme se manifeste surtout dans l'éventualité d'une contestation de l'accord d'arbitrage par l'une des parties. Autrement, « le défaut de forme est couvert par la défense sur le fond », nous rappelle l'article 1031 (6) du Code de procédure civile allemand. Faut-il en déduire, à l'instar de MM. Poudret et Besson, que « la différence pratique entre ces deux conceptions [l'écrit comme condition de validité ou comme moyen de preuve de la convention d'arbitrage] est mince »[540] ?

Nous ne le pensons pas, car, d'une part, s'il est possible de couvrir tout vice de forme par la comparution suivie d'une défense sur le fond, l'effet d'un tel comportement déborde le cadre strictement formel et peut suppléer même à l'absence totale de convention d'arbitrage. D'autre part, lorsque la forme écrite est prescrite comme une condition de validité de la convention d'arbitrage, une partie peut se retrancher derrière cette exigence légale pour répudier un engagement d'arbitrage conclu verbalement. En effet, « *when the written form is required, its absence cannot be compensated by evidence from witnesses that the clause was entered into* »[541]. En revanche, la partie en cause perd toute échappatoire lorsque l'écrit n'est institué que comme un moyen de preuve, parmi d'autres, de l'existence de la convention d'arbitrage. Dans ce cas il suffira, pour la maintenir liée par sa parole, que la preuve de la convention puisse être rapportée[542].

---

540 Ces auteurs restent affirmatifs. « S'il s'agit d'une exigence de preuve, on peut évidemment y suppléer par l'aveu. Tel est en particulier le cas lorsque le défendeur à l'arbitrage procède sur la demande sans contester l'existence d'une convention, comme le prévoient notamment la loi-type et la nouvelle loi grecque de 1999. Mais il n'en va pas différemment s'il s'agit d'une condition de validité puisque, nous le verrons, la partie qui procède sur le fond est déchue du droit de contester la compétence des arbitres ou censée avoir par là même accepté celle-ci » (J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, note 39, p. 152, n° 183).

541 M. Rubino-Sammartano, *op. cit.*, note 6, p. 208.

542 Une particularité du droit autrichien est à signaler à ce niveau : voir notamment la jurisprudence de la Cour suprême autrichienne (*Oberster Gerichtshof*) du 11septembre 1957 et du 27 février 2001 dans le *Jurististische Blätter* de 1957, p. 623 et de 2001, p. 728. Ce fondement a permis à M. Liebscher d'écrire : « *A lack of form cannot be cured by the (partial) performance of the arbitration agreement or by participating in the arbitral proceedings without raising an objection. The supreme Court held that such lack of form could not be cured tacitly or otherwise informally* » (Ch. Liebscher, *The Healthy Award, Challenge in International Commercial Arbitration*, (International Law Library), Kluwer Law International, The Hague, 2003, p. 367). Cette singularité n'a semble-t-il pas d'avenir, le projet de réforme de la loi autrichienne ayant stipulé, dans son article 583 par. 6, que « *Any non-compliance with the form requirements of the arbitration agreement shall be cured by entering into*

C'est d'ailleurs pour éviter que les exigences formelles ne deviennent une prime à la mauvaise foi, que de plus en plus d'auteurs s'élèvent contre les restrictions liées à la forme écrite de la convention d'arbitrage. S'il est toujours utile de disposer d'un écrit pour prouver l'existence de la convention, il a été justement remarqué que « *strict form requirements can defeat an agreement to arbitrate, the existence of which is beyond doubt* »[543]. Lorsque la forme écrite est prescrite, à peine de nullité de la convention d'arbitrage, l'inobservation de cette condition peut permettre à une partie de mauvaise foi d'échapper à l'arbitrage convenu. On convient, par conséquent que « *form requirements do not necessarily promote legal certainty ; they are often the source of additional disputes* »[544].

En conclusion, des règles de forme strictes peuvent encore avoir un rôle à jouer, notamment celui de la protection de certaines parties réputées peu expérimentées et qui seraient bien surprises de se voir opposer une clause arbitrale stipulée par leur cocontractant à leur insu. C'est pour prévenir une telle méprise que la loi allemande dispose que :

> « La convention d'arbitrage, dont l'une des parties est un consommateur, doit être consignée dans un document signé par chacune des parties de sa propre main. Le document ne doit contenir que des stipulations relatives à l'arbitrage, à moins qu'il ne s'agisse d'un contrat notarié. Est consommateur une personne qui conclut le contrat litigieux pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle »[545].

À travers la forme de l'acte, ces exigences supplémentaires cherchent à assurer que le consommateur a non seulement eu connaissance de la clause d'arbitrage figurant dans le contrat mais surtout qu'il l'a bien acceptée. Mais en dehors de ces situations, il n'est plus justifié de subordonner la validité d'une convention d'arbitrage au respect d'une forme particulière. « *If a merchant may orally undertake to supply goods worth millions of dollars, there is hardly any reason (except an historical one) for requiring written form for what may be viewed as an ancillary clause which, in addition, is unlikely ever to become relevant* »[546]. Fort du libéralisme qui caractérise les législations modernes sur l'arbitrage et l'effet d'entraînement qu'elles peuvent avoir sur des systèmes plus conservateurs, l'auteur des lignes citées espère que « …*we might well*

---

argument on the dispute in the arbitral proceedings, provided that no objection is made to the non-compliance before, or at least when entering into argument on the dispute » (voir le texte *Ibidem*, p. 451-467, spéc. p. 453).

543 J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *op. cit.*, note 345, p. 131, n° 7-8.

544 *Ibidem*, p. 132, n° 7-9.

545 *ZPO*, article 1031, par. 5.

546 G. Herrmann, *op. cit.*, note 316, p. 46.

see one day the written form disappear as a requirement, although it would always remain as an advisable means of enhancing certainty and proof»[547].

Quelle que soit la position de la loi sur la question de la forme de la convention d'arbitrage, un écrit est toujours utile. Il prouve l'existence de la convention et prévient bien des conflits sur ce point. Quoi qu'il en soit, la multiplicité des sources de droit et la diversité de leurs contenus quant aux exigences formelles amènent à s'intéresser à la manière dont les différentes règles s'articulent pour régir les situations internationales.

B. Droit applicable à la forme de la convention d'arbitrage[548]

La question du droit applicable à la forme de la convention d'arbitrage est susceptible de se poser tant devant l'arbitre que devant le juge. Conformément à la thèse défendue ici, seul le premier devrait s'y confronter directement, dans la phase de mise en œuvre de la convention d'arbitrage (1).

Le juge devra, quant à lui, attendre la reddition de la sentence et c'est seulement par le biais du contrôle exercé sur celle-ci qu'il pourra approfondir l'examen de la question. En effet, s'il est confronté à une exception d'arbitrage ou s'il est invité à prêter son concours à la constitution d'un tribunal arbitral, le juge devra, idéalement, se limiter à constater l'existence *prima facie* de la convention d'arbitrage, ce qui exclut la possibilité d'un examen approfondi de sa validité formelle (2).

Dans cette mesure, on peut approuver M. Wenger, lorsqu'il écrit : « *a formally invalid agreement to arbitrate is however more than no agreement to arbitrate at all. It can serve as a basis for the constitution of an arbitral tribunal…* »[549].

Une fois le tribunal arbitral constitué et saisi du différend, la validité formelle de la convention d'arbitrage pourra être mise en cause devant lui. Quelles règles devra-t-il appliquer pour en décider ?

---

547 *Ibidem*.

548 J.-F. Poudret, G. Cottier, « Remarques sur l'application de l'art. II de la Convention de New York », *Bull. ASA*, 1995, p. 383-393 ; R. Hill, « Formal Requirements for Arbitration Agreements : Does a US District Court Judgement Open Pandora's Box ? » *Bull. ASA*, 1997, p. 523-533 ; P. Friedland, « US Courts' Misapplication of the "Agreement in Writing" Requirement for Enforcement of an Arbitration Agreement under the New York Convention », *Mealey's Int'l. Arb. Rep.*, vol. 15, n° 5, 1998, p. 21 ; J. D. M. Lew, « The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause », *in Improving the Efficiency of Arbitration and Awards : 40 Years of Application of the New York Convention*, *ICCA Congress Series*, n° 9, 1999, p. 114-145 ; G. A. Alvarez, « Article II (2) of the New York Convention and the Courts », *Ibidem*, p. 67-81.

549 W. Wenger, *op. cit.*, note 533, p. 338, n° 20.

1. Devant l'arbitre

Investi par les parties, l'arbitre doit s'employer, avant tout, à identifier puis à donner effet à leur volonté commune dont il tire son existence et son pouvoir de juger. « L'*ultima ratio* du choix des règles à appliquer se trouve pour lui dans la volonté des parties »[550]. Par conséquent, dès qu'il aura acquis la certitude qu'elles sont convenues de recourir à ses services, il devra se reconnaître compétent et trancher le litige, sans s'arrêter sur des règles de forme qu'elles auraient transgressées. Le souci de rendre une sentence « susceptible de sanction légale »[551] doit, certes, le préoccuper, mais pas au point de le départir de sa mission. Il lui est donc loisible d'appliquer le droit le plus favorable à l'accomplissement de son office[552].

Ainsi devra-t-il retenir la validité formelle de la convention d'arbitrage sur la base de sa conformité aux conditions posées par une des lois susceptibles de la régir : loi d'autonomie, loi du siège de l'arbitrage, loi du lieu de conclusion de la convention, lois nationales ou de résidence des parties[553]. Il pourra même se satisfaire de la conformité de la convention d'arbitrage aux exigences formelles d'une loi désignée par des sources non étatiques, comme le règlement d'arbitrage applicable à la procédure[554]. Il a par ailleurs été suggéré que

---

550 P. Mayer, « Le mythe de "l'ordre juridique de base" (ou *Grundlegung*) », *in Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à B. Goldman*, Litec, Paris, 1982, p. 199-216, spéc. p. 215.

551 Arts. 13 (h) et 26, *Règlement d'arbitrage* de la CCI de 1988 ; article 35 dans la version de 1998. Cf. M. Platte, « An Arbitrator Duty to Render Enforceable Awards » *J. Int'l. Arb.*, 2003, vol. 20, p. 307-313.

552 « *Although it is reasonable for an arbitrator to apply the mandatory rules of the law of the seat in those cases where the arbitrator can be seen simply as a substitute for the local courts, in international situations the arbitrator takes the place of all the courts which might have had jurisdiction to determine the dispute in the absence of the arbitration agreement. It is perfectly possible that, had the parties not agreed to arbitration, the dispute could not have been litigated in the country chosen as the seat of arbitration. Logically, it would follow that, except in cases where the dispute has a close connection with the seat of arbitration, an arbitrator should not be regarded as being under a legal obligation to apply the mandatory rules of the law of the seat, but should be limited only by international public policy. In practice, however, the arbitrator ignores mandatory rules of the law of the seat at his peril* » (J. Hill, *op. cit.*, note 399, p. 664).

553 « *One interpretation giving the widest possible effect to the contractual stipulation of arbitration, would be for the arbitrator to accept the agreement to arbitrate if the dispute is "capable of settlement by arbitration" under any relevant law* » (L. Craig, W. Park, J. Paulsson, *op. cit.*, note 488, p. 57).

554 En règle générale, les règlements d'arbitrage ne contiennent pas de dispositions sur le droit applicable à la convention d'arbitrage. L'article 59 c) du Règlement du Centre d'arbitrage de l'OMPI (1994) fait exception à cette règle en disposant comme suit : « Une convention d'arbitrage est considérée comme valide lorsqu'elle répond aux conditions de forme, d'existence, de validité et d'application du droit ou des règles de droit applicables conformément à l'alinéa a) [droit régissant le fond du litige] ou de la loi applicable conformément à l'alinéa b) [droit régissant la procédure arbitrale] ». Voir, C. A. Laturno, « International

l'arbitre international s'appuie sur la grande liberté dont il jouit dans le choix des normes applicables « pour soumettre la "formation" de la convention d'arbitrage non plus à des règles de conflit mais à des règles matérielles »[555]. La même opinion avait été exprimée, quelques années auparavant, par M. van Houtte :

> « *It even may be that arbitrators, who want to uphold an arbitration clause, do not assess the validity of the arbitration clause on the basis of the proper law of the contract or of the law which would govern the arbitration proceedings, but on the basis of the general principles of law and good faith* »[556].

Alors même qu'il n'est pas directement lié par la règle matérielle de l'article II (2) de la Convention de New York[557], l'arbitre devra néanmoins en tenir compte, autant que possible. D'une manière

---

Arbitration of the Creative : A Look at the World Intellectual Property Organization's New Arbitration Rules », *Transnational Law*, 1996, vol. 9, p. 357. En jurisprudence, un tribunal arbitral statuant sous l'égide de la CCI s'est fondé sur l'article 13 (3) du Règlement de cette institution (version 1988) pour déterminer la règle de conflit qu'il juge la plus appropriée pour régir la validité formelle de la convention d'arbitrage. Sentence intérimaire rendue en 1994 dans l'affaire CCI n° 7373, cf. H. A. Grigera Naón, « Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration », *RCADI*, 2001, tome 289, p. 70 et s.

555 N. Coipel-Cordonnier, *op. cit.*, note 189, p. 354, n° 359.

556 H. van Houtte, *The Law of International Trade*, Sweet & Maxwell, London, 1995, p. 387. Pour l'identification de ces règles et principes généraux, voir M. Scherer, « The Recognition of Transnational Substantive Rules by Courts in Arbitral Matters », *in Towards a Uniform International Arbitration Law ?*, A.-V. Schaepfer, Ph. Pinsolle & L. Degos (Eds.), IAI Series on International Arbitration, n° 3, E. Gaillard (General Ed.), Jurish Publishing, New York, Staempfli, Berne, 2005, p. 91-121, spéc. p. 105-110. Pour des cas d'application (la portée et les effets de la convention d'arbitrage furent appréciés sur la base de l'intention des parties et des usages du commerce international), voir la sentence rendue à Copenhague le 14 janvier 1982 dans l'affaire *Elf Aquitaine Iran*, *op. cit.*, note 96 ; Ph. Fouchard, « L'arbitrage Elf Aquitaine Iran c. National Iranian Company : une nouvelle contribution au droit international de l'arbitrage », *Rev. arb., 1984*, p. 333, et s. ; Sentence CCI n° 4131, *Isover St. Gobain c. Dow Chemical France et al.*, *JDI*, 1983, p. 899, obs. Y. Derains ; *YCA*, 1984 (vol. IX), p. 131. La sentence fut confirmée par la Cour d'appel de Paris par arrêt du 21 octobre 1983 publié dans *Rev. arb.*, 1984, p. 98, note A. Chapelle. Sur les limites d'une telle approche, notamment quant au droit qui confère à la volonté des parties sa force obligatoire, voir P. Mayer, *op. cit.*, note 190, p. 386, n° 59 et s. Voir aussi l'appel à la prudence de MM. Craig, Park et Paulsson, qui recommandent la prise en compte du droit étatique, en tout cas celui du siège, (*op. cit.*, note 488, p. 74).

557 « Les conventions s'adressent aux États. Les règles posées par celles de New York et de Genève sont expressément destinées aux juges étatiques. Il peut être bon que l'arbitre s'en inspire, mais il n'y est pas tenu » (P. Mayer, *op. cit.*, note 190, p. 399, n° 75). *Idem*, « L'application par l'arbitre des conventions internationales de droit privé », *in L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, Paris, 1994, p. 275-291, spéc. p. 278. En sens contraire, A. J. van

générale, il s'efforcera de démontrer la conformité de la solution qu'il retient aux différents systèmes de normes pertinents pour la résolution de l'affaire qui lui est soumise. Et le professeur Lalive de remarquer que « l'arbitre international prudent pratique, et doit pratiquer beaucoup plus que le juge étatique, le système du cumul des motivations parce que, contrairement au juge étatique, il n'a aucune force derrière lui et qu'il doit persuader les parties »[558]. De cette manière, il peut espérer rallier la partie contestataire, et à défaut, la reconnaissance et l'exécution de sa sentence devant le juge étatique n'en seront que plus facilitées.

Cela étant, il convient d'insister sur le caractère alternatif des différents rattachements cités plus haut. Il suffit que la convention d'arbitrage puisse répondre aux exigences formelles de l'une des normes susceptibles de lui être appliquées. Ainsi, l'éventualité d'un refus de reconnaissance qui serait dû à l'inobservation des exigences de l'article II (2) de la Convention de New York ne doit pas empêcher l'arbitre de conclure à la validité formelle de la clause arbitrale en application de la loi du siège, lorsque les conditions posées par cette dernière sont moins strictes[559]. Qu'en est-il lorsqu'elles sont plus strictes ? L'arbitre doit-il tout de même s'incliner devant les dispositions restrictives du siège de l'arbitrage, de crainte de voir sa sentence annulée ?

---

den Berg, « Should an International Arbitrator Apply the New York Arbitration Convention of 1958 ? » *in The Art of Arbitration, Liber Amicorum Pieter Sanders*, Kluwer, Deventer, 1982, p. 39, et s.

558 P. Lalive, Intervention aux débats, dans *Trav. Com. fr. DIP* (1993-1994), p. 39 ; plus réservé est le professeur Jacquet, qui voit dans le système du cumul des motivations une « arme à double tranchant parce que la volonté de persuasion dans les décisions de justice peut aller contre la netteté de la solution » (J.-M. Jacquet, « L'incorporation de la loi dans le contrat », *Trav. Com. fr. DIP* (1993-1994), p. 41).

559 En ce sens, J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *op. cit.*, note 345, p. 117, n° 6-48. Toutefois, si l'État du siège est partie à la Convention de New York, il faudra élucider la question de savoir si sa loi peut être moins stricte sur la forme de la convention d'arbitrage que beaucoup considèrent réglée par une règle matérielle uniforme, à l'article II (2) de la Convention (A. J. van den Berg, « The New York Convention : its Intended Effects, its Interpretation, Salient Problem Areas » *in The New York Convention of 1958, ASA Spcial Series, n° 9*, August 1996, p. 25-45, spéc. p. 44 ; *Idem*, « The New York Convention : Summary of Court Decisions », *Ibidem*, p. 46-99, spéc. p. 61 ; A. Bucher, *op. cit.*, note 39, p. 47, n°117. La question du droit applicable à la forme de la convention d'arbitrage au stade de l'exequatur d'une sentence relevant de la Convention de New York n'est pas claire. Si certains estiment que le droit désigné par l'article V (1) (a) s'applique (loi d'autonomie, à défaut loi du siège), d'autres récusent cette possibilité. « *It should be noted that matters regarding the form of the arbitration agreement are not to be determined under the law governing the arbitration agreement [Art. V (1) (a)] but under the uniform rule of Art. II(2) (which is most often invoked under Art. V(1)(a))* » (A. J. van den Berg, « The New York Convention : Summary of Court Decisions », *op. cit.*, p. 83).

Pour MM. Poudret et Besson, « il ne fait pas de doute […] que s'il ne peut concilier ces exigences, l'arbitre doit accorder la priorité à celle du droit du siège et ainsi éviter l'annulation de sa sentence, qui en compromettrait de toute manière l'exécution dans la plupart des pays »[560].

Nous devons observer que le fait pour l'arbitre de retenir la validité formelle de la convention d'arbitrage sur la base d'une autre loi que celle du siège ne conduit pas forcément à l'annulation de sa sentence. Le résultat du contrôle dépend en fait du droit que le juge du siège décidera d'appliquer. Et même s'il appliquait son propre droit et que la sentence venait effectivement à être annulée, cette décision ne suffirait pas toujours à anéantir la sentence. « De toute façon la sentence, une fois rendue, échappe au pouvoir exclusif de l'État local, pour tomber sous celui des divers pays dans lesquels son exécution ou sa reconnaissance sont réclamées »[561]. Et l'on sait que des sentences annulées dans l'État du siège ont pu être reconnues ailleurs[562].

2. Devant le juge

Devant le juge, la question du droit applicable à la forme de la convention d'arbitrage peut paraître plus simple[563]. En effet, les conflits de lois sont progressivement supplantés par des normes substantielles élaborées pour les besoins spécifiques des situations internationales. Ces normes prennent source aussi bien dans des conventions internationales que dans le droit interne des États. Parmi les sources internationales, on peut citer l'article II (2) de la Convention de New York et l'article I (2) (a) de la Convention de Genève de 1961. À propos des règles matérielles de source nationale, il a été remarqué que « les lois récentes sur l'arbitrage international optent toutes pour la méthode des règles matérielles »[564]. Les règles inspirées de l'article 7 (2) de la loi-type de la CNUDCI en constituent un bon exemple.

Dans certains pays, comme la France, c'est la jurisprudence, fortement encouragée par la doctrine, qui s'est chargée de dégager les règles matérielles qu'elle considère bien adaptées aux spécificités de l'arbitrage commercial international. Mais si, en la matière, la méthode des règles matérielles de droit international privé tend à se généraliser au détriment de l'approche conflictuelle, force est de constater que les différentes normes « ne s'accordent pas sur la solution matérielle qu'il y a lieu de retenir »[565]. La simplicité annoncée risque dès lors de n'être plus qu'une façade dissimulant une réalité beaucoup plus complexe.

---

560 J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, note 39, p. 153, n° 185.

561 P. Mayer, *op. cit.*, note 190, p. 402, n° 78.

562 Sur l'ensemble de la question, voir H. Gharavi, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award*, Kluwer, La Haye, 2002.

563 N. Coipel-Cordonnier, *op. cit.*, note 189, p. 303, n° 302.

564 Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, note 24, p. 383, n° 606.

565 *Ibidem.*

La divergence entre les solutions consacrées pose en effet un double problème : celui de la détermination du champ d'application des différentes normes, d'une part et celui, connexe, de leur articulation, d'autre part. Or, sur ces problèmes, les conceptions et les pratiques nationales semblent très éloignées les unes des autres. On aurait pourtant pu espérer échapper à ce genre de difficultés, surtout grâce à l'influence unificatrice de l'article II (2) de la Convention de New York, dont l'objet « semble avoir été de « remédier aux divergences entre lois nationales quant à la forme de la convention d'arbitrage », en établissant un régime international uniforme »[566].

Toutefois, la notion de « convention écrite » retenue dans cette disposition est rapidement apparue comme étroite et déphasée par rapport aux besoins du commerce international. Un assouplissement des conditions de forme est donc intervenu au niveau national, d'abord dans l'interprétation jurisprudentielle de la Convention[567] puis, de plus en plus, dans les lois relatives à l'arbitrage. On considère désormais que le caractère uniforme de la règle ne concerne que la borne supérieure des exigences formelles qu'un État contractant pourrait imposer à la convention d'arbitrage.

Il n'en découle nullement une interdiction aux États parties d'admettre l'effet juridictionnel d'une clause arbitrale passée dans une forme moins exigeante que celle prescrite dans la Convention. Bien au contraire, il est généralement admis, de nos jours, que « le droit commun peut être plus libéral que la Convention de New York »[568]. Aux auteurs[569] qui persistent dans l'idée que l'article II de la Convention « constitue une loi uniforme qui l'emporte sur les droits nationaux » et qui, de ce fait, dénient toute « portée juridique autonome » aux dispositions nationales régissant la forme de la convention d'arbitrage[570], il peut être rappelé que la Convention de Genève, conclue peu après celle de New York, entre des États dont beaucoup sont déjà parties

566 E. Schwartz, « L'effet de la convention d'arbitrage sur l'exécution de la sentence : les enjeux de la prochaine décennie », *in Arbitrage : regard sur la prochaine décennie – Supplément spécial, Bull. CCI*, 1999, p. 107-114, spéc. p. 108 (les termes entre guillemets renvoient à A. J. van den Berg, *op. cit.*, note 513, p. 173).

567 Le Tribunal fédéral suisse parle à ce sujet d'« interprétation évolutive et actualisante » (cf. A. J. van den Berg, *op. cit.*, note 559, p. 44).

568 Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, note 24, p. 388, n° 613. Dans le même sens, J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *op. cit.*, note 345, p. 114, n° 6-42 ; M. de Boisséson, *op. cit.*, note 299, p. 478, n° 572 ; M. Rubino-Sammartano, *op. cit.*, note 6, p. 208.

569 A. Bucher, *op. cit.*, note 39, p. 47, n° 117 ; A. Bucher, P.-Y. Tschanz, *op. cit.*, note 492, p. 51, n° 90 ; A. Bucher, A. Bonomi, *op. cit.*, note 525, p. 325, n° 1241 ; A. J. van den Berg, *op. cit.*, note 559, p. 44.

570 S'exprimant au sujet de l'article 178, al. 1 de la LDIP suisse, le professeur Bucher, concède néanmoins que « le législateur a saisi cette occasion pour adapter quelque peu le texte conventionnel, sans pourtant s'en écarter dans la substance » (*op. cit.*, note 39, p. 48, n° 119). Cette opinion est conforme au point de vue qui a prévalu lors de l'élaboration de la loi-type de la CNUDCI. Il fut

à cette dernière convention, a expressément admis l'assouplissement, voire l'anéantissement des prescriptions légales relatives à la forme de la clause arbitrale. En effet, « dans les rapports entre pays dont les lois n'imposent pas la forme écrite à la convention d'arbitrage, toute convention conclue dans les formes permises par ces lois » est d'emblée admise à l'article I, ch. 2, let. a de la Convention de Genève de 1961[571].

Il reste à déterminer si relèvent du régime de la Convention de New York les « sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un État autre que celui où la reconnaissance et l'exécution sont demandées », mais sur la base d'une convention d'arbitrage ne répondant pas à la forme conventionnelle.

Il peut tout d'abord être soutenu que la clause arbitrale qui ne respecte pas les conditions de la Convention ne peut être à l'origine d'une sentence protégée par la Convention[572]. L'affirmation semble logique, mais il n'est pas certain qu'elle suffise à rejeter des sentences fondées sur une convention d'arbitrage formellement invalide au regard de l'article II (2) de la Convention de New York. Tout dépend, en effet, de la situation d'une telle clause par rapport à la Convention. Si certains considèrent qu'en ignorant les exigences formelles de la Convention, la clause se place en dehors du champ d'application conventionnel, d'autres estiment, au contraire, que la Convention admet expressément qu'une telle clause puisse relever d'une loi moins exigeante dès lors que l'article VII « ne s'applique pas exclusivement aux sentences, mais aussi […] aux conventions d'arbitrage sur le fondement desquelles de telles sentences ont pu être rendues »[573]. Ce serait donc en vertu d'une autorisation expresse de la Convention, que la forme de la clause arbitrale aurait été allégée et il serait pour le moins curieux que le bénéfice de la Convention soit soudain refusé à la sentence qui en est issue.

---

alors décidé que la loi devait rester fidèle à la forme prescrite à l'article II de la Convention de New York, être une interprétation fidèle de son texte sans rien lui ajouter (A. J. van den Berg, *op. cit.*, note 559, p. 43-44).

571 Cette réserve du droit local plus favorable peut être rapprochée de la règle de l'article VII de la Convention de New York. Si son applicabilité à la convention d'arbitrage demeure discutée, cette disposition montre clairement qu'il est loisible aux États d'adopter un régime plus libéral que celui de la Convention.

572 A. J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Kluwer, Deventer, 1981 p. 180 ; L. Craig, W. Park, J. Paulsson, *op. cit.*, note 488, p. 80 : « *in the absence of a written agreement to arbitrate, the ensuing award would not be entitled to the protection of the New York Convention irrespective of the parties' participation* ».

573 M. de Boisséson, *op. cit.*, note 299, p. 478, n° 572. Dans le même sens, P. Friedland, *Arbitration Clauses for International Contracts*, Jurish Publishing, New York, 2000, p. 41 : « *the New York Convention permits courts of signatory states to enforce arbitration agreements under local law where such law is more permissive than the New York Convention* ».

Si la solution suggérée (reconnaissance et exécution de la sentence) nous paraît être la bonne, sa justification apparaît peu convaincante dès lors qu'elle se fonde sur une extension douteuse du domaine d'application de l'article VII de la Convention[574]. En réalité, la réponse à la question posée plus haut dépend plutôt du droit applicable à la forme de la convention d'arbitrage devant le juge de l'exequatur.

Ainsi, si certains se fondent sur le renvoi opéré par l'article V, ch. 1, let. a, à la « convention visée à l'article II » pour restreindre l'exequatur conventionnel aux sentences issues d'une convention d'arbitrage respectueuse des conditions de forme énoncées à l'article II, par. 2 de la Convention de New York[575], d'autres en sont moins convaincus. « *It is not clear whether Article II(2) is also the test to be applied for enforcement of the award under the New York Convention* »[576].

Dans l'hypothèse envisagée ci-dessus, l'application de l'article II (2) de la Convention conduirait au refus de reconnaissance et d'exécution de la sentence. Toutefois, le juge de l'exequatur n'est pas tenu d'appliquer cette disposition. « Quelles sont alors les prescriptions formelles applicables au stade de l'exequatur ? En particulier, à quel droit sont-elles soumises, celui de l'État requis, celui élu par les parties ou encore celui du siège de l'arbitrage ? »[577].

À notre avis, chaque fois que la loi du for admet la validité formelle de la convention d'arbitrage, le juge ne peut refuser la reconnaissance et l'exécution de la sentence au motif que la convention d'arbitrage qui en est à l'origine ne remplit pas les conditions de forme de l'article II (2) de la Convention de New York. Ce résultat nous semble s'imposer

574 Pour diverses raisons et de manière nuancée, plusieurs auteurs se prononcent contre une telle extension : J.-M. Jacquet, note sous Cass. com., 25 février 1986, *JDI*, 1986, p. 735 et s. ; C. Kessedjian, note sous Paris, 1re Suppl., 20 janvier 1987, *Rev. arb.*, 1987, p. 482 et s. ; Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, note 24, p. 156, n° 271 ; J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, note 39, p. 55, n° 74 et 155, n° 187. Ces deux derniers auteurs ne semblent exclure l'application de l'article VII de la Convention de New York à la convention d'arbitrage qu'au stade de l'exception d'arbitrage (article II, ch. 3), pour, disent-ils, éviter un conflit négatif de compétence. En revanche, la réserve du droit plus favorable s'appliquerait à la convention d'arbitrage au stade de l'exequatur. « C'est dire que l'art. VII ch. 1 de la Convention de New York ouvre une brèche importante dans le régime uniforme créé par cette même Convention lorsqu'il s'agit d'apprécier la validité formelle de la clause compromissoire » (*Ibidem*, p. 885, n° 909).

575 A. J. van den Berg, *op. cit.*, note 559, p. 43 ; J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, note 39, p. 882, n° 905. Pour un cas d'application, voir *YCA*, vol XXI, 1996, p. 745 (*Harry L. Reynolds c. IAAF*).

576 J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *op. cit.*, note 345, p. 114, n° 6-42. « *The alternative view is that formal validity is governed by the law chosen by the parties or the law of the place of arbitration. The reference to Article II is considered a superfluous additional description of the arbitration agreement. this has the advantage that form requirements which are more lenient than Article II can be taken into account within the framework of the Convention* » (*Ibidem*, p. 709, n° 26-77).

577 J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, note 39, p. 883, n° 908.

non seulement lorsque le requérant s'est fondé sur le droit commun, mais aussi en vertu de l'application de la Convention puisqu'il est bien connu que les dispositions de celle-ci « 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* »[578].

Par conséquent, chaque fois qu'une sentence réunit les conditions de reconnaissance et d'exécution en vigueur dans l'État du juge requis, ce dernier devrait, de notre point de vue, l'accueillir et lui accorder l'exequatur en application de la *lex fori*[579]. Lorsque l'exequatur est demandé dans un État lié par la Convention de New York, la forme de la convention d'arbitrage ne peut être plus stricte que ne le permet l'article II (2) de la Convention. Elle peut toutefois être moins stricte, tout comme peuvent également l'être les lois visées à l'article V, par. 1, a) de la Convention, à savoir la loi d'autonomie ou celle du siège de l'arbitrage. C'est pourquoi, nous pensons que le juge requis ne doit pas imposer le respect des exigences conventionnelles, mais plutôt se satisfaire de la conformité de la convention d'arbitrage aux conditions plus favorables de l'une des trois lois précitées[580]. En ce sens, M. Schwartz écrit :

> « Il paraîtrait cependant curieux, en règle générale, que le tribunal saisi refuse l'exécution d'une sentence parce que les exigences de l'Article II(2) ne sont pas respectées, alors que la convention sous-jacente est valable en vertu de l'une ou l'autre des lois mentionnées dans l'Article V(1), et les tribunaux pourraient donc être de plus en plus enclins à s'écarter de l'opinion traditionnelle, qui est que l'Article V(1) exige que les conditions de l'Article II(2) soient remplies, ou que l'Article II(2) pose une règle universelle excluant tout régime local plus libéral »[581].

Alors que dans l'ensemble, les droits suisse (article 178, ch. 1 LDIP) et allemand (article 1031, ch. 1 et 2 ZPO) consacrent à la forme de la

578 Article VII de la Convention de New York (nous soulignons).

579 J.-F. Poudret, « Discrepancies Between the New York Convention and Chapter 12 of the Swiss PIL », *in The New York Convention of 1958, ASA Special Series, n° 9*, August 1996, p. 238-244, spéc. p. 240.

580 *Contra*, A. J. van den Berg, *op. cit.*, note 559, p. 43. L'auteur évoque une jurisprudence de la Cour suprême italienne de 1980 qui avait exclu l'application de l'article II (2)de la Convention de New York au stade de la reconnaissance de la sentence. Mais il estime qu'une telle exclusion n'est pas viable, au contraire, la sentence ne doit être reconnue en vertu de la Convention de New York que si la clause arbitrale dont elle résulte respecte les conditions de forme de l'article II (2) de la Convention. Il constate que par la suite, la Cour suprême italienne dont l'interprétation n'avait été reprise par les juges d'aucun pays, est revenue à une meilleure pratique, consacrant l'application de la disposition uniforme en tout état de cause, y compris la procédure d'exequatur.

581 E. Schwartz, *op. cit.*, note 566, p. 110-111.

convention d'arbitrage international une règle plus libérale que celle de l'article II (2) de la Convention de New York, certains considèrent que les sentences étrangères ne peuvent profiter d'un tel allègement au stade de l'exequatur[582]. Cette opinion se fonde sur le renvoi opéré respectivement par les articles 194 LDIP et 1061 (1) ZPO à la Convention de New York, dont les règles régissent, en Suisse comme en Allemagne, la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères[583].

De même, il est prétendu que selon que le siège de l'arbitrage est fixé dans l'un ou l'autre de ces pays, ou qu'il se trouve à l'étranger, la forme de la convention d'arbitrage invoquée à l'encontre de la compétence du juge ordinaire (exception d'arbitrage), s'apprécie différemment[584]. Dans le premier cas, la disposition nationale plus libérale s'applique, alors que dans le second cas, c'est plutôt les exigences plus strictes de l'article II (2) de la Convention de New York qu'il faudra satisfaire. Ces considérations apparaissent clairement dans l'arrêt du Tribunal fédéral suisse du 16 janvier 1995, qui fait le constat que voici :

> « La défenderesse ne prétend pas que le tribunal arbitral […] a son siège en Suisse. L'art. 178 LDIP (RS 291) ne trouve donc pas application, de sorte qu'il n'y a pas lieu de débattre des relations entre cette disposition et l'art. II de la Convention de New York à propos de la forme que doit revêtir la convention d'arbitrage… »[585].

Ce point de vue se fonde sur les champs d'application respectifs des différents instruments en présence. La Convention de New York devrait impérativement régir la convention d'arbitrage fixant le lieu de l'arbitrage à l'étranger, ce qui permet de prévenir un conflit négatif de compétence, tandis qu'elle devrait s'effacer devant la loi locale plus

---

582 J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, note 39, p. 55, n° 74; p. 155, n° 187; p. 163, n° 193 et p. 883, n° 908. Pour une opinion plus nuancée, voir Ch. Liebscher, *op. cit.*, note 542, p. 386-387.

583 En plus du renvoi à la Convention de New York par l'article 1061 *ZPO*, le droit allemand comporte une disposition (article 1064) consacrée aux « règles particulières de la procédure visant l'ordonnance d'exequatur de sentences arbitrales » et qui allège la règle de l'article IV de la Convention de New York, s'agissant des pièces formant le dossier de la demande d'exequatur (une copie de la convention d'arbitrage n'est plus exigée). Le projet de réforme de la loi autrichienne va dans le même sens (article 615, par. 2).

584 Se reporter aux références citées à la note 582.

585 T.F.(1re Cour civ.), 16 janvier 1995, *Compagnie de Navigation et Transports S.A. c. MSC Mediterranean Shipping Company S.A.* (recours en réforme), *ATF* 121 II 38; *Bull. ASA*, 1995, n° 3, p. 503-511, spéc. p. 506. Plus loin, le Tribunal fédéral suisse insiste sur la nécessaire application de la Convention de New York : « la convention d'arbitrage dont se prévaut la défenderesse n'est valable qu'à la condition de satisfaire à la forme écrite exigée par l'art. II de la Convention de New York » (*Ibidem*, p. 508). Voir le commentaire de J.-F. Poudret et G. Cottier, *op. cit.*, note 548, p. 383.

favorable lorsque le siège se trouve dans l'État du for saisi[586]. Renonce-t-on à appliquer les dispositions du traité à la convention d'arbitrage prévoyant un arbitrage à l'étranger, on ne pourrait de toute façon pas la faire profiter de la forme simplifiée consacrée par la loi locale, car le champ d'application de celle-ci est expressément limité aux arbitrages se déroulant sur le territoire de l'État qui l'a édictée (article176 (1) LDIP pour la Suisse ; article 1025 (1) ZPO pour l'Allemagne)[587].

Autant nous approuvons l'assouplissement des conditions conventionnelles par les différentes lois, afin de favoriser la résolution arbitrale des litiges, autant la discrimination en fonction du siège de l'arbitrage nous inspire la plus grande réserve[588]. Qu'une convention d'arbitrage prévoit que l'arbitrage se déroulera à l'étranger n'a rien d'illégal pour qu'un juge puisse la priver d'effet, la soumettant à des conditions plus strictes, celles de l'article II (2) de la Convention de New York vieilles de plus d'un demi-siècle, alors même qu'il en aurait admis la validité en application de son droit interne, plus libéral, si le siège avait été fixé dans l'État du for[589]. L'argument textuel, tiré du

---

586 J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, note 39, p. 273, n° 299.

587 Le raisonnement est susceptible d'être étendu à toutes les lois élaborées sur le modèle de la loi-type de la CNUDCI. « *Problems as to the law applicable to formal validity may also arise under the Model Law. According to the wording of Article 1(2) most provisions of the Model Law, including Article 7 governing the form requirement are applicable only if the place of arbitration is in the territory of the state. If the arbitration agreement provides for arbitration abroad, courts in Model Law countries are faced with the difficult question of which law governs the issue of formal validity. Is it the law at the place of arbitration ? Article II New York Convention ? Or is Article 7, despite the clear wording of Article I(2), the relevant rule ?* » (J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *op. cit.*, note 345, p. 116, n° 6-45).

588 Dans le même sens, A. Bucher, *op. cit.*, note 39, p. 55, n° 138 ; J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *op. cit.*, note 345, p. 116, n° 6-46 ; A. Samuel, « The Effect of the Place of Arbitration on the Enforcement of the Agreement to Arbitrate », *Arb. Int'l.*, 1992, p. 257-280. Plus généralement, estime le professeur Fouchard, « le principe de non-discrimination, qui fonde, aussi bien dans le cadre de l'Union européenne que dans celui de l'OMC, la libre circulation des personnes, des biens et des services, s'opposera de plus en plus à ce qu'un arbitrage dans un pays déterminé soit soumis à des règles différentes selon le lieu d'établissement des parties. Enfin, le commerce et l'arbitrage électroniques ne fragilisent-ils pas encore davantage ces distinctions ? » (Ph. Fouchard, *op. cit.*, note 17, p. 107, n° 19). Voir aussi P. Mayer, « Faut-il distinguer arbitrage interne et arbitrage international ? » *in Hommage à la mémoire de Philippe Fouchard*, *Rev. arb.*, 2005, p. 361-374.

589 Une telle discrimination irait à l'encontre de l'article III de la Convention de New York, qui dispose que : « Il ne sera pas imposé, pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales auxquelles s'applique la présente Convention, de conditions sensiblement plus rigoureuses, ni de frais de justice sensiblement plus élevés, que ceux qui sont imposés pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales nationales ». Or refuser de reconnaître et de favoriser l'effet de la convention d'arbitrage prévoyant un arbitrage à l'étranger, c'est compromettre la reddition de la sentence qui, si elle était rendue aurait pu prétendre à un traitement non moins favorable que les sentences nationales.

champ d'application de la loi, ne nous paraît guère décisif[590], car si la même approche devait prévaloir partout, toutes les clauses arbitrales non conformes aux exigences de la Convention risqueraient de devenir inefficaces, soit par rejet de l'exception d'arbitrage, soit par refus de reconnaissance de la sentence[591].

Ce risque est éliminé si l'on généralise l'application des dispositions internes plus favorables à tous les cas où le juge de l'État qui les a édictées est confronté à la convention d'arbitrage ou à la sentence. Ainsi, tout État contractant serait libre de s'en tenir aux prescriptions conventionnelles, mais s'il décide de légiférer dans les domaines réglés par la Convention, il ne peut le faire que dans un sens plus favorable et compte dûment tenu des buts de la Convention, à savoir notamment faciliter la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales *étrangères*. Or, agit à l'encontre de cet objectif l'État qui soumet à des exigences plus strictes la forme de la convention d'arbitrage fixant le siège de la procédure à l'étranger. Il en résulte une interdiction aux États contractants d'opérer des discriminations en fonction du siège, dans l'application des règles qu'ils ont décidé d'adoucir. En revanche, face aux dispositions plus libérales d'un droit étranger, le juge confronté à la sentence pourra manifester de la résistance s'il y voit un excès de libéralisme que son ordre public international ne saurait tolérer.

Ainsi donc, si le droit commun peut être plus libéral que le régime conventionnel, il ne peut pas être plus restrictif. Dès qu'une clause arbitrale remplit les conditions de l'article II (2) de la Convention, les États parties sont tenus de la reconnaître et de concourir à la réalisation de ses effets. Mais cette obligation couvre-t-elle la situation où l'une des parties à la convention d'arbitrage est un consommateur ? Les exigences formelles stipulées à l'article II (2) de la Conven-

590 L'on doit souligner que certaines dispositions de la loi allemande sur l'arbitrage s'appliquent même lorsque le siège se trouve à l'étranger. Aux cas prévus par l'article 1025, al. 2, il y a lieu d'ajouter la disposition du § 1062 (2), s'agissant des mesures provisoires ordonnées par l'arbitre siégeant à l'étranger. De même, en droit suisse, l'argument du champ d'application du chapitre XII de la LDIP, invoqué pour restreindre l'application de ses dispositions plus favorables aux seuls arbitrages se déroulant sur le territoire helvétique, n'est pas repris en ce qui concerne le concours du juge suisse à l'effectivité des mesures provisionnelles ordonnées par l'arbitre. « Pour la compétence du juge étatique en cette matière, la situation est identique que l'arbitrage ait son siège en Suisse ou à l'étranger,… » (P. Lalive, J.-F. Poudret, Cl. Reymond, *op. cit.*, note 180, p. 366, n° 8, *ad* article 183.1 ; dans le même sens, mais plus réservé, J.-F. Poudret, S. Besson *op. cit.*, note 39, p. 575, n° 638).

591 Ce risque est reconnu même par les partisans de la discrimination. Ainsi, MM. Poudret et Besson écrivent : « La légère différence que nous avons notée ci-dessus entre les conditions de validité formelle des art. II ch. 2 de la Convention de New York et 178 al. 1er LDIP (absence d'échange) pourrait éventuellement entraîner un refus de reconnaissance à l'étranger d'une sentence valable en Suisse » (*op. cit.*, note 39, p. 163, n° 193).

tion constituent-elles, là aussi, le maximum de conditions autorisées ? Certains n'hésitent pas à répondre par l'affirmative. La seule exception concerne le cas où l'État en question aurait limité l'application de la Convention aux seules sentences réglant des litiges commerciaux, conformément à l'article I (3) de la Convention. À défaut d'une réserve de commercialité en bonne et due forme, « *Article II would exclude reliance on stricter form requirements for such arbitration agreements subject to arbitrability* »[592].

§ 2 – Contenu de la convention d'arbitrage

La convention d'arbitrage est avant tout une décision de recourir à l'arbitrage. C'est un choix qui engage les parties à résoudre leurs litiges par ce mode juridictionnel privé. La volonté commune de faire appel à un tribunal arbitral constitue ainsi le premier élément de toute convention d'arbitrage. C'est le plus petit dénominateur commun des conventions d'arbitrage (A). D'autres précisions peuvent s'avérer nécessaires, compte dûment tenu de la catégorie de convention d'arbitrage considérée, de la nature interne ou internationale de la procédure et de la qualité des parties (B). Toute négligence en la matière peut susciter d'énormes difficultés au moment de la mise en œuvre de la procédure arbitrale (C).

A. La commune intention de recourir à l'arbitrage

Les parties qui souhaitent régler leurs différends par voie d'arbitrage ont tout intérêt à exprimer cette volonté de manière claire et efficace. « *If parties whish to go to arbitration they must express this intent clearly and unambiguously* »[593]. Faut-il rappeler que les modes consensuels de règlement des litiges ne se limitent pas à l'arbitrage, qu'ils englobent toute une panoplie de procédés non juridictionnels appelés modes alternatifs de règlement des conflits (MARC ou ADR en anglais)[594]. Ainsi, qu'il s'agisse de transaction, d'expertise, de conciliation, de médiation

592 J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *op. cit.*, note 345, p. 114, n° 6-40.

593 J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *op. cit.*, note 345, p. 165, n° 8-1.

594 Th. Carbonneau, *Alternative Dispute Resolution – Melting the Lances and Dismounting the Steeds*, University of Illinois Press, 1989 ; Freeman, *Alternative Dispute Resolution*, Dartmouth, 1995 ; H. Brown, A. Marriott, *ADR Principles and Practice*, 2nd ed., Sweet & Maxwell, 1999 ; Mackie, Miles, Marsh, *Commercial Disputes Resolution – an ADR Practice Guide*, 2nd ed., Butterworths, 2000 ; Nolan-Haley, *op. cit.*, note 225 ; « Resolving Dispute in International Construction Contracts Through ADR Techniques », Publication de l'AAA, *Bull. ASA*, 1992, p. 495-504 ; B. Oppetit, « Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique », *Justices*, 1995, p. 53 ; P. Sanders, « Les modes alternatifs de règlement des conflits », *Rev. Int'l., dr. comp.*, Paris, 1997 (numéro spécial), p. 311-435 ; M. de Boisséson, « Thoughts on the Future of ADR in Europe : A Critical Approach », *Arb. Int'l.*, vol 15, n° 4, 1999, p. 349 ; E. Carroll, K. Mackie, *International Mediation – The*

ou d'autres moyens alternatifs, toutes ces techniques sont en principe volontaires et ne peuvent être utilisées qu'en vertu du consentement des parties[595]. Par leur origine volontaire, elles sont apparentées à l'arbitrage et il importe donc que les parties manifestent une volonté claire et précise quant au mode de règlement choisi[596].

En effet, si le fondement consensuel caractérise l'arbitrage et permet de le distinguer de la justice étatique, c'est la fonction juridictionnelle qu'elle partage avec cette dernière, qui marque son originalité par rapport aux moyens de règlements amiables, lesquels reposent, tout comme l'arbitrage, sur le libre consentement des parties. Aussi bien, au cœur des avantages comparatifs que l'arbitrage peut faire valoir, doit-on inscrire sa nature hybride *mi-contractuelle, mi-juridictionnelle*, qui constitue une raison essentielle de son succès. Tant la flexibilité que l'efficacité des voies de règlement des litiges plaident en faveur de l'arbitrage : tout en préservant l'autonomie des parties, il leur garantit une sentence susceptible d'exécution forcée, au même titre qu'un jugement[597], voire dans des conditions plus favorables sur le plan international[598].

En conséquence, le consentement à l'arbitrage n'équivaut en rien à l'acceptation d'une quelconque technique d'*ADR*. La différence tient surtout au caractère juridictionnel de certains effets attribués à la convention d'arbitrage. Cela explique que même lorsque le consen-

---

Art of Business Diplomacy, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2000 ; Ph. Fouchard, *op. cit.*, note 17 ; L. Mistelis, « ADR in England and Wales », 13 *Am. Rev. Int'l. Arb.*, 2002, p. 167.

595 Il arrive que le recours à ces modes amiables de règlement soit rendu obligatoire par la loi ou par la décision d'une autorité de justice. Mais ce n'est qu'une exception qui confirme la règle de leur caractère volontaire.

596 Ch. Jarrosson, *op. cit.*, note 3 ; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, note 24, p. 15 et s. ; J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, note 39, p. 10 et s. ; J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *op. cit.*, note 345, p. 9 et s.

597 À la seule condition que la sentence soit revêtue de l'exequatur. « Il s'agit très certainement là d'un grand avantage de l'arbitrage » (Ch. Seraglini, « L'arbitrage commercial international » *in Droit du commerce international*, J. Béguin, M. Menjucq (éd.), Litec, Paris, 2005, p. 833-1081, spéc. p. 839, n° 2409). Comparer avec E. Carroll, K. Mackie, *op. cit.*, note 594, p. 87 : *« Concern is sometimes expressed at the voluntary nature of mediation compared to an international judgment or arbitration award which can be directly enforced under the New York Convention. […] This "non-binding" character is paradoxically part of the strength of mediation, encouraging commercial parties to enter dialogue with some control and also considerably less at risk from the escalating costs of a binding procedure or of an errant judgment by a third party ».*

598 « Mieux, en raison de la très large ratification des conventions internationales sur la reconnaissance et l'exécution des sentences, il n'est pas excessif d'affirmer qu'une sentence arbitrale est souvent plus facile à exécuter qu'une décision émanant d'une juridiction étatique étrangère » (Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, note 24, p. 899, n° 1558) ; « *Nevertheless it is possible to identify several contexts in which arbitration will outperform court litigation, both in reducing the risk of biased foreign proceedings and in maximizing the international currency of an honest decision* » (W. W. Park, *op. cit.*, note 393, p. 74-75).

tement des parties est établi, il est parfois nécessaire d'aller plus loin et de déterminer la nature exacte du mode de règlement convenu. La reconnaissance de la différence fondamentale de nature entre l'arbitrage et les institutions voisines implique que soit effectuée une analyse minutieuse de la volonté des parties afin d'y déceler la vraie mission qu'elles ont entendu confier au tiers[599].

Les enjeux sont importants, car lorsque les parties n'ont consenti au tiers que des pouvoirs de médiateur, par exemple, celui-ci ne peut que soumettre des propositions de règlement à la libre acceptation des parties, qui ne sont nullement tenues de suivre son point de vue[600]. Cela s'explique par le caractère amiable du règlement envisagé : le consentement n'est pas seulement nécessaire à l'enclenchement du processus, il conditionne aussi son aboutissement. Pour éviter toute contestation quant à l'identité du mode de règlement convenu, il importe donc d'exprimer clairement l'intention d'investir l'arbitre du pouvoir de trancher définitivement le litige par une sentence obligatoire pour les parties. Cela dit, le contenu de la convention d'arbitrage reste libre. Aucune formule sacramentelle ne s'impose aux parties désireuses d'emprunter la voie de l'arbitrage. « *It is not necessary that the clause uses the term arbitration or expressly states that the decision rendered should be final and binding* »[601].

B. Les éléments essentiels

C'est dans les relations interétatiques que le contenu de la convention d'arbitrage apparaît le plus libre. Dans leurs rapports réciproques, les États peuvent en effet se contenter de prévoir la soumission à l'arbitrage de l'ensemble des différends qui viendraient à les opposer (traité général d'arbitrage). La procédure s'imposera aux parties dès lors que les moyens amiables de règlement auront montré leurs limites. Ce privilège découle de la souveraineté qui assure aux États (du moins dans leurs rapports souverains et en dehors de leurs propres organes) une totale immunité juridictionnelle, qui ne peut être levée, en principe, que par leur consentement à recourir à un moyen de règlement qu'ils jugent appropriés.

---

599 Ch. Jarrosson, *op. cit.*, note 3, p. 251-278 ; *Idem*, *op. cit.*, note 18 ; *Idem*, « Variations autour de la notion d'arbitrage », *Rev. arb.*, 2005, p. 1049-1069 ; H. Motulsky, *op. cit.*, note 162, p. 21-49.

600 Dans la pratique, l'accord issu de la médiation jouit cependant d'une grande effectivité. « *While usually regarded as less "safe" than enforceable arbitration awards, contractually binding mediation settlements have the advantage that they are the product of intense negotiations under the supervision of the neutral so "buy-in" commitment by the parties will normally be greater than the outcome of an imposed arbitration award (which still has to be enforced for effectiveness)* » (E. Carroll, K. Mackie, *op. cit.*, note 594, p. 87).

601 J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *op. cit.*, note 345, p. 155, n° 7-73.

La situation des autres personnes publiques internationales est légèrement différente. Même si les organisations internationales bénéficient d'une immunité juridictionnelle, parfois plus étendue que celle des États, les engagements d'arbitrage qu'il leur est permis d'assumer doivent nécessairement se rapporter à leur mandat. Ils ne peuvent donc atteindre le même degré de généralité que les conventions d'arbitrage conclues entre souverains. Sur ce plan, leur situation rappelle plutôt celle des particuliers.

En effet, chaque fois que ces derniers prennent part à la décision de recourir à l'arbitrage, celle-ci doit impérativement spécifier les litiges soumis aux arbitres ou, lorsque ces litiges sont encore éventuels, déterminer la relation juridique potentiellement litigieuse. Dans les relations impliquant des individus, la précision dans la convention d'arbitrage de l'objet soumis à la décision des arbitres est donc obligatoire. C'est le second élément de la convention d'arbitrage qui ne peut rester indéfini que dans les relations interétatiques. Dans tous les autres cas, il est nécessaire de déterminer l'objet de la convention d'arbitrage qui peut être soit un litige, soit un rapport de droit susceptible d'y donner naissance. Il en va ainsi car les particuliers sont *de facto* soumis à la juridiction d'État, dont ils ne peuvent s'affranchir personnellement. Leur liberté, à cet égard, se limite à lui soustraire, par des conventions d'arbitrage ponctuelles, certains seulement de leurs rapports juridiques et à condition que ceux-ci soient clairement déterminés. Il s'agira le plus souvent, mais non nécessairement, de rapports contractuels[602].

À l'obligation de déterminer précisément l'objet de l'engagement d'arbitrage, certaines législations ajoutent le devoir de désigner les arbitres ou, en tout cas, de prévoir les modalités de leur désignation[603].

602 Article II (1) Convention de New York, qui ajoute que la question soulevée par le litige doit être « susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage ». Art 7(1) Loi-type CNUDCI.

603 Contrairement à la première, cette seconde exigence est peu répandue en droit comparé. Si elle se justifiait avant l'émergence des centres d'arbitrage et, dans le cadre de l'arbitrage *ad hoc*, avant l'institution du juge d'appui ou de l'autorité de nomination prévue pour les arbitrages CNUDCI, de nos jours, la désignation des arbitres dans la convention d'arbitrage est à déconseiller, tout comme d'ailleurs les dispositions détaillées sur les modalités de leur désignation. L'expérience a montré, notamment dans le cadre des arbitrages multipartites, qu'au moment de la mise en œuvre de la procédure, ces précisions se révèlent souvent encombrantes et parfois même compromettantes pour l'efficacité de l'arbitrage. L'on se trouve confronté à un dilemme : soit la constitution du tribunal arbitral reste conforme aux prévisions des parties, au risque de heurter certaines règles impératives comme le principe d'égale participation à la désignation des arbitres ; soit l'on s'écarte, sur ce point, des prévisions des parties, au risque d'exposer la sentence au grief de la constitution irrégulière du tribunal arbitral qui l'a rendue. Il arrive, parfois, qu'on hésite tellement entre ces deux positions que pour finir, on conclut au caractère inopérant de la convention d'arbitrage.

Cette exigence du droit français de l'arbitrage interne[604], trouve son pendant en droit italien, à l'article 809, al. 2 du Code de procédure civile. Selon cette disposition, « le compromis ou la clause compromissoire doit contenir la nomination des arbitres ou préciser leur nombre et le mode de leur nomination ». Toutefois, alors que le droit français n'impose un contenu minimum qu'à la convention d'arbitrage stipulée en matière interne, le droit italien semble étendre la règle à l'arbitrage international, dans la mesure où le Chapitre VI, consacré à ce dernier, n'y a pas expressément dérogé.

Cette interprétation doit cependant être nuancée, du moins en ce qui concerne les procédures régies par des conventions internationales liant l'Italie, comme par exemple, la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international[605]. En vertu de l'article 832, al. 2 du Code de procédure civile italien, « les dispositions des conventions internationales sont en tous les cas respectées ». Or, la liberté du contenu de la convention d'arbitrage est l'une des caractéristiques importantes du traité précité : « les parties à une convention d'arbitrage sont *libres* […] de désigner les arbitres ou d'établir les modalités suivant lesquelles les arbitres seront désignés en cas de litige »[606].

On doit donc conclure, à propos du droit italien, que dans les cas soumis à la Convention de Genève, de même qu'en droit français de l'arbitrage international (article 1493, al. 1), aucune règle n'impose que la convention d'arbitrage comporte une mention relative au nom des arbitres ou une indication des modalités de leur désignation[607]. En cela, ces législations rejoignent la pratique dominante en droit comparé[608]. « Aussi, même une « clause blanche » (clause se bornant à exprimer la volonté des parties de recourir à l'arbitrage) pourra être reconnue comme valable »[609]. Bien qu'elle soit trop souvent considérée comme pathologique[610] et que son exécution puisse parfois se révéler hardie, la clause blanche ne paraît souffrir

604 Articles 1443, al. 2 NCPC, pour la clause compromissoire, et 1448, al. 2 NCPC pour le compromis.

605 Signataire de la Convention, l'Italie l'a ratifiée le 3 août 1970.

606 Article IV, par. 1, al. b, let. i), de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international, (italiques ajoutés).

607 En ce sens, M. Rubino-Sammartano, qui fait remarquer que contrairement au droit français, le droit italien n'annule pas la convention d'arbitrage pour défaut de mention du nom des arbitres ou des modalités de leur nomination. « *Subsequent to the 1994 Reform if the number of the arbitrators is not stated and the parties do not agree, the arbitrators are three and they are to be appointed by the President of the Court of Justice* » (*op. cit.*, note 6, p. 221).

608 S. Besson, « L'efficacité de la clause « arbitrage en Suisse » et de la clause blanche », *in Autour de l'arbitrage, Liber Amicorum Claude Reymond*, Litec, Paris, 2004, p. 11-27, spéc. p. 20.

609 J.-M. Jacquet, Ph. Delebecque, S. Corneloup, *op. cit.*, note 165, p. 778, n° 1073.

610 Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, note 24, p. 286, n° 486 ; J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, note 39, p. 132, n° 160.

d'aucune anomalie[611]. Nous préférons l'identifier, quant à nous, à la liberté laissée aux parties dans l'expression de leur consentement à l'arbitrage. À quoi bon consacrer cette liberté, si son exercice devait aboutir à créer des clauses arbitrales pathologiques ?

C. Éléments perturbateurs

L'imprécision de l'accord des parties sur le principe du recours à l'arbitrage et ses modalités donne naissance à ce qu'il est convenu d'appeler, à la suite de M. Eisemann, « la clause d'arbitrage patholo-

611 À strictement considérer la définition que la doctrine donne de la « clause blanche », celle-ci ne peut être qualifiée de pathologique. Il s'agit, en effet, d'une clause « qui ne précise en rien les modalités de désignation des arbitres, ni directement, ni par référence à un règlement ou à une institution d'arbitrage » (Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, note 24, p. 286, n° 486). C'est le même sens que MM. Poudret et Besson donnent à « la clause dite « blanche », c'est-à-dire qui exprime la volonté de recourir à l'arbitrage sans préciser le mode de constitution du tribunal arbitral ni renvoyer à une institution capable d'y procéder » (*op. cit.*, note 39, p. 132, n° 160). Dans une publication ultérieure, le second auteur s'est écarté de cette définition pour qualifier « de clause blanche celle qui ne fait mention d'aucun siège » (S. Besson, *op. cit.*, note 608, p. 20). Or, du moment que le contenu de la convention d'arbitrage est libre, en matière internationale tout au moins, et que l'institution du juge d'appui se généralise (article 1493, al. 2 NCPC ; article 179, al. 2 LDIP), la clause qui se contenterait de stipuler, par exemple, un « arbitrage à Hambourg », n'est ni insuffisante (notion limitée à l'arbitrage interne : article 1443, al. 3 NCPC), ni pathologique. Même l'omission du lieu de l'arbitrage ne la condamnerait pas forcément à l'inefficacité. La Convention de Genève prévoit, dans un tel cas, la démarche à suivre pour l'organisation de l'arbitrage (article IV, ch. 3). De même, dans l'hypothèse d'une indétermination du siège, des critères de rattachement subsidiaires permettant l'intervention d'un juge d'appui sont prévus par nombre de législations sur l'arbitrage : article 1073, al. 2 CPC néerlandais ; article 810, al. 2 CPC italien ; Article 2, par. 4 a) et b) *Arbitration Act* anglaise de 1996 ; Article 1025, al. 3 et 1062, al. 3 CPC allemand ; article 47, al. 2 de la loi suédoise sur l'arbitrage de 1999 (pour plus de détails, voir J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, note 39, p. 106 et s.). En conséquence, la pathologie ne peut découler du seul silence des parties sur les modalités de l'organisation de la procédure. Pour pouvoir ranger la « clause blanche » parmi les clauses pathologiques, il faut donc en élargir la définition, de manière à englober les prévisions inadaptées des parties relativement aux modalités de l'arbitrage, en particulier celles qui touchent à la constitution du tribunal arbitral. De graves pathologies sont alors susceptibles d'apparaître, allant parfois jusqu'à mettre à néant l'engagement d'arbitrage. L'affaire des traités de paix entre les Alliés et certaines démocraties populaires de l'Est de l'Europe en est une illustration célèbre. Pour prévenir un déni de justice, la jurisprudence française a néanmoins favorisé l'organisation d'un arbitrage international sur la base de telles clauses (Cass. civ. 1re, 1er février 2005, *État d'Israël c. National Iranian Oil Company*, *Bull. civ.*, I, n° 53 ; *Rev. arb.*, 2005, p. 692, note H. Muir-Watt ; *Rev. crit. DIP*, 2006, p. 140, note Th. Clay ; *D.*, 2005.2727, note S. Hotte ; *JCP G*, 2005, II, 10101, note G. Kessler ; *RTD com.*, 2005, p. 266, obs. E. Loquin ; *Gaz. Pal.*, 28 mai 2005, p. 37, note F.-X. Train). Comparer à TGI Paris (Ord. réf.), 11 mai 1987, *Les Silos du Sud-Ouest S.A. c. Société des Engrais du Bénin (S.E.B)*, *Rev. arb.*, 1988, p. 699, note Ph. Fouchard.

gique »[612]. Il s'agit d'une convention improprement rédigée, « susceptible de faire obstacle au déroulement harmonieux de l'arbitrage »[613]. Comme l'écrit le professeur Fernández Rozas, l'on se trouve en présence d'une clause pathologique chaque fois que « la clause est équivoque quant à la volonté des parties de se soumettre à l'arbitrage, dans l'identification de l'institution arbitrale compétente ou quant à la certitude de la renonciation à la juridiction étatique »[614].

On peut en inférer deux grandes catégories de clauses arbitrales pathologiques, d'une part, celle dont l'imprécision porte sur la volonté même de recourir à l'arbitrage et, d'autre part, celle qui regroupe les cas plus simples où la volonté d'arbitrer est certaine mais ses modalités de mise en œuvre restent confuses.

1. Les affections touchant au principe du recours à l'arbitrage

Cette première catégorie regroupe les clauses les plus fragiles, en ce qu'elles laissent planer le doute sur la décision même des parties de recourir à l'arbitrage. Le doute est tout d'abord possible en présence de clauses permissives qui stipulent que les litiges *peuvent* être soumis à l'arbitrage, ou qui se contentent de prévoir la possibilité d'un recours à l'arbitrage, *sous réserve de l'accord des parties*. Bien que très problématiques, ces clauses ont parfois été opposées avec succès à la compétence du juge ordinaire saisi par l'une des parties. Ainsi la Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle renvoyé les parties à l'arbitrage en application d'une clause compromissoire stipulant que « *the parties* may *refer any dispute to arbitration* »[615].

De même, l'hésitation est compréhensible s'agissant de la suite à donner aux clauses dites « combinées »[616]. Ce sont des clauses qui, tout

612 F. Eisemann, « La clause d'arbitrage pathologique », *in Arbitrage commercial/Commercial Arbitration, Essais in memoriam Eugenio Minoli*, Association italienne pour l'arbitrage, UTEC, Turin, 1974, p. 129-161. Voir également, C. M. Schmitthoff, « Defective Arbitration Clauses », *J. Bus. L.*, January 1975, p. 9-22 reproduit dans *Clive M. Schmitthoff's Selected Essays on International Trade Law*, Chia-Jui Cheng (ed.), Martinus Nijhoff/Graham & Trotman, Dordrecht/Boston/London, 1988, p. 608-619 ; H. Scalbert, L. Marville, « Les clauses compromissoires pathologiques », *Rev. arb.*, 1988, p. 117-135 ; W. L. Craig, W. W. Park, J. Paulsson, *op. cit.*, note 488, p. 127, et s. ; B. G. Davis, « Pathological Clauses – Frederic Eisemann's Still Vital Criteria », *Arb. Int'l.*, vol. 7, n° 4, 1991, p. 365, et s. ; P. A. Karrer,« Pathological arbitration clauses », *in The international practice of Law Liber Amicorum for Th. Bär and R. Karrer*, Die Deutsche Bibliothek, 1997, p. 109-128.

613 Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, note 24, p. 283, n° 484.

614 J.-C. Fernández Rozas, *op. cit.*, note 33, p. 117-118.

615 Ontario Court of Appeal, 8 juillet 1999, *Canadian National Railway Co c. Lovat Tunnel Equipment Inc*, *Int'l. Arb. Law Rev.*, vol. 3, n° 5, 2000, p. 174.

616 Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, note 24, p. 288, n° 487. (Toutefois, ces auteurs envisagent les clauses combinées comme une catégorie à part, ne relevant pas des clauses pathologiques, même si toutes mettent en cause la précision du consentement).

en soumettant le contrat et les litiges y relatifs à l'arbitrage, réservent la compétence de la juridiction ordinaire, soit pour trancher directement les litiges visés, soit pour statuer comme organe d'appel de l'arbitrage. Elles posent des problèmes très délicats d'interprétation de la volonté des parties, comme le montrent les positions contradictoires des différentes juridictions appelées à statuer sur une même affaire[617]. En raison du caractère exclusif des compétences arbitrale et judiciaire, il a parfois été décidé que de telles clauses ne manifestaient pas de volonté certaine et devaient, en conséquence, être tenues pour nulles[618].

Il arrive aussi que, dans le contrat, se suivent deux clauses juridictionnelles, l'une d'arbitrage, l'autre d'élection de for, censées couvrir les mêmes litiges. La solution donnée par les tribunaux a été tantôt d'assigner un domaine spécifique à chacune des clauses[619], tantôt de faire prévaloir la clause arbitrale, considérée exclusive de la compétence de toute juridiction étatique, fût-elle prorogée. À l'appui de cette thèse, il a été souligné avec pertinence que dans un tel cas, « si les parties n'avaient pas voulu soumettre leurs différends à l'arbitrage elles se seraient bornées à passer sous silence la possibilité de recours aux arbitres »[620]. Ce n'est cependant pas une raison, pour les parties, de se montrer complaisantes envers les clauses combinées. Bien au contraire, elles doivent rester attentives aux problèmes

617 Cass. civ., 2e, 7 juillet 1971, *JCP*, 1971, II, 16898, note P. Level ; *Rev. arb.*, 1972, p. 12. Les juges du fond y avaient vu une « clause arbitrale de conciliation », mais cette position résultait, selon la Cour de cassation, d'une dénaturation de la volonté des parties qu'elle décida alors de sanctionner en retenant le caractère arbitral de la clause. Le professeur Oppetit souligne la complexité de la matière révélée par le fait que l'une et l'autre thèses étaient soutenables (*op. cit.*, note 444, p. 65). Voir aussi, Cass. civ. 2e, 7 octobre 1981, *Bull. civ.*, n° 180, p. 117 ; *Rev. arb.*, 1984, p. 361.

618 Paris, 12 décembre 1989, *Binaate Maghreb*, *Rev. arb.*, 1990, p. 863, note P. Level ; Paris, 27 octobre 1994, *Diseno*, *Rev. arb.*, 1995, p. 263, 2e espèce, note P. Level. La stipulation selon laquelle « la sentence à intervenir sera susceptible de recours devant la cour d'appel de Paris » a été interprétée comme n'instituant pas une faculté d'appel mais reprenant simplement le recours ouvert contre les sentences arbitrales (Paris, 23 mai 1991, *Rev. arb.*, 1991, p. 661, note J. Pellerin). Comparer avec la formule de la clause arbitrale en cause dans l'affaire *Diseno* et qui fut reconnue nulle en ce qu'elle stipulait clairement que « les parties se réservent toutefois le droit de faire appel de la sentence devant la cour d'appel ».

619 Sentence CCI n° 5488, rendue en 1993, inédite, citée dans Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, note 24, p. 289, n° 490 ; Paris, 29 novembre 1991, *Rev. arb.*, 1993, p. 617, note L. Aynès ; High Court of London, 18 février 1991, *Paul Smith Ltd. c. H&S International Holdings*, *YCA*, 1994, p. 725 ; US District Court, SDNY, 5 février, 13 mars et 20 mars 1991, *YCA*, 1993, p. 463.

620 TGI Paris, 1er février 1979, *Sociétés Techniques de l'Ingénieur c. société Sofel*, *Rev. arb.*, 1980, p. 97, note Ph. Fouchard ; ce point de vue fut confirmé par Paris, 16 octobre 1979, *Rev. arb.*, 1980, p. 101, note J. Robert.

posés par ces clauses, et savoir surtout que leurs effets juridictionnels ne sont pas toujours assurés[621].

Une jurisprudence rendue en matière interne a d'ailleurs récemment conclu à leur inefficacité[622]. La cause portait sur un contrat de garantie de passif, assorti d'une clause d'arbitrage applicable, en vertu de l'article 9, à tous les litiges auxquels le contrat pourrait donner lieu. Toutefois, en contradiction avec cette disposition, l'article 10 stipulait que « toute difficulté ayant trait à l'application du contrat sera soumise au tribunal de commerce de Paris ». Saisie en application de la dernière clause, cette juridiction dont la compétence avait été contestée sur le fondement de la clause de l'article 9, se déclara incompétente, faisant donc prévaloir la clause compromissoire au motif qu'elle « est très détaillée et précise alors qu'au contraire la clause attributive est très brève ».

Statuant en appel, la Cour de Paris a, au contraire, estimé que « l'argument retenu par le tribunal pour décliner sa compétence [était] dépourvu de toute portée »[623]. Pour la Cour de Paris, les deux clauses sont inconciliables et doivent être réputées non écrites, d'où l'application du droit commun qui donne compétence au tribunal de Versailles, du domicile des défendeurs. La thérapie est radicale et en appelle à la responsabilité des parties quant à la cohérence de leurs stipulations. Limitée à l'espèce dont l'issue est malheureuse, l'appréciation peut certainement retenir la sévérité de la solution qui « conduit à ne donner effet ni à l'une ni à l'autre des deux clauses »[624], mais à regarder vers l'avenir, elle autorise l'espoir que les clauses juridictionnelles mériteront davantage d'attention de la part des parties. Quoi qu'il en soit, la clarté du message que la Cour entendait leur adresser était probablement à ce prix.

Enfin, le caractère équivoque de la volonté des parties se rapporte parfois à la distinction entre l'arbitrage et les modes alternatifs de règlement des conflits. Lorsque les parties ont prévu l'intervention d'un tiers, sans se soucier de définir ses pouvoirs[625], il sera

621 Dans le même sens, M. Manciaux recommande aux « rédacteurs d'une convention prévoyant le règlement de leurs différends par l'une des procédures que propose la Convention de Washington de la rédiger le plus soigneusement possible… » (*op.cit.*, note 390, p. 217, n° 241).

622 Paris, 22 novembre 2000, *L'Hamid Saadi et autres c. Huan et autres*, *RTD com.*, 2001, p. 57, note critique Dubarry et Loquin.

623 *RTD com.*, 2001, p. 57.

624 Sévérité que déplorent MM. Dubarry et Loquin, qui observent qu'il « était pourtant possible d'admettre que la clause d'arbitrage, clause de renonciation aux juridictions de l'ordre judiciaire, devait primer sur la clause attributive de compétence qui dérogeait seulement aux règles de compétence territoriales » (*RTD com.*, 2001, p. 58).

625 Parfois, le fait de le qualifier d'arbitre n'est pas déterminant, non plus d'ailleurs l'emploi de termes y relatifs, comme « arbitrage » ou « sentence ». Le professeur Oppetit évoque une « jurisprudence séculaire » selon laquelle, « la qualité des

assez difficile de déterminer si elles ont réellement convenu d'une procédure juridictionnelle ou si elles se sont contentées de prévoir l'appel à un tiers facilitateur. À ce niveau, on peut remarquer, avec le professeur Jarrosson, « la tendance expansionniste » de la notion d'arbitrage, « fréquemment servie par une faveur de principe à son égard »[626].

Le droit anglais procède du même esprit :

> « w*here the clause provided that any dispute "shall be referred to a Queen's Counsel of the English Bar" the English Court of Appeal held that any agreement which refers "disputes to a person other than the court who is to resolve the dispute in a manner binding on the parties to the agreement" would constitute an arbitration agreement* »[627].

2. Les affections relatives aux modalités du recours à l'arbitrage

Les clauses pathologiques de la seconde catégorie expriment un choix clair et net de l'arbitrage. À leur sujet, « l'existence même de la convention d'arbitrage n'est nullement remise en cause. Un simple examen des faits conduit à retenir son existence matérielle et son acceptation par les parties, conjointement à l'ensemble du contrat »[628].

Toutefois, dans l'expression de leur choix, les parties manquent trop souvent de précision, notamment sur le caractère *ad hoc* ou institutionnel de l'arbitrage, sur les modalités de constitution du tribunal arbitral et surtout sur la désignation de l'organisme qui doit veiller au bon déroulement de la procédure. En règle générale, de telles clauses « pourront donner lieu à des difficultés lors de la mise en œuvre de l'arbitrage, mais ne feront pas en fin de compte obstacle au déroulement de celui-ci »[629]. Leur sort dépend de l'interprétation qu'en feront les tribunaux (aussi bien l'arbitre que le juge), notamment sur la véritable intention des parties. Les questions qui se posent à leur égard sont principalement les suivantes : les parties ont-elles réellement voulu déroger à la compétence de la juridiction étatique pour attribuer compétence à un tribunal arbitral ? Leur accord est-il susceptible de recevoir application ?

S'il est habituel de montrer du doigt la sévérité de certains juges envers de telles clauses, il arrive aussi à l'arbitre de conclure à leur

---

tiers chargés d'une mission par les parties à un contrat ne saurait dépendre des termes ou de la qualification employés par celles-ci mais ressort de la nature de la mission à eux confiée » (*op. cit.*, note 444, p. 49-50).

626 Ch. Jarrosson, *op. cit.*, note 3, p. 242 (note 35).

627 *David Wilson Homes Ltd. c. Survey Services Ltd and Others*, [2001] 1 *All E.R.* 449 (citée par J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *op. cit.*, note 345, p. 155, n° 7-73).

628 J. C. Fernández Rozas, *op. cit.*, note 33, p. 119.

629 J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, note 39, p. 130, n° 159.

inefficacité. Ainsi en a décidé une sentence rendue en 1987, à propos d'une clause d'arbitrage ambiguë au sujet de l'institution d'arbitrage choisie pour administrer la procédure[630]. Après avoir relevé cette ambiguïté qui, selon le tribunal arbitral, autorisait l'hésitation entre l'adoption par les parties du règlement de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale et la référence à la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, dépourvue d'un tel règlement, l'arbitre conclut à l'inefficacité de la clause, du moins s'agissant de la désignation de l'institution chargée d'organiser l'arbitrage[631].

De leur côté, les juges étatiques sont fréquemment confrontés à une variété de clauses d'arbitrage institutionnel renvoyant à un centre mal identifié ou carrément inexistant. Les solutions retenues varient, mais la tendance générale est plutôt à la clémence du juge, désireux de favoriser l'effet juridictionnel de ces clauses chaque fois que cela est possible[632]. Mais il arrive aussi que le juge adopte l'attitude inverse, estimant que sauver des clauses pathologiques à tout va

---

630 Sentence CCI n° 5423, rendue dans la cause *Datel Productions c. King Productions*, *JDI*, 1987, p. 1048, et s.

631 La décision apparaît sévère, teintée de la rigueur qui caractérise le droit français de l'arbitrage interne s'agissant de l'obligation de désigner les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation dans la convention d'arbitrage, à peine de nullité de celle-ci (articles 1443, al. 2 et 1448, al. 2 NCPC). Il faut toutefois reconnaître la difficulté de dégager, sur le point controversé en l'espèce, une commune intention des parties. En effet, seule la Cour d'arbitrage de la CCI disposait d'un règlement d'arbitrage qui aurait pu être adopté par les parties, mais cette conclusion se heurtait à la spécialisation de ce centre au règlement des litiges internationaux. Le règlement actuellement en vigueur précise expressément que la Cour peut administrer des arbitrages internes. Cela étant dit, il faut reconnaître que dans l'interprétation qu'ils donnent de ces clauses, les tribunaux arbitraux s'efforcent généralement d'appliquer le principe de l'effet utile et ainsi donner un sens à la volonté des parties de soumettre leurs litiges à l'arbitrage. Pour une telle pratique, voir Sentence CCI n° 2626, *JDI*, 1978, p. 980 ; Sentence CCI n° 3460, *JDI*, 1981, p. 939 ; Sentence CCI n° 4023, *JDI*, 1980, p. 950 ; Sentence CCI n° 4472, *JDI*, 1984, p. 946 ; Sentence CCI n° 5103, *JDI*, 1988, p. 1206 ; Sentence CCI n° 5294, *YCA*, 1989, p. 137 ; Sentence CCI n° 5983, *Bull. ASA*, 1993, p. 507 ; Sentence CCI n° 6709, JDI, 1992, p. 998. Pour la pratique d'autres institutions, voir Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, note 24, p. 285.

632 Voir en droit français : Paris, 14 février 1985, *Rev. arb.*, 1987, p. 325, note P. Level (décidant qu'une référence au « Tribunal de la Chambre de commerce de Paris » désignait valablement la Chambre arbitrale de Paris) ; Paris, 24 mars 1994, *Rev. arb.*, 1994, p. 515, note Ch. Jarrosson (attribuant compétence à la CCI là où la clause arbitrale visait la « Chambre de commerce de Paris ») ; Paris, 25 octobre 2000, *Sté Vivendi c. J. Nègre*, inédit ; Cass. civ. 1re, 14 décembre 1983, *Rev. arb.*, 1984, p. 483, note M. C. Rondeau-Rivier (reconnaissant la compétence de la Cour d'arbitrage du commerce extérieur auprès de la Chambre de commerce de Yougoslavie, là où la clause arbitrale désignait directement « la Chambre de commerce de Yougoslavie à Belgrade »). En droit américain, une clause désignant l'association d'arbitrage commercial de New York a été interprétée comme renvoyant à l'AAA à New York (*World Arb. & Med. Rep.*, vol. 4,

n'est peut-être pas la meilleure manière d'inciter les parties à consacrer davantage de soin à leur élaboration[633]. Entre un laisser-aller qui pourrait certainement se retourner, un jour ou l'autre, contre des parties habituées à la distraction et une sévérité excessive, privant systématiquement d'effet l'accord compromissoire pathologique, les tribunaux doivent rechercher un équilibre.

La multiplication des problèmes provoqués par les clauses arbitrales pathologiques a révélé les difficultés de rédaction d'une convention d'arbitrage efficace et a conduit la pratique à s'y intéresser de plus près. Les différents règlements d'arbitrage proposés aux parties s'accompagnent désormais fréquemment de clauses modèles, soigneusement rédigées et prêtes à l'usage[634]. Elles peuvent être insérées dans la convention des parties, telles quelles ou moyennant quelques adaptations. La question a aussi suscité un grand intérêt doctrinal. Les écrits traitant spécifiquement de l'élaboration de la convention d'arbitrage ne se comptent plus et certains ouvrages généraux publiés récemment comportent un chapitre entièrement consacré au sujet[635]. En dépit de tous les outils dont disposent les parties pour l'élaboration de la convention d'arbitrage, il peut parfois s'avérer utile d'en confier la rédaction à des spécialistes.

1993, p. 229) et la référence à la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce de Venise, comme donnant lieu à un arbitrage CCI dans cette ville (*YCA*, 1992, p. 620, spéc. n° 24).

633 Grenoble, 24 janvier 1996, *Harper Robinson*, inédit, cité dans Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, note 24, p. 286, note 102. Les auteurs reprochent à l'arrêt d'avoir manqué de « lire "Cour permanente d'arbitrage de La Haye" là où les parties avaient écrit "Cour internationale d'arbitrage de La Haye" ». Versailles, 3 octobre 1991, *Rev. arb.*, 1992, p. 654, note D. Bureau (clause visant la « Chambre arbitrale de Londres », reconnue inopérante).

634 Le texte de ces clauses est en générale disponible dans différentes langues sur le site Internet des différentes institutions d'arbitrage. Voir, entre autres, la CCI, www.iccwbo.org/index_court.asp (cliquer sur *Model suggested clauses*) ; le centre d'arbitrage de l'OMPI : http://arbiter.wipo.int/center/index-fr.html (V° *Recommended clauses*) ; la LCIA : www.lcia-arbitration.com (V° *Recommended clauses*). Dernière visite, le 21 février 2006.

635 En plus de la doctrine citée en relation avec la clause d'arbitrage pathologique, voir : Ph. R. Budin, *Les clauses arbitrales internationales bipartites, multipartites et spéciales de l'arbitrage « ad hoc » et institutionnel. Clauses modèles*, Payot, Lausanne, 1993 ; W. W. Park, *International Forum Selection*, Kluwer, 1995 ; W. F. Jr. Fox, *International Commercial Agreements, A Primer on Drafting, Negotiating and Resolving Disputes*, Kluwer Law International, 1998 ; G. B. Born, *International Arbitration and Forum Selection Agreements*, Planning, Drafting and Enforcing, Kluwer Law International, 1999 ; J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *op. cit.*, note 345 ; S. R. Bond, « How to Draft an Arbitration Clause », *Rev. hell. dr. Int'l.*, 1989-1990, p. 201-213 ; M. Blessing, « Drafting An Arbitration Clause », *in The Arbitration Agreement. Its Multifold Critical Aspects*, M. Blessing (ed.), Bâle, juin 1994, *ASA Special Series*, n° 8, 1994, p. 32-77 ; Ch. Liebscher, « Drafting Arbitration Clauses for EC Merger Control », *J. Int'l Arb.*, vol. 21, n° 1, 2004, p. 67-81.

Chapitre II

Le consentement à l'arbitrage par voie non contractuelle

Pour le règlement des litiges transnationaux mettant aux prises une personne publique, sujet de droit international (État ou organisation internationale) à une personne privée interne (personne physique ou morale), l'approche contractuelle du consentement à l'arbitrage ne saurait être totalement satisfaisante[636]. En effet, la personne publique, qui dispose en principe d'une justice qui lui est propre, manifeste habituellement une forte réticence à soustraire à la compétence de ses tribunaux les litiges qui l'opposent à des personnes privées étrangères pour les soumettre à l'arbitrage[637].

Le principe de base est que l'État est une autorité souveraine qui dispense la justice plus qu'il n'est lui-même justiciable d'un organe qui lui est extérieur. C'est pourquoi sa participation à une procédure internationale de règlement des différends se conçoit de manière exceptionnelle et ne se concrétise traditionnellement que dans les seuls cas qui l'opposent à l'un de ses pairs ou, tout au moins, à une organisation internationale[638]. Ces conditions fussent-elles réunies, la comparution de l'État devant un organe juridictionnel demeure caractérisée par une grande réticence. C'est un fait que l'on ne peut que constater, même si le règlement juridictionnel demeure incontestablement préférable pour les États au recours à la force que, de nos jours, le droit international tient d'ailleurs hors de leur discrétion. Si la méfiance de l'État est si vive s'agissant du recours à des procédures interétatiques, que dire de sa participation à un arbitrage avec une personne privée étrangère ?[639]

Dans ce domaine, le réflexe de l'État est naturellement de soumettre le particulier, nonobstant sa nationalité étrangère, à sa propre

---

636 En ce qui concerne les organisations internationales, voir P. Glavinis, *op. cit.*, note 414, p. 120 et s.

637 « Il y a quelque abus de langage à traiter de l'État « partie à un litige transnational » car la participation de l'État à la procédure arbitrale est susceptible de se heurter à divers obstacles relatifs précisément à l'acceptation par l'État de sa qualité de partie » (J.-M. Jacquet, « L'État, opérateur du commerce international », *JDI*, 1989, p. 621-690, spéc. p. 657, n° 50).

638 On peut d'ailleurs remarquer que même si elles peuvent recourir à l'arbitrage international avec les États, les organisations internationales n'ont toujours pas accès à la Cour de La Haye, du moins au contentieux.

639 Ch. Carabiber, *op. cit.*, note 46, p. 220-317.

juridiction. L'expérience a toutefois montré que l'État national de la partie privée n'est jamais indifférent au traitement réservé à celle-ci à l'étranger. Lorsqu'il estime qu'un autre État a commis, sur la personne de son national, une violation du droit des gens, il arrive souvent qu'il prenne fait et cause pour celui-ci, et présente une réclamation internationale[640]. C'est ainsi que l'État partie au litige transnational a progressivement réalisé que, malgré sa détermination à soumettre le particulier étranger à la compétence de ses propres tribunaux, ceux-ci n'avaient pas toujours le dernier mot sur l'issue du litige.

En outre, cette technique de la protection diplomatique comporte des inconvénients majeurs : elle envenime les relations internationales, fait monter la tension entre États et peut conduire à la rupture des relations diplomatiques. Il est même à craindre que la situation ne dégénère en conflit armé[641]. C'est dire que la protection diplomatique apparaît comme une procédure délicate, qui doit demeurer exceptionnelle. Aussi son exercice est-il subordonné à des conditions, notamment l'obligation pour la personne lésée d'épuiser les voies de recours internes disponibles. D'où le besoin fortement ressenti de trouver un mode de résolution plus adapté aux litiges transnationaux.

Le moyen de règlement recherché sera celui qui en reconnaîtra le mieux la spécificité et observera un juste équilibre entre les intérêts en présence : d'une part l'aspiration légitime de la personne privée au profit (qui a motivé son engagement), d'autre part, la spécificité de l'action de l'État qui est la poursuite d'une mission de service public et la réalisation de l'intérêt général. Pour l'intégrité de la justice et l'élimination des soupçons de partialité, il convient alors de confier la mission de juger à des spécialistes neutres. Ces exigences ont toutes les chances de se réaliser si le tribunal est totalement indépendant des parties en cause, ce qui rend les tribunaux locaux d'autant moins indiqués qu'un principe élémentaire de procédure refuse à un plaideur d'être juge dans sa propre cause[642]. Quelle solution reste-t-il alors à préconiser ?

De manière assez naturelle, on en est venu à songer à l'arbitrage, mode privé de règlement des litiges qui a déjà fait ses preuves tant dans les relations interétatiques que dans les rapports internationaux de droit privé. L'arbitrage permet en effet non seulement de parer aux risques de conflits internationaux liés à l'exercice de la protection diplomatique, mais lève tout soupçon de partialité que la personne privée pourrait craindre, à tort ou à raison, de la part des

640 CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne),* arrêt du 24 juillet 1964 (exceptions préliminaires), *CIJ Recueil* 1964, p. 6 et s.

641 Voir les critiques de Ch. CARABIBER, *op. cit.*, note 46, p. 251 et s.

642 La sentence *Aramco* a considéré la clause compromissoire comme la preuve que les « parties ont entendu, dès le début, soustraire leur différend à la juridiction des tribunaux locaux, clause essentielle de leurs accords pour assurer à la concessionnaire la garantie d'un juge neutre » (*op. cit.*, note 59).

tribunaux de l'État partie au litige. L'arbitrage présente par ailleurs de multiples autres avantages qui expliquent l'essor de l'institution et en fait le mode normal de règlement des litiges internationaux. C'est, en effet, la procédure qui réalise le mieux l'équilibre procédural entre des parties de statut juridique différent et qui sont de fait dotées de moyens juridiques fort inégaux, comme c'est le cas de l'État et l'investisseur privé.

Le recours à l'arbitrage dans les relations transnationales a tout d'abord été considéré comme l'affaire des parties et devait donc se concrétiser par la négociation d'une clause arbitrale liant l'État à son partenaire privé. On peut facilement deviner le caractère tendu de ces négociations car, en face d'une personne privée, l'État agit volontiers et plus fréquemment par acte d'autorité que par la voie contractuelle. Cette observation vaut *a fortiori* lorsqu'il s'agit, pour la personne privée, de négocier la soustraction des litiges susceptibles de l'opposer à l'État à la juridiction de ce dernier (souscription de clauses arbitrale et de droit applicable). En plus d'être très élitiste (seuls les grands groupes parvenaient à conclure une convention d'arbitrage avec l'État), la technique contractuelle n'allait pas manquer de se heurter à la souveraineté de l'État.

La pratique ne tardera pas à révéler les limites de la clause arbitrale insérée dans les contrats d'État, montrant la nécessité de mettre au point de nouvelles formes d'expression du consentement à l'arbitrage dans le cadre des relations transnationales. Il est en effet apparu que la plupart des difficultés rencontrées dans la mise en œuvre de l'arbitrage transnational étaient dues à la nature contractuelle de la juridiction arbitrale, mise en œuvre en vertu d'une convention d'arbitrage que l'État partie s'autorisait à annuler. En cherchant à institutionnaliser le recours à l'arbitrage transnational et à lui trouver un fondement non nécessairement contractuel, la réforme voulue devait en même temps présenter l'intérêt de faciliter le choix de l'arbitrage et d'ouvrir l'accès à la juridiction privée au plus grand nombre d'investisseurs étrangers plutôt que d'en faire la chasse gardée des sociétés multinationales.

Cette réforme interviendra au niveau interétatique et prendra corps dans la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États[643]. Tirant les leçons du passé, cette Convention s'est soigneusement gardée de faire la moindre référence à la notion de « convention d'arbitrage », préférant s'en tenir à l'expression plus large de « consentement » des parties à l'arbitrage[644]. Il faut éviter d'y voir une remise en cause de

643 Convention de Washington du 18 mars 1965, entrée en vigueur le 14 octobre 1966.

644 Dès son Préambule, la Convention précise que « sans son consentement », aucun État ne sera réputé avoir assumé une obligation d'arbitrage par le simple fait d'avoir ratifié la Convention. Elle se réfère au litige « que les parties ont consenti

la convention d'arbitrage, mode ordinaire d'expression du consentement à l'arbitrage et base essentielle de la compétence des arbitres. Celle-ci garde une place irremplaçable dans les relations entre sujets de même statut juridique (les États entre eux ; les particuliers entre eux).

Cependant, si la clause arbitrale conserve une importance indéniable dans l'arbitrage de façon générale, elle perd son monopole dans l'arbitrage transnational. Dans ce domaine, le rôle de la convention d'arbitrage ira d'ailleurs *decrescendo* car sa négociation heurte trop souvent la susceptibilité de l'État[645].

> « Le nombre d'affaires soumises au Centre sur le fondement de conventions d'arbitrage traditionnelles est resté constant : une en 1999, une en 2000, deux en 2001 et une en 2002. Ce rythme est très comparable à celui qu'avait connu le CIRDI jusqu'au milieu des années quatre-vingt-dix. En revanche, outre ces saisines opérées sur un fondement classique,

---

par écrit à soumettre au Centre » et précise que lorsqu'elles « ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement » (article 25, par. 1) ; elle parle de « la date à laquelle les parties ont consenti » (article 25, par. 2 b)), traite du « consentement d'une collectivité publique ou d'un organisme dépendant d'un État » (article 25, § 3) et précise que « le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours » ; l'épuisement des recours internes n'est exigé que si l'État a expressément posé cette « condition à son consentement à l'arbitrage » (article 26). La Convention s'oppose en outre à l'exercice de la protection diplomatique « au sujet d'un différend que l'un de ses ressortissants et un autre État contractant ont consenti à soumettre ou ont soumis à l'arbitrage » (article 27). L'article 36, par. 2 cite parmi les pièces composant la requête d'arbitrage « l'identité des parties et leur consentement à l'arbitrage ». En vertu de l'article 44, le règlement de procédure est celui qui est « en vigueur à la date à laquelle elles ont consenti à l'arbitrage ». La compétence du tribunal s'étend à toutes demandes « couvertes par le consentement des parties ». En cas d'amendement ou de modification du champ d'application de la Convention ou de dénonciation de celle-ci, les articles 66, par. 2 et 72 protègent les droits et obligations « qui découlent d'un consentement à la compétence du Centre ». Toutes ces fois que la Convention évoque le « consentement » à l'arbitrage sans jamais parler de « convention d'arbitrage » ne nous semblent pas dues au hasard. Il doit y avoir une signification positive. Nous y voyons, quant à nous, l'expression de la volonté des négociateurs d'accueillir des manifestations non contractuelles du consentement des parties à l'arbitrage.

645 L'évolution est rapide. Dix ans en arrière, le professeur Schreuer pouvait encore écrire dans son commentaire de l'article 25 de la Convention de Washington : « *The Convention leaves the parties a large measure of freedom in expressing their consent. An agreement between the parties recorded in a single instrument is the most common form of consent* » (Ch. Schreuer, « Commentary on the ICSID Convention : Article 25 », *ICSID Rev.-FILJ*, vol. 11, n° 2, 1996, p. 318-492, spéc. p. 425, n° 249). De nos jours, la technique des TBI (sigle anglais *BIT*) est qualifié de « "droit commun" du contentieux international de l'investissement » (C. Santulli, *op. cit.*, note 419, p. 115, n° 203).

le Centre a enregistré, sur le fondement de traités, sept affaires nouvelles en 1999, neuf en 2000, douze en 2001 et seize en 2002 »[646].

Durant les décennies passées, l'État n'a eu de cesse d'insister sur l'atteinte à sa souveraineté résultant de la concession faite à une entreprise privée étrangère de disposer d'un droit contractuel à le poursuivre ailleurs que devant ses propres tribunaux. L'on ne pouvait espérer une attitude différente du souverain alors même que son acceptation d'une clause arbitrale dans le contrat d'État était perçue comme « la renonciation de l'État à sa juridiction naturelle… [en] gage de sa bonne foi, ce qui suppose de la part de l'État une acceptation au moins tacite des motivations de son partenaire étranger. L'État est alors amené à reconnaître que ses propres juridictions ne sont pas compétentes, ne sont pas autonomes et ne sont pas neutres »[647]. C'est dire combien il pouvait être douloureux pour l'État de renoncer contractuellement à la compétence de ses tribunaux.

Mais, s'il faut à tout prix sacrifier à la résolution arbitrale des litiges transnationaux, il convient tout au moins d'éviter de donner l'impression que le recours à l'arbitrage est imposé au souverain par la puissance économique de son partenaire privé, idée sous-jacente à l'approche contractuelle de l'arbitrage transnational[648]. Petit à petit, l'on s'est alors orienté vers une approche non contractuelle du consentement à l'arbitrage. Celle-ci consiste, pour l'État d'accueil de l'investissement, à octroyer librement un droit d'accès à l'arbitrage à l'investisseur privé pour le mettre en confiance et l'encourager à investir. La mise au point de cette nouvelle formule d'acceptation de l'arbitrage dans les relations mixtes (État et personne privée étrangère) a relégué la technique contractuelle au rang de mode « classique » d'expression du consentement à l'arbitrage, et marqué le point de départ d'une nouvelle étape dans l'évolution du contentieux transnational[649].

La première phase met en relation directe l'État hôte et l'investisseur, tous deux désireux d'établir des relations mutuellement profitables, notamment dans le cadre des investissements internationaux.

---

646 E. Gaillard, « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », *Rev. arb.*, 2003, p. 853-875, spéc. p. 855. (L'auteur note que le nombre total d'arbitrages enregistrés par le CIRDI jusqu'en 1997, date à laquelle la saisine sur le fondement de traités devient significative est de 32, ce qui représente une moyenne d'une affaire par an environ).

647 A. Mezghani, « Souveraineté de l'État et participation à l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1985, p. 543-584, spéc. p. 553.

648 Bien que conventionnel, le recours à l'arbitrage se présente alors « comme une solution "imposée" dont le but est d'échapper à la compétence de juridictions étatiques "suspectes"… » (A. Mezghani, *op. cit.*, note 647, p. 554).

649 Sur cette évolution, voir : A. Prujiner, « L'arbitrage unilatéral : un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel ? », *Rev. arb.*, 2005, p. 63-99, spéc. p. 66 et s.

Cette collaboration est cependant rendue difficile par une grande méfiance entre les partenaires, l'investisseur craignant surtout pour la sécurité de son investissement. Il sait en effet que, même lorsqu'il aura réussi à passer un contrat avec l'État fixant les conditions et garanties de son investissement, le risque demeure élevé de voir l'État revenir sur sa parole et anéantir ses engagements contractuels par une manipulation législative. L'État pourrait ainsi spolier son investissement car le contrat qui est censé engager l'État cède devant la loi dont ce dernier a la maîtrise.

Il était impératif de s'en prémunir, et dans un premier temps, on a essayé de trouver une protection par des moyens purement contractuels. Les contrats d'État ont été assortis de clauses destinées à les immuniser des atteintes susceptibles de provenir d'une intervention unilatérale de l'État hôte : clause d'arbitrage pour soustraire les éventuels litiges aux tribunaux de l'État, clause de droit applicable renvoyant au droit international et clauses de gel du droit de l'État lorsque celui-ci est destiné à régir le contrat[650]. Cette recette mêlant le recours à l'arbitrage à l'application d'un droit stabilisé au jour du contrat a été présentée comme un remède miracle permettant de soustraire la personne privée étrangère à la toute-puissance de son partenaire étatique. On a cru qu'on réussirait ainsi à « neutraliser » le pouvoir qui permet à l'État de s'élever au-dessus du contrat[651].

Ce ne fut toutefois pas la panacée. Dans bien des cas, les États mis en cause ont réussi à paralyser le mécanisme contractuel ou, lorsque des sentences ont été rendues par défaut, ils ont refusé d'y donner suite. Quelquefois, l'État d'allégeance de la personne privée a été amené à intervenir dans le cadre de la protection diplomatique, menant à une forte politisation des opérations d'investissement et augmentant la tension entre les partenaires. La situation n'était satisfaisante pour personne, pas même pour l'État hôte de l'investissement qui justifiait son nationalisme juridictionnel par la nécessité de défendre sa souveraineté. Non seulement il notait la raréfaction des investissements étrangers vers son territoire, mais il réalisait aussi que, confronté à l'un de ses pairs dans une procédure internationale, il n'était aucunement assuré de s'en tirer à meilleur compte. La douloureuse réalité qui a conduit à l'élaboration de la doctrine Calvo nous le rappelle encore.

---

650 P. Weil, « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », *in Mélanges offerts à Charles Rousseau, La communauté internationale,* A. Pedone, Paris, 1974, p. 301-328, reproduit dans *Écrits de droit international*, *op. cit.*, note 1, p. 325-349 ; J.-M. Jacquet, *op. cit.*, note 239, p. 27, n° 131 et s. ; Ch. Leben, « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI*, 2003, tome 302, p. 197-386, spéc. p. 250.

651 P. Mayer, *op. cit.*, note 74, p. 5.

Dans une seconde phase, une prise de conscience générale des limites inhérentes aux techniques contractuelles imaginées par la doctrine et appliquées par la jurisprudence arbitrale a conduit les États à anticiper les différends qui viendraient opposer l'investisseur à l'État hôte[652]. Plutôt que de laisser de tels litiges envenimer leurs relations, ils ont décidé d'intervenir en amont et de fixer ensemble les conditions cadres de l'investissement privé international ainsi que le mode de résolution des litiges éventuels[653]. Un mécanisme spécialisé, le CIRDI, est institué par la Convention de Washington de 1965 et de plus en plus, l'investisseur n'est plus seul face à l'État d'accueil dans la difficile négociation d'une convention d'arbitrage. La soumission à l'arbitrage des litiges susceptibles d'opposer l'État d'accueil à l'investisseur fait désormais l'objet d'une disposition des traités de protection des investissements, ce qui démocratise l'accès à l'arbitrage et rassure les petits investisseurs qui, autrement hésiteraient à investir à l'étranger[654].

La formule réjouit les investisseurs et les États d'origine des investissements ; elle est aussi appréciée des États d'accueil qui ont parfois pris l'initiative des négociations en vue de la conclusion de traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements[655]. Ne voulant plus dépendre d'une concertation internationale pour attirer les investissements étrangers vers leurs pays, certains États ont promulgué des codes d'investissement qui reproduisent toutes les

652 « Pour l'instant, ce nouvel état des lieux indique que l'internationalisation du *pacta* [on devra dire du *pactum*] et du régime des contrats d'État ne repose en droit international que sur les dispositions pertinentes des traités parapluie liant l'État partie au contrat d'État. Leur multiplication explique, sur ce plan, la fragilité de la mise en œuvre pratique des théories de l'internationalité immédiate du contrat d'État » (L. Lankarani El-Zein, *Les contrats d'État à l'épreuve du droit international*, préface de B. Stern, avant-propos de P. Weil, Bruylant, Bruxelles, 2001, 572 p., spéc. p. 527).

653 « Dans les années soixante-dix, la protection de l'investisseur se concevait autour du thème de l'internationalisation du contrat. Tout l'effort était destiné à émanciper, dans toute la mesure du possible, le contrat de l'emprise exclusive d'un droit national qui se trouvait être, dans bien des cas, celui de l'État contractant. Le mouvement était celui de l'internationalisation d'une relation de droit privé. La protection de l'investissement passe aujourd'hui par la démarche rigoureusement inverse. Loin d'être internationalisé, le contrat se trouve en effet soigneusement maintenu dans la sphère de droit privé… » (E. Gaillard, *op. cit.*, note 646, p. 863, n° 13).

654 La solution contractuelle défavorise « certaines personnes privées, notamment les petites et moyennes entreprises qui trouvent des difficultés pour convaincre les États à négocier des clauses contractuelles d'arbitrage » (W. Ben Hamida, *op. cit.*, note 393, p. 194, n° 310).

655 Le professeur Dominicé indique que les clauses d'arbitrage CIRDI figurant dans les traités bilatéraux conclus par la Suisse l'ont parfois été à la demande des États partenaires (Ch. Dominicé, « La clause CIRDI dans les traités bilatéraux suisses de protection des investissements », dans *L'ordre juridique international entre tradition et innovation*, *op. cit.*, note 353, p. 513-534, spéc. p. 516).

garanties prévues dans les traités et offrent parfois des conditions plus généreuses. Désormais, ce sont ces instruments qui affirment le consentement inconditionnel de l'État à recourir à l'arbitrage pour résoudre les litiges éventuels avec l'investisseur. Les données de l'équation de départ ont fortement changé : la sécurité juridique de l'investissement découle de la loi ou, mieux encore d'un traité international. Le problème initial, celui de l'instabilité contractuelle due aux modifications législatives, se devait d'être automatiquement résolu[656].

Paradoxalement, on a l'impression que le problème est progressivement réintroduit, ou qu'il n'a jamais disparu. Le professeur Fadlallah fait part de ces préoccupations en ces termes :

> « Diverses sentences sont intervenues à l'intersection des traités et des contrats. Si elles convergent vers certaines solutions, leur démarche est parfois contradictoire et les difficultés, au lieu de se résoudre au fil de la jurisprudence arbitrale, se compliquent. Il faut alors se poser à nouveau les questions fondamentales en revenant aux sources. L'amorce d'une réflexion critique conduit même à se demander si nous ne sommes pas en train de faire fausse route »[657].

La théorie, qui n'a pas pris la mesure de la nouvelle technique et qui est demeurée ce qu'elle était sous l'empire de l'approche contractuelle, serait en cause. Son influence sur la pratique se fait de plus en plus sentir et révèle des difficultés que l'on croyait résolues. En effet, malgré l'avènement de cette manifestation non contractuelle du consentement à l'arbitrage, doctrine et jurisprudence continuent de raisonner avec les outils du passé, essentiellement en terme de convention d'arbitrage, y compris ses exigences de spécificité du consentement à l'arbitrage.

Pourtant, l'originalité de la nouvelle situation résultant du fondement conventionnel ou légal de l'arbitrage transnational a été amplement soulignée. Dès 1995, M. Paulsson marquait la nouveauté en lançant sa célèbre formule d'« *arbitration without privity* »[658]. De son côté, M. Werner constata l'importance du phénomène et sa tendance durable en annonçant l'ère de l'arbitrage volontaire mais non contractuel. « *We enter the era of arbitration without contractual rela-*

---

656 Voir, sous l'angle du droit applicable, P. Weil, « L'État, l'investisseur étranger et le droit international : la relation désormais apaisée d'un ménage à trois », *in Écrits de droit international*, *op. cit.*, note 1, p. 409-423.

657 I. Fadlallah, « La distinction "Treaty claims – Contract claims" et la compétence de l'arbitre (CIRDI : faisons-nous fausse route ?) » *Les Cahiers de l'arbitrage*, n° 2004/2 – 2e partie, *Gaz. Pal.*, du 5 au 7 décembre 2004, p. 3-8, spéc. p. 3.

658 J. Paulsson, *op. cit.*, note 16, p. 232 et s.

tionship»[659]. Au même moment, M. Parra admettait que le nouveau mécanisme de l'arbitrage organisé sur la base d'une loi ou d'un traité sur les investissements « *puts the requirement of mutual consent in a new light, quite far removed from traditional contractual conceptions of arbitration* »[660]. Le professeur Jacquet a pour sa part attiré l'attention sur les bouleversements à attendre de cette évolution. « Au consentement spécifique à l'arbitrage résultant d'une clause compromissoire ou d'un compromis peut se substituer un consentement à l'arbitrage plus largement entendu, pris dans le cadre des règles qui régissent la protection des investissements étrangers »[661].

L'insistance des uns et des autres sur l'avènement de ce nouveau mode d'expression du consentement à l'arbitrage et sur ses particularités, n'a toutefois pas permis d'adapter la théorie relative au fondement de l'arbitrage volontaire. On a continué à penser et à écrire que pour être consensuel, l'arbitrage devait forcément tirer sa source d'un contrat. En privilégiant cette analyse traditionnelle, l'on s'est privé des moyens qu'exige la compréhension de la nouvelle situation.

Le but que nous assignons à ce chapitre est dès lors de démontrer l'existence d'un consentement non contractuel à l'arbitrage et de tirer les conséquences qui en découlent aussi bien sur un plan théorique que pratique. Pour un recours libre et volontaire à l'arbitrage, aucun contrat n'est désormais nécessaire entre l'investisseur et l'État d'accueil de l'investissement lorsque, par une disposition légale ou conventionnelle, ce dernier a octroyé à son partenaire privé un droit parfait de saisir la juridiction arbitrale en cas de différend. Le geste ainsi accompli par l'État devient un symbole de sa puissance et de sa souveraineté. Il sonne le glas des théories assimilatrices de l'État à l'individu, car contrairement aux particuliers tenus de spécifier le litige ou l'opération potentiellement litigieuse qu'ils entendent soumettre à l'arbitrage, l'État dispose du privilège d'émettre un consentement général qui n'a pas besoin d'être renouvelé à chaque opération. L'orgueil de l'État souverain est sauf et la protection de l'investisseur assurée de la meilleure manière.

Avant d'exposer les grandes lignes de l'approche non contractuelle que nous préconisons, (section 2), il convient de passer en revue les diverses théories actuellement avancées pour expliquer l'arbitrage dont le fondement est une loi ou un traité (section 1).

---

659 J. Werner, « The Trade Explosion and Some Likely Effects on International Arbitration », *J. Int'l. Arb.*, 1997, p. 15.

660 A. Parra, « Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment », *ICSID Rev.-FILJ*, 1997, p. 287-364.

661 J.-M. Jacquet, *op. cit.*, note 239, p. 21, n° 97.

Section 1 – Théories relatives à l'arbitrage reposant sur une loi ou un traité

Depuis les sentences *SPP c. Égypte*[662] et *AAPL c. Sri Lanka*[663], le consentement de l'État à l'arbitrage transnational est, de plus en plus, déduit d'un acte de portée générale et impersonnelle (loi ou traité international) tandis que le consentement de la personne privée s'exprime au cas par cas, au gré de la survenance des litiges. Cette nouvelle technique, initiée dans le cadre du CIRDI où elle connaît un développement fulgurant, s'étend progressivement à d'autres mécanismes d'arbitrage institutionnel (Cour d'arbitrage de la CCI, Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, etc.) et même à l'arbitrage *ad hoc* organisé sur la base du règlement de la CNUDCI[664].

La richesse de la dénomination de ce type particulier d'arbitrage témoigne de l'intérêt qu'il suscite auprès des auteurs. On parle invariablement d'arbitrage « indépendamment de tout lien contractuel »[665], d'arbitrage « sans accord spécifique »[666], d'arbitrage « sans lien direct »[667], d'arbitrage « transnational unilatéral »[668], etc. La terminologie anglaise est aussi riche, mais se concentre essentiellement autour de l'expression précitée d'« *arbitration without privity* » que beaucoup d'auteurs francophones utilisent également.

Dès son apparition, le cheminement direct vers la juridiction privée a vigoureusement secoué le monde de l'arbitrage. Souvent qualifié de révolutionnaire, ce raccourci a profondément bouleversé les analystes. Par rapport à la technique classique d'expression du consentement à l'arbitrage, sa qualification pose problème. Certains regrettent cette évolution[669], qui aboutit selon eux à l'institution d'un arbitrage forcé, alors que d'autres s'en félicitent, convaincus que le consentement des parties ne fait pas défaut.

---

662 *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. c. Égypte* (ARB/84/3), Sentence CIRDI rendue à la majorité le 14 avril 1988 et reconnaissant la compétence du tribunal arbitral. Texte in *YCA*, 1991 (vol. XVI), p. 28 et s ; extraits dans *JDI*, 1994, p. 219, obs. E. Gaillard ; opinion dissidente de l'arbitre égyptien publiée dans *ILM*, 1993 (vol. 32), p. 986 et s.

663 *Asian Agricultural Products Ltd. c. Sri Lanka* (ARB/87/3), sentence du 27 juin 1990 rendue à la majorité, publiée dans 6 *ICSID Rev.-FILJ* 1991, p. 526 ; *JDI*, 1992, p. 217 (extraits).

664 O. C. Unegbu, « BITs and ICC Arbitration : Portent of a New Wave ? », *J. Int'l. Arb.*, 1999, p. 93.

665 G. Burdeau, « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage… », *Rev. arb.*, 1995, p. 3-37, spéc. p. 12.

666 B. Stern, *op. cit.*, note 240, p. 404.

667 C. Santulli, *op. cit.*, note 419, p. 114, n° 201.

668 W. Ben Hamida, *op. cit.*, note 393, p. 21, n° 42. L'auteur passe en revue les différentes dénominations et donne les raisons qui l'ont amené à retenir celle-ci.

669 L. Lankarani El-Zein, « Quelques remarques sur la sentence *SPP c. République arabe d'Égypte* », *Rev. belge dr. int'l.*, 1994/2, p. 533, et s.

Des multiples théories avancées pour expliquer ce phénomène, deux grandes tendances se font jour : la première regroupe les auteurs préoccupés par l'affaiblissement de la base consensuelle de l'arbitrage qu'ils croient déceler dans la procédure mise en œuvre sur le fondement d'un texte légal ou conventionnel. Une procédure éloignée de l'approche contractuelle et qu'ils assimilent, *grosso modo*, à de l'arbitrage forcé (§ 1).

Le second courant réunit les auteurs qui défendent le caractère consensuel dudit arbitrage, mais qui persistent dans la voie contractuelle. Diverses théories ont ainsi été avancées pour expliquer le processus spécifique de formation de la convention d'arbitrage à partir de consentements dissociés et décalés dans le temps (§ 2).

De manière critique, nous examinerons chacun de ces courants, en cherchant à montrer en quoi ces théories sont inadaptées à la nouvelle situation.

§ 1 – Théorie écartant le consentement des parties et concluant à l'arbitrage forcé

Pour une partie de la doctrine, l'arbitrage organisé entre États et ressortissants d'autres États sur la base d'une loi ou d'un traité international sort du domaine de l'arbitrage volontaire. Les auteurs qui soutiennent ce point de vue considèrent donc qu'il s'agit d'un arbitrage forcé qui, comme on le sait, déroge au principe de la base consensuelle de l'arbitrage. Il convient de présenter les grands courants qui alimentent cette théorie (A) avant de lui consacrer une appréciation critique (B).

A. Exposé de la théorie

Dans le chapitre précédent, nous avons brièvement abordé la question du caractère prétendument forcé de l'arbitrage reposant sur une loi ou un traité sur les investissements, elle sera traitée ici en profondeur. L'on se souvient de l'opinion doctrinale selon laquelle un tel arbitrage ignorait le consentement des parties[670]. Un auteur parle à ce propos de « *compulsory international arbitration* »[671]. Même s'ils ne l'expriment pas toujours clairement, de nombreux auteurs laissent entendre le caractère plus ou moins forcé de l'arbitrage mis en œuvre sur le fondement d'une disposition légale ou conventionnelle[672].

---

670 G. Kaufmann-Kohler, P. Henry, *op. cit.*, note 26, p. 186. Voir aussi, G. Kaufmann-Kohler, Th. Schultz, *op. cit.*, note 361, p. 30.

671 A.-H. El Ahdab, « The Compulsory International Arbitration », *Rev. lib. arb. int'l.*, n° 20, 2001, p. 6.

672 Le professeur Geneviève Burdeau fait preuve d'une grande subtilité à ce sujet : « L'arbitrage transnational qui s'était développé à l'origine, à partir du modèle fourni par l'arbitrage commercial international, *sur une base clairement et*

Pour les uns, le mécanisme « implique le consentement plus qu'il n'en exige une manifestation expresse et spécifique »[673], bref il manifeste une « marginalisation du consentement dans l'arbitrage international »[674]. Pour les autres, l'intégration de la procédure décrite dans le domaine de l'arbitrage volontaire exige d'entendre celui-ci « au sens large en ce sens que le consentement des parties peut être donné sous des formes différentes et de façon subséquente »[675]. M. Rigozzi estime, pour sa part, que même si l'on retient le caractère consensuel de l'arbitrage fondé sur la loi ou sur un traité relatif aux investissements, force est d'admettre que la technique utilisée « place en tout cas la condition du consentement sous un éclairage nouveau, assez éloigné des conceptions contractuelles traditionnelles de l'arbitrage. Sans entrer dans les détails, on retiendra à ce stade que même les auteurs qui considèrent que l'arbitrage fondé sur un traité international reste consensuel, admettent qu'il participe d'une tendance vers l'élargissement de la notion d'arbitrage »[676].

Il est vrai que l'arbitrage dont il est question peut très bien être rapproché de l'arbitrage forcé en ce sens que l'un et l'autre se passent de la convention d'arbitrage pour reposer directement sur une loi ou un traité international. Il est tout aussi vrai que la manière dont sont rédigées certaines dispositions légales ou conventionnelles visant à offrir aux investisseurs l'accès à l'arbitrage accrédite l'idée d'un arbitrage forcé[677].

C'est ainsi qu'aux termes de l'Accord bilatéral franco-zaïrois, les contrats d'investissement qui seront passés entre un État et l'investisseur originaire de l'autre État « comporteront obligatoirement une clause prévoyant que les différends relatifs à ces investissements devront être soumis, au cas où un accord amiable ne pourrait intervenir à bref délai, au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements en vue de leur règlement par

---

exclusivement consensuelle établie par les parties en litige, paraît à l'heure actuelle prendre une orientation nouvelle encouragée par un certain nombre de traités internationaux qui tendent à développer et à banaliser un mode de saisine unilatérale par la partie privée, généralement un investisseur, contre l'État » (*op. cit.*, note 665, p. 10 ; italiques ajoutés).

673 B. Stern, *op. cit.*, note 16, p. 223.

674 B. Stern, *op. cit.*, note 240, p. 404.

675 J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, note 39, p. 3, n° 4.

676 A. Rigozzi, *op. cit.*, note 224, p. 178, n° 328.

677 M^me^ Burdeau cite plusieurs accords passés par la France avec des pays étrangers comme la Pologne, le Vietnam, le Laos, la Mongolie, la Tchécoslovaquie et la Jamaïque qui prévoient que l'État peut, comme l'investisseur, prendre l'initiative de la procédure arbitrale (*op. cit.*, note 665, p. 19 (note 35). Dans le même sens, les traités passés par l'Allemagne, par exemple celui avec la Guyane prévoit le recours à l'arbitrage pour résoudre les litiges opposant un État à l'investisseur ressortissant de l'autre partie « *at the request of either of the parties to the dispute* » (cité par A. Parra, *op. cit.*, note 660, p. 340).

arbitrage ». Le but d'une telle stipulation conventionnelle serait, à en croire le professeur Geneviève Burdeau, « de contraindre l'État et l'investisseur à prévoir une clause d'arbitrage CIRDI dans le contrat qui les unit. Il s'agit là d'une véritable obligation de résultat,… »[678].

Dans le même sens, l'Accord de protection des investissements du 3 mars 1992 entre la Belgique et la Mongolie, stipule qu'à défaut de règlement amiable dans les six mois à compter de la notification du différend, ce dernier « est soumis, à l'exclusion de tout autre recours juridique, à l'arbitrage international du Centre international pour le règlement de différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États ». M. Schokkaert qui mentionne cette disposition assure que c'est à dessein qu'elle a entendu verrouiller tout autre recours que l'arbitrage afin de rendre celui-ci obligatoire aussi bien pour l'État d'accueil de l'investissement que pour l'investisseur[679]. On peut effectivement remarquer qu'elle s'écarte en effet de l'accord type belgo-luxembourgeois concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements, dont l'article 12 (2) stipule que « le différend sera soumis, au choix de l'investisseur, soit à la juridiction compétente de l'État où l'investissement a été réalisé, soit à l'arbitrage international »[680].

La doctrine qui doute du caractère réellement volontaire de l'arbitrage mené sur la base d'une disposition conventionnelle ou légale regroupe deux écoles : la première considère que la nouvelle donne favorise l'investisseur et se préoccupe du libre consentement de l'État. La seconde école prend le parti inverse, dès lors que le consentement de l'État lui apparaît certain, étant donné que celui-ci est à l'origine de la loi et participe à l'élaboration du traité prévoyant le recours à l'arbitrage. C'est donc le consentement de l'investisseur qui appelle l'attention, notamment pour lui éviter de se retrouver soumis, malgré lui, à une procédure arbitrale convenue au niveau interétatique. À ce stade, on peut déjà remarquer une certaine différence entre la procédure étudiée ici et l'arbitrage forcé qui, d'ordinaire, s'impose aux deux parties et non pas à une seule d'entre elles[681].

---

678 G. Burdeau, *op. cit.*, note 665, p. 12. On doit préciser que si cette disposition devait recevoir application, seule la personne privée serait obligée sans son consentement ; l'État lui, serait consentant puisqu'il a d'abord dû accepter la disposition en cause pour qu'elle s'applique à lui.

679 « Une obligation d'arbitrage qui lie tant l'investisseur que l'État receveur des investissements est la meilleure formule » (J. Schokkaert, « La pratique conventionnelle européenne en matière de protection juridique des investissements privés, effectués à l'étranger », *Rev. dr. int'l. dr. comparé*, 3e trimestre 2003, p. 327-388, spéc. p. 371).

680 *Ibidem*, Annexe 2, p. 385, *ad* article 12.

681 Voir cependant l'arbitrage des litiges relatifs au montant des honoraires des avocats en Belgique. « En effet, les avocats étaient tenus de se soumettre à un arbitrage, en cas de litige avec leurs clients en matière de fixation d'honoraires, lorsque ces derniers marquaient leur préférence pour ce mode de règlement. Il

1. Le souci de préserver le consentement de l'État

Soucieux de protéger l'État souverain et de faire en sorte qu'il ne soit pas soumis à une procédure arbitrale qu'il n'aurait pas réellement acceptée, des auteurs ont estimé insuffisant le consentement que la jurisprudence arbitrale déduit d'une loi ou d'un traité sur les investissements pour en conclure que l'État a irrévocablement accepté la compétence arbitrale. Ils estiment qu'il devrait être reconnu à l'État, comme à tout autre justiciable, le droit d'apprécier l'opportunité du recours à l'arbitrage au cas par cas, car le consentement sur la base duquel on cherche à lier l'État reste d'une généralité et d'une abstraction telles qu'il n'est à l'évidence pas éclairé. En effet, au moment où l'État est appelé à donner son consentement, il n'a encore aucune certitude sur la survenance d'un litige, sur sa nature ou sur l'identité de son adversaire potentiel.

Certains auteurs demeurent convaincus que la pratique qui permet à un investisseur d'attraire à l'arbitrage l'État d'accueil de son investissement sur la seule base de son Code des investissements ou d'un traité auquel il est partie, viole la souveraineté de l'État car celui-ci « n'a pas donné son consentement à l'arbitrage »[682].

Le professeur Brigitte Stern semble approuver cette manière de voir même si elle est beaucoup plus nuancée. « Même sans aller jusqu'à imposer un arbitrage forcé, il est indéniable que certaines évolutions récentes font que le consentement à l'arbitrage peut parfois sembler quelque peu malmené aujourd'hui »[683]. Dans le même sens, M. Sornarajah écrit : « *there seems to be an eagerness to sacrifice the voluntariness that is required or the limitations that states accept in*

---

s'agissait bien en l'occurrence d'un arbitrage « forcé » dans le chef des avocats, mais pas dans le chef des clients, lesquels demeuraient libres d'opter pour la voie des tribunaux ordinaires » (Ph. Frumer, *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 108, n° 147).

682 O. Fille-Lambie, J.-M. Loncle, « L'arbitrage dans les grands projets en concession de service public », *RDAI/IBLJ*, n° 1, 2003, p. 3-37, spéc. p. 33.

683 B. Stern, *op. cit.*, note 240, p. 421. Elle estime cependant que « Le consentement de l'État est donné, même si c'est un consentement « en blanc ». Encore faut-il préciser que ce consentement est général quant à la catégorie d'investisseurs concernés, mais est spécifique en ce qui concerne le choix de certains mécanismes d'arbitrage… » (*Ibidem*, p. 422). Cela dit, il faut préciser que la conception que l'auteur se fait de l'arbitrage volontaire est tellement large qu'elle englobe l'arbitrage du Tribunal des différends irano-américains. Corrélativement, la notion d'arbitrage forcé reçoit une signification si étroite qu'on peut même douter qu'elle puisse exister. Tant que les ressortissants des États concernés, les Américains en particulier, demeuraient libres de s'adresser aux tribunaux des États tiers et dans le cas où cette possibilité serait limitée, tant qu'ils « pouvaient renoncer à poursuivre leur réclamation, personne en tout cas ne pouvait les contraindre juridiquement à avoir recours au Tribunal irano-américain des différends » (*Ibidem*, p. 420). On peut juste observer qu'avec de

increasing the jurisdictional scope of arbitration»[684]. M. Laviec exprime une préoccupation semblable, lorsqu'il écrit :

> «les obligations convenues dans certaines Conventions d'investissement réduisent ou annulent la liberté de décision de l'État, et en conséquence la réciprocité, à moins que des obligations correspondantes ne soient mises à la charge d'un investisseur. Même si tel était le cas, l'automatisme établi par la Convention bilatérale transforme la nature consensuelle de la relation qui est à la base de la Convention de 1965»[685].

Connaissant la réticence traditionnelle de l'État à assumer une obligation d'arbitrage, surtout à l'égard d'une partie privée étrangère, d'autres auteurs se fondent sur le caractère déséquilibré et non réciproque de l'engagement d'arbitrage résultant des instruments normatifs sur les investissements, pour émettre un sérieux doute sur la réalité du consentement attribué à l'État. Est-il seulement certain qu'il a réellement accepté de se soumettre à une procédure d'arbitrage que seul l'investisseur peut enclencher ? Le caractère consensuel d'un tel arbitrage serait sujet à caution «dans la mesure où seul l'investisseur dispose d'un droit de saisine du tribunal arbitral. L'État ne peut lui-même saisir le tribunal dès lors que l'investisseur n'a pas manifesté son acceptation de l'arbitrage sur le fondement du Traité»[686].

Face à cette tendance, se dresse l'opinion qui tient le consentement de l'État pour acquis et qui se préoccupe plutôt de l'effectivité du consentement de la partie privée.

2. La préoccupation relative à l'effectivité du consentement du particulier

La lecture de cet intitulé pourrait amuser certains tant ils seraient convaincus de la grande faveur que la procédure arbitrale décrite manifeste à l'égard de la personne privée partenaire de l'État. Beaucoup considèrent en effet que l'investisseur n'est pas à plaindre puisqu'il occupe une position privilégiée par rapport à l'État qui demeure le seul obligé par la disposition légale ou conventionnelle stipulant l'arbitrage. Quant à l'investisseur, il en est le bénéficiaire.

---

telles exigences, même la justice étatique cesserait d'être obligatoire et revêtirait un caractère volontaire, puisque devant eux aussi, la renonciation à l'action demeure toujours possible.

684 M. Sornarajah, *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2000, p. 222.

685 J.-P. Laviec, *Protection et promotion des investissements : étude de droit international économique*, préface de M. Virally, Publications de l'IUHEI, PUF, Paris, 1985, p. 279.

686 J.-M. Loncle, «L'option de l'arbitrage des traités de protection des investissements : *Treaty Claims vs. Contracts Claims*», *RDAI/IBLJ*, n° 1, 2005, p. 3-12, spéc. p. 5.

Le droit d'initiative lui revient en exclusivité et ce serait d'ailleurs à cette caractéristique que l'arbitrage en question doit sa qualification de procédure « unilatérale »[687]. C'est, du moins, la conviction de M. Ben Hamida :

> « Contrairement à l'arbitrage traditionnel dans lequel chaque signataire de la clause d'arbitrage peut potentiellement avoir la double qualité de demandeur et de défendeur, dans l'arbitrage fondé sur les lois et les traités d'investissement se présentent deux catégories de personnes ayant des positions procédurales différentes : une partie étatique, seule et toujours défenderesse, et une autre, la partie privée, unique et exclusive demanderesse »[688].

Il n'y aurait dès lors aucun souci à se faire en ce qui concerne le consentement de l'investisseur à l'arbitrage. Cet optimisme doit tout de même être tempéré car il est des auteurs qui défendent ouvertement la possibilité pour les États de substituer leur propre consentement à celui de leurs ressortissants directement intéressés par le litige. Ainsi M. Santulli fait-il une distinction entre l'offre d'arbitrage découlant de la loi et qui obéit au principe du consentement à l'arbitrage et la doctrine de l'offre d'arbitrage fondée sur un traité international. Dans les deux cas, l'auteur constate l'absence d'accord entre les parties au litige. Dès lors, il invoque « une situation banale du droit international qui permet à l'État d'organiser l'arbitrage au profit (mais en réalité aussi aux dépens) des sujets internes »[689]. L'auteur ajoute que « rien n'empêche qu'un traité dispose du consentement des individus »[690].

Dès lors, on comprend aisément la démarche consistant à s'assurer de la réalité du consentement de la partie privée. Abordant la question de l'arbitrage mis en œuvre sur le fondement d'un acte législatif ou conventionnel, M. Derains parle de « l'émergence d'un arbitrage forcé »[691], d'une « tendance au développement d'un arbitrage automatique »[692]. Mais contrairement aux auteurs précédents, dont le souci porte sur l'absence de choix pour l'État, il estime que le caractère forcé ou faiblement consenti d'un tel arbitrage doit plutôt s'apprécier par rapport à l'investisseur.

---

687 W. Ben Hamida, *op. cit.*, note 393, p. 20, n° 41.

688 W. Ben Hamida, « L'arbitrage État-investisseur cherche son équilibre perdu : Dans quelle mesure l'État peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé ? », *Int'l. L. Forum dr. Int'l.*, vol. 7, 2005, p. 261-272, spéc. p. 263 ; voir aussi *Idem*, *op. cit.*, note 393, p. 7, n° 14.

689 C. Santulli, *op. cit.*, note 419, p. 117, n° 203.

690 *Ibidem*, p. 115, n° 204. Voir aussi les remarques de l'auteur, p. 117, n° 205. Dans le même sens, J. Schokkaert, *op. cit.*, note 679, p. 371.

691 Y. Derains, *op. cit.*, note 475, p. 12.

692 *Ibidem*.

« De plus, si le consentement de l'investisseur existe indiscutablement, est-il vraiment libre ? On peut en douter. Même les A.P.I. [Accords de protection des investissements] qui lui offrent une ou plusieurs options en matière de règlement des litiges ne lui donnent pas une entière liberté de choix et l'on voit d'ailleurs mal comment il pourrait en être ainsi. Lorsqu'au contraire, l'A.P.I. n'envisage le recours qu'à un seul système de solution arbitrale des litiges, le choix de l'investisseur se réduit à un choix entre l'arbitrage prévu à l'A.P.I. et la compétence des juridictions de l'État d'accueil. En pratique, cela signifie souvent un choix entre l'arbitrage choisi par les États signataires de l'A.P.I. et le renoncement à toute procédure contentieuse offrant des garanties suffisantes. Si la base conventionnelle de l'arbitrage n'a pas complètement disparu, n'est-on pas très proche de l'arbitrage forcé ? »[693].

3. Appréciation critique

La théorie de l'arbitrage forcé ne nous semble guère adaptée aux relations transnationales : non seulement le consentement de l'État ne peut être éludé, mais lui-même ne dispose d'aucune autorité pour forcer des étrangers à arbitrer des litiges qui les opposeraient à l'État hôte. Bien au contraire, l'exigence du consentement à l'arbitrage demeure renforcée en la matière. En effet si, en l'absence de toute convention d'arbitrage, l'État hôte privait les étrangers du droit d'accès à ses tribunaux, il commettrait un déni de justice. Il faudrait au moins une entente entre les deux États concernés (l'État national de l'investisseur et l'État d'accueil de l'investissement) pour instituer un arbitrage forcé dans les relations internationales.

Or, en règle générale, les accords internationaux visant à restreindre une liberté comme celle de l'accès à la justice publique sont plutôt exceptionnels. Dans les pays liés par la Convention européenne des droits de l'homme, une telle restriction serait de toute façon inutile car le tribunal qui sera institué à la place des juridictions ordinaires, devra tout de même assurer toutes les garanties découlant de l'article 6 (1) de la Convention, sous le contrôle éventuel de la Juridiction de Strasbourg. D'ailleurs, pour M. Manciaux, « … une telle hypothèse relève de l'hypothèse d'école : il est rare qu'un État accepte que la possibilité de recourir à ses juridictions soit écartée ; la quasi-totalité des instruments connus en la matière ne proposent alors aux investisseurs le recours à l'arbitrage que comme une option parmi d'autres (au rang desquelles le recours aux juridictions internes de l'État partie) et non comme une obligation »[694].

Dans tous les cas, même si l'intention exprimée par les Parties au traité était réellement d'obliger leurs ressortissants respectifs à recourir à l'arbitrage tel que prévu dans le traité, il est à noter qu'une

693 *Ibidem*, p. 14.

694 S. Manciaux, *op.cit.*, note 390, p. 194, n° 210.

procédure imposée comme celle-là ne pourrait alors prospérer ni devant le CIRDI, dont la compétence est subordonnée au consentement des parties en litige conformément à l'article 25 (1) de la Convention de Washington, ni devant aucune autre institution d'arbitrage dont la mission repose sur la volonté des parties[695]. À la suite de M^me^ Burdeau, « on voit mal, en cas de saisine du tribunal arbitral par l'État contre un investisseur, comment serait remplie l'exigence de l'article 25 de la Convention de Washington, d'un consentement écrit et préalable de la part de celui-ci. Même si l'on admet qu'une convention bilatérale intergouvernementale puisse créer des obligations pour les investisseurs étrangers, elle ne peut réputer acquis le consentement à l'arbitrage d'un particulier »[696]. M. Parra abonde dans le même sens[697].

Ainsi, si le recours à l'arbitrage peut être décidé au niveau interétatique et en l'absence de l'investisseur, la mise en œuvre de la procédure n'est possible que si ce dernier l'accepte et, dans la majorité des cas, en prend l'initiative. Puisqu'il est question d'arbitrage volontaire, l'investisseur ne peut être ni contraint ni contourné. La nécessité de compter avec le consentement de la partie privée a été consacrée avec éclat par la jurisprudence du CIRDI, notamment dans l'affaire *AMT c. Zaïre*[698]. Le tribunal arbitral s'est alors posé une série de questions mettant en évidence le caractère incontournable du consentement de l'investisseur :

> « La première interrogation qui vient à l'esprit est celle-ci : est-il nécessaire, dans le cas d'espèce, qu'il y ait un consentement entre l'État (le Zaïre) et le ressortissant (AMT) de l'autre État (Etats-Unis), pour soumettre le différend au Centre ? Le traité bilatéral n'y suffit-il pas puisqu'il prévoit que les différends de la nature de celui que le tribunal examine doivent être portés devant le CIRDI ? Autrement dit, le consentement de l'État américain s'impose-t-il à son ressortissant ? Est-ce qu'il ne faut pas, en plus de ce consentement, le consentement de AMT, lui-même, relativement à un différend spécifique ? L'État américain peut-il imposer à son ressortissant le passage au CIRDI ? Ou encore, est-ce qu'en l'absence d'un consentement de AMT, le traité signé par les Etats-Unis d'Amérique avec le Zaïre suffit à y faire place ?

695 Sur l'impossibilité pour la Cour d'arbitrage de la CCI de procéder sans le consentement des parties, voir l'arrêt *Tarom* de la Cour d'appel de Paris, *op. cit.*, note 249.

696 G. Burdeau, *op. cit.*, note 665, p. 20. Si un traité ne permet pas de se passer du consentement de l'investisseur, une loi interne sur les investissements ne devrait pas pouvoir le faire non plus.

697 A. Parra, *op. cit.*, note 660, p. 340.

698 *American Manufacturing and Trading Inc c. République du Zaïre* (ARB/93/1), 36 *ILM*, 1997, p. 1531 et s ; *YCA*, 1997, p. 60 ; *Mealey's Int'l. Arb. Rep.*, 1997, vol. 12, A 1 ; *JDI*, 1998, p. 253, chronique de E. Gaillard.

Le tribunal estime qu'à cette question, il faut répondre par la négative. L'exigence d'un consentement des parties ne disparaît pas avec l'existence d'un traité. La Convention prévoit un échange de consentements entre les parties. Quand l'article 25 dit en son paragraphe 1 que « les parties » doivent avoir consenti par écrit à soumettre le différend au Centre, il ne parle pas des États ou plus précisément, il parle d'un État et du ressortissant d'un État. Il apparaît donc que deux États ne peuvent pas, en application de l'article 25 de la Convention, obliger un de leurs ressortissants à se présenter devant le Centre ; ce serait un pouvoir que la Convention ne leur accorde pas »[699].

Il est ainsi clair que l'investisseur ne sera jamais contraint à l'arbitrage décidé par les États. Il n'y recourt que s'il le veut et donc par sa propre décision. La procédure arbitrale qu'il initie sur le fondement d'un traité ou d'une loi sur les investissements ne s'impose pas à lui. S'il prend l'initiative de la procédure arbitrale alors même qu'il aurait pu agir devant la juridiction d'État, n'est-ce pas la preuve qu'il accepte l'arbitrage ? En conséquence, rien ne permet de conclure à la nature forcée de l'arbitrage décrit, du moins en ce qui concerne la partie privée. Qu'en est-il du côté de l'État ?

Si le consentement de l'État à l'arbitrage dans une procédure mise en œuvre en vertu d'une loi promulguée par l'État ou en application d'un traité qu'il a ratifié a pu être mis en cause, c'est bien que la critique porte sur les aspects psychologiques et sociologiques du consentement, car juridiquement, l'acceptation de l'État ne fait alors aucun doute. La remise en cause vise, par conséquent, un certain déséquilibre au détriment de la personne publique. Cette question a longuement retenu l'attention de M. Ben Hamida qui lui a consacré un chapitre entier de sa thèse[700]. Ce déséquilibre se manifeste notamment dans le droit de saisine réservé à l'investisseur, d'où l'auteur déduit le caractère « unilatéral » et « unidirectionnel » de cet « arbitrage non réciproque » et dénonce le fait que l'État soit ainsi mis « en position d'infériorité manifeste »[701].

Le simple fait que l'État ne puisse pas saisir le tribunal arbitral avant que l'investisseur ait lui aussi donné son consentement, n'est

699 Sentence du 21 février 1997, *JDI*, 1998, p. 243 et s., spéc. p. 253, obs. E. Gaillard.

700 W. Ben Hamida, *op. cit.*, note 393, p. 179, n° 282 et s.

701 *Ibidem*, p. 180, n° 285. À noter que M. Manciaux affiche à ce propos un optimisme plus convaincant. Selon lui, le déséquilibre dont il a été question « est plus apparent que réel et ce pour plusieurs raisons. La première et la plus importante est qu'en cas de survenance d'un différend, l'État qui aura émis unilatéralement son consentement à la compétence du CIRDI ne sera pas démuni. Il lui suffira de prévenir l'investisseur qu'il entend saisir le Centre pour "forcer la main" à ce dernier. Le choix offert à l'investisseur va en effet être des plus restreints ; soit il donne à son tour son consentement et le CIRDI pourra être valablement saisi, soit il le refuse […], ce qui permettra à l'État de déférer le différend à l'une de ses juridictions […]. Il semble en effet difficilement imaginable qu'après avoir

que la conséquence de la nature consensuelle dudit arbitrage. Si la seule volonté de l'État était considérée suffisante pour lui permettre de poursuivre son adversaire devant les arbitres, la procédure serait imposée à ce dernier. Il n'est d'ailleurs pas certain que si l'État avait disposé d'un droit d'initiative procédurale, il aurait été enthousiaste à l'exercer. Peu après l'institution du CIRDI, le professeur Reuter a exprimé des doutes à ce sujet : « l'idée que les États prendraient l'initiative de se plaindre des investisseurs et recourraient comme demandeurs au mécanisme de la convention […] comporte pour la souveraineté des États […], des sacrifices qui sont si considérables qu'elle rencontrera des résistances »[702]. Si l'on se réfère à la pratique, on remarque que très peu d'affaires ont été introduites par une personne publique[703].

Il est intéressant de noter que le déséquilibre dont se préoccupe tant M. Ben Hamida, ne l'a toutefois pas empêché de reconnaître le caractère consensuel dudit arbitrage. S'il n'avait pas été volontaire, il ne l'aurait d'ailleurs pas qualifié d'arbitrage, car, pour lui, « "l'arbitrage forcé", en réalité, n'est pas un véritable arbitrage. Tout arbitrage repose sur une base consensuelle. L'expression "arbitrage forcé" est une impropriété de langage […] tout arbitrage est nécessairement volontaire »[704]. Pour cet auteur, il ne fait donc aucun doute que « l'arbitrage décrit n'est pas un arbitrage imposé ou forcé. Il résulte du consentement des deux parties : le consentement de l'État s'exprime volontairement dans l'instrument législatif ou conventionnel, celui de l'investisseur ultérieurement par l'acte d'introduction d'instance »[705]. L'auteur ajoute que « même si l'arbitrage développé à partir des dispositions législatives ou conventionnelles peut mettre les personnes publiques dans une position inconfortable, la négation pure et simple de son caractère volontaire constitue une position extrême. Elle nous écarte de la sphère juridique pour nous plonger dans un débat idéologique infertile »[706].

Comme on l'a fait pour l'investisseur, on peut affirmer que du point de vue de l'État également, l'arbitrage fondé sur des instruments normatifs peut très bien être qualifié de volontaire. Cette caractéristique ne change pas uniquement parce que l'État

---

refusé de consentir à la compétence du CIRDI, l'investisseur puisse échapper à la mise en œuvre d'une procédure judiciaire de droit interne en se prévalant de la procédure d'arbitrage qu'il vient de refuser » (*op.cit.*, note 390, p. 197).

702 P. Reuter, « Introduction », *in Investissements étrangers et arbitrage entre États et personnes privées. La Convention de la BIRD du 18 mars 1965*, A. Pedone, Paris, 1969, p. 7.

703 *Gabon c. Société Serete S.A.* (ARB/76/1), Ordonnance de désistement du 27 février 1978 ; *Tanzania Electric Supply Co. Ltd. c. Independant Power Tanzania Ltd.* (ARB/98/8), Sentence du 12 juillet 2001.

704 W. Ben Hamida, *op. cit.*, note 393, p. 4, n° 6.

705 *Ibidem*, p. 18, n° 36.

706 *Ibidem.*

serait dépourvu du droit de saisine. En définitive, il y a donc lieu de reconnaître le caractère entièrement consensuel de l'arbitrage introduit par la personne privée sur la base d'un traité international ou d'une loi en vigueur à l'égard de l'État partie au différend. C'est aussi la conclusion à laquelle est parvenu le professeur Leben[707].

Après cette réfutation des arguments favorables à la nature forcée de l'arbitrage dont l'étude est en cours, il importe à présent d'étudier le mécanisme par lequel s'exprime le consentement des parties afin d'élucider la question de l'existence d'une convention d'arbitrage que l'analyse dominante actuellement déduit de l'instrument normatif exprimant le consentement de l'État, d'une part, et l'introduction d'une requête d'arbitrage par la personne privée, d'autre part.

§ 2 – Persistance de l'approche contractuelle

L'analyse de la base de compétence des tribunaux arbitraux statuant essentiellement sous l'égide du CIRDI en application d'une disposition légale ou conventionnelle reste fortement dominée par une vision contractuelle de l'arbitrage. Selon cette théorie, si l'arbitrage est volontaire, il ne peut se passer de la convention d'arbitrage. Dans un tel cas, la procédure repose, par principe, sur la volonté commune des parties et il est donc normal qu'à un moment ou l'autre, le consentement donné par l'une d'elles rencontre celui exprimé par l'autre pour former un accord dont l'objet est précisément de soumettre leur litige à l'arbitrage. Cet accord qui sert de base à la compétence du tribunal arbitral et qui porte le nom de convention d'arbitrage, serait par conséquent indispensable à la réalisation de l'arbitrage volontaire. Ce présupposé qui transparaît dans l'analyse de la plupart des auteurs, a été éloquemment exprimé par M. Manciaux :

> « Parler d'arbitrage sans rapport contractuel est d'une part excessif dans la mesure où le CIRDI ne peut être valablement saisi que si les parties au différend y ont consenti, ce qui suppose l'expression de deux volontés concordantes en ce sens. Or qu'est-ce qu'un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à produire un effet de droit quelconque sinon une convention ? Même si l'État consent par avance à la compétence du CIRDI par le biais de sa législation ou d'un traité international, son consentement ne sera efficace que s'il rencontre celui de

707 « On a parlé à cet égard d'arbitrage automatique ou même forcé, en se plaçant tantôt du côté des États d'accueil, contraints d'accepter des modes de règlement des litiges qui leur seraient défavorables, et tantôt du côté des personnes privées, qui se voient obligées d'accepter les procédures prévues par des traités. La qualification est exagérée : dans l'un et l'autre cas, il y a bien un consentement libre, ce qui ne veut pas dire libéré de toute cause » (Ch. Leben, *op. cit.*, note 650, p. 369, n° 336).

l'investisseur, l'accord de volontés ainsi réalisé formant alors une convention d'arbitrage. *Il ne peut donc y avoir de saisine du CIRDI sans convention d'arbitrage, quelle que soit la forme de cette dernière*»[708].

Étant donné la nature doublement contractuelle du contrat assorti d'une convention d'arbitrage, l'auteur demeure conscient que l'absence de rapports contractuels peut viser uniquement les droits litigieux et indiquer simplement qu'ils ne résultent pas d'un contrat, comme ce fut le cas dans la célèbre affaire *AAPL c. Sri Lanka*[709] où l'investisseur n'avait aucun rapport contractuel avec l'État et fondait ses réclamations sur la destruction de ses installations par l'armée. Si c'est le sens que l'on entend donner à la notion d'« arbitrage sans rapport contractuel », l'auteur n'a plus d'objection mais il remarque aussitôt que la notion n'apporterait alors rien de nouveau. Ainsi,

> « Si arbitrage sans rapport contractuel préexistant il peut donc y avoir, cette possibilité n'est par ailleurs pas si novatrice que l'on veut bien le dire. Ce serait en effet faire peu de cas du compromis – convention entre les parties destinée à soumettre le litige qui les oppose à l'arbitrage – dont la validité ne présuppose pas l'existence d'une relation contractuelle entre les parties. Ce n'est pas parce qu'en pratique les compromis sont souvent conclus en raison d'un litige survenu à propos d'un contrat que l'on ne peut conclure de compromis en l'absence d'un tel contrat »[710].

Il faut convenir avec M. Manciaux que si par « arbitrage sans rapport contractuel » on entendait seulement désigner la procédure visant à trancher des litiges découlant d'un lien juridique de nature non contractuelle, l'expression n'ajouterait rien à ce qui est déjà connu et l'on comprendrait mal la « révolution » que beaucoup d'auteurs associent à l'avènement de ce type d'arbitrage[711]. En 1958 déjà, l'article II (1) de la Convention de New York se référait à « la convention par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous

---

708 S. Manciaux, *op. cit.*, note 390, p. 199, n° 216 (italiques ajoutés).

709 Sentence CIRDI du 27 juin 1990, 6 *ICSID Rev.-FILJ* 1991, p. 526 et s.

710 S. Manciaux, *op .cit.*, note 390, p. 200, n° 217.

711 « *But explorers have set out to discover a new territory for international arbitration […] This new world of arbitration is one where the claimant need not have a contractual relationship with the defendant…* » (J. Paulsson, *op. cit.*, note 16, p. 232) ; « Manifestement, il y a dans le recours à l'arbitrage CIRDI en dehors de tout compromis ou de toute clause compromissoire, une entorse sérieuse aux principes habituellement retenus en matière d'arbitrage. En l'occurrence le droit des investissements internationaux semble prendre le pas sur celui de l'arbitrage international » (J.-M. Jacquet, *op. cit.*, note 239, p. 23, n° 109) ; « C'est un mécanisme envahisseur et perturbateur qui, par la force et la magie de la technique juridique, marque « une rupture chronologique » avec notre héritage juridique, nos vieilles idées reçues et nos conceptions solidement ancrées » (W. Ben Hamida, *op. cit.*, note 393, p. 21, n° 44).

les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, *contractuel ou non contractuel…* ». C'est dire enfin que le point de vue soutenu ici par l'auteur paraît très réducteur de la réalité. D'ailleurs M. Manciaux le reconnaît lui-même : « Que la compétence, entendue ici au sens de pouvoir juridictionnel, dépende du consentement des parties à cette fin n'est pas une caractéristique propre au CIRDI ; elle s'impose dans le domaine de l'arbitrage international dans son entier. La spécificité de la Convention de Washington est ailleurs ; elle résulte du fait que celle-ci a été conçue pour que l'État puisse *donner son consentement sous des formes inconnues jusqu'alors dans l'arbitrage international* »[712].

Comme on le voit, la doctrine a beau affirmer l'originalité du mécanisme de l'arbitrage volontaire découlant d'un acte normatif (loi ou traité international), la théorie en est restée au niveau de la conception traditionnelle, privilégiant l'approche contractuelle. Tous sont d'accord pour constater l'absence de convention d'arbitrage, du moins lorsque celle-ci est entendue dans ses variantes connues (clause compromissoire ou compromis), mais personne ne semble se résoudre à clamer la nature non contractuelle dudit arbitrage[713]. Aussi passe-t-on par diverses théories pour expliquer la formation de l'inéluctable convention d'arbitrage. Deux théories contractuelles sont ainsi fréquemment avancées pour expliquer le phénomène de l'arbitrage État/personne privée étrangère, lorsqu'il est mis en œuvre en vertu d'un traité international ou d'une loi portant notamment sur les investissements étrangers. Il s'agit de la théorie de l'offre d'arbitrage (A) et celle de la stipulation pour autrui (B). Nous les étudierons l'une après l'autre.

A. La théorie de l'offre appliquée à la juridiction

La technique de l'offre de juridiction n'est pas nouvelle. Bien avant l'établissement du CIRDI, elle avait été sollicitée au niveau interétatique pour répondre aux exigences consensuelles de la juridiction de la Cour internationale de Justice, notamment dans les affaires introduites séparément contre la Bulgarie en relation avec l'*Incident aérien du 27 juillet 1955,* par l'État d'Israël, les États-Unis et le Royaume-Uni[714]. Redoutant l'effet boomerang des restrictions qu'ils avaient formulées à la juridiction de la Cour, les deux derniers

712 S. Manciaux, *op.cit.*, note 390, p. 185, n° 200 (nous soulignons).

713 J. Paulsson, *op. cit.*, note 16, p. 232 ; J.-M. Jacquet, *op. cit.*, note 239, p. 23, n° 109 ; B. Stern, *op. cit.*, note 240, p. 420 ; W. Ben Hamida, *op. cit.*, note 393, p. 140, n° 218 ; S. Manciaux, *op.cit.*, note 390, p. 189, n° 205 ; J.-M. Loncle, *op. cit.*, note 686, p. 5.

714 CIJ, 26 mai 1959, *Recueil*, 1959, p. 127 et s.

États requérants ont privilégié une saisine fondée sur une approche contractuelle spécifique.

Tout en invoquant la déclaration par laquelle la Bulgarie avait accepté la juridiction de la Cour permanente de Justice internationale (entrée en vigueur le 12 août 1921), les États-Unis ont soigneusement évité d'invoquer leur propre déclaration d'acceptation de la juridiction de l'actuelle Cour. Ils craignaient que ce faisant, la Bulgarie leur opposât l'application réciproque du fameux *Connally Amendement*, cette réserve échappatoire excluant de la compétence de la Cour les différends relatifs à des affaires relevant de la compétence nationale des États-Unis, telle que déterminée par cet État[715]. En prévision de cette objection, la requête américaine fut fondée uniquement sur la déclaration bulgare de 1921, que les États-Unis acceptaient comme telle, en se soumettant sans autres restrictions à la juridiction de la Cour « *for the purpose of this case* »[716].

Pour sa part, le Royaume-Uni entendait neutraliser l'effet, indésirable en l'espèce, de sa réserve déniant toute compétence à la Cour sur des différends qui, « *in the opinion of the Government of the United Kingdom* », affecteraient sa sécurité nationale. Pour ce faire, le gouvernement britannique a d'emblée invoqué deux titres de compétence : d'une part, la déclaration d'acceptation souscrite par chacun des États, alternativement, l'accord résultant du consentement spécifique et inconditionnel du Royaume-Uni à se soumettre à la Cour « *for all the purposes of the present dispute* » et dans les mêmes termes que la déclaration d'acceptation de la Bulgarie.

La démarche des deux États demandeurs était identique, tant en ce qui concerne le but poursuivi (se prémunir contre une réserve encombrante) que le moyen utilisé (un titre de compétence fondé sur un accord spécifique). Elle consistait, dans les deux cas, à considérer la déclaration de la Bulgarie comme une *offre* à conclure un compromis, offre qui a été acceptée telle quelle par chacun des États requérants dans les limites de la présente affaire. On entrevoit la ressemblance d'un tel raisonnement avec l'analyse relative à la formation de la convention d'arbitrage à partir de consentements dissociés et décalés dans le temps. Les deux États demandeurs cherchaient en quelque sorte à se mettre dans la position actuelle de l'investisseur

715 L. Gross, « Bulgaria invokes the Connally Amendment », 56, *AJIL*, 1962, p. 357. Sur la validité de ce type de clause, qui réserve à l'État l'appréciation d'une question dont dépend la juridiction de la Cour, voir I. F. I. Shihata, *The Power of the International Court to Determine its own Jurisdiction. Compétence de la Compétence*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1965. Après avoir présenté les différentes opinions exprimées sur la question (p. 284-294), l'auteur adopte une position très nuancée et écrit : « *Admittedly, this is not a desirable state of affairs, but nevertheless, it does not, in this argument, constitute an invalid practice in the present stage of development of the law of international adjudication* » (p. 292).

716 *Application Instituting Proceedings on behalf of the Government of the United States of America, Pleadings, Oral Arguments and Documents, Recueil,* 1959, p. 22 et 23.

face à l'État hôte dont le consentement à l'arbitrage est donné dans une loi ou un traité international.

Aucune de ces deux affaires n'a cependant permis à la Cour de statuer sur la notion d'offre de juridiction, étant donné que la déclaration de 1921 censée exprimer l'offre bulgare, avait été jugée caduque et sans objet dans l'affaire parallèle *Israël c. Bulgarie*[717]. On pourrait penser que même si cet instrument avait été en vigueur, la compétence de la Cour n'aurait certainement pas pu être retenue sur la base du raisonnement tenu par les États requérants. Tout porte à croire que la Cour ne se serait pas départie de la règle de la réciprocité pour permettre à des États d'accepter au cas par cas sa juridiction en l'imposant à d'autres États ayant souscrit une déclaration aux termes de l'article 36, paragraphe 2 du Statut. De telles déclarations forment des engagements à part entière qui opèrent au contact d'autres engagements de même nature. À l'évidence, elles ne constituent pas une offre que tout intéressé pourrait accepter en temps voulu[718].

La situation de l'investisseur au bénéfice duquel le recours à l'arbitrage est stipulé dans une loi ou une convention interétatique s'en rapproche en ce sens que là aussi le consentement de l'État met à sa charge une véritable obligation d'arbitrage qui n'attend pas l'acceptation de l'investisseur pour être parfaite. Si malgré cette ressemblance, la juridiction arbitrale est fréquemment établie sur cette base alors même qu'il est douteux qu'il puisse en être de même dans les rapports interétatiques, c'est bien en raison d'une absence délibérée de réciprocité que l'on cherche désormais à promouvoir dans les relations transnationales. À l'exposé de la théorie fondée sur une offre d'arbitrage (1) suivra une appréciation critique (2).

717 CIJ, *Affaire relative à l'incident aérien du 27 juillet 1955 (Israël c. Bulgarie),* arrêt du 26 mai 1959 (exceptions préliminaires), *CIJ Recueil*, 1959, p. 127.

718 «La déclaration faite en vertu de cet article est un acte juridique unilatéral générateur d'effets contractuels. Elle est unilatérale puisqu'elle est issue de la volonté de l'État qui la souscrit. Elle est la source d'obligations contractuelles en ce sens que des déclarations concordantes ont pour effet de faire naître un lien consensuel entre les États déclarants à partir du jour du dépôt de leurs déclarations respectives. La déclaration engendre ainsi une série d'obligations bilatérales entre l'État qui l'a signée et chacun des autres États signataires. Ces obligations sont souscrites sous condition suspensive de la survenance d'un différend qui entre dans le champ d'application des déclarations respectives. En effet, en vertu du principe de réciprocité, la compétence de la Cour est délimitée par le contenu commun des engagements figurant dans chacune des déclarations souscrites par les parties» (Ph. Pazartzis, *op. cit.*, note 314, p. 7).

1. Exposé de la théorie

Les rudiments de la théorie de l'offre d'arbitrage figurent déjà dans le Rapport des administrateurs de la Banque mondiale sur le CIRDI, qui précise, en effet, que le consentement à l'arbitrage CIRDI

> « peut être donné, par exemple, dans une disposition d'un accord d'investissement prévoyant la soumission au Centre des différends auxquels il pourrait ultérieurement donner lieu, ou dans un compromis concernant un litige déjà né. La Convention n'exige pas que le consentement des deux parties soit exprimé dans le même acte juridique. C'est ainsi que l'État pourra *offrir*, dans le cadre d'une législation destinée à promouvoir les investissements, de soumettre à la compétence du Centre des différends résultant de certaines catégories d'investissements, tandis que l'investisseur pourrait donner son consentement en acceptant *l'offre* par écrit »[719].

Cette théorie connaît de nos jours un immense succès. Aussi bien la doctrine que la jurisprudence y fait régulièrement recours pour décrire le mécanisme par lequel s'effectue la rencontre des volontés des parties à l'arbitrage, lorsque ce dernier repose sur une loi ou un traité qui traitent, dans la majorité des cas, des investissements étrangers. L'expression la plus courante est celle d'offre d'arbitrage. On parle également d'offre de consentement[720] et plus largement d'offre de compétence de manière à intégrer l'option prévue en faveur des tribunaux étatiques[721]. « Rendue possible par la rédaction de la Convention de Washington, la saisine du CIRDI par le biais d'autres mécanismes que ceux – classiques – du compromis ou de la clause compromissoire est désormais largement utilisée et devrait l'être plus encore à l'avenir »[722].

L'on considère, en général, que l'offre d'arbitrage émane de la personne publique qui l'exprime dans un acte normatif (loi, traité bilatéral ou multilatéral) s'adressant à tout investisseur potentiel qui remplit les critères définis dans l'acte exprimant l'engagement d'arbitrage assumé par l'État. La personne privée destinataire de cette offre pourra alors, à tout moment durant la période de validité de l'offre, manifester son acceptation, au besoin par une simple saisine de

719 *Rapport des Administrateurs de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, CIRDI/15, avril 2006, (nous soulignons) ; disponible à l'adresse : http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR_French-final.pdf (20 octobre 2009).

720 Ch. H. Schreuer, *The ICSID Convention : A Commentary*, Cambridge University Press/ICSID, 2001.

721 *Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA c. Maroc* (ARB/00/4), sentence sur la compétence du 23 juillet 2001, *JDI*, 2002, p. 196 et s. ; 42 *ILM*, 2003, p. 609 et s. ; 6 *ICSID Rep.*, 2004, p. 400 (voir le par. 68).

722 S. Manciaux, *op .cit.*, note 390, p. 263, n° 299.

l'institution d'arbitrage prévue pour administrer la procédure[723]. « À partir de l'acceptation de l'offre, un accord d'arbitrage se forme entre les parties »[724]. Le professeur Leben ajoute que « l'accord compromissoire est ainsi simplement décalé dans le temps »[725]. Le mécanisme est très bien décrit par le professeur Gaillard[726], et son approche est désormais partagée par la jurisprudence arbitrale. Ainsi, dans l'affaire *SGS c. Philippines*[727], le tribunal arbitral l'a exposée comme suit :

> *« The parties have consented in writing to ICSID arbitration. It is generally accepted that consent to ICSID jurisdiction may be given in any one of the following ways :*
>
> *by a direct agreement between the host State and the investor ;*
>
> *by a provision in the host State's investment legislation which is accepted by the investor ; or*
>
> *by an offer made by the State in a treaty which is thereafter accepted by an investor of the other contracting State.*
>
> *According to SGS, in the present case the Parties' consent to refer the dispute to ICSID arbitration was given pursuant to the third method. It arises out of two separate instruments : the BIT between Switzerland and the Philippines, and SGS's letter of 22 April 2002, received by the Philippines on 24 April 2002 ».*

2. Appréciation critique

La théorie de l'offre d'arbitrage dont il vient d'être question pose d'énormes difficultés de nature aussi bien théorique (a) que pratique (b). Elle ne nous semble pas apte à rendre fidèlement compte

723 Pour une analyse minutieuse du mécanisme par lequel l'offre rencontre l'acceptation pour former la convention d'arbitrage, voir la thèse de M. Ben Hamida dont la première partie est entièrement consacrée au « consentement dissocié à l'arbitrage » avec un premier titre portant sur « l'offre de la personne publique » et un second titre sur « l'acceptation de la personne privée » (W. Ben Hamida, *op. cit.*, note 393, p. 23-201).

724 *Ibidem*, p. 138, n° 214.

725 Ch. Leben, *op. cit.*, note 650, p. 279, n° 154.

726 E. Gaillard, *op. cit.*, note 646, p. 858-859, n° 9. Dans le même sens, M. Cremades écrit : « *Where, as is often the case, a BIT included the express consent to arbitrate of the State parties, then the BIT itself constituted an open offer by each of these State parties to the investors of the other party. The investor could accept that offer, establish a binding arbitration agreement, and therefore the jurisdiction of the arbitral tribunal, by submitting a request to arbitrate* » (B. M. Cremades, « Litigating Annulment Proceedings – The *Vivendi* Matter : Contract and Treaty Claims », *in Annulment of ICSID Awards*, *op. cit.*, note 150, p. 87-95, spéc. p. 89).

727 *Société générale de surveillance S.A. c. Philippines* (ARB/02/6), sentence sur la compétence du 29 janvier 2004 : disponible en ligne sur le site Internet du Centre : (http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC657_En&caseId=C6) (état du 10/03/10).

de la réalité du consentement à l'arbitrage, lorsque la procédure est fondée sur un traité international ou une loi interne.

a) De sérieux problèmes de qualification

Théoriquement, la contractualisation du consentement découlant d'une loi ou d'un traité international rend difficile, voire impossible, la qualification de l'accord d'arbitrage que l'on cherche à déduire du consentement des parties. « *A particularly important jurisdiction question [is] the nature of the arbitration agreement between an investor and a State where the arbitration was brought pursuant to the provisions of a BIT* »[728]. Un tel accord serait inclassable dans l'une ou l'autre des catégories familières de convention d'arbitrage. Si l'on tient compte du consentement manifesté de part et d'autre par les parties, on pourrait effectivement être amené à conclure à la nécessaire formation entre elles d'une convention d'arbitrage, mais celle-ci serait en même temps inqualifiable : ce n'est ni une clause compromissoire, ni un compromis.

En ce qui concerne la première, le consentement de toutes les parties intervient bien avant la survenance du litige ; il est en outre censé servir pour beaucoup de cas (la clause compromissoire ne s'usant pas à l'usage), pourvu que ces cas rentrent dans les prévisions des parties. Ici, l'on remarque que même si l'État s'engage avant tout litige, l'investisseur ne donne en principe son consentement qu'une fois le litige né et uniquement pour la résolution de celui-ci. C'est la raison pour laquelle le consentement des parties est dans ce cas à rapprocher du compromis plutôt que de la clause compromissoire[729]. Il a été justement remarqué que malgré le caractère général et abstrait du consentement que l'État manifeste dans un instrument normatif, la base de compétence du tribunal arbitral est plus spécifique dans ce cas que dans celui où elle serait fondée sur une clause compromissoire[730].

Ce n'est pas non plus un compromis d'arbitrage car ce dernier suppose que l'engagement de chaque partie intervient seulement au vu du litige, ce qui laisse à chacun une liberté totale de conclure la convention d'arbitrage ou de recourir aux tribunaux étatiques. Mieux, le compromis ne sert normalement qu'à la résolution du litige pour lequel il a été conclu. Dans notre cas, si l'investisseur sort de la

728 B. M. Cremades, *op. cit.*, note 726, p. 88.

729 A. Parra, *op. cit.*, note 660, p. 341.

730 Selon le professeur Schreuer, « … *the dispute settlement clause in the BIT is merely a standing offer to investors. By accepting that offer an investor perfects a specific arbitration agreement. While the contract clause refers to any dispute arising from the contract, the ICSID arbitration agreement, as perfected through the institution of proceedings, applies only to the specific dispute. It follows that the ICSID arbitration agreement is the more specific one* » (Ch. Schreuer, « Calvo's Grandchildren : The Return of Local Remedies in Investment Arbitration », 4 *L. Pract. Intern'l. Crt. & Trib.*, 2005, p. 1-17, spéc. p. 10).

procédure libre de tout engagement d'arbitrage envers l'État hôte, ce dernier demeure lié par l'obligation d'arbitrage qu'il a volontairement assumée dans sa loi ou dans un traité. L'investisseur pourrait donc à nouveau l'attraire à l'arbitrage sur la même base.

Bref, comme l'a remarqué M^me^ Stern, on est ici en présence « d'un arbitrage sans clause ou compromis d'arbitrage entre les parties intéressées »[731]. Si l'on veut donc à tout prix retenir l'existence d'une convention d'arbitrage, l'on voit que celle-ci n'est réductible à aucune des catégories connues. Le problème de sa caractérisation reste donc entier. M. Ben Hamida remarque à cet égard que « l'offre d'arbitrage s'apparente à une composante de la clause compromissoire alors que l'acceptation se rapproche d'une composante du compromis. La concordance des consentements dissociés n'est ni un compromis, ni une clause compromissoire. Il s'agit en quelque sorte d'une « clause d'arbitrage mixte » ou d'un « contrat mixte » pour emprunter une qualification employée par certains civilistes »[732]. Il nous semble, quant à nous, que si cette difficulté persiste, c'est peut-être qu'il n'y a tout simplement pas à proprement parler de convention d'arbitrage ; dans tous les cas, il est certain que si l'on accepte cette dernière conclusion, le problème disparaît de lui-même.

Une seconde question de qualification se pose de manière encore plus sérieuse. Il s'agit de la détermination de la nature de l'acte nommé convention d'arbitrage et déduit de la requête introduite par un investisseur contre un État dont le consentement est tiré de la loi de ce dernier ou d'une convention internationale dont il est partie. D'ordinaire, lorsqu'il contracte avec des particuliers, l'État utilise d'autres moyens que la loi ou le traité pour faire offre de contrat. Cette fois, « l'instrument dans lequel la partie publique exprime son consentement à l'arbitrage revêt une forme particulière. Contrairement à l'arbitrage traditionnel, l'offre d'arbitrage n'est pas exprimée dans un acte juridique privé mais dans une loi ou un traité international, actes abstraits et publics »[733].

La théorie de l'offre conduit à réduire ces actes normatifs en un simple projet de contrat ou un instrument précontractuel sans valeur juridique. La portée générale et impersonnelle de l'acte législatif ou conventionnel contraste alors fortement avec la nature spécifique de l'acceptation donnée par l'investisseur. En même temps, le caractère obligatoire généralement reconnu à la loi et au traité international s'oppose catégoriquement à la subordination de leur efficacité à une approbation par les individus.

---

731 B. Stern, *op. cit.*, note 240, p. 420. « La possibilité de recourir à l'arbitrage en se fondant sur un instrument autre qu'une clause compromissoire ou un compromis a été une véritable innovation » (S. Manciaux, *op. cit.*, note 390, p. 189, n° 205).

732 W. Ben Hamida, *op. cit.*, note 393, p. 19, n° 39.

733 W. Ben Hamida, *op. cit.*, note 393, p. 24, n° 49.

En plus de la perte de normativité des actes légaux et conventionnels liée à la théorie de l'offre, il y a lieu de se demander comment qualifier l'accord d'arbitrage formé à partir de l'offre publique d'arbitrage exprimée dans la loi ou le traité international, d'une part et l'acceptation résultant d'une manifestation de volonté individuelle, d'autre part. Sommes-nous en présence d'une loi, d'un traité ou d'un contrat?

Ce problème de qualification et d'articulation est réel, comme le montre un arrêt de la Cour d'appel de Paris qui n'hésite pas à affirmer que « les personnes privées qui saisissent le Tribunal des différends irano-américains *adhèrent à la convention d'arbitrage international conclue sous forme de traité entre les États-Unis et l'Iran et à laquelle elles deviennent parties* »[734]. Si la Cour de cassation a maintenu cet arrêt, elle n'a cependant pas repris ce motif. Elle constate uniquement que l'arrêt d'appel

> « a justement décidé que M. Golshani, qui a lui-même formé la demande d'arbitrage devant le Tribunal des différends irano-américain et qui a participé sans aucune réserve pendant plus de neuf ans à la procédure arbitrale, est irrecevable, en vertu de la règle de l'estoppel, à soutenir, par un moyen contraire, que cette juridiction aurait statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle, faute de convention qui lui soit applicable »[735].

Aussi déconcertante que puisse être l'idée selon laquelle un particulier deviendrait ainsi partie au traité, force est de constater qu'elle figure également dans les écrits de la doctrine. Ainsi, des auteurs pourtant très avertis ont pu écrire que « … le consentement des parties peut être donné sous des formes différentes et de façon subséquente. Il peut ainsi résulter de *l'adhésion d'un particulier à la convention d'arbitrage prévue dans un traité* par lequel les États contractants se sont soumis par avance à une procédure arbitrale pour le règlement de certains litiges »[736].

Enfin, la notion d'offre suppose la liberté contractuelle et se fonde sur elle. Le pollicitant qui fait une offre ferme de contracter peut certes y être momentanément tenu, mais sa liberté contractuelle n'est en rien entravée. Bien au contraire, elle demeure intacte pour permettre à l'auteur de l'offre de conclure le contrat avec son destinataire. Cette situation apparaît plus clairement dans la capacité d'adaptation du premier à la réaction du second. Ainsi l'auteur de l'offre peut-il accueillir, sur le même objet, une contre-offre que lui adresse le destinataire. Par cette acceptation, un contrat émerge,

---

734 Paris, 28 juin 2001, *Golshani c. Iran*, *Rev. arb.*, 2002, p. 171, note J. Paulsson ; *RTD com.*, 2002, p. 664, obs. É. Loquin (nous soulignons).

735 Cass., 6 juillet 2005, *Golshani*, *Rev. arb.*, 2005, p. 993.

736 J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, note 39, p. 3, n° 4 (nous soulignons).

liant les parties sur les termes de la contre-offre. L'offre originaire n'a plus alors ni sens ni substance, elle disparaît purement et simplement. Tel est le triste sort de toute offre de contracter, une espèce constamment et irrémédiablement menacée d'extinction : au mieux, elle est acceptée et devient un contrat ; au pire, elle est rejetée et frappée de caducité. La situation des parties à l'arbitrage envisagé ici est différente, en particulier dans le cadre de l'engagement d'arbitrage découlant d'un traité bilatéral ou multilatéral. Chacun des États assume une obligation ferme d'arbitrage qui l'empêche de s'adapter aux exigences de l'investisseur sauf par la conclusion d'une nouvelle convention de juridiction qui est toutefois sans effet sur la disposition du traité donnant à l'investisseur l'accès à l'arbitrage.

b) D'importantes difficultés pratiques

Sur un plan pratique, le fait de prendre pour une offre contractuelle, la disposition légale ou conventionnelle par laquelle les États consentent à l'arbitrage et assument aussitôt un engagement ferme à y recourir, à la demande des investisseurs, conduit à priver ces derniers de protection si l'offre venait à être rétractée après la réalisation de l'investissement et avant l'intervention de l'acceptation. Cette question avait suscité des préoccupations lors des travaux d'élaboration de la Convention. « *There was some concern that in view of a State's undisputed right to change its legislation, this form of consent would be revocable at any time. Mr Broches responded that this would depend upon the terms of the State's offer*»[737].

Que l'engagement d'arbitrage résulte pour l'État hôte d'une disposition de la loi ou d'un traité international, si on l'aborde comme une offre contractuelle, on devra conclure à l'entière liberté de l'État de révoquer son engagement aussi longtemps que l'investisseur n'aura pas manifesté son intention d'accepter l'offre de conclure la convention d'arbitrage que lui adresse l'État[738]. C'est, en effet, l'acceptation de l'offre par l'investisseur qui noue l'accord d'arbitrage et prive l'État d'accueil de l'investissement de la possibilité de révoquer son offre. « Le principe *Pacta sunt servanda*, la théorie de l'autonomie des accords d'arbitrage, les conventions et les règlements d'arbitrage militent donc contre toute révocabilité de l'offre dès son acceptation. Dès lors, l'invalidation ou l'abrogation de la loi ou de la convention n'ont aucun effet sur l'offre d'arbitrage qui se

737 Ch. Schreuer, *op. cit.*, note 645, p. 429, n° 256.

738 Peu de législations internes considèrent, à l'instar du droit allemand, que le pollicitant est lié par son offre et l'obligent à la maintenir. Mais même dans ces systèmes juridiques, cette exigence ne va pas au-delà d'un certain délai. Cf. R. Nerson, « La volonté de contracter », *in Mélanges Roger Secrétan*, Recueil de travaux publiés par la Faculté de Droit de l'Université de Lausanne, Imprimerie Corbaz, Montreux, 1964, p. 209-227, spéc. p. 211).

transforme, à partir de son acceptation, [en] un accord d'arbitrage parfait »[739].

On peut tout d'abord observer que cette analyse de M. Ben Hamida est peu compatible avec la position qu'il défend au chapitre I[er] de sa thèse où il désigne l'offre comme « un engagement ferme d'arbitrage » et estime que par le seul effet de l'offre qu'elle a émise, « la partie publique est obligée dès sa prise de position, avant même toute acceptation de l'arbitrage par la personne privée »[740]. Plus loin, l'auteur clarifie néanmoins sa position et plaide ouvertement pour une libre révocabilité de l'offre législative d'arbitrage tant qu'elle n'aura pas été suivie de l'acceptation de l'investisseur. Il invoque à cet effet trois séries d'arguments empruntés respectivement à la théorie de la souveraineté normative, le droit des obligations et enfin le droit de l'arbitrage[741]. Même s'il reconnaît que la libre révocabilité de l'offre pourrait être limitée par la théorie de l'acte unilatéral et surtout par le principe de l'estoppel, l'auteur n'en demeure pas moins convaincu du bien-fondé de la solution qui consacre la révocabilité[742].

Cette considération nous semble être une conséquence logique et quasi inéluctable de la contractualisation de l'arbitrage fondé sur un acte qui n'a pourtant rien de contractuel (loi ou traité), du moins si l'on se réfère aux rapports des parties en litige[743]. Elle nous paraît tout simplement indéfendable car elle fait totalement fi de la garantie que l'investisseur est en droit d'attendre de l'engagement d'arbitrage assumé par l'État dans son Code relatif aux investissements ou dans un traité international liant l'État hôte à l'État national de l'investisseur. Il convient, en effet, de ne jamais perdre de vue le contexte dans lequel le consentement de l'État à l'arbitrage est donné. L'acte par lequel un État s'oblige, par avance, à recourir à l'arbitrage pour le règlement des litiges relatifs aux investissements étrangers qu'il accueille sur son territoire n'est jamais anodin : c'est un puissant moyen d'incitation aux investissements. Dès lors que l'État aura recouru à cette mesure pour rassurer et attirer les investisseurs, il serait totalement inacceptable qu'il revienne sur son engagement d'arbitrage, du moins en ce qui concerne les investissements

739 W. Ben Hamida, *op. cit.*, note 393, p. 140, n° 219.

740 *Ibidem*, p. 25, n° 53.

741 *Ibidem*, p. 144, n° 227 et s.

742 « De plus, des arguments d'équité et d'égalité, qui caractérisent toute procédure d'arbitrage, militent en faveur de la révocabilité de l'offre législative d'arbitrage car si l'on oblige l'État à maintenir son consentement, l'investisseur ne sera pas encouragé à donner son acceptation. Il serait alors plus conforme au principe d'égalité de faire de la date de l'acceptation de la personne privée la date de l'irrévocabilité du consentement » (W. Ben Hamida, *op. cit.*, note 393, p. 150, n° 235).

743 Les auteurs qui adoptent l'approche contractuelle sont en général conduits à accepter la révocabilité de l'offre avant son acceptation. Cf. Ch. Schreuer, *op. cit.*, note 645, p. 438, n° 277.

effectués tant que la loi ou le traité sont en vigueur. L'accès à l'arbitrage demeure acquis aux investisseurs qui se sont fondés sur la loi ou le traité pour investir.

Prétendre le contraire reviendrait à enlever tout crédit à l'engagement du souverain et accorder davantage de valeur juridique à la clause arbitrale d'un contrat d'État qu'aux instruments normatifs utilisés par le souverain pour exprimer son consentement à l'arbitrage. Au contraire, le fait que l'arbitrage soit prévu dans une loi ou un traité international doit pouvoir donner plus d'assurance qu'une clause arbitrale insérée dans un contrat dont on a vu les difficultés de cohabitation avec la loi qui prétend l'annuler[744]. L'avertissement lancé à ce propos par le professeur Jacquet demeure d'actualité : « l'État contractant ne cesse pas d'être souverain et il peut être tenté de jouer sur cette double qualité au détriment de son cocontractant […] ; l'État souverain réduit, modifie, allège ou met à néant les engagements de l'État contractant »[745]. C'est dans ce genre de difficultés que nous retomberons si l'on persiste dans la contractualisation de l'engagement d'arbitrage librement et unilatéralement assumé par l'État au profit des investisseurs étrangers dans son pays.

Une autre difficulté liée à la théorie de l'offre tient au moment de l'acceptation de l'arbitrage par la partie privée ainsi que son adéquation à l'offre publique d'arbitrage. L'instrument normatif contenant le consentement de l'État à l'arbitrage peut réglementer l'acceptation ou la laisser à la libre appréciation du destinataire de l'offre. Une distinction doit être faite selon que l'acceptation est exigée avant tout litige ou qu'il est loisible à l'investisseur d'attendre la survenance du litige pour se déterminer en connaissance de cause.

Le dernier cas paraît plus problématique au regard de la théorie de l'offre. En effet, si le consentement de l'État est antérieur au litige, tandis que celui de la personne privée lui est postérieur, les difficultés de qualification mentionnées plus haut ressurgissent et, à notre avis, les parties étant désormais opposées par un litige, celui-ci fait obstacle à la rencontre de leurs consentements qui ne peuvent que se juxtaposer : ils se manifestent en parallèle et donnent à l'arbitrage une base consensuelle mais non contractuelle. La conclusion de la convention d'arbitrage se révèle impossible puisque les consentements des parties étant situés de part et d'autre du litige, ils ne peuvent se rejoindre. Aucun accord d'arbitrage n'existe ni avant ni après le litige, de sorte qu'on ne peut parler ni de clause compromissoire ni de compromis. La survenance du litige érige une barrière entre les consentements des parties qui ne peuvent se rencontrer et former une convention d'arbitrage.

---

744 Voir à ce sujet S. Schwebel, *International Arbitration : Three Salient Problems*, Grotius, Cambridge, 1987, p. 61 et s.

745 J.-M. Jacquet, *op. cit.*, note 239, p. 29, n° 143.

La théorie de l'offre se vérifie mieux dans la première hypothèse. S'il est exigé de l'investisseur qu'il adresse à l'État hôte une acceptation formelle de l'arbitrage proposé par ce dernier avant tout litige, on pourrait y voir un mécanisme contractuel avec d'un côté l'offre étatique d'arbitrage qui cherche l'aval de l'investisseur pour donner naissance à un accord compromissoire. Celui-ci est alors conclu avant le litige, ce qui nous permet de le qualifier de clause compromissoire[746]. Cette hypothèse correspond à la solution de l'article 10 du Code ivoirien des investissements qui soumet les investissements étrangers à l'approbation des autorités et exige que le consentement de l'investisseur à l'arbitrage CIRDI figure expressément dans la demande d'agrément[747].

M. Ben Hamida reconnaît d'ailleurs que « l'arbitrage du code ivoirien est un arbitrage égalitaire […] on se trouve en réalité en présence d'une hypothèse similaire à celle de l'existence d'une clause d'arbitrage »[748]. Sur ce, l'auteur exclut cet arbitrage de sa recherche, ce qui accrédite *a contrario* l'idée que cette dernière devait porter sur autre chose qu'un arbitrage mis en œuvre sur le fondement d'une convention d'arbitrage. L'auteur recommande pourtant, à la suite du professeur Schreuer[749], que l'acceptation de l'arbitrage par l'investisseur intervienne le plus tôt possible afin de parfaire la convention d'arbitrage et d'écarter les risques de révocation de l'offre. On peut y voir un plaidoyer en faveur d'un retour à l'arbitrage contractuel classique dont on connaît suffisamment les limites dans les relations entre un État et une personne privée étrangère.

La préoccupation relative au maintien de l'offre perd toute raison d'être si l'État ne se contente pas de faire une offre de contrat d'arbitrage mais octroie à l'investisseur un droit d'y recourir librement. Cela résout du même coup le problème annoncé plus haut, celui de l'adéquation entre l'offre et l'acceptation[750]. C'est en effet une des critiques que le professeur Santulli adresse à la théorie de l'offre. « Une conception rigoureuse de la doctrine de l'offre de contracter (« *arbitration without privity* ») entraînerait l'irrecevabilité systématique des demandes reconventionnelles étatiques qui peuvent difficilement être

746 W. Ben Hamida, *op. cit.*, note 393, p. 170, n° 268.

747 Texte dans *Investment Laws of the World*, (ICSID ed.), loose-leaf collection, cité par Ch. Schreuer, *op. cit.*, note 645, p. 439, n° 280 qui précise que des dispositions du même ordre figurent dans les lois camerounaise, centrafricaine, mauritanienne et ex-zaïroise. Il importe toutefois de veiller à ce que le recours à l'arbitrage ne soit pas automatique, ce qui serait le cas si l'acceptation de l'arbitrage par l'investisseur était érigée en condition d'octroi de l'agrément.

748 W. Ben Hamida, *op. cit.*, note 393, p. 170, n° 266.

749 Ch. Schreuer, *op. cit.*, note 645, p. 438.

750 Même si l'on se plaçait dans la logique contractuelle, il ne devrait être possible à l'investisseur de limiter la compétence à l'appréciation des seules obligations de l'État, car soit l'offre lui convient et il l'accepte comme telle, soit il la modifie et ce n'est plus une acceptation mais une contre-offre que l'État pourrait aussi rejeter.

« couvertes » par le consentement accordé par la requête (sauf dans le cas des TBI qui exigent un consentement distinct préalable) »[751].

Ce problème interpelle beaucoup d'auteurs qui craignent que l'arbitrage initié sur le fondement d'une loi ou d'un traité sur les investissements ne serve à restreindre la compétence du tribunal arbitral aux seules violations reprochées à l'État, l'investisseur ayant formulé son acceptation de manière à empêcher toute demande reconventionnelle de l'État. Soucieux de trouver une solution à ce problème, qui avait retenu son attention dans sa thèse[752], M. Ben Hamida a repris et développé ses arguments en faveur de l'admission des demandes reconventionnelles que la personne publique pourrait être amenée à présenter[753].

Pour sa part, M. Manciaux évoque le cas de l'investisseur tenté « de circonscrire son consentement à une partie seulement de ce litige afin, par exemple, d'empêcher l'État de formuler une demande reconventionnelle »[754]. Une telle manœuvre serait vouée à l'échec et « ne devrait pas empêcher les arbitres de prendre en compte l'ensemble des éléments nécessaires à la compréhension et au règlement du différend… »[755]. Cette opinion peut s'appuyer, à notre avis, sur l'article 46 de la Convention qui dispose que « Sauf accord contraire des parties, le Tribunal doit, à la requête de l'une d'elles, statuer sur toutes demandes incidentes, additionnelles ou reconventionnelles se rapportant directement à l'objet du différend… ». La condition énoncée par la suite n'est qu'une répétition de l'article 25 (1) qui subordonne la compétence du tribunal au consentement écrit des parties[756].

---

751 C. Santulli, *op. cit.*, note 419, p. 318, n° 548. L'auteur indique que la théorie de l'offre aurait normalement eu pour conséquence le rejet des demandes reconventionnelles, mais cette solution est rejetée par la jurisprudence qui s'est généralement reconnue compétente pour en connaître. Voir notamment les sentences *Klöckner c. Cameroun*, *ILR*, vol. 114, p. 157-226, spéc. p. 161-166 ; *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant c. Congo*, 67 *ILR* (1984), p. 345-385, spéc. p. 380 ; *SPP c. Égypte*, sentence sur le fond, 106 *ILR*, p. 589-649, spéc. p. 648.

752 W. Ben Hamida, *op. cit.*, note 393, p. 175, n° 277.

753 « L'admission des demandes reconventionnelles pourrait donc assurer un rééquilibrage entre les intérêts des États et les intérêts des investisseurs, pallier l'absence d'un contrôle juridictionnel des activités des investisseurs et permettre aux arbitres de prendre en considération d'autres valeurs non marchandes relatives à la dignité des hommes et aux principes fondamentaux de la société » (W. Ben Hamida, *op.cit.*, note 688, p. 263).

754 S. Manciaux, *op.cit.*, note 390, p. 197, n° 212.

755 *Ibidem*, p. 198, n° 213.

756 Si les demandes reconventionnelles ne font pas exception à la règle de l'exigence du consentement à l'arbitrage, elles reposent sur le même consentement que celui qui a servi de base à la requête d'arbitrage. Aussi ne pouvons-nous suivre le professeur Santulli dans l'interprétation qu'il donne de l'article 46 de la Convention (C. Santulli, *op. cit.*, note 419, p. 116 et 318).

Que ce problème soit réellement préoccupant ou simplement exagéré, il découle directement de la théorie de l'offre[757]. Il s'ensuit que l'approche contractuelle de ce type d'arbitrage (fondé sur un instrument normatif) rompt l'équilibre procédural entre les parties et provoque de multiples distorsions tant du côté de l'investisseur que de celui de l'État. Le premier n'est pas à l'abri d'un retrait de l'offre d'arbitrage, tandis que le consentement isolé du second ne lui donne pas accès au tribunal arbitral, ni ne le soustrait à une éventuelle procédure au titre de la protection diplomatique. En effet, l'efficacité du mécanisme tout entier repose sur le consentement de toutes les parties à l'arbitrage.

S'il n'y a ni offre de contracter ni réciprocité des engagements dans les rapports entre l'État qui a donné son consentement à l'arbitrage dans une loi ou un traité international et l'investisseur étranger qui a reçu du premier un droit de saisine unilatérale du tribunal arbitral prévu dans l'instrument normatif, ces notions trouvent matière à s'appliquer dans les rapports interétatiques. Qu'ils soient bilatéraux ou multilatéraux, les traités passés entre États réintroduisent l'équilibre contractuel en créant une obligation d'arbitrage ferme sur le chef de chacun d'eux et au bénéfice de leurs ressortissants respectifs sous la forme d'un droit parfait à recourir à l'arbitrage. Et c'est précisément ce dernier aspect qui a retenu l'attention des auteurs qui font appel à la figure juridique de la stipulation pour autrui pour expliquer le mécanisme particulier d'arbitrage qui nous occupe.

B. Le recours à la théorie de la stipulation pour autrui

La stipulation pour autrui peut-elle mieux expliquer l'arbitrage reposant sur un fondement normatif ? Comme la doctrine de l'offre, cette théorie se fonde également sur le droit des contrats car la stipulation pour autrui apparaît comme une exception au principe de l'effet relatif des contrats. Cette institution est réglementée, en droit suisse, à l'article 112 du Code des obligations et, en droit français, à l'article 1121 du Code civil. Elle est également connue du droit international, les articles 36 et 37, par. 2 de la Convention de Vienne sur le droit des traités lui étant consacrés.

Figure juridique commune au droit interne et au droit international, la stipulation pour autrui a été sollicitée pour expliquer l'arbitrage initié par un investisseur contre un État sur la base d'un instrument juridique adopté par ce dernier. Selon Georges Delaume, « *the treaty between the host State and the investor's State can be analysed as a* stipulation pour autrui *or a third party beneficiary arrangement* »[758]. Dans le même sens, M. Kolo écrit : « *The BIT creates an international third*

757 C. Santulli, *op. cit.*, note 419, p. 117, n° 204.

758 G. Delaume, « ICSID and Bilateral Investment Treaties », *News from ICSID*, 1985, p. 14.

party beneficiary rights in favour of the private investor»[759]. C'est cela que le professeur Santulli appelle un « compromis au profit des sujets internes »[760].

Selon cette théorie, les États qui concluent un traité bilatéral ou multilatéral prévoyant que les différends entre une Partie et le ressortissant d'une autre Partie devront être soumis à l'arbitrage à la demande de celui-ci, ne font rien d'autre que stipuler un droit en faveur d'autrui. Une stipulation pour autrui cependant particulière car chaque État partie est à la fois stipulant et promettant. Il stipule un droit de recours à l'arbitrage en faveur de ses ressortissants, mais s'engage en retour à se soumettre à l'arbitrage à la demande des ressortissants des autres États parties.

Même si cette théorie n'a été envisagée que dans le cadre du traité, elle pourrait être étendue à la situation où la compétence arbitrale résulte non pas cette fois d'une norme conventionnelle mais d'une disposition de la loi de l'État partie au différend. Dans ce cas, l'État qui promulgue un Code des investissements et s'engage à recourir à l'arbitrage pour la résolution des litiges relatifs aux investissements étrangers dans son pays, combine les positions de stipulant et de promettant. Le droit de recours à l'arbitrage est octroyé aux investisseurs étrangers par l'État et ne peut s'exercer que contre ce dernier. Une telle extension ne doit pas poser de difficultés car si la stipulation au bénéfice d'un tiers a en principe une source contractuelle, il est également possible de stipuler en faveur d'autrui par acte unilatéral[761].

Appliquée à l'arbitrage, la théorie de la stipulation pour autrui paraît séduisante. On attend d'elle qu'elle contribue à éclairer certaines pratiques courantes que la théorie a de la peine à expliquer. C'est ainsi qu'elle a été invoquée dans le cadre de l'arbitrage transnational introduit par une personne privée sur le fondement d'un instrument légal ou conventionnel liant l'État défendeur. Elle a aussi été souvent citée à propos de l'arbitrage qui ne met en cause que des personnes privées, soit pour prévoir l'organisation d'un arbitrage multipartite, soit pour expliquer l'extension des effets de la clause compromissoire à l'intérieur d'un groupe de sociétés ou de

759 A. Kolo, « State Regulation of Foreign Property Rights : Between Legitimate Regulation and Nationalisation. An Analysis of Current International Economic Law in Light of the Jurisprudence of the Iran-United States Tribunal », *Thèse Dundee*, 1994, p. 46 (cité par W. Ben Hamida, *op. cit.*, note 393, p. 122, note 1).

760 C. Santulli, *op. cit.*, note 419, p. 109, n° 189.

761 « … nous admettons que la volonté unilatérale peut produire une stipulation pour autrui de sorte que le droit du tiers est l'effet de cette même volonté et non pas d'un contrat, comme c'est le cas dans la fondation ou dans le testament en faveur d'un tiers, où la volonté du fondateur ou du testateur est la seule source du droit du bénéficiaire » (A. A.-L. Baldawi, *La stipulation pour autrui. Étude historique et analytique spécialement en droit suisse et français*, Thèse n° 502, Faculté de droit, Université de Genève, Imprimerie de la Sirène, Genève, 1954, p. 152).

contrats[762]. Son domaine serait très vaste, car il s'étendrait même à l'arbitrage de droit international public[763]. Le professeur Santulli soutient en effet que « le compromis international peut également être institué au profit des tiers (stipulation pour autrui). La procédure internationale sera alors possible si le tiers utilise le pouvoir qu'il reçoit »[764].

Il faut dire que si cette théorie a souvent été invoquée en matière d'arbitrage, elle a rarement fait l'objet d'une étude approfondie[765]. Il convient donc de présenter succinctement la figure juridique de la stipulation pour autrui et sa possible utilisation en matière d'arbitrage (1), avant d'examiner dans quelle mesure cette théorie pourrait expliquer le consentement à l'arbitrage non contractuel (2).

---

762 J.-L. Goutal, *op. cit.*, note 393, p. 447 ; D. Cohen, *op. cit.*, note 394, p. 267, n° 508 et p. 273, n° 519 ; D. Cohen, « Arbitrage et groupes de contrats », *Rev. arb.*, 1997, p. 471 et s., spéc. p. 476-477 ; O. Sandrock, « Extending the Scope of Arbitration Agreements to Non-Signatories », *in* M. Blessing (ed.), *op. cit.*, note 635, p. 165-180, spéc. p. 169 ; Ch. Jarrosson, « Conventions d'arbitrage et groupes de sociétés », *Ibidem*, p. 222 et s. ; W. Ben Hamida, *op. cit.*, note 393, p. 9 ; S. Manciaux, *op.cit.*, note 390, p. 254, n° 287. Ce dernier donne une définition fonctionnelle de la stipulation pour autrui, faisant d'elle un moyen d'extension du domaine de la convention d'arbitrage. Même si on n'approuve pas la conception qu'il a de la stipulation pour autrui, cela montre combien cette institution est sollicitée dans le domaine de l'arbitrage : « Dès l'origine, les parties peuvent organiser leur relation juridique de telle sorte qu'il soit possible d'étendre à un tiers à leur convention le consentement qu'elles ont donné à la compétence du CIRDI. La stipulation pour autrui qui correspond à ce cas de figure a pourtant parfois été considérée comme un mécanisme de transmission et non d'extension d'une clause compromissoire. Cette analyse ne nous paraît pas correcte dans la mesure où la stipulation pour autrui n'a pas pour effet de substituer à la relation stipulant-promettant la relation bénéficiaire-promettant, puisqu'une fois acceptée par le bénéficiaire, la stipulation pour autrui fait coexister ces deux relations distinctes » (S. Manciaux, *op.cit.*, note 390, p. 253, n° 284) ; « Le mécanisme de la stipulation pour autrui semble ainsi adapté aux relations contractuelles multipartites rencontrées dans le cadre du CIRDI, permettant l'extension *ratione personae* du consentement donné à ce mode de règlement des différends » (*Ibidem*, p. 255, n° 288).

763 En ce qui concerne la stipulation pour autrui en droit international public, voir le Rapport de la CDI à l'Assemblée générale (*Doc. A/6309/Rev.1)* ainsi que les Rapports relatives à la 2e partie de sa 17e session et sa 18e session, *Ann. CDI*, 1966, vol. II, p. 247 et ss ; E. Jiménez de Aréchaga, « Treaty Stipulations in Favor of Third States », *AJIL*, 1956, p. 338-357 ; E. J. Roucounas, « Le traité et les États tiers », *Rev. hell. dr. int'l.*, 1964, p. 299-365 ; Ph. Cahier, « Le problème des effets des traités à l'égard des États tiers », *RCADI*, 1974 (vol. III, p. 595-735, spéc. p. 620 et s. Pour un cas d'application, voir l'arrêt rendu par la CPJI, le 7 juin 1932, dans l'*Affaire des Zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex*, *CPJI série C n° 17 (I)*, p. 116.

764 C. Santulli, *op. cit.*, note 419, p. 109, n° 188.

765 Ch. Larroumet, « Promesse pour autrui, stipulation pour autrui et arbitrage », *Rev. arb.*, 2005, p. 903-915.

1. Stipulation pour autrui et arbitrage[766]

Selon Jean Robert, « la question de la stipulation pour autrui offre, en matière d'arbitrage, quelques particularités auxquelles il convient d'être attentif. Est ici en cause le principe selon lequel le bénéficiaire d'une stipulation, s'il est fondé à se prévaloir des dispositions qui lui sont favorables du contrat passé entre le stipulant et le promettant, ne peut se voir opposer les dispositions qui lui sont défavorables,… »[767].

Ce régime juridique particulier, qui cadre mal avec la réciprocité des droits et obligations découlant de la convention d'arbitrage ordinaire, explique l'enthousiasme de M. Goutal pour la clause d'arbitrage à effet unilatéral : « la stipulation pour autrui, inattendue peut-être en matière d'arbitrage, […] est en train d'y conquérir sa place »[768]. Avec cette clause, poursuit l'auteur, il devient possible de « stipuler une convention d'arbitrage en faveur d'un tiers […] le procédé est viable, dès lors qu'il ne fait qu'ouvrir une option au profit du tiers bénéficiaire »[769]. Dans ce cas, le tiers bénéficiaire « aura le droit d'invoquer le bénéfice de cette clause (pour soulever l'incompétence de la juridiction étatique, ou pour attraire l'une des parties en arbitrage) mais ne sera pas soumis aux obligations résultant de celle-ci (c'est-à-dire qu'il ne pourra pas être attrait à l'arbitrage contre son gré) »[770].

Si cette doctrine a ses adeptes[771], elle a aussi ses détracteurs. Elle a notamment été critiquée par le professeur Mayer au motif qu'il n'est pas correct de dissocier dans la clause arbitrale les droits des obligations qu'elle fait naître et que rien ne permet de rattacher une

766 L'application de la stipulation pour autrui en matière d'arbitrage a été envisagée par le Tribunal fédéral suisse dans un arrêt du 20 sept. 2000, *Pologne c. Saar Papier Vertriebs-GmbH et tribunal arbitral CCI Zurich*, *Bull. ASA*, 2001, p. 487 ; *RSDIE*, 2001, p. 511 (extraits). Cour d'appel de Lyon, 15 mai 1997, *Parodi c. Sté Annecy et France Boissons*, *Rev. arb.*, 1997, p. 402, note P. Ancel. Voir aussi Paris, 26 mai 1992, *Société Guyapêche c. Abba Import Aktiebolag*, *Rev. arb.* 1993, p. 624, spéc. la note de L. Aynès, p. 631 ; Cass. Ch. com., 4 juin 1985, *M^me^ Bisutti c. société financière Monsigny (Sefimo) et autre*, *Rev. arb.* 1987, p. 139, note J.-L. Goutal, approuvé par L. Aynès précité, mais critiqué par Ph. Delebecque, « La transmission de la clause compromissoire », *Rev. arb.*, 1991, p. 19 et s. spéci., p. 29.

767 J. Robert, *op. cit.*, note 5, p. 241, n° 274 (voir aussi p. 100, n° 120-2).

768 J.-L. Goutal, *op. cit.*, note 393, p. 447.

769 *Ibidem*, p. 447-448. L'auteur fonde son opinion sur un arrêt de la Cour de cassation, dont voici un extrait : « à supposer que deux sociétés aient conclu une stipulation en faveur d'une troisième, cette stipulation n'aurait pu créer pour elle que des droits sans pouvoir lui imposer des obligations » (Cass. civ. 1^re^, 20 octobre 1987, *Société Delaroche c. S.E.R.P. et Dauphiné Libéré*, *Rev. arb.*, 1988. p. 559).

770 J.-L. Goutal, *op. cit.*, note 393, p. 449.

771 W. Ben Hamida, *op. cit.*, note 393, p. 9, n° 20 ; Ch. Larroumet, *op. cit.*, note 765, p. 908, n° 7 (admettant que le droit destiné au bénéficiaire puisse être assorti d'obligations, mais précisant que dans ce cas, on n'est plus dans le cadre de la stipulation pour autrui, mais dans le contrat pour autrui).

telle séparation à la volonté des parties[772]. Le professeur Jarrosson s'est aussi montré réservé car selon lui, la clause compromissoire ne doit pas être qualifiée dans l'abstrait de bénéfique ou contraignante. « La convention d'arbitrage en tant que telle est *neutre*; elle ne nuit ni ne profite »[773].

Nous pensons, pour notre part, que la stipulation pour autrui peut trouver une application utile en matière d'arbitrage, car rien ne devrait s'opposer à ce que les parties au contrat de stipulation soumettent le droit destiné au tiers bénéficiaire à l'arbitrage. Elles peuvent aussi se contenter de soumettre leur contrat et donc tous les droits qui en découlent à l'arbitrage. Dans ce cas également, si le tiers entend profiter du droit stipulé en sa faveur, il devra assumer l'obligation d'arbitrage correspondante. Il n'est pas besoin que les parties aient expressément envisagé que le tiers soit lié par la convention d'arbitrage[774]. Il suffit que les droits nés de leur contrat aient été soumis à cette procédure, pour empêcher qu'un tiers au contrat ne puisse les en soustraire, au motif qu'il en est bénéficiaire et qu'il n'a pas donné son consentement à l'arbitrage. En ce sens, il a été jugé que la stipulation pour autrui n'excluait pas, que le bénéficiaire qui a accepté le droit stipulé en sa faveur, puisse être tenu de certaines obligations[775]. Ainsi, l'arbitrage et la stipulation pour autrui peuvent faire bon ménage, les parties à la stipulation pouvant parfaitement soumettre le droit destiné au tiers bénéficiaire à l'arbitrage. Si ce droit a été est grevé d'une obligation d'arbitrage, le tiers l'acceptera ou le rejetera tel quel.

Dans les relations horizontales, la stipulation ne doit cependant pas avoir pour seul objet le recours à l'arbitrage. Elle ne saurait se limiter aux droits procéduraux du tiers, lesquels doivent être couplés à des droits substantiels, car en aucun cas la stipulation n'aurait l'effet de soumettre la personne même du tiers bénéficiaire à l'arbitrage ; celui-ci n'y est soumis qu'en conséquence de la soumission du droit dont il hérite à l'arbitrage. Entre particuliers, on ne peut stipuler le recours à l'arbitrage *in vacuo*, et plus généralement entre personnes de même statut juridique, on ne peut convenir de l'arbitrage sur le chef d'un tiers sans le truchement d'un droit substantiel, ce serait porter atteinte à la liberté de ce dernier.

En revanche, dans les relations verticales, il est envisageable de stipuler un droit de recours au bénéfice des ressortissants ou, plus large-

772 P. Mayer, Interventions aux débats sur « l'arbitrage et les tiers », *Rev. arb.*, 1988, p. 467.

773 Ch. Jarrosson, *op. cit.*, note 762, p. 223 ; voir aussi son intervention aux débats relatifs à « L'arbitrage et les tiers », *Rev. arb.*, 1988, p. 469.

774 *Contra*, Ch. Larroumet, *op. cit.*, note 765, p. 905.

775 Cass. civ. 1re, 8 décembre 1987, *Bull. civ.* I, p. 246, n° 343 ; *RTD civ.*, 1988, p. 532, note J. Mestre ; *D.*, 1989, p. 233, obs. J.-L. Aubert. Dans le même sens, Ch. Jarrosson, *op. cit.*, note 762, p. 224.

ment, des individus placés dans une certaine situation. Si le recours à l'arbitrage accordé à l'investisseur dans les instruments normatifs relatifs aux investissements étrangers a reçu un bon accueil, s'il a, en particulier, été analysé comme une stipulation de droit en faveur des investisseurs étrangers, c'est compte tenu du contexte particulièrement difficile dans lequel les rapports transnationaux se sont développés. Les investisseurs ont toujours revendiqué le droit de soumettre les litiges d'investissement à l'arbitrage, mais l'État hôte le leur a souvent refusé.

Les litiges entre une personne privée étrangère et l'État d'accueil sont en principe de la compétence des tribunaux de ce dernier. La Convention de Washington l'a bien reconnu dans son préambule[776]. Toujours est-il que même si les juges locaux peuvent être irréprochables du point de vue de leurs qualifications et de leur indépendance, leur neutralité n'est jamais assurée, car ils sortent généralement des mêmes écoles que leurs collègues de l'exécutif ou du parlement, avec lesquels ils partagent un socle culturel commun et une égale sensibilité aux intérêts de la nation. Avec ou sans pression politique, ils peuvent donc être mieux disposés à acquiescer aux thèses de l'État. Que l'investisseur privilégie le recours à l'arbitrage est dès lors compréhensible.

L'acceptation de l'arbitrage par l'État apparaît alors comme une concession faite à la personne privée. Mais on aurait tort de croire qu'il le fait contre ses intérêts, car en acceptant le principe de l'arbitrage, l'État réduit le « risque politique » et rassure son partenaire, ce qui a un effet bénéfique sur la réalisation et le coût de l'investissement. Inversement, son refus de l'arbitrage peut entraver certains de ses projets et renchérir le coût de certains autres. Traditionnellement le recours à l'arbitrage était réservé aux investissements d'une certaine ampleur, et la conclusion d'une clause compromissoire était rarement une garantie d'efficacité du mécanisme prévu par les parties. Les obstacles à la mise en place d'un arbitrage transnational étaient en effet nombreux : clause Calvo, rétractation de l'engagement étatique, annulation de la convention d'arbitrage, etc. Maintenant qu'il existe un droit à l'arbitrage fondé sur un instrument normatif, le recours à l'arbitrage d'investissement devient courant et même banal. La théorie de la stipulation pour autrui a souvent été invoquée pour expliquer ce mécanisme.

Ainsi, dans le cas d'un traité bilatéral ou multilatéral, l'on considère que chaque État partie stipule en faveur de ses ressortissants un droit d'accès à l'arbitrage contre l'autre État partie, et assume envers les ressortissants de celui-ci une obligation de même nature, l'initiative de la procédure étant laissée aux particuliers. Lorsque ce droit

776 « *Reconnaissant* que si ces différends doivent normalement faire l'objet de recours aux instances internes, des modes de règlement internationaux de ces différends peuvent être appropriés dans certains cas ».

résulte d'un acte unilatéral, tel que le code des investissements d'un État, l'analyse ne change pas fondamentalement : l'État d'accueil continue de jouer le double rôle de stipulant et de promettant, mais cette fois-ci, la stipulation profite exclusivement à des ressortissants étrangers.

La stipulation pour autrui explique-t-elle correctement le mécanisme de l'arbitrage fondé sur un instrument normatif (traité ou loi) ? En dépit de son attrait réel, cette théorie ne résiste pas plus à la critique que la doctrine de l'offre d'arbitrage.

2. Appréciation critique

Sur beaucoup d'aspects, cette théorie paraît convenir à l'arbitrage mis en œuvre en vertu d'un traité ou d'une loi. D'abord, le droit à l'arbitrage naît directement du contrat de stipulation, auquel le bénéficiaire n'est pas et ne sera pas partie, même après avoir accepté le bénéfice de la stipulation. Si son consentement est réservé, c'est uniquement en ce qui concerne l'exercice du droit stipulé en sa faveur, en l'occurrence le recours à l'arbitrage[777]. Sa volonté ne joue pas un grand rôle dans l'établissement de la compétence arbitrale, mais sans elle, il ne peut être attrait à l'arbitrage contre son gré. L'on est ainsi loin de la théorie de l'offre et son exigence de convention d'arbitrage entre l'investisseur et l'État hôte.

Mais si la stipulation pour autrui paraît bien rendre compte du mécanisme d'arbitrage fondé sur une disposition légale ou conventionnelle, elle ne parvient pas à dissiper tout doute à ce sujet. Tout d'abord, se pose la question de l'ordre juridique dans lequel se rattache la stipulation pour autrui : s'agit-il du droit interne ou du droit international ? Dans ce dernier cas, le tiers bénéficiaire peut-il être un individu ?

Si l'on se place sur le terrain du droit international public, on doit écarter la théorie de la stipulation pour autrui car l'altérité doit alors s'appliquer à un sujet de droit international, plus précisément à un État. En effet, on entend par stipulation pour autrui, une « clause

777 « Lorsque l'opération correspond à une *stipulation pour autrui* véritable, c'est-à-dire que deux parties à un contrat (le stipulant et le promettant) ont entendu faire naître un droit au profit d'un tiers, l'acceptation de celui-ci n'est pas une condition de la naissance de son droit. Le seul effet de son acceptation est d'interdire au stipulant de révoquer le droit qu'il avait fait naître au profit du tiers bénéficiaire. La solution est affirmée à l'article 1121 du Code civil, qui est le texte de base de la stipulation pour autrui avec l'article 1165 […] Parce que la stipulation pour autrui constitue une exception au principe de l'effet relatif des contrats, comme l'énonce l'article 1165 du Code civil, le droit du tiers bénéficiaire naît à son profit hors de toute acceptation de sa part et cela dès l'accord conclu entre le stipulant et le promettant. En effet, s'il devait accepter, il n'y aurait point d'exception à la relativité des conventions » (Ch. Larroumet, *op. cit.*, note 765, p. 908-909, n° 8).

d'un traité énonçant une promesse dont *le bénéficiaire est un État* qui n'est pas partie à ce traité et dont on peut se demander si elle crée un droit dont cet État est fondé à se prévaloir et qui ne peut pas lui être retiré sans son consentement »[778]. Or, dans l'arbitrage étudié ici, le droit à l'arbitrage profite à des individus, non à des États. Donc, la théorie proposée ne semble pas apte à fournir une explication correcte du point de vue du droit international. Par ailleurs, si un traité peut valablement stipuler des droits en faveur des individus, ce n'est pas nécessairement au moyen de la stipulation pour autrui. On pourrait très bien y voir, par exemple, une application du principe de l'effet direct des traités (réciprocité de traitement). De même, lorsque la loi prévoit des droits en faveur des particuliers, personne n'y verra une exception au principe de l'effet relatif des contrats puisque l'on se trouve justement en dehors des rapports contractuels. Bref, la question de savoir si la stipulation pour autrui peut, en droit international, déployer ses effets dans un cadre vertical (entre États et individus), reste posée.

En droit interne, la condition d'altérité paraît en revanche vérifiée, l'individu pouvant parfaitement être le bénéficiaire du droit stipulé. Toutefois, un problème naît de la nature juridique de l'acte par lequel la stipulation se réalise. Dans l'ordre juridique interne, cet acte est un contrat, il ne peut pas être un traité. Encore une fois, si ce dernier peut accorder des droits aux sujets internes et si, de manière plus générale, ceux-ci peuvent tirer certains de leurs droits directement du droit des gens, il demeure qu'ils n'ont pas la capacité juridique de passer eux-mêmes des actes de la nature du traité dont on prétend tirer les droits stipulés en leur faveur par application de la stipulation pour autrui. C'est dire donc qu'en droit interne non plus, cette théorie ne peut pas fournir une explication satisfaisante de l'arbitrage transnational reposant sur un acte normatif.

Quoi qu'il en soit et même si la subjectivité internationale des individus n'était pas restreinte, il reste que les investisseurs ne sont pas des tiers par rapport à leur propre État national. Les droits et obligations assumés par celui-ci sur la sphère internationale sont indirectement ceux de ses nationaux, lesquels sont incorporés à l'État dont ils relèvent, de sorte que les traités internationaux conclus par l'État s'appliquent sur son territoire et engagent ses habitants. Ici, on se trouve au cœur même du principe de l'effet obligatoire des traités envers les parties et non dans l'hypothèse de l'effet relatif des traités car seuls les ressortissants des États parties au traité bénéficient des droits qui y sont stipulés[779].

778 *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, p. 584 ; Ph. Cahier, *op. cit.*, note 763, p. 620.

779 Notons l'amorce d'une extension de cette protection à tous les résidents d'un État et non plus seulement à ses ressortissants. Voir sur ce sujet les récents traités d'investissement conclus par les États-Unis. Cf. W. Ben Hamida, « L'arbitrage

Si, pour les raisons brièvement évoquées, la théorie de la stipulation pour autrui ne nous paraît pas fournir une explication satisfaisante du mécanisme étudié, elle a toutefois le mérite de mettre l'accent sur la situation réelle du tiers bénéficiaire qui, sans prendre part à l'acte dont il tient son droit et sans être lié à l'État par une convention d'arbitrage, a le droit de soumettre les litiges qui l'opposent à celui-ci à l'arbitrage. C'est un progrès important par rapport à la théorie de l'offre, qui retarde la naissance du droit à l'arbitrage et exige une convention entre les parties. C'est à cette théorie du droit à l'arbitrage octroyé aux investisseurs par les États que seront consacrés les développements qui vont suivre.

Section 2 – Octroi à l'investisseur d'un droit non contractuel de recourir à l'arbitrage

La différence fondamentale entre une juridiction obligatoire, comme celle d'un tribunal étatique, et une juridiction facultative, comme celle d'un arbitre, réside essentiellement dans la considération que le tribunal saisi doit accorder à l'attitude du défendeur[780]. Dans le premier cas, la juridiction s'impose au défendeur qui ne peut ni la limiter ni la supprimer, du moins par une action individuelle. Il en résulte que l'attitude du défendeur est indifférente au tribunal, mais aussi au demandeur qui dispose d'un droit d'action directe qui s'exerce librement, sans la permission du défendeur.

Dans le second cas, en revanche, la juridiction dépend entièrement de la volonté du défendeur. Cette dépendance peut être exclusive, ou s'établir également à l'égard de l'autre partie. Elle est exclusive s'il s'agit d'un tribunal préétabli : une saisine par requête est possible, mais l'exercice de la juridiction reste subordonné au consentement du défendeur (*forum prorogatum*). C'est le cas des juridictions internationales permanentes dont la Cour de La Haye constitue la figure emblématique. Dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* (1924), la CPJI a jugé que « *its jurisdiction is limited, that it is invariably based on the consent of the respondent and only exists insofar as this consent has been given* »[781].

État-investisseur étranger : regards sur les traités et projets récents », *JDI*, 2004, p. 419-441.

780 Dans le cas d'une saisine effectuée d'un commun accord par les parties, il n'y a généralement pas lieu de distinguer entre demandeur et défendeur, alors même que la logique de la résolution juridictionnelle des litiges conduit chaque partie à combattre les prétentions de l'autre partie dans une procédure contradictoire.

781 *CPJI, Série A, n° 2*, p. 16. Voir aussi *Concessions Mavrommatis à Jérusalem*, arrêt du 26 mars 1925, *CPJI Série A, n° 5*, p. 27. *Usine de Chorzów*, arrêt du 26 juillet 1927 (compétence), *CPJI, Série A, n° 9*, p. 32 ; ordonnance du 21 novembre 1927 (mesures conservatoires), *CPJI, Série A, n° 12*, p. 24 ; arrêt du 13 septembre 1928 (fond), *CPJI Série A, n° 17*, p. 37. *Droits de minorités en Haute-Silésie (Écoles minoritaires)*, arrêt du 26 avril 1928, *CPJI Série A, n° 15*, p. 22-23.

Or, si la juridiction ne dépend que du seul consentement du défendeur, comme l'affirme la Cour, en des termes bien pesés nous semble-t-il, elle n'en est pas moins immunisée de sa volonté. En effet, alors que le défendeur garde une maîtrise totale sur sa volonté, le consentement, une fois correctement exprimé, lui échappe pour fournir une base stable à la juridiction de la Cour. Ce point fut brillamment élucidé par M. Fitzmaurice[782], avant d'être repris et développé par M. Shihata :

> « *Consent, as Fitzmaurice elucidated, does not, however, mean in this respect the "willingness" to have recourse to the Court; otherwise, an objection to jurisdiction would have always been sufficient in itself to take the case out of the Court's jurisdiction. Consent, therefore, means the acceptance of the jurisdiction of the Court, even when such an acceptance is followed by the respondent's reluctance to admit its relevance to the actual case. Yet, because consent as a reality imparted to the intention of the parties can always be disputed, it is consent "as determined by the Court" that really constitutes the basis of jurisdiction* »[783].

Avec une telle précision, l'on comprend davantage que c'est en toute connaissance de cause que la Cour a fondé sa juridiction non pas uniquement sur un accord conclu entre les parties, mais dans certains cas (notamment après la saisine), simplement sur le consentement du défendeur. Cela veut clairement dire que pour être exclusivement consensuelle, sa compétence contentieuse n'a pas nécessairement besoin d'une assise contractuelle, car le contrat de base ne saurait résulter d'une volonté isolée, comme ici, le seul consentement du défendeur. Bien entendu, on peut toujours soutenir qu'un accord, pour le moins informel, naît inéluctablement de la rencontre du consentement du défendeur avec celui du requérant qui a saisi la Cour. Mais il ne s'agirait pas d'un accord dans le sens ordinaire du terme.

Une juridiction peut certainement être consensuelle et volontaire, sans toutefois s'établir forcément par la voie conventionnelle. C'est ce qui se passe, à notre avis, lorsque la juridiction de la Cour internationale de Justice est établie sur la base de la clause facultative de juridiction obligatoire figurant à l'article 36, paragraphe 2 du Statut de la Cour. Cette disposition se réfère à des déclarations individuelles faites par les Parties au Statut en vue de « reconnaître comme obligatoire *de plein droit et sans convention spéciale…* la juridiction de la Cour… »[784]. Selon le professeur Caflisch, « les déclarations des États concernés ne sauraient, pour différentes raisons, s'analyser

782 S. G. Fitzmaurice, « The Law and Procedure of the International Court of Justice, International, 1951-54 : Questions of Jurisdiction, Competence and Procedure », 34, *BYIL* (1958), p. 86.

783 I. F. I. Shihata, *op. cit.*, note 715, p. 126.

784 Extrait de l'article 36, paragraphe 2 du Statut de la CIJ (italiques ajoutés).

comme formant des traités au sens propre du terme »[785]. Il convient en revanche de les comprendre comme « des manifestations unilatérales de volonté qui engagent l'État déclarant mais qui, pour déployer leurs effets juridiques, doivent se rencontrer, en vertu du principe de la *réciprocité générale*, avec des actes similaires accomplis par d'autres États et être valides au moment précis où une affaire est portée devant la Cour »[786].

Dans le même ordre, la renonciation à l'immunité de juridiction par une partie qui en avait le privilège peut s'analyser en un consentement donné à la juridiction du tribunal saisi (effet positif). Pour autant, il n'en découle nul contrat entre les parties à l'instance, bien que la juridiction demeure volontaire envers la partie qui était protégée par l'immunité. Il est donc clair qu'une juridiction peut être consensuelle et volontaire, sans toutefois être forcément contractuelle.

C'est également ce qui se passe, à notre avis, dans l'arbitrage institué sur le fondement de la loi ou d'un traité. Les personnes dont la volonté s'exprime dans de tels instruments ne se situent pas sur le même plan que les particuliers. Elles ont, en général, le pouvoir, tant individuel que collectif, de conférer à ces derniers des droits et de leur imposer des devoirs sans passer par la voie contractuelle. Elles peuvent aussi, sans le consentement des individus, les soumettre à des tribunaux qu'elles sont seules à créer. C'est cela même la réalité des tribunaux nationaux, institués par la volonté unilatérale de l'État qui en détermine la compétence sans se soucier de l'avis des justiciables, soumis d'autorité. Il n'est donc pas contesté à l'État, qu'il agisse seul ou de concert avec ses pairs ou d'autres organismes intergouvernementaux, ni le pouvoir de créer des droits et obligations sur le chef des individus, ni celui d'établir un tribunal compétent pour les juger.

Or, cette série de pouvoirs concentrés entre les mains de la puissance publique justifie largement, à notre avis, l'approche non contractuelle de l'arbitrage initié par un individu contre une personne publique, sur le fondement d'un droit que cette dernière lui aurait conféré dans une loi ou un accord international. On demeure dans le cadre de l'arbitrage volontaire bien qu'il ne s'agisse pas cette fois d'un arbitrage contractuel (§ 1). Il faut préciser que ce qualificatif ne se rapporte pas ici au droit litigieux, il ne vise pas à nous apprendre que le litige est né d'un contrat. Au contraire, c'est directement au droit de recourir à l'arbitrage qu'il est fait référence. Par conséquent, on se trouve bien en présence de deux catégories distinctes d'arbitrage consensuel dont un seul est contractuel. D'où la nécessité d'examiner de quelle manière ils doivent être articulés (§ 2).

785 L. Caflisch, *op. cit.*, note 321, p. 341.
786 *Ibidem*, p. 342.

§ 1 – Le consentement à l'arbitrage non contractuel

Que le consentement à l'arbitrage s'exprime au moyen de la clause compromissoire ou du compromis, il implique toujours l'établissement d'une « relation *personnalisée* entre deux ou plusieurs sujets de droit. Si des effets juridiques naissent entre ces personnes, c'est qu'elles l'ont voulu, qu'elles se sont choisies comme partenaires, que leurs volontés se sont accordées sur le contenu de leur contrat. Toute la réglementation contractuelle est imprégnée de cette idée qui lui donne son caractère propre et que les anglo-saxons désignent par l'expression si parlante de « *privity of contract* » »[787].

Désormais, l'on sait que les choses ne se passent pas toujours ainsi en matière d'arbitrage. La pratique, dans le cadre du CIRDI notamment, a mis en évidence la possibilité pour une partie d'exprimer son consentement à l'arbitrage dans l'ignorance totale de la personne qui sera appelée à devenir son adversaire dans une éventuelle procédure. Dans ce cas, le consentement à l'arbitrage s'exprime sans conduire à la conclusion d'un contrat formel, au sens d'un document établissant l'accord de volonté intervenu entre des contractants qui se connaissent et se reconnaissent dans une confiance mutuelle. Au final, ce qui importe, c'est moins la convention d'arbitrage que le consentement effectif des parties à recourir à ce mode privé de règlement des différends.

La Convention de Washington de 1965 ne déroge pas au principe fondamental du consentement des parties à l'arbitrage. Le domaine d'activités du Centre qu'elle institue (article 1er), de même que la compétence des tribunaux arbitraux statuant sous l'égide du CIRDI, ne porte que sur les différends « que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre » (Article 25, § 1). Le consentement écrit des parties constitue la pierre angulaire de l'arbitrage du Centre. Il faut donc non seulement le consentement de la partie étatique (A) mais aussi celui de l'investisseur privé (B).

A. Le consentement de la personne publique

La Convention CIRDI institue une double exigence dans l'expression du consentement de l'État à l'arbitrage. « Pour le recours au CIRDI un double jeu de consentements est requis. D'une part, il est nécessaire que l'État partie au différend et l'État dont relève par sa nationalité le particulier partie au différend soient parties à

787 D. Guggenheim, *Le droit suisse des contrats. Tome I: La conclusion des contrats*, Georg, Genève, 1991, p. 22.

la Convention ; d'autre part, il faut que l'État et le particulier aient accepté la compétence du Centre »[788].

Il est par conséquent nécessaire de recueillir non seulement le consentement des États en présence (1), mais aussi celui des parties au différend (2).

1. Un premier niveau de consentement de l'État

Ce consentement est indispensable à la soumission d'un litige à l'arbitrage de la Convention de Washington du 18 mars 1965. Il s'exprime par la ratification de la Convention aussi bien par l'État partie au différend que par l'État national de l'investisseur impliqué. Cette condition est, de nos jours, largement remplie, de sorte qu'il est beaucoup plus facile d'énumérer les États qui se tiennent encore à l'écart du système d'arbitrage du Centre que de donner une liste des États parties à la Convention. Au 25 janvier 2006, 155 États avaient signé la Convention et parmi eux, 143 avaient déposé leurs instruments de ratification[789].

En ce qui concerne la condition de la double ratification, un assouplissement est intervenu le 27 septembre 1978, avec l'adoption par le Conseil administratif du Centre du Règlement du Mécanisme supplémentaire, autorisant le Secrétariat du CIRDI à administrer certaines procédures non couvertes par le champ d'application de la Convention, comme par exemple les situations où la Convention n'a été ratifiée que par un seul des États intéressés par le litige, soit l'État hôte de l'investissement, soit l'État national de l'investisseur[790]. Le Règlement du Mécanisme supplémentaire a été amendé par le

788 P. Reuter, *Droit international public*, Collection Thémis, PUF, Paris, 1983, p. 292 ; voir aussi, A. Redfern, « Investor-State Arbitrations – A Bridge Too Far ? », *in Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, G. Asken, K.-H. Böckstiegel, M. J. Mustill, P. M. Patocchi, A. M. Whitesell (Eds.), ICC Publishing, Paris, 2005, p. 665-675.

789 Voir la liste des États contractants et signataires de la Convention sur le site Internet du CIRDI : http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&language=French (état du 10/03/10).

790 « Le Secrétariat du Centre est autorisé à administrer, sous réserve et en application du présent Règlement, les procédures mettant en cause un État (ou une collectivité publique ou un organisme d'État) et un ressortissant d'un autre État et entrant dans les catégories suivantes :
a) procédures de conciliation et d'arbitrage pour le règlement de différends juridiques qui sont en relation directe avec un investissement et ne relevant pas de la compétence du Centre parce que soit l'État qui est partie au différend, soit l'État dont le ressortissant est partie au différend, n'est pas un État contractant » (Article 2 (a) du Règlement du Mécanisme supplémentaire).

Conseil administratif le 29 septembre 2002 et le texte révisé est entré en vigueur le 1er janvier 2003[791].

Le caractère incontournable de ce premier niveau de consentement étatique a été démontré dans l'affaire *Banro American c. Zaïre*[792]. Le problème posé dans cette espèce est celui du défaut de ratification de la Convention de Washington par l'État national de l'investisseur (le Canada) alors que les parties en litige avaient bel et bien convenu de l'arbitrage CIRDI. Le tribunal arbitral qui s'est reconnu incompétent, ne s'est pas privé de stigmatiser l'imprudence des parties sur ce point : il qualifiera leur contrat de « *poorly constructed instrument, full of all kinds of contradictions and uncertainties* » et le tribunal de s'interroger « *how the Parties to the Mining Convention were able to insert in the contract a clause so manifestly deprived of its object and purpose and so manifestly inapplicable !* »[793].

Toutefois, les données relatives au nombre des ratifications de la Convention ne sont pas suffisantes pour apprécier le succès du mécanisme d'arbitrage institutionnel fonctionnant sous les auspices de la Banque mondiale. Le Préambule de la Convention déclare en effet « qu'aucun État contractant, par le seul fait de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la présente Convention et sans son consentement ne sera réputé avoir assumé aucune obligation de recours à la conciliation ou à l'arbitrage, en aucun cas particulier ». Il faut donc un second niveau de consentement de l'État manifestant l'acceptation de la compétence du CIRDI dans un cas particulier.

2. Un second niveau de consentement de la personne publique

Il s'agit du consentement par lequel l'État soumet à l'arbitrage du Centre un litige ou une catégorie de litiges donnés. Traditionnellement, ce consentement se manifeste soit dans une clause compromissoire insérée dans le contrat d'investissement conclu entre l'État et l'investisseur étranger, soit par un compromis qu'ils adoptent après la survenance du litige[794]. Le Centre a préparé un certain nombre

791 Il peut être consulté sur le site Internet du Centre : http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/facility-fra/AFR_French-final.pdf (état du 10/03/10).

792 *Banro American Resources Inc. et Société aurifère du KIVU et du Maniema SARL c. RDC* (ARB/98/7), sentence d'incompétence du 1er septembre 2000, 17 *ICSID Rev.-FILJ*, 2002, p. 382 et s.

793 Par. 75 de la sentence. Voir aussi les critiques émises par Pierre Lalive, « Some Objections to Jurisdiction in Investor-State Arbitration » *ICCA Congress Series* n° 11, p. 336-391, spéc. p. 384).

794 Les procédures arbitrales introduites sur la base d'un compromis d'arbitrage sont plutôt rares tant il peut être difficile de réunir le consentement des parties après la survenance du litige. Voir par exemple les conditions dans lesquelles a été arraché le compromis d'arbitrage qui a permis de soumettre au Centre l'affaire *Santa Elena*. Le Gouvernement impliqué n'a accepté l'arbitrage que pour débloquer un important prêt de 175 millions de dollars que lui accordait la

de clauses modèles que les parties intéressées pourraient adopter[795]. Selon le professeur Schreuer, ces clauses « *are useful not only as blueprints for actual contracts but also as a checklist for the various questions to be considered when submitting to ICSID* »[796].

L'arbitrage CIRDI est également accessible à des organismes publics et collectivités infraétatiques. Aux termes de l'article 25 (1) de la Convention de Washington, la compétence du Centre s'étend aux différends opposant un investisseur étranger à une collectivité publique ou un organisme dépendant de l'État qu'il désigne au Centre. Une dizaine d'États a usé de cette faculté pour désigner des organismes publics admis à ester devant le Centre[797]. Toutefois, il est précisé, au paragraphe 3 de l'article 25 que « le consentement d'une collectivité publique ou d'un organisme dépendant d'un État contractant ne peut être donné qu'après approbation par ledit État, sauf si celui-ci indique au Centre que cette approbation n'est pas nécessaire »[798]. C'est dire que tout en ouvrant le mécanisme qu'elle institue aux collectivités et autres organismes publics, la Convention donne à l'État les moyens lui permettant de contrôler les conditions dans lesquelles les entités qui lui sont rattachées participeront à l'arbitrage du Centre[799]. Aussi considère-t-on l'article 25 (3) comme « une disposition en faveur des États contractants »[800].

Banque interaméricaine de développement mais dont le versement était retardé par les États-Unis, État national de l'investisseur impliqué dans le litige. Voir Sentence CIRDI du 17 février 2000 (par. 25-26), *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. Costa Rica* (ARB/96/1), 15 *ICISD Rev.-FILJ*, 2000, p. 169 et s. ; extraits dans *JDI*, 2001, p. 150 et s., chronique de E. Gaillard ;

795 CIRDI – Clauses modèles, Doc. CIRDI/5/Rev. 2, 1993, disponible en trois langues (anglais, espagnol et français) sur le site Internet du Centre : http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/model-clauses-fra/main-fra.htm (état du 10/03/10). Cf. E. Gaillard, « Some Notes on the Drafting of ICSID Arbitration Clauses », *ICSID Rev.-FILJ*, vol. 3, 1988, p. 136 et s. ; G. R. Delaume, « How to Draft an ICSID Arbitration Clause », *ICSID Rev.-FILJ*, vol. 7, 1992, p. 168 et s.

796 Ch. Schreuer, « International Centre for Settlement of Investment Disputes : Consent to Arbitration », *in UNCTAD Course on Dispute Settlement*, Compiled by R. E. Goodman-Everard, United Nations, New York and Geneva, 2003, 53 pages, disponible sur le site Internet de la CNUCED à l'adresse suivante : http://www.unctad.org/en/docs/edmmisc232add2_en.pdf (état du 10/03/10).

797 Il s'agit de l'Australie, de l'Équateur, du Pérou, du Portugal, du Royaume-Uni, du Kenya, de Madagascar, du Nigeria, du Soudan et de la Guinée. Cette dernière a désigné la Société des mines de fer de Guinée pour l'exploitation des Monts Nimba le 16 août 1983 et la Société nationale des eaux de Guinée le 17 avril 1991.

798 Les organismes désignés par le Royaume-Uni, par le Portugal, par le Pérou et par l'Australie sont relevés de cette approbation.

799 Y. Nouvel, « Les entités para-étatiques dans la jurisprudence du CIRDI », dans *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Ch. Leben (dir.), Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, p. 25-51.

800 S. Manciaux, *op. cit.*, note 390, p. 116, n° 119.

Ainsi, l'article 25, par. 3 de la Convention CIRDI subordonne l'accès d'une entité para-étatique au Centre à une triple exigence de consentement : l'État dont relève l'entité en cause doit avoir non seulement ratifié la Convention et désigné ledit organisme au Centre, mais il doit aussi approuver le consentement donné par son émanation sauf indication contraire. Ce sont des conditions particulièrement restrictives qui expliquent la faible participation des personnes publiques autres que l'État à l'arbitrage du Centre. Des statistiques nous sont fournies par M. Manciaux qui relève que sur les 103 affaires enregistrées au rôle du CIRDI au 31 décembre 2002, deux opposent exclusivement une collectivité publique ou un organisme dépendant d'un État contractant à un ressortissant d'un autre État contractant[801]. Dans quatre autres affaires, des émanations de l'État ont été citées à comparaître à côté de l'État en qualité de codéfendeurs[802]. À cela, s'ajoute une affaire enregistrée le 29 juillet 2005 et qui met en cause l'Équateur et une de ses émanations[803].

La participation des entités publiques risque de se raréfier davantage avec la multiplication des saisines fondées sur un instrument normatif, traité ou loi. En effet, les années 1990 ont permis le développement d'un second fondement de la compétence arbitrale et ouvert la voie à un arbitrage consensuel mais non contractuel. Celui-ci repose soit sur une loi de l'État hôte de l'investissement (a), soit sur un traité le liant à l'État national de l'investisseur (b).

a) L'expression du consentement étatique dans la loi

À côté de la convention d'arbitrage dont l'État se sert, comme les particuliers, pour exprimer son consentement à l'arbitrage, l'État dispose de techniques qui lui sont propres. C'est ainsi qu'il lui arrive de manifester son consentement non plus dans une convention passée avec l'investisseur, mais dans sa loi sur les investissements. De nombreux pays importateurs de capitaux recourent à cette technique comme

801 *Ibidem*, p. 114, n° 31. Il s'agit des affaires *Tanzania Electric Supply Co. Ltd. c. Independant Power Tanzania Ltd.* (ARB/98/8) et *Repsol YPF Ecuador SA c. Empresa Estatal Petroleos del Ecuador* (ARB/01/10). L'auteur cite également une affaire ayant donné lieu, en 1985, à une requête non enregistrée car excédant manifestement la compétence du Centre (une simple vente commerciale) : *Asian Express International (S) PTE Ltd. c. Greater Colombo Economic Commission* (voir également la chronique de E. Gaillard dans *JDI*, 1999, p. 292).

802 *Klöckner c. Cameroun et Société camerounaise des engrais* (ARB/81/2) ; *Manufacturers Hanover Trust Company v. Arab Republic of Egypt General Authority for Investment and Free Zones* (ARB/89/1) ; *Scimitar Exploration Ltd. c. Bangladesh et Bangladesh Oil, Gas and Mineral Corporation* (ARB/92/2) ; *Ridgepointe Overseas Developments, Ltd. c. RDC et Générale des Carrières et des Mines* (ARB/00/8) ; La tentative de LETCO de mettre en cause la *Liberian Bank for Development and Investment* à côté de l'État du Liberia a quant à elle échoué (*LETCO c. Liberia* (ARB/83/2)).

803 *Noble Energy Inc. and Machala Power Cía Ltd. c. Équateur et Consejo Nacional de Electricidad* (ARB/05/12), enregistrée le 29 juillet 2005.

mesure d'incitation aux investissements. Pour donner confiance aux investisseurs potentiels et les encourager à investir dans le pays, l'État leur accorde un ensemble de mesures incitatives au nombre desquelles le droit de saisir le CIRDI ou un autre mécanisme d'arbitrage en cas de litiges[804].

Ainsi, la loi togolaise n° 89-22 du 31 octobre 1989 portant Code des investissements prévoit, à son article 5, que les différends entre l'État et un investisseur étranger qui n'auraient pu être réglés à l'amiable seront définitivement tranchés par arbitrage. Un choix entre trois types de procédures s'offre alors à l'investisseur qui peut mettre en œuvre soit l'arbitrage découlant des accords liant le Togo à l'État national de l'investisseur, soit l'arbitrage prévu dans le contrat passé entre les parties au litige, soit enfin l'arbitrage du CIRDI[805].

L'investisseur étranger en Guinée reçoit également le droit de saisir le CIRDI en cas de litiges l'opposant à l'État. Toutefois, l'article 28 du Code des investissements qui prévoit cette possibilité ne semble pas lui ouvrir un choix aussi large que celui dont il bénéficie aux termes de l'article 5 de la loi togolaise. En effet, il est seulement prévu que « … les différends entre l'État guinéen et les ressortissants étrangers, relatifs à l'application ou à l'interprétation du présent Code, sont, *sauf accord contraire des parties en cause*, définitivement réglés par arbitrage conduit : – conformément aux dispositions de la Convention du 18 mars 1965… »[806]. Cette disposition semble indiquer qu'au cas où les parties seraient liées par une convention spécifique sur le règlement des différends, celle-ci devra prévaloir sur le recours au CIRDI prévu dans la loi. L'investisseur serait donc tenu au respect de son engagement contractuel.

La première sentence rendue sur la base d'une loi sur les investissements l'a été dans l'affaire *SPP c. Égypte*, dans laquelle la compétence du tribunal arbitral fut fondée sur l'article 8 de la loi égyptienne de 1974[807]. Depuis, le Centre a été saisi d'une dizaine d'affaires en application d'une disposition législative engageant des États comme

804 A. Parra, « Principles Governing Foreign Investment as Reflected in National Investment Codes », *ICSID Rev.-FILJ*, vol. 7, 1992, p. 428 et s.

805 Texte en ligne : http://www.izf.net/pages/loi8922/6085/(état du 10/03/10).

806 Article 28, al. 2 du Code des investissements promulgué par Ordonnance n° 001/PRG du 3 janvier 1987 et modifié par Loi L/95/029/CTRN du 30 juin 1995, disponible sur : http://www.droit-afrique.com/images/textes/Guinee/Guinee%20-%20Code%20des%20investissements.pdf (état du 10/03/10).

807 Cette loi a été modifiée en 1989 et n'offre plus à l'investisseur un droit d'accès à l'arbitrage. S'il veut avoir ce droit, il doit donc passer une convention d'arbitrage avec l'État, à moins que ce dernier ait octroyé ce droit dans un traité que l'investisseur peut invoquer.

l'Égypte[808], la Tunisie[809], l'Albanie[810], la Géorgie[811], le Cameroun[812], etc.

Il faut néanmoins préciser que certaines lois qui font référence à l'arbitrage n'octroient pas à l'investisseur un droit d'y recourir[813]. Certaines dispositions se bornent à mentionner la bonne disposition de l'État à conclure une convention d'arbitrage avec l'investisseur qui le demanderait. Le Code tunisien d'incitation aux investissements stipule à l'article 67 que « les tribunaux tunisiens sont compétents pour connaître de tout différend entre l'investisseur étranger et l'État tunisien sauf accord prévu par une clause compromissoire permettant à l'une des parties de recourir à l'arbitrage… »[814]. La loi égyptienne du 20 juillet 1989 prévoit également à son article 55 que sans préjudice de la compétence des tribunaux étatiques, les litiges opposant l'État aux investisseurs étrangers sont résolus conformément à la convention des parties, qui peuvent se mettre d'accord pour soumettre lesdits litiges aux procédures prévues dans les accords liant l'Égypte à l'État national de l'investisseur ou au mécanisme d'arbitrage du CIRDI. Il en découle que comme la loi tunisienne, la loi égyptienne fait référence à l'arbitrage mais n'octroie aucun droit d'y recourir à l'investisseur[815]. Il faut donc un accord spécifique entre les parties pour soumettre chaque litige à l'arbitrage, à moins

---

808 En plus de l'affaire *SPP c. Égypte*, on peut citer *Manufacturers Hanover Trust Company v. Arab Republic of Egypt General Authority for Investment and Free Zones* (ARB/89/1).

809 Affaire *G.R. Pharaon c. Tunisie* (ARB/86/1).

810 Loi n° 7764 du 2 novembre 1993 (article 8) citée comme fondement de la compétence arbitrale dans deux affaires : *Tradex Hellas c. Albanie* (ARB/94/2), sentence sur la compétence du 24 décembre 1994, 14 *ICSID Rev.-FILJ*, 1999, p. 161 et s. ; *JDI*, 2000, p. 151 et s. *Leaf Tobacco A. Michaelides SA & Greek-Albanian Leaf Tobacco SA c. Albanie* (ARB/95/1). de 1993 (désistement d'instance).

811 Affaire *Zhinvali Development Ltd c. Géorgie* (ARB/00/1), sentence du 24 janvier 2003, inédite.

812 Affaire *Lafarge c. Cameroun* (ARB/02/4), règlement intervenu avant la constitution du tribunal arbitral.

813 G. R. Delaume, « Consent to ICSID Arbitration », *in The Changing World of International Law in the Twenty-First Century : A Tribute to the Late Kenneth R. Simmonds*, J. J. Norton & al. (Eds.), Kluwer, The Hague, 1998, p. 155-178.

814 Loi n° 93-120 du 27 décembre 1993, *J. O.* n° 99 du 28 décembre 1993 (également disponible en ligne : www.jurisitetunisie.com/tunisie/codes/cii/menu.html (état du 10/03/10).

815 Le droit actuel en Tunisie et en Égypte résulte d'une modification de l'ancien droit qui avait servi de fondement à la compétence des tribunaux arbitraux CIRDI. Pour l'Égypte, voir les affaires *SPP c. Égypte* (ARB/84/3) et *Manufacturers Hanover Co. c. Égypte et General Authority for Investment and Free Zones* (ARB/89/1) et pour la Tunisie, l'affaire *G.R. Pharaon c. Tunisie* (ARB/86/1). M. Manciaux estime que « les décisions tunisiennes et égyptiennes sont excessives et pourraient effrayer inutilement les investisseurs potentiels ; plutôt que de supprimer tout consentement automatique à la compétence du Centre, il serait de meilleure politique pour les États d'en réduire le champ d'application (à telle catégorie

que la compétence arbitrale puisse résulter d'un traité liant l'un de ces pays à l'État d'allégeance de l'investisseur.

b) Le consentement étatique résultant d'un traité

Le consentement de l'État à l'arbitrage peut aussi s'exprimer dans un accord international liant l'État hôte de l'investissement à l'État national de l'investisseur. Cette technique est de nos jours à l'origine de la grande majorité des affaires soumises au CIRDI. Une étude menée récemment par la CNUCED montre la prépondérance de cette source de compétence. « *The cumulative total of all known cases brought under bilateral, regional (e.g. NAFTA) or plurilateral (e.g. Energy Charter Treaty) agreements that contain investment clauses, or international investment agreements (IIAs), is now 160*»[816].

Les traités bilatéraux sont de loin les plus nombreux. La plupart prévoit la possibilité pour l'investisseur de saisir un tribunal arbitral pour vider les litiges qui l'opposent à l'État d'accueil. La sentence *AAPL c. Sri Lanka* a ouvert la voie en fondant la compétence du tribunal arbitral exclusivement sur l'article 8 de la Convention bilatérale entre le Royaume-Uni et Hong Kong[817]. Depuis, les cas introduits sur ce fondement se sont multipliés[818].

Toutefois, pas plus que les lois sur les investissements, les traités bilatéraux ne consacrent un droit pour l'investisseur à recourir à l'arbitrage. Ainsi, l'article IX (2) du Traité entre le Canada et la Bulgarie fait référence à l'arbitrage mais en subordonne l'accès à un accord spécifique entre l'investisseur et l'État hôte. Dans le même sens, le Traité de 1992 entre le Japon et la Turquie n'octroie à l'investisseur un droit de recours à l'arbitrage. Les États se contentent de se promettre mutuellement de répondre favorablement aux demandes des investisseurs en vue de la soumission d'un litige à l'arbitrage. Comme la loi guinéenne qui prévoit l'effacement du

---

d'investissements, aux seuls investissements autorisés ou aux investissements d'un certain montant, etc.) afin de ne pouvoir être attraits devant le CIRDI que dans un nombre limité (par eux) de cas » (*op.cit.*, note 390, p. 202, n° 218).

816 *International Investment disputes on the Rise*, Occasional Note UNCTAD, 29 dec. 2004, (*UNCTAD/WEB/ITE/IIT/2004/2*), www.unctad.org/sections/dite/iia/docs/webiteiit20042_en.pdf (état du 10/03/10).

817 Aux termes de cet article, « *Each Contracting Party hereby consents to submit to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (herein referred to as "the Centre") for settlement by conciliation or arbitration under the Convention […] any legal disputes arising between that Contracting Party and a national or company of the other Contracting Party concerning an investment of the latter in the territory of the former*» (texte in 19 *ILM*, 1980, p. 886 et s., spéc. p. 888).

818 *American Manufacturing & Trading Inc. c. Zaïre* (ARB/93/1), *op. cit.*, note 698 ; *Antoine Goetz et autres c. Burundi* (ARB/95/3), sentence d'accord partie du 10 février 1999, 15 *ICSID Rev.-FILJ*, 2000, p. 457 et s. *Fedax NV c. Venezuela*, (ARB/96/3), sentence sur la compétence du 11 juillet 1997, 37 *ILM*, 1998, p. 1378 et s. ; extraits dans *JDI*, 1999, p. 276 et s., obs. E. Gaillard.

droit à l'arbitrage prévu dans la loi au cas où les parties auraient conclu un accord de règlement des litiges, « *in some BITs the State's offer is qualified by a reference to any applicable previous agreements regarding the settlement of disputes as may be contained in investment contracts* »[819].

Des traités multilatéraux sont aussi à l'origine d'un droit octroyé aux investisseurs leur permettant d'initier des procédures d'arbitrage contre l'État d'accueil de leur investissement. L'article 1120 (1) de l'ALENA dispose ainsi que « à condition que six mois se soient écoulés depuis les événements qui ont donné lieu à la plainte, un investisseur contestant pourra soumettre la plainte à l'arbitrage en vertu » soit de la Convention CIRDI, soit du règlement du mécanisme supplémentaire CIRDI, soit enfin en application du Règlement de la CNUDCI[820]. À cette fin, « chacune des Parties consent à ce qu'une plainte soit soumise à l'arbitrage conformément aux modalités établies dans le présent accord » (article 1122, § 1)[821].

On peut citer également l'article 9 du Protocole de Colonia du 17 janvier 1994, adopté dans le cadre du MERCOSUR. Cette disposition ouvre à l'investisseur, dont le litige avec l'État hôte n'a pu trouver de solution dans les six mois à compter de sa survenance, un choix entre les tribunaux locaux, toute procédure établie dans le cadre du marché commun sur une base permanente ou enfin l'arbitrage international. L'arbitrage est possible dans le cadre de la Convention de Washington ou par application du Règlement de la CNUDCI. De même, des possibilités de recours à l'arbitrage, par l'investisseur lésé, sont prévues dans l'Accord de libre-échange de Cartagena du 13 juin 1994 offrant un choix analogue à celui consacré par l'ALENA (Arts. 17-18)[822].

Mais, si ces traités donnent à l'investisseur le droit de recourir à l'arbitrage, il n'est pas tenu d'exercer ce droit. Il peut l'ignorer et recourir au tribunal étatique si telle est sa préférence. Et c'est justement en cela que son consentement est préservé.

---

819 P. Bernardini, « Investment Arbitration under the ICSID Convention and BITs », *in Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, G. Asken, K.-H. Böckstiegel, M. J. Mustill, P. M. Patocchi, A. M. Whitesell (Eds.), ICC Publishing, Paris, 2005, p. 96.

820 Accord de Libre-échange nord américain du 17 décembre 1992, entre le Canada, les Etats-Unis et le Mexique, 32 *ILM*, 1993, p. 605 et s. ; voir aussi la disposition de l'article 1116 qui reconnaît à l'investisseur le droit de soumettre une plainte à l'arbitrage lorsqu'une Partie contractante a manqué à ses obligations en vertu du Traité et que ce manquement a causé des dommages à l'investisseur contestant.

821 Sur les différends soumis à l'arbitrage sur la base de ces dispositions, voir W. Ben Hamida, *op. cit.*, note 393, p. 46 et s.

822 Pour d'autres exemples, cf. W. Ben Hamida, *op. cit.*, note 393, p. 52 et s.

B. Le consentement de la personne privée

L'arbitrage, en vertu des instruments normatifs dont il vient d'être question, reste volontaire. En effet, s'il est institué par l'État, il préserve le consentement de la personne privée (1), bien que ce dernier ne soit pas indispensable à l'existence de la compétence arbitrale (2).

1. Un consentement nécessaire

L'arbitrage décrit se fonde certes sur un acte normatif émanant de l'État, mais celui-ci tient compte de la volonté de l'investisseur qui ne peut être contraint à l'arbitrage, le but n'étant pas de lui imposer une procédure. Il revient à l'investisseur d'initier l'arbitrage s'il le désire. Mais si, malgré le droit à l'arbitrage qu'il reçoit de la loi ou du traité, l'investisseur préfère saisir un tribunal étatique, il est en principe libre de le faire. N'ayant signé aucune convention d'arbitrage avec l'État hôte, aucune exception d'arbitrage ne saurait lui être opposée devant le juge. Par conséquent, au moment où le litige surgit, l'investisseur plus diligent a le choix entre le juge et l'arbitre.

La partie étatique ne dispose pas de la même latitude car elle s'est déjà engagée à recourir à l'arbitrage, à la demande de l'investisseur. C'est cet engagement unilatéral qui est à l'origine du choix laissé à l'investisseur et qui oblige l'État à défendre devant le tribunal étatique ou arbitral que son adversaire voudra saisir du litige. Est-ce à dire que l'État est privé de tout droit d'initiative ?

S'il se révèle plus diligent, rien n'empêche l'État d'agir devant l'organe de son choix, étant toutefois entendu que s'il saisit le juge, il peut se voir opposer une exception d'arbitrage fondée non pas sur une convention qu'il aurait passée avec son adversaire, mais sur le droit à l'arbitrage qu'il a octroyé à ce dernier. Une fois que l'investisseur aura invoqué ce droit *in limine litis*, le juge devra prendre acte de sa volonté d'en profiter et renvoyer les parties à l'arbitrage. L'État pourra alors saisir le tribunal arbitral qui tiendra compte de l'attitude de l'investisseur devant le juge et retiendra, en conséquence, qu'il a valablement et irrévocablement accepté l'arbitrage.

Mais la partie étatique peut aussi commencer par introduire une requête d'arbitrage. L'exclusion de la doctrine du *forum prorogatum* dans le cadre du CIRDI ne devrait pas l'en empêcher, selon nous, car sans enregistrer la requête, le Secrétariat du CIRDI pourra en informer l'investisseur mis en cause. Celui-ci devra alors se déterminer en exprimant clairement sa préférence entre les différentes procédures qui s'offrent à lui et s'il le veut, il pourra entériner l'arbitrage tout en se réservant le droit d'initier lui-même la procédure, ce qu'il devra alors faire sans retard. S'il décide, par contre, d'insister sur l'incompétence de l'arbitre, l'État pourra alors agir devant ses propres tribunaux dont la compétence ne pourra plus être mise en

doute par l'investisseur qui a renoncé à son droit d'arbitrer le litige qui l'oppose à l'État[823].

Ainsi, contrairement à ce qui est souvent écrit, l'État conserve son droit d'action. Seulement, s'il agit devant le juge, l'investisseur au bénéfice d'un droit de recours à l'arbitrage octroyé par l'État pourra opposer ce droit à la compétence du juge et demander le renvoi de la cause à l'arbitrage. Si c'est l'arbitre que l'État saisit en premier, l'investisseur dispose aussi d'une exception d'incompétence fondée sur son absence de consentement à l'arbitrage. S'il décide de la soulever dans les délais, la cause devra alors retourner au juge. Du fait du droit à l'arbitrage qui lui est octroyé par l'État, l'investisseur dispose donc de la possibilité de décider qui du juge ordinaire ou de l'arbitre est compétent pour trancher le litige. La spécificité de l'arbitrage introduit sur la base d'un traité ou d'une loi sur les investissements ne réside donc ni dans la dissociation des consentements des parties[824], ni dans le déséquilibre que certains dénoncent concernant l'initiative de la procédure[825].

Tout d'abord, la notion de consentements dissociés n'est pas nouvelle. Le bruit qu'elle provoque dans le cadre de l'arbitrage CIRDI doit donc avoir d'autres raisons. En effet, dès la première affaire contentieuse dont elle a eu à s'occuper (l'affaire du *Détroit de Corfou*), la CIJ a précisé que :

> « En recourant à la voie de la requête, le Gouvernement du Royaume-Uni a fourni au Gouvernement de l'Albanie l'occasion d'accepter la juridiction de la Cour ; cette acceptation a été donnée dans la lettre du Gouvernement albanais (…). Au surplus, rien ne s'oppose à ce que, comme dans le cas présent, l'acceptation de la juridiction se fasse par deux actes

823 Voir S. Manciaux, *op.cit.*, note 390, p. 197, n° 213.

824 « La spécificité du recours au CIRDI sur le fondement d'un traité international ou d'une législation vient alors de ce que ces consentements ne sont pas émis simultanément, l'État donnant son consentement par avance, l'investisseur donnant le sien – généralement – une fois le litige né » (S. Manciaux, *op.cit.*, note 390, p. 193, n° 209). Voir aussi B. Stern, *op. cit.*, note 240, p. 404 ; W. Ben Hamida, *op. cit.*, note 393, p. 9, n° 19 ; E. Gaillard, *op. cit.*, note 646, p. 858, n° 9. M. Gaillard relativise cependant l'importance de ce facteur : « La convention d'arbitrage reposant, une fois conclue sur la volonté commune des parties, cette première caractéristique ne nous paraît pas de nature à rendre compte, à elle seule, du particularisme de cette forme d'arbitrage » (*Ibidem*, p. 859, n° 9).

825 « On se trouve en présence d'une situation quelque peu déséquilibrée et en tout cas inhabituelle dans le cadre de l'arbitrage traditionnel, dans laquelle le déclenchement de la procédure est à la disposition d'une seule des parties (l'investisseur) et non des deux » (G. Burdeau, *op. cit.*, note 665, p. 15, n° 20) ; « … *the defendant could not have initiated the arbitration, nor is it certain of being able even to brin a counterclaim* » (J. Paulsson, *op. cit.*, note 16, p. 232). C'est également sur cette idée de déséquilibre que se fonde la thèse de M. Ben Hamida qui met l'accent sur le caractère unilatéral de la procédure. Voir aussi, en ce sens, A. Prujiner, *op. cit.*, note 649, p. 63-99, spéc. p. 65.

séparés et successifs (…). L'acceptation par un État de la juridiction de la Cour dans un cas particulier, n'est pas, selon le Statut, soumise à l'observation de certaines formes, comme par exemple l'établissement d'un compromis formel préalable »[826].

Quant au déséquilibre constaté, il n'est pas spécifique à l'arbitrage transnational, fondé sur une loi ou un traité. Pour en avoir le cœur net, il n'y a qu'à se reporter à ce qui a été dit dans le chapitre précédant, de la clause arbitrale à effet unilatéral. La partie au profit de laquelle une telle clause est stipulée se trouve à peu près dans la même situation que l'investisseur qui bénéficie d'un droit à l'arbitrage conféré par voie législative ou conventionnelle. Chacune de ces parties peut agir devant le juge ou devant l'arbitre en fonction de ses intérêts évalués après la survenance du litige. La différence entre les deux situations tient à la source du droit à l'arbitrage privilégiant une partie. Dans le premier cas, le privilège accordé à une des parties potentielles au litige, naît d'un accord appelé justement convention d'arbitrage à effet unilatéral, tandis que dans le second cas, celui où l'arbitrage est mis en œuvre sur la base d'une loi ou d'un traité, aucune convention ne lie les parties en litige.

C'est uniquement la présence de l'État dans l'arbitrage transnational qui permet alors de se passer d'une convention, car comme on l'a démontré, pour créer une juridiction étatique ou arbitrale, la volonté unilatérale de l'État suffit, contrairement à la volonté isolée d'un individu[827]. Cette caractéristique marque les limites de l'arbitrage non contractuel et contribue à dissiper la crainte exprimée de le voir envahir le domaine de l'arbitrage contractuel[828]. De même, c'est uniquement la présence de l'État qui permet d'assumer une obligation d'arbitrage *in vacuo*. Nous avons déjà vu que les particuliers ne pouvaient s'engager à l'arbitrage que relativement à un rapport de droit bien défini, contractuel ou non. Nous avons aussi vu

826 CIJ, 25 mars 1948, *Affaire du Détroit de Corfou* (Exception préliminaire), *Recueil*, 1948, p. 28. Comparer à l'hypothèse envisagée par M. Prujiner : « Cette dissociation est relativement fréquente dans l'arbitrage conventionnel, par exemple par la présence d'une clause d'arbitrage dans les conditions générales de vente ou d'achat émises par une partie. Lorsque l'autre partie accepte le contrat ultérieurement, elle entérine *a posteriori* une clause d'arbitrage liée à la relation contractuelle qu'elle établit en même temps » (*op. cit.*, note 649, p. 73).

827 Dans les relations entre particuliers, un tel droit ne peut naître d'un acte unilatéral du fait de leur soumission à la juridiction étatique qu'ils ne peuvent écarter que par convention particulière. Dans le même sens, s'agissant de l'élection du droit international public dans les contrats d'État, J.-M. Jacquet, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, préface de J.-M. Bischoff, Economica, Paris, 1983, p. 129, n° 176 et s.

828 M. Ben Hamida a suffisamment mis en garde contre cet arbitrage qu'il qualifie de « mécanisme envahisseur et perturbateur » (*op. cit.*, note 393, p. 21, n° 44) ; voir aussi A. Prujiner, *op. cit.*, note 649, p. 63 et s.

que cette limitation ne s'appliquait pas à l'État qui pouvait assumer une obligation d'arbitrage générale dans le cadre des traités permanents d'arbitrage. L'arbitrage transnational décrit ici se trouve à la confluence de ces deux régimes juridiques : par son consentement exprimé dans le traité ou dans la loi, l'État s'oblige de manière tout à fait abstraite (la seule exigence étant que l'opération en cause constitue un investissement). Quant à l'investisseur, pour s'engager valablement à l'arbitrage, il doit attendre que naisse entre lui et l'État un lien juridique peu importe qu'il soit contractuel ou délictuel[829].

Si l'État crée donc une juridiction arbitrale dont la compétence s'impose aux parties, on parle d'arbitrage forcé, alors que, même exclusivement instituée par l'État, cette juridiction reste volontaire si sa compétence n'exclut pas celle du juge ordinaire. Les parties ont alors le choix d'agir devant le juge ou devant l'arbitre. C'est ce qui se passe, à notre avis, dans l'arbitrage transnational sur le fondement d'un instrument normatif. Qu'il soit de droit interne (loi) ou de droit international (traité), l'acte invoqué par l'investisseur suffit à créer une compétence arbitrale concurrente à celle du juge et à ouvrir un choix à la personne privée qui acquiert le droit à l'arbitrage sans perdre le droit d'agir devant le juge. C'est uniquement lorsqu'il aura exercé ce choix et saisit l'une des juridictions que s'effacera la compétence de l'autre juridiction.

La situation de l'investisseur au bénéfice d'un droit à l'arbitrage octroyé est donc meilleure que celle qui résulte pour lui de l'arbitrage contractuel. C'est parce que l'investisseur conserve la faculté d'introduire une action judiciaire en dépit du droit à l'arbitrage dont il jouit, que sa volonté est plus libre dans le premier cas. Du point de vue de l'individu, le caractère purement volontaire de cet arbitrage apparaît plus clairement si l'on compare cette situation à celle qui prévaut devant le juge. La justice étatique est en principe ouverte à tous, toute personne diligente ayant en principe le droit d'agir devant le juge. Mais ce droit d'action n'a pu être garanti que moyennant une obligation correspondante, celle de devoir se soumettre à la juridiction quand on y est attrait. Dans l'arbitrage sur le fondement d'une loi ou d'un traité, un pas supplémentaire a été franchi en faveur de l'individu : le droit à l'arbitrage qu'il tient de la loi ou du traité est un droit pur, qui n'est assorti d'aucune obligation, sous la seule réserve des contraintes liées à son exercice. Mais il faut dire qu'un tel droit ne bénéficie pas à n'importe quelle opération : l'État le réserve, en général, aux investissements étrangers, notamment en raison de leur contribution potentielle au développement du pays[830].

---

829 En ce sens, A. Prujiner, *op. cit.*, note 649, p. 74-75.

830 Ce droit découle généralement d'une loi ou d'un traité sur la protection et la promotion des investissements étrangers. Mais rien n'empêche qu'il soit également consacré dans des accords à objet plus large : constitution de zones de

Il n'empêche qu'un progrès remarquable est à noter, à ce stade, par rapport à la justice étatique. Toutefois, il serait inexact de tout ramener à une opposition d'intérêts, en pensant que ce qui est gagné d'un côté, est perdu de l'autre, ou pire, en dénonçant une révolution par laquelle l'individu usurperait les pouvoirs de l'État. Tout cela n'est qu'exagération. Les équilibres fondamentaux demeurent préservés comme par le passé car, s'il est vrai que le droit d'initier l'arbitrage est en principe réservé à l'individu, il reste tout aussi évident que cela n'a été possible qu'avec le consentement de l'État défendeur qui a volontairement octroyé ce droit. La situation respective des parties au regard des outils juridiques à leur disposition demeure intacte, sans bouleversement ni déséquilibre.

Pour s'en convaincre, il suffit de rapprocher cette nouvelle figure de l'arbitrage à sa variante classique, où la procédure se déroule entre des parties relevant d'un même statut juridique et considérées égales en droit[831]. Dans un tel milieu, l'accès à l'arbitrage passe nécessairement par la voie contractuelle. Aucun des protagonistes ne pouvant s'élever au-dessus des autres, ni pour leur octroyer un droit, comme celui d'agir devant l'arbitre, ni pour leur imposer une obligation, comme celle de se soumettre à la juridiction arbitrale, il ne reste alors aux parties qu'une seule voie pour accéder à l'arbitrage. C'est la voie contractuelle par laquelle chacune s'oblige à se soumettre à l'arbitrage pour jouir elle-même du droit d'accès à ce mode de résolution volontaire des litiges. Seule la relation d'autorité, telle qu'elle existe entre l'État et la personne privée, permet de faire exception à la règle. Le consentement à l'arbitrage peut alors s'exprimer sans transiter par la conclusion d'une convention d'arbitrage, d'où la part prépondérante de la volonté de l'État dans l'établissement de la compétence arbitrale qui existe sans la volonté de l'individu, dont elle ne dépend que pour son exercice.

---

libre-échange ou intégration économique régionale. Voir D. Carreau, « Commerce et investissements », dans F. Horchani (dir.), *Oú va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006, A. Pedone, Paris, 2006, p. 19-30. La volonté d'accorder la même protection à d'autres opérations économiques conduit à étendre sans cesse la notion d'investissement. Voir F. Yala, « La notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI : actualité d'un critère de compétence controversé » (les affaires *Salini*, *SGS* et *Mihaly*), dans *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Ch. Leben (dir.), Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, p. 281-306.

831 En matière d'investissements étrangers, l'investisseur privé a souvent plus de poids économique que son État d'accueil, ainsi qu'une meilleure connaissance des rouages internationaux. Toutefois, sur le plan juridique, l'État dispose d'outils juridiques auxquels il n'a pas accès.

2. Caractère non fondateur du consentement de la personne privée

Toute l'originalité du mécanisme réside dans la possibilité qu'il offre de se passer de la convention d'arbitrage sans sacrifier le caractère consensuel de la procédure. On se trouve en présence d'un arbitrage volontaire mais non contractuel. Le consentement de l'investisseur est requis et certes indispensable à la mise en œuvre de la procédure, mais *il n'est pas fondateur*. La loi ou le traité que l'investisseur invoque pour demander la constitution d'un tribunal arbitral constitue un titre suffisant pour fonder la compétence arbitrale. Celle-ci existe donc bien avant le litige et bien avant toute saisine. C'est pourquoi, il n'est même pas nécessaire de recommander à l'investisseur de réagir à « l'offre » étatique en manifestant son acceptation le plus tôt possible[832]. L'État qui s'est engagé dans une loi ou un traité à recourir à l'arbitrage à la demande de l'investisseur qui viendrait investir dans son pays, ne peut rétracter son consentement à l'arbitrage au motif que l'acceptation n'est pas encore intervenue. Du moment que c'est un droit parfait qui est accordé et non une simple offre de contrat, la volonté de l'investisseur d'en profiter doit être présumée sauf indication contraire.

Le caractère non fondateur de compétence arbitrale de la volonté de l'investisseur apparaît d'ailleurs dans les textes qui, souvent, passent sous silence le consentement de la personne privée. C'est ainsi que la loi albanaise du 2 novembre 1993 prévoit, pour la résolution de certaines catégories de litiges opposant l'État à un investisseur étranger (expropriation, indemnisation pour expropriation, discrimination, etc.) que « l'investisseur étranger puisse soumettre le différend, et la République d'Albanie accepte cette soumission » à l'arbitrage[833].

De même, le Traité bilatéral entre la Suisse et le Vietnam dispose que si les consultations sont infructueuses au bout de six mois depuis la survenance du litige, « le différend sera, à la requête de l'investisseur, soumis a) soit à un organisme d'arbitrage économique du pays d'accueil ; b) soit à un tribunal *ad hoc* », dont les modalités de constitution ont été précisées. Il est en outre prévu qu'une fois que les deux États auront adhéré à la Convention du 18 mars 1965, « le différend sera, à la requête de l'investisseur, soumis au Centre international pour le

832 « Cet état de fait devrait inciter les investisseurs à consentir à la compétence du CIRDI le plus tôt possible et ce pour éviter le retrait, toujours possible tant qu'ils n'y ont pas consenti, du consentement de l'État d'accueil par le biais d'une modification de sa législation » (S. Manciaux, *op.cit.*, note 390, p. 198, n° 213. L'auteur estime à cet égard, que « les traités internationaux offrent une sécurité plus grande aux investisseurs, leur modification ne pouvant intervenir unilatéralement »)

833 Article 8 (2) Loi albanaise n° 7764, texte dans *JDI*, 2000, p. 153 (traduction de E. Gaillard).

règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) en lieu et place de la procédure prévue à l'alinéa 2 du présent article »[834].

Cette caractéristique ne change pas lorsque le consentement de l'investisseur est évoqué dans le texte de la loi ou du traité[835] ou même lorsqu'il est expressément érigé en condition préalable à toute soumission d'un litige à l'arbitrage. C'est l'hypothèse de l'article 1121, ch. 1 let. a de l'ALENA qui dispose que l'investisseur contestant pourra soumettre une plainte à l'arbitrage « s'il consent à l'arbitrage conformément aux modalités établies dans le présent accord ». L'analyse qui est souvent faite consiste à interpréter le consentement requis de l'investisseur comme une acceptation de sa part de l'offre d'arbitrage figurant dans le traité. C'est un retour vers l'approche contractuelle : l'absence de *privity* évoquée par M. Paulsson ne serait alors que momentanée.

> « *One of the further conditions precedent to arbitration, defined in Article 1121, is that an investor must "consent" to arbitration when he submits a claim. This notion, which would be nonsense in the traditional context of international arbitration, is a consequence of arbitration without privity ; or, to put it in another way, it creates privity at the time of initiating arbitration* »[836].

Mais une telle interprétation procède d'un *a priori* difficile à justifier. Le comportement d'un plaideur, consistant à saisir un tribunal, n'équivaut pas à l'acceptation de la compétence du tribunal saisi. Lorsque l'action est judiciaire, personne ne parle d'acceptation puisque l'on sait d'avance que le juge n'en a pas besoin, sa compétence découlant de la loi et non de la volonté des parties. Mais quand il s'agit d'arbitrage, on résiste difficilement à donner une signification positive à cette démarche. Le caractère consensuel de l'arbitrage ne tient alors qu'à un fil : l'initiative de la procédure laissée à la personne privée. C'est cette considération qui a permis à certains de ranger la procédure du Tribunal des différends irano-américains dans le domaine

---

834 Article 9, al. 2 et 3 de l'Accord entre la Confédération Suisse et la République Socialiste du Vietnam concernant la promotion et la protection des investissements, conclu le 3 juillet 1992 et entré en vigueur le 3 décembre 1992, *RS 0.975.278.9* ; www.admin.ch/ch/f/rs/i9/0.975.278.9.fr.pdf (état du 10/03/10).

835 Le traité bilatéral type du Royaume-Uni précise que lorsque l'investisseur aura également exprimé son consentement, chaque partie peut initier la procédure d'arbitrage.

836 J. Paulsson, *op. cit.*, note 16, p. 247 ; dans le même sens (formation, seulement retardée, d'une convention d'arbitrage), E. Gaillard, *op. cit.*, note 646, p. 859, n° 9. Comparer à G. Burdeau, *op. cit.*, note 665, p. 20 : « … à la différence de l'hypothèse précédemment envisagée du recours à l'arbitrage CIRDI par l'investisseur, dans laquelle on pouvait admettre, à la rigueur, que le consentement des parties au différend ait pu être donné de manière décalée dans le temps, on voit mal, en cas de saisine du tribunal arbitral par l'État contre un investisseur, comment serait remplie l'exigence de l'article 25 de la Convention de Washington, d'un consentement écrit et préalable de la part de celui-ci ».

de l'arbitrage volontaire, alors même que les ressortissants des États, les Américains en particulier, étaient privés de l'accès à leur juge naturel sans pour autant avoir passé de convention d'arbitrage. À moins de trouver un juge étranger qui accepte d'ignorer le tribunal spécial établi par les Accords d'Alger pour retenir sa propre compétence, ils devaient donc s'adresser au Tribunal de La Haye.

C'est dire donc que pour nous, le fait que le consentement de l'investisseur soit expressément exigé dans l'instrument normatif qui est à la base de la compétence arbitrale ne change rien à la situation. Le fondement de la compétence arbitrale continue de reposer uniquement sur le traité et non sur une convention d'arbitrage absente au départ mais qui naîtrait de l'attitude de l'investisseur lorsqu'il introduit la demande d'arbitrage. Faut-il rappeler que dans l'arbitrage ordinaire, le demandeur devant l'arbitre n'accepte pas toujours sa compétence, parfois son action s'explique uniquement par l'impossibilité pour lui d'agir devant le juge qui a accepté d'accueillir une exception d'arbitrage et c'est ce qui le conduit parfois à contester lui-même la compétence de l'arbitre qu'il a saisi.

Par conséquent, le Chapitre XI de l'ALENA exige certes que le consentement écrit de l'investisseur contestant parvienne à l'État en cause avant toute requête d'arbitrage, mais un tel consentement n'ajoute rien à la juridiction du tribunal arbitral qui est parfaite par le seul effet du traité. Le Canada l'a appris à ses dépens, dans l'affaire *Ethyl*[837]. Les griefs que le Gouvernement canadien avait alors adressés à la compétence du tribunal arbitral relatifs à l'absence de consentement écrit de l'investisseur au jour de la saisine du tribunal, ont été simplement rejetés comme relevant d'un formalisme inutile. Le tribunal a sanctionné la négligence de l'investisseur mais a tout de même retenu sa compétence, considérant que la communication à l'État du consentement de son partenaire relevait de la recevabilité de la demande et non de la compétence. En dépit de l'exigence du consentement écrit de l'investisseur et malgré la disposition de l'article 1122 (2)[838], nous sommes donc bien dans l'hypothèse de l'arbitrage consensuel ne reposant sur aucune convention d'arbitrage[839].

---

837 *Ethyl Corporation c. Canada*, sentence sur la compétence, rendue le 24 juin 1998, *J. Int'l. Arb.*, vol. 16, n° 3, 1999, p. 149 et s.

838 « Le consentement donné en vertu du paragraphe 1 [le consentement des États] et la soumission d'une plainte à l'arbitrage par un investisseur contestant satisferont à la nécessité : a) d'un consentement écrit des parties aux termes du chapitre II de la Convention CIRDI (Compétence du Centre) et du Règlement du mécanisme supplémentaire ; b) d'une convention écrite aux termes de l'article II de la Convention de New York ; et c) d'un accord aux termes de l'article I de la Convention interaméricaine ».

839 On peut interpréter dans le même sens les articles 10.15 à 10.17 du Traité de libre échange en date du 16 juin 2004 entre les États-Unis et le Maroc (Texte dans *International Investment Instruments : A Compendium*, Vol. XIV – 2005, *UNCTAD/DITE/4(Vol. XIV)*, United Nations, New York and Geneva, 2005, p. 3 et s., spéc.

De manière plus générale, nous estimons que la considération selon laquelle le consentement de l'investisseur se manifeste par la saisine du CIRDI suscite inutilement des difficultés, car cela fait penser que tant que l'action n'est pas introduite, l'État qui a donné son consentement dans une loi sur les investissements est libre de se rétracter. Nous avons déjà exposé les raisons qui, selon nous, conduisent à écarter cette possibilité. Nous demeurons conscient que sur ce point notre position ne correspond pas à celle qui a été défendue par les interprètes les plus autorisés de la Convention[840]. Mais nous pensons qu'elle est logique et parfaitement conforme au Rapport des administrateurs qui avaient pris le soin de préciser que « le consentement des parties doit avoir été donné avant que le Centre ne soit saisi »[841]. Cette condition n'est guère remplie, si l'on considère que le consentement de l'investisseur s'exprime par la saisine du Centre.

Pour M. Manciaux, le fait de prendre la requête d'arbitrage introduite par l'investisseur comme une manifestation de son consentement est

> « contraire à la lettre de la Convention de Washington et du Règlement CIRDI d'introduction des instances qui distinguent le consentement de la requête[842], une telle façon de faire a été validée par les différents tri-

p. 11-13). Le consentement de l'investisseur est exigé à l'article 10.17 (2) mais uniquement comme condition préalable à l'introduction d'une requête d'arbitrage. Il est aussi indirectement pris en compte par l'article 10.16 (2) qui précise que le consentement de l'État et l'introduction d'une demande d'arbitrage par l'investisseur satisfont ensemble aux conditions de consentement du Chapitre II de la Convention de Washington et à l'exigence d'une « convention écrite » de l'article II de la Convention de New York.

840 Ainsi, dans son Cours à l'Académie de Droit international de La Haye M. Broches écrit que : « *In most cases, both parties will give their consent in a single instrument, such as a compromissory clause in an investment agreement or a compromis. There are, however, other possibilities; for instance, the consent of the State may be embodied in its investment promotion law, or in an investment protection treaty with another State, which provides that investors meeting certain conditions or falling within certain categories will have the right to submit investment disputes with the host State to the Centre. The consent of the investor may be evidenced by an express statement to that effect made to the host State, or it may be given at the time when the investor institutes proceedings against the host State. It must, however, be remembered that each party's consent becomes irrevocable only after both parties have given it. Therefore, in the examples last mentioned, the host State could withdraw its consent as long as the investor had not equally consented* » (A. Broches, « The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States », *RCADI*, 1972-II, tome 136, p. 353).

841 CIRDI/2, p. 9, n° 24 reproduit dans *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États. Documents relatifs à l'origine et à l'élaboration de la Convention*, vol. III, Document n° 145, p. 858.

842 À ce niveau, l'auteur insère une note (n° 628) citant l'article 36, par. 2 de la Convention de Washington et l'article 2 du règlement d'introduction d'instance.

bunaux arbitraux saisis de la sorte[843], et *a fortiori* par le Secrétaire général du Centre lors de son contrôle préalable à l'enregistrement. Une telle violation ne s'explique que pour des raisons pratiques en l'absence de toute conséquence néfaste pour la partie étatique. Il est certain que tant le Secrétaire général du CIRDI que les arbitres auraient pu (auraient dû ?) respectivement refuser d'enregistrer la requête ou prononcer leur incompétence en raison de l'absence d'un instrument contenant formellement le consentement de l'investisseur en faveur de la compétence du Centre »[844].

L'auteur admet tout de même cette pratique « tant pour des raisons tenant à la rationalisation des procédures CIRDI (éviter à l'investisseur échaudé d'avoir à recommencer depuis le départ la procédure d'introduction des instances) que parce que l'esprit de la Convention était respecté : si l'investisseur introduit une requête d'arbitrage, c'est qu'il consent à ce mode de règlement des différends »[845].

Toutes ces difficultés disparaissent si l'on considère que l'investisseur reçoit non pas une simple offre de contracter exprimée dans la loi ou le traité, mais un droit parfait à l'arbitrage qui, comme tout droit n'a pas besoin d'une acceptation expresse. Celle-ci est présumée, étant bien entendu que le bénéficiaire peut renoncer à l'exercer. C'est justement parce que le consentement de l'investisseur n'est pas fondateur de la compétence du tribunal arbitral institué uniquement en vertu d'une disposition de la loi ou du traité, qu'il ne peut y avoir, dans ce cas, de convention d'arbitrage entre l'investisseur et l'État hôte et, finalement, c'est l'absence d'une telle convention qui permet aux acteurs transnationaux d'en conclure s'ils le souhaitent, sans préjudice du régime légal ou conventionnel.

§ 2 – Pluralité des régimes et leur articulation

L'investisseur qui s'est fondé sur les dispositions protectrices de la loi ou du traité, notamment sur la clause arbitrale contenue dans ces textes pour investir dans un pays, doit pouvoir y trouver autant sinon davantage de garantie que celle qui découlerait pour lui d'une convention particulière passée avec l'État. En effet, le contrat, de même que la clause compromissoire qu'il contient, n'est pas à l'abri d'une modification unilatérale opérée par voie législative. Tout en demeurant toujours ouverte, la voie contractuelle n'est donc pas la plus adaptée aux relations transnationales. C'est pourquoi les États lui préfèrent de plus en plus la voie directe qui consiste à octroyer à l'investisseur un droit non contractuel de recours à l'arbitrage, ce

843 L'auteur cite (note n° 629) la sentence du 10 février 1999 rendue dans l'affaire *A. Gœtz c. Burundi* (ARB/95/3), par. 81.

844 S. Manciaux, *op.cit.*, note 390, p. 195-196, n° 211.

845 S. Manciaux, *op. cit.*, note 390, p. 196, n° 211.

qui relègue au second plan les instruments habituels d'expression du consentement à l'arbitrage (clause compromissoire et compromis).

Il est réjouissant de noter que la découverte de cette nouvelle voie, débouchant immédiatement sur l'ouverture de la procédure arbitrale, n'a pas précipité la doctrine à prophétiser la disparition de l'arbitrage proprement contractuel. Au contraire, elle s'est contentée de prendre acte de ce nouveau mode d'expression du consentement à l'arbitrage dont l'apparition dans les relations transnationales, honore la clause compromissoire et le compromis du titre de « modes classiques » de manifestation du consentement. Cela suggère donc que les deux voies d'accès à l'arbitrage sont appelées à coexister dans un parallélisme comparable à celui que le professeur Jacquet a identifié, dans le domaine du droit applicable, entre « le transnational » et « l'international classique » : loin de s'éliminer, « les deux continuent d'exister, ils coexistent en parallèle »[846].

Mais dans la pratique actuelle, cette coexistence est très conflictuelle. De plus en plus, les parties s'affrontent devant les tribunaux arbitraux statuant sous l'égide du CIRDI sur la manière dont les clauses contractuelles de juridiction doivent s'articuler avec les traités bilatéraux qui sont souvent invoqués par l'investisseur comme fondement de la compétence du tribunal arbitral. Nous verrons comment ce problème est traité par la jurisprudence arbitrale (A) avant d'examiner ce qu'il en serait si l'approche non contractuelle de ce type d'arbitrage préconisée ici était adoptée (B).

A. Une pratique instable

La coexistence entre une clause de juridiction stipulée dans un contrat et une autre clause de même nature résultant d'un instrument normatif suscite d'énormes difficultés que la pratique cherche à résoudre. Deux tendances correspondant à deux phases successives de la jurisprudence arbitrale du CIRDI peuvent être distinguées. Dans un premier temps, l'on a cherché à établir une hiérarchie entre ces deux sources de compétence (1) et de nos jours, il est surtout question de conférer à chacune un domaine spécifique (2).

1. Unicité du contentieux et choix de la clause de juridiction applicable

La sentence *SPP c. Égypte* a abordé le problème de la coexistence entre différentes sources de compétence juridictionnelle, sous l'angle de la hiérarchie des clauses applicables. Il faut rappeler que

846 J.-M. Jacquet, Intervention aux débats sur « La dynamique de la mondialisation », dans *La mondialisation du droit*, sous la direction de É. Loquin et C. Kessedjian, Université de Bourgogne-CNRS, Travaux du CREDIMI, vol. 19, Litec, Paris, 2000, p. 80.

cette affaire fut introduite sur la base de l'article 8 de la loi égyptienne de 1974, dont le texte suit :

> « *Investment disputes in respect of the implementation of the provisions of this Law shall be settled in a manner to be agreed upon with the investor, or within the framework of the agreements in force between the Arab Republic of Egypt and the investor's home country, or within the framework of the Convention for the Settlement of Investment Disputes between the State and the Nationals of other countries to which Egypt has adhered by virtue of Law n° 90 of 1971, where such Convention applies* ».

Le tribunal CIRDI avait donc à interpréter cette disposition pour déterminer si elle renfermait le consentement de l'État à recourir à l'arbitrage. Le Gouvernement égyptien qui avait contesté avec succès la compétence d'un tribunal arbitral CCI constitué sur la base d'une clause d'arbitrage contractuelle et siégeant à Paris, soutenait que la compétence du tribunal arbitral CIRDI faisait également défaut car l'article 8 de sa loi ne contenait qu'une énumération d'un certain nombre de modes de règlement parmi lesquels les parties pouvaient s'accorder pour la résolution de leurs litiges. Or, puisqu'un tel accord n'avait pas eu lieu, la compétence arbitrale n'existait pas, faisait valoir le Gouvernement. Selon M. Manciaux, une telle « interprétation n'était pas insoutenable »[847]. Elle fut cependant rejetée par le tribunal arbitral qui « estime que l'article 8 de la loi n° 43/1974 établit une séquence hiérarchique et obligatoire de procédures de règlement des différends, et constitue un "consentement écrit" exprès à la compétence du Centre au sens de l'article 25(1) de la Convention de Washington, dans les cas où il n'y aurait pas de moyen convenu de règlement du différend ni de traité bilatéral applicable »[848].

Selon cette jurisprudence, la primauté doit aller à la convention intervenue directement entre les parties en litige. À défaut d'une telle convention, le litige serait tranché conformément aux dispositions pertinentes de tout traité en vigueur entre l'État hôte et l'État national de l'investisseur. Si aucune compétence ne résulte des instruments conventionnels, la disposition de la loi égyptienne devrait recevoir application. En l'espèce, c'est cette troisième alternative qui a servi de fondement à la compétence du tribunal arbitral.

Par la suite, le problème s'est posé de manière différente puisqu'il n'était plus question d'options découlant d'une même source, mais d'articulation entre différentes sources prévoyant chacune une clause de compétence. Différents tribunaux arbitraux CIRDI se sont ainsi trouvés en face de deux clauses dont l'existence et la validité n'étaient nullement contestées : une clause contractuelle donnant

847 S. Manciaux, *op .cit.*, note 390, p. 220, n° 244.

848 CIRDI, Affaire *SPP c. Égypte*, sentence sur la compétence, *op. cit.*, note 662, par. 116.

compétence aux tribunaux de l'État partie au différend ou à un tribunal arbitral autre que le CIRDI, d'une part, et une clause d'un traité bilatéral prévoyant la compétence du Centre, d'autre part. Il était donc question de décider s'il fallait sélectionner, entre ces clauses, celle qui devait recevoir application et concentrer le contentieux devant un seul tribunal, ou s'il convenait mieux d'assigner à chaque clause un domaine d'application spécifique. Nous ne traiterons ici que de la première alternative, la seconde faisant l'objet de la rubrique suivante.

En ce qui concerne la première alternative, des arguments contradictoires ont pu être avancés, tantôt en faveur de la clause contractuelle, tantôt en faveur de la clause de l'instrument normatif invoqué. Dans la mesure où il est fréquent que la clause contractuelle renvoie soit à la saisine des tribunaux locaux, soit à l'arbitrage organisé conformément au droit local et siégeant sur le territoire de l'État partie au litige, les investisseurs ont généralement tendance à favoriser l'application de la clause de règlement des différends figurant dans l'instrument normatif qui prévoit très souvent la compétence du CIRDI, soit exclusivement, soit en concurrence avec d'autres procédures.

Le schéma type est celui d'un investisseur invoquant la compétence du CIRDI qu'il a saisi et en face de lui, un État défendeur cherchant à échapper à cette même compétence en invoquant une clause de règlement des litiges convenue entre les parties. Pour l'investisseur, la clause de l'instrument normatif doit recevoir application non seulement parce que le traité doit prévaloir sur le contrat, mais aussi parce qu'un tribunal international institué et statuant conformément à la Convention de Washington doit avoir la préséance sur une juridiction étatique ou un tribunal arbitral soumis au contrôle du juge interne. Ce sont des arguments de cette nature qui furent développés par l'investisseur dans l'affaire *SGS c. Pakistan*[849] :

> *« This Tribunal must prevail because the BIT's dispute resolution provision supersedes the PSI Agreement's forum selection clause, to the extent they both cover*

849 *Société générale de surveillance (SGS) SA c. Pakistan* (ARB/01/13), sentence sur la compétence du 6 août 2003, 18 *ICSID Rev.-FILJ*, 2003, p. 301 et s. ; *ILM* 2003, p. 1290 et s. ; *JDI*, 2004, p. 257 et s. La hiérarchie entre les sources de compétence a également été discutée devant le Tribunal arbitral saisi de l'affaire *SGS c. Philippines* (ARB/02/6), sentence sur la compétence du 29 janvier 2004. Au par. 138 de la Sentence, il est dit ceci : « *In accordance with general principle, courts or tribunals should respect such a stipulation in proceedings between those parties, unless they are bound ab exteriore, i.e., by some other law, not to do so. Moreover it should not matter whether the contractually-agreed forum is a municipal court (as here) or domestic arbitration (as in SGS v. Pakistan) or some other form of arbitration, e.g. pursuant to the UNCITRAL or ICC Rules. The basic principle in each case is that a binding exclusive jurisdiction clause in a contract should be respected, unless overridden by another valid provision* » (*op. cit*, note 727).

the same ground. International methods of dispute settlement take precedence over domestic arbitration. BITs are intended to promote and protect investments and ensure their equitable treatment which gives investors substantive rights under international law, such as the right to have their disputes heard by an international tribunal »[850].

Les États ont du mal à admettre ce genre d'arguments, surtout lorsque la clause contractuelle de règlement des litiges a été convenue après l'entrée en vigueur du traité invoqué comme base de compétence du tribunal arbitral CIRDI. Dans ce cas, l'investisseur connaît en effet l'existence de l'« offre » étatique et la logique contractuelle conduit à conclure à la caducité de l'offre d'arbitrage résultant de la loi ou du traité dès lors que l'investisseur accepte de conclure avec l'État une convention de juridiction différente. Ainsi, dans l'affaire *Lanco c. Argentine*[851], le Gouvernement admettait qu'il s'était valablement engagé à se soumettre à la compétence du Centre en vertu de l'article VII du traité de 1991 qu'il avait conclu avec les États-Unis, État national de l'investisseur. Toutefois, il soutenait que cet engagement devait céder devant une clause de règlement des litiges liant directement les parties en litige.

Les mêmes arguments furent développés par le Gouvernement philippin dans l'affaire *SGS c. Philippines* et le tribunal arbitral s'interrogea sur la question de savoir si l'article VIII du traité bilatéral liant la Suisse aux Philippines supplantait la clause contractuelle attribuant une compétence exclusive aux tribunaux de l'État d'accueil. La sentence nous apprend ainsi que :

« Two considerations lead the majority of the Tribunal to give a negative answer to this question. The first consideration involves the maxim generalia specialibus non derogant. *Article VIII is a general provision, applicable to investment arrangements whether concluded "prior to or after the entry into force of the Agreement" (Article II). The BIT itself was not concluded with any specific investment or contract in view. It is not to be presumed that such a general provision has the effect of overriding specific provisions of particular contracts, freely negotiated between the parties »*[852].

850 Sentence du 6 août 2003, par. 106.

851 *Lanco op. cit.*, note 851.

852 *SGS c. Philippines* (ARB/02/6), *op. cit*, note 727, par. 141. Cette sentence a été fortement critiquée, y compris par le professeur Schreuer qui a estimé que le tribunal avait appliqué à l'envers le principe qu'il avait invoqué, celui en vertu duquel les dispositions générales ne dérogent pas aux dispositions spéciales. *« The Tribunal's reasoning ignores the fact that the dispute settlement clause in the BIT is merely a standing offer to investors. By accepting that offer an investor perfects a specific arbitration agreement. While the contract clause refers to any dispute arising from the contract, the ICSID arbitration agreement, as perfected through the institution of proceedings, applies only to the specific dispute. It follows that the ICSID arbitration agreement is the*

Cette sentence se singularise en ce qu'elle reconnaît la compétence du tribunal arbitral CIRDI pour trancher le litige dans toutes ses dimensions, aussi bien lorsque la demande est fondée sur le TBI, source de la compétence du tribunal arbitral, que lorsqu'elle a trait au contrat d'investissement. Toutefois, le tribunal n'est pas allé au bout de sa logique puisqu'il a fini par considérer que cette conclusion devait être écartée lorsque le contrat est assorti, comme en l'espèce, d'une clause de compétence exclusive. Il appartient donc aux tribunaux philippins élus (tribunaux de Makita ou de Manille) de déterminer le montant du préjudice contractuellement subi et c'est seulement après que le tribunal arbitral CIRDI pourra s'y fonder et déterminer la valeur de la réclamation de l'investisseur en vertu du Traité. Fort de ces considérations, le tribunal décida de surseoir à statuer en attendant le règlement du préalable contractuel. C'est une autre manière de rejoindre (dans les faits tout au moins) la tendance dominante dans la jurisprudence, qui délimite la compétence du tribunal arbitral saisi en vertu de l'instrument normatif en fonction du fondement de la demande.

2. Ventilation du contentieux en fonction du fondement de la demande

La tendance dominante de la jurisprudence actuelle du CIRDI consiste à distinguer les demandes en fonction de leur fondement contractuel ou conventionnel et à déterminer la compétence en conséquence. Le tribunal arbitral CIRDI, tribunal international saisi en vertu d'une disposition d'un TBI (sigle anglais BIT) se considère alors garant de la violation du traité tandis que les aspects contractuels du litige lui échappent pour relever de la juridiction, judiciaire ou arbitrale, du contrat. Cette juridiction est celle qui est convenue entre les parties au litige. Cette manière de procéder est plus connue sous sa dénomination en anglais, qui oppose les « *Treaty claims* » aux « *Contract claims* ». Le même vocabulaire est parfois repris en français[853]. Certains auteurs préfèrent parler d'application distributive des clauses juridictionnelles : la clause contractuelle s'applique aux litiges d'origine contractuelle, tandis que la clause du traité ne régit que les demandes fondées sur une violation du traité[854].

---

more specific one. Therefore, the principle generalia specialibus non derogant, *that the Tribunal invoked, should work against the contractual forum selection clause and in favour of ICSID* » (Ch. Schreuer, *op. cit.*, note 730, p. 10).

853 I. Fadlallah, *op. cit.*, note 657, p. 3 ; C. Crépet, « Treaty Claims/Contract Claims », *Les Cahiers de l'arbitrage*, n° 2004/2 – 2e partie, *Gaz. Pal.*, du 5 au 7 décembre 2004, p. 23-29.

854 « Même délicate, l'application distributive des différentes clauses attributives de juridiction est la moins mauvaise des solutions au regard du respect de la volonté des parties. Elle s'impose également lorsque sont en présence une clause CIRDI

Quels que soient les termes utilisés pour désigner ce phénomène, il renvoie à un émiettement du contentieux, très coûteux pour les parties et susceptible d'aboutir à une double sanction des faits, qui ne varient pas d'une instance à l'autre. Cet éclatement du contentieux paraît tout de même inéluctable de nos jours car il est présenté comme absolument nécessaire au respect de la volonté des parties. C'est une pratique d'autant plus inquiétante qu'elle se généralise dans la jurisprudence arbitrale du CIRDI. De plus en plus, les tribunaux arbitraux constitués sous l'égide du Centre modèlent leur compétence selon la nature de l'acte invoqué comme fondement de la demande[855]. Aux *contract claims* s'opposent alors les *treaty claims*, les deux catégories de demandes devant être présentées et examinées dans deux procédures différentes.

Par rapport à la sentence *AAPL c. Sri Lanka* qui a ouvert la voie à la compétence arbitrale fondée uniquement sur un traité et en l'absence totale de relation contractuelle entre les parties, une nouveauté est à signaler, qui se traduit par un défi né cette fois de l'existence entre les parties d'un contrat assorti d'une clause de juridiction différente de celle du traité invoqué devant le tribunal arbitral du CIRDI. On demande à ce tribunal de retenir sa compétence et de trancher le litige sur la base d'un traité bilatéral de protection des investissements alors qu'une clause contractuelle intervenue entre les parties (et parfois entre l'investisseur et une émanation de l'État, comme c'est le cas dans l'affaire *Vivendi* où c'est la province de Tucumán et non l'État argentin qui est signataire du contrat) renvoie à un autre tribunal arbitral ou judiciaire. Les arbitres du CIRDI se sont généralement déclarés compétents mais, à l'exception de l'affaire *SGS c. Philippines*, ils ont limité cette compétence aux demandes fondées sur le traité.

La première sentence à être confrontée à cette difficulté semble être la sentence sur la compétence du 8 décembre 1998 rendue dans l'affaire *Lanco c. Argentine*[856]. Le tribunal arbitral CIRDI était appelé

---

contenue dans un traité (ou une législation) et une autre clause de règlement des différends liant l'État ou l'une de ses émanations à l'investisseur » (S. Manciaux, *op. cit.*, note 390, p. 248, n° 279).

855 Voir, entre autres, *Salini* (ARB/00/4), op. cit., note 721 ; *Consortium RFCC c. Maroc* (ARB/00/6), sentence sur la compétence, 16 juillet 2001, www.worldbank.org/icsid/cases ; *CMS Gaz Transmission Company c. Argentina* (ARB/01/8) sentence sur la compétence du 17 juillet 2003, 42 *ILM*, 2003, p. 788 et s. ; *JDI*, 2004, p. 236 et s. ; *Generation Ukraine c. Ukraine* (ARB/00/9), sentence du 16 septembre 2003, www.asil.org/ilm/Ukraine.pdf (état du 10/03/10) ; *Azurix Corp c. Argentina* (ARB/01/12), sentence sur la compétence du 8 décembre 2003, 43 *ILM*, 2004, p. 262 et s. ; *JDI*, 2004, p. 275 et s. ; *Enron Corporation and Penderosa Assets, LP c. Argentine Republic* (ARB/01/3), sentences du 14 janvier 2004 et du 2 août 2004 (http://ita.law.uvic.ca/). *Siemens AG c. Argentina* (ARB/02/8), sentence du 3 août 2004, www.asil.org/ilib/ilib0715.htm (état du 10/03/10).

856 *Lanco International Inc. v. Argentina* (ARB/97/6), *op. cit.*, note 851.

à trancher un litige né d'une concession portant sur la construction et l'exploitation d'un terminal portuaire et attribuant compétence aux juridictions administratives de Buenos Aires. Saisi sur le fondement de l'article 7 du Traité bilatéral de 1991 entre l'Argentine et les États-Unis, le tribunal n'a en réalité retenu sa compétence qu'en contournant la difficulté. Niant le problème, il estime que :

> « *The stipulation of Article 12 of the Concession Agreement, according to which the parties shall submit to the jurisdiction of the Federal Contentious-Administrative Tribunals of the City of Buenos Aires, cannot be considered a previously agreed dispute-settlement procedure. The Parties could have foreseen submission to domestic or international arbitration, but the choice of a national forum could only lead to the jurisdiction of the contentious-administrative tribunals, since administrative jurisdiction cannot be selected by mutual agreement* »[857].

Pour le tribunal saisi de l'affaire *Lanco*, le problème de l'articulation entre les clauses d'arbitrage figurant dans les TBI et les clauses contractuelles de juridiction n'est réel que lorsque ces dernières renvoient à l'arbitrage, la juridiction des tribunaux administratifs ne pouvant par ailleurs être prorogé. Cette position sera ouvertement contredite par la sentence *SGS c. Philippines* :

> « *It has been suggested that in some legal systems, a clause referring to national courts or tribunals may be legally ineffective to confer or affect that jurisdiction, and should be construed as a mere acknowledgement of a jurisdiction already existing by virtue of the non-derogable law of the host State. This was suggested of the law of Argentina in the Lanco case. But the Tribunal does not interpret Article 12 of the CISS Agreement as a mere acknowledgement which does not impose a contractual obligation upon SGS as to the use of the Philippines courts to resolve contractual disputes. SGS did not dispute that under Philippine law (the proper law of the CISS Agreement), a contractual stipulation to accept the exclusive jurisdiction of the Regional Trial Courts is effective in law and binding on the parties. In accordance with general principle, courts or tribunals should respect such a stipulation in proceedings between those parties, unless they are bound ab exteriore, i.e., by some other law, not to do so. Moreover it should not matter whether the contractually-agreed forum is a municipal court (as here) or domestic arbitration (as in SGS v. Pakistan) or some other form of arbitration, e.g. pursuant to the UNCITRAL or ICC Rules. The basic principle in each case is that a binding exclusive jurisdiction clause in a contract should be respected, unless overridden by another valid provision* »[858].

Le Tribunal arbitral qui avait eu à connaître de l'affaire *Vivendi* avait déjà considéré que l'élection de for en faveur des tribunaux administratifs de l'État hôte exprimait un réel choix des parties qui

857 Sentence *Lanco*, *op. cit.*, note 851, p. 466, par. 26.
858 *SGS c. Philippines* (ARB/02/6), *op. cit*, note 727, par. 138.

méritait le respect de l'arbitre saisi[859]. Sa décision sur ce point est d'autant plus remarquable qu'en l'espèce, une difficulté supplémentaire s'ajoutait du fait que les parties à la procédure arbitrale étaient différentes des parties au contrat contenant la clause attributive de juridiction. Bien qu'elle fût attraite à l'arbitrage sur la base du traité bilatéral franco-argentin du 3 juillet 1991, l'Argentine n'était pas partie au contrat de concession, seule une de ses subdivisions, la province de Tucumán y était engagée. Malgré cela, la sentence du 21 novembre 2000 n'a pas manqué de considérer, et à juste titre selon nous, que le contrat ayant été préalablement soumis à une autre juridiction, la compétence du tribunal CIRDI, dans la mesure où elle existait, devait se limiter aux demandes fondées sur le traité bilatéral[860].

Cette conclusion n'a pas été remise en cause par le Comité *ad hoc* appelé à se prononcer sur une demande d'annulation de la sentence. Certes, celle-ci fut partiellement annulée, mais c'est uniquement au motif que la compétence reconnue relativement aux demandes fondées sur le traité n'avait pas été exercée. Pour le Comité *ad hoc*, en effet, le tribunal arbitral s'est retranché derrière l'impossibilité de statuer sur les demandes fondées sur le traité sans violer la clause de juridiction contractuelle. L'objection nous paraît sérieuse, et nous comprenons la perplexité du tribunal car le dédoublement de la compétence en fonction de l'objet ou du fondement de la demande est sans effet sur l'unicité des faits à l'origine du différend. Que l'allégation porte sur une violation du contrat ou plutôt sur une transgression du traité, les faits restent les mêmes, têtus.

Il en résulte une situation curieuse : le tribunal se déclare certes compétent mais s'avoue incapable de statuer. C'est principalement cette contradiction qu'a sanctionnée le Comité *ad hoc*, estimant que dès lors que la compétence arbitrale a été affirmée concernant les demandes fondées sur une violation du traité, elle aurait dû être pleinement exercée, même si, pour ce faire, le tribunal ne peut éviter de se prononcer sur le contrat[861]. Pour le Comité *ad hoc*, la compétence du tribunal CIRDI, qui ne fait pas de doute à l'égard des demandes ayant pour objet la responsabilité de l'État en vertu

859 La doctrine approuve, cf. E. Gaillard, *op. cit.*, note 646, p. 869, n° 19.

860 *Compañía de Aguas del Aconquija & Vivendi Universal c. Argentine Republic* (ARB/97/3), sentence du 21 novembre 2000, 16 *ICSID Rev.-FILJ*, 2001, p. 643 et s. ; 40 *ILM*, 2001, p. 426 et s. ; 125, *ILR*, 2004, p. 58 et s. ; *JDI*, 2003, p. 232 et s. (extraits).

861 Sentence d'annulation partielle du 3 juillet 2002, 41 *ILM*, 2002, p. 1135 et s. ; *JDI*, 2003, p. 195 et s. ; 125 *ILR*, 2004, p. 58 et s. Cf. B. M. Cremades, *op. cit.*, note 726, p. 87-95 ; S. A. Alexandrov, « The Vivendi Annulment Decision and the Lessons for Future ICSID Applications – The Applicants' Perspective », *in Annulment of ICSID Awards*, *op. cit.*, note 150, p. 97-121 ; C. I. Suarez Anzorena, « *Vivendi v. Argentina* : on the Admissibility of Requests for Partial Annulment and the Ground of a Manifest Excess of Powers » *Ibidem*, p. 123-175.

du traité, devait s'étendre au contrat dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de la mission du tribunal saisi.

Approuvant la décision d'annulation, le professeur Gaillard écrit :

> « Par cette décision, le Comité *ad hoc* distingue on ne peut plus nettement entre le plan du contrat, qui peut comporter sa propre clause attributive de compétence, et celui du traité, qui fixe, de son côté, les règles de compétence des organes qui auront à connaître de la responsabilité internationale de l'État. La répartition des compétences entre ces diverses instances dépend de l'objet de la demande et non de la nature des questions susceptibles de se poser. S'il s'agit d'engager la responsabilité internationale de l'État en raison des violations du traité qui contient la clause donnant compétence au CIRDI, c'est cette institution qui sera compétente. S'il s'agit seulement de voir retenir la responsabilité contractuelle du signataire – État ou personne morale distincte – du contrat par lequel l'investissement a été réalisé, la clause attributive de compétence […] devra être respectée »[862].

On aurait espéré en finir avec cette difficulté dès la reddition de la sentence du 3 juillet 2002 (*Vivendi II*), qui a eu le mérite de mettre en évidence la nécessité pour un tribunal de veiller à la cohérence entre ses conclusions sur la compétence et la suite à donner à l'affaire, notamment en ce qui concerne la résolution des questions de fond. Fort malheureusement, l'affaire *SGS c. Philippines* a montré que le problème était encore d'actualité. Le tribunal saisi de cette affaire s'est d'abord déclaré compétent avant de se voir contraint de renoncer à se prononcer sur une question qui, selon lui, était purement contractuelle, et relevait à ce titre de la compétence exclusive des tribunaux de l'État hôte en vertu d'une clause de juridiction liant les parties. Convaincu que cette clause devait recevoir application, il a décidé de surseoir à statuer jusqu'à droit connu sur la valeur de la prétention contractuelle. « *This is strongly reminiscent of what the* Vivendi *Tribunal did* »[863].

Pour convaincre le tribunal arbitral CIRDI qu'il doit retenir sa compétence même à l'égard des demandes purement contractuelles, la demanderesse a mobilisé de solides arguments en faveur de l'attraction de compétence fondée sur une clause du TBI stipulant le respect par chaque État de ses engagements contractuels envers les ressortissants de l'autre État[864]. Aux termes de l'article X (2) du traité bilatéral entre la Suisse et les Philippines, « *Each Contracting Party shall*

862 E. Gaillard, *op. cit.*, note 646, p. 866-867, n° 17.

863 Ch. Schreuer, *op. cit.*, note 730, p. 11.

864 P. Weil, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier », *RCADI*, 1969-III, tome 128, p. 101 et s. spéc. p. 130 et s.

observe any obligation it has assumed with regard to specific investments in its territory by investors of the other Contracting Party»[865].

Une clause semblable figurait dans le traité bilatéral entre la Suisse et le Pakistan (article 11) qui a servi de fondement à la compétence arbitrale dans l'affaire *SGS c. Pakistan*. La société avait alors demandé au tribunal de juger que cette clause devait produire l'effet d'élever toute violation du contrat au niveau d'une violation du traité et par conséquent de permettre au tribunal de retenir sa compétence pour trancher le litige dans tous ses aspects y compris les questions contractuelles[866]. La clause avait reçu une interprétation restrictive qui sera durement critiquée par le tribunal arbitral dans l'affaire *SGS c. Philippines*. Ce dernier reconnaît à la clause l'effet de transformer certaines violations du contrat en violations du traité, mais conclut ainsi :

> *« To summarize the Tribunal's conclusions on this point, Article X(2) makes it a breach of the BIT for the host State to fail to observe binding commitments, including contractual commitments, which it has assumed with regard to specific investments. But it does not convert the issue of the extent or content of such obligations into an issue of international law. That issue (in the present case, the issue of how much is payable for services provided under the CISS Agreement) is still governed by the investment agreement »*[867].

En définitive, la clause dite de couverture ou de respect des engagements contractuels de l'État (également appelée *umbrella clause*, *mirror effect clause*) n'a pas eu l'effet que voulait lui donner la société demanderesse, du moins en ce qui concerne la compétence, ni dans l'affaire *SGS c. Pakistan*, ni dans l'affaire qui a opposé cette société aux Philippines. Cette retenue de la part des tribunaux est généralement approuvée par la doctrine. C'est ainsi que le professeur Leben a nié que « … tout différend contractuel avec l'État puisse nécessairement être aussi un différend sur le fondement d'un traité de protection. Et on a vu que l'insertion, dans un traité, d'une clause visant à transformer les obligations contractuelles internes en obligations fondées sur le traité pouvait se heurter aux réticences des arbitres »[868]. Pour sa part, le professeur Fadlallah estime que « l'*umbrella clause*, entendue comme une clause du Traité engageant l'État à respecter toutes ses obligations (sous-entendu : même contractuelles) envers l'investisseur, est inutile pour la compétence : elle n'a

865 Cité dans la sentence au paragraphe 115.

866 Sentence *SGS c. Pakistan*, *op. cit*, note 849, par. 163 (la clause de respect des engagements figure au par. 53).

867 *SGS c. Philippines*, *op. cit*, note 727, par. 128.

868 Ch. Leben, *op. cit.*, note 650, p. 374, n° 345.

d'intérêt, à cet égard, que si l'on a admis au préalable la distinction selon le fondement des demandes »[869].

Toutefois, la question continue d'être âprement controversée et de plus en plus, les sentences arbitrales se font l'écho des débats doctrinaux. C'est dire que le droit positif est très difficile à cerner sur ce point. L'on peut tout juste noter, pour montrer que l'on est encore loin d'un point d'équilibre durable, qu'une sentence récente vient d'admettre que la clause de respect des engagements (*umbrella clause*) pouvait avoir l'effet d'étendre la compétence du tribunal arbitral saisi sur le fondement d'un traité à tous les litiges y compris ceux qui naissent d'un contrat soumis à la compétence d'une autre juridiction en vertu d'une clause contractuelle. Ainsi, la sentence du 10 janvier 2005 souligne que,

> « Certains traités contiennent en effet ce qu'il est convenu d'appeler des clauses de respect des engagements ou "*umbrella clauses*". Ces clauses ont pour effet de transformer les violations des engagements contractuels de l'État en violations de cette disposition du traité et, par là même, de donner compétence au tribunal arbitral mis en place en application du traité pour en connaître.
>
> Il en découle que le consentement donné par la République algérienne a une portée réduite. Il ne suffit pas à la Demanderesse d'établir une violation du Contrat ; il faut en plus qu'elle démontre que cette violation est simultanément constitutive d'une violation de l'Accord et de la protection qu'il entend garantir »[870].

En l'espèce, le tribunal constate l'absence d'une clause de couverture dans le TBI invoqué à la base de sa compétence. « Une telle formule n'a précisément pas été retenue pour le traité conclu entre l'Algérie et l'Italie, ce qui confirme *a contrario* l'interprétation retenue »[871].

L'interprétation dont il est question est justement celle qui conduit à limiter la compétence du tribunal aux demandes fondées uniquement sur une violation du Traité bilatéral invoqué. En effet, selon la sentence,

---

869 I. Fadlallah, *op. cit.*, note 657, p. 6. Voir aussi J. Gill, M. Gearing and G. Birt, « Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties – A Comparative Review of the SGS Cases », *J. Int'l. Arb.*, vol. 21, n° 5, 2004, p. 397-412.

870 Sentence du 10 janvier 2005, *Consortium Groupement LESI – DIPENTA c. Algérie* (ARB/03/08), *ICSID Rev.-FILJ*, vol. 19, n° 2, 2004, p. 464, par. 25 ; également sur le site Internet du Centre : http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC645_Fr&caseId=C228 (état du 10/03/10).

871 *Ibidem.*

« Le consentement n'est pas donné, de manière extensive, pour toutes les créances et les actions qui pourraient être liées à un investissement. Il est nécessaire que les mesures prises reviennent à une violation de l'Accord bilatéral, ce qui signifie en particulier qu'elles soient de nature injustifiée ou discriminatoire, en droit ou en fait. Ce n'est donc pas nécessairement le cas de toute violation d'un contrat »[872].

Cette position oblige le tribunal à reconnaître qu'en l'état de la procédure et des données dont il dispose, il lui est par principe impossible de déterminer sa compétence car celle-ci dépend de l'exactitude des allégations de la requérante s'agissant des atteintes portées au traité. « C'est à celle-ci qu'il appartiendra dans la procédure au fond de l'établir ; le Tribunal ne peut que constater que la Demanderesse invoque des violations de l'Accord bilatéral »[873] et cela suffit à ce stade à lui conférer compétence. En conséquence, le tribunal retient que :

« la Défenderesse a bien donné son consentement par écrit à la compétence du Centre, mais uniquement si les mesures sur lesquelles se fonderait la Demanderesse constituent des violations de l'Accord bilatéral. Le tribunal arbitral est à première vue compétent pour se prononcer sur les conclusions de la Demanderesse, mais si et dans la mesure seulement où elles se fondent sur la violation de la protection de l'Accord bilatéral »[874].

C'est dire que l'examen effectué par le tribunal en vue de la détermination de sa compétence se révèle inutile ou en tout cas infructueux. Une situation paradoxale quand on sait que ni le consentement de l'État à l'arbitrage ni la volonté de l'investisseur de s'y fonder pour obtenir justice ne font l'ombre d'un doute. La conclusion du tribunal apparaît d'autant plus décevante qu'il affirme, par principe et non seulement au vu des circonstances particulières de l'affaire, l'impossibilité de se prononcer sur l'existence ou l'absence de la compétence au fond avant de l'avoir exercée. Si cette situation est tolérable tant qu'elle demeure une exception, elle est par contre inadmissible lorsqu'elle devient la règle. D'où le besoin d'explorer de nouvelles pistes.

B. Approche non contractuelle et articulation des fondements de compétence

La pratique fait état de multiples tentatives effectuées et d'importants efforts déployés aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence dans le but de « fixer les relations entre les clauses attributives de

872 *Ibidem*, p. 463-464, par. 25.
873 *Ibidem*.
874 *Ibidem*, p. 464-465, par. 26 et 27.

compétence contenues dans l'instrument par lequel l'investissement a été réalisé et celles qui figurent dans le traité de protection des investissements sur le fondement duquel la responsabilité internationale de l'État est recherchée »[875]. Force est toutefois d'admettre que dans l'état actuel des choses, on reste très loin de l'objectif de coordination et d'harmonisation poursuivi. En même temps, les complications se multiplient tant et si bien que les plus grands spécialistes, dont sont issus les arbitres du CIRDI et les conseils des parties, ne s'y retrouvent plus. C'est du moins ce que suggère l'incohérence constatée dans la jurisprudence, avec des sentences qui en critiquent d'autres, sans qu'aucune ne parvienne à faire réellement autorité sur ce point[876].

La distinction entre les demandes d'arbitrage selon qu'elles sont fondées sur un instrument normatif ou sur un contrat, utile lorsqu'il s'agit simplement d'évaluer le recul de l'approche contractuelle dans l'arbitrage transnational[877], devient dévastatrice dès que l'on prétend en tirer une conséquence du point de vue de la compétence du tribunal arbitral et du droit régissant le fond du litige[878]. D'innombrables difficultés sont susceptibles d'en résulter à commencer par l'identification des critères de la distinction. Ainsi que le reconnaît le professeur Schreuer : « *As it turned out, the distinction between treaty claims and contract claims is not always easy* »[879]. Si la situation se révèle inextricable pour les experts, comment convaincre les parties à faire confiance et à recourir au système ?

Certains tirent déjà la sonnette d'alarme : si l'on persiste dans cette voie et l'on complique chaque jour davantage la procédure, les parties risquent de ne plus suivre. « *The danger – particularly regarding ICSID's acceptability with states – may come if the current dam is breached and if umbrella clauses do start to override exclusive jurisdiction clauses* »[880].

C'est dire que la pratique, telle qu'elle a été rapportée, appelle une critique sérieuse (1), laquelle doit, pour être constructive, aboutir à des propositions concrètes susceptibles d'améliorer le système et de simplifier son fonctionnement (2).

875 E. Gaillard, *op. cit.*, note 646, p. 864, n° 15.

876 Le professeur Fadlallah l'a regretté : « Diverses sentences sont intervenues à l'intersection des traités et des contrats. Si elles convergent vers certaines solutions, leur démarche est parfois contradictoire et les difficultés, au lieu de se résoudre au fil de la jurisprudence arbitrale, se compliquent » (I. Fadlallah, *op. cit.*, note 657, p. 3).

877 C'est en ce sens que le professeur Leben fait la distinction lorsqu'il écrit : « Et il est vrai que près de quatre-vingt-dix pour cent des litiges qui arrivent dorénavant devant le CIRDI sont des *treaty claims* et non des *contract claims* » (Ch. Leben, *op. cit.*, note 650, p. 373, n° 344).

878 E. Gaillard, *op. cit.*, note 646, p. 873 et s.

879 Ch. Schreuer, *op. cit.*, note 730, p. 8.

880 J. Gill, M. Gearing and G. Birt, *op. cit.*, note 869, p. 412.

1. Appréciation critique de la pratique actuelle

Si la compétence du tribunal arbitral déduite de l'accord bilatéral entre le Royaume-Uni et le Sri Lanka fut facilement admise par l'État dans l'affaire *AAPL c. Sri Lanka*, il n'en fut pas de même dans l'affaire *SPP c. Égypte*. L'État avait alors vigoureusement contesté la compétence du tribunal arbitral que ce dernier avait tout de même fini par retenir sur la base de l'article 8 de la loi égyptienne de 1974. En vertu de cette disposition, les litiges relatifs à l'application de cette loi sur les investissements sont réglés selon un mode de règlement à convenir avec l'investisseur, ou conformément aux dispositions des traités en vigueur entre l'Égypte et l'État national de l'investisseur ou enfin, dans le cadre du mécanisme mis en place par la Convention de Washington, lorsque celle-ci est applicable.

Confronté pour la première fois à un fondement non contractuel d'une compétence arbitrale, le tribunal comprît aussitôt la nécessité d'établir un lien entre les différentes sources de compétence (contractuelle et non contractuelle). Il était évident pour le tribunal qu'une seule procédure devait être mise en œuvre pour trancher l'intégralité du litige, d'où le besoin d'opérer une sélection entre les sources. En l'espèce, il fut décidé que la primauté devait revenir à l'accord intervenu directement entre les parties en litige. C'est uniquement à défaut d'un tel accord, qu'il fallait recourir aux modes de règlement prévus dans les conventions internationales liant les États en présence. En dernier lieu, si aucune des sources précédentes ne fournit la solution, le mode de règlement prévu unilatéralement par l'État pourra recevoir application.

En établissant un ordre de priorité entre les différentes sources de compétence et en plaçant la volonté des parties en litige au sommet de la pyramide, le tribunal avait montré qu'en matière d'arbitrage, procédure entièrement fondée sur le consentement des parties, il n'y a pas lieu de raisonner selon la nature de l'instrument qui exprime le consentement. On ne peut dire que le consentement exprimé dans un traité prévaut sur celui déduit de la loi et que ce dernier l'emporte à son tour sur un consentement exprimé dans un contrat. Si l'on devait reproduire ici le schéma habituel de la hiérarchie des normes, il en serait fini de la liberté de l'arbitrage et du consentement des particuliers dont la volonté ne peut directement s'exprimer ni par la loi, ni par le traité.

Un autre enseignement à tirer de la sentence *SPP c. Égypte*, porte justement sur l'approche non contractuelle de l'arbitrage mis en œuvre en application d'un instrument législatif. Il est évident que si les arbitres avaient réellement raisonné en termes d'offre et d'acceptation contractuelles, la hiérarchie qu'ils ont établie entre les différentes sources de compétence n'auraient eu aucune raison d'être. En effet, les trois hypothèses envisagées (accord direct entre parties

en litige, puis traité, enfin loi), auraient toutes abouti à la formation d'un contrat et la primauté aurait dû s'énoncer différemment, probablement en termes d'exclusivité en faveur de l'accord intervenu en dernier lieu.

Mais si l'on admet que ce ne fut pas en termes contractuels que les arbitres conduisirent leur raisonnement (qu'ils ont plutôt favorisé l'approche non contractuelle des sources normatives), on s'explique alors difficilement qu'ils aient pu établir une quelconque hiérarchie entre les différentes sources, qui auraient alors dû rester ouvertes au libre choix de l'investisseur. En effet, pour renoncer au droit à l'arbitrage que lui confère un traité ou une loi, l'investisseur n'a nullement besoin de passer un accord avec l'État ; il lui suffit de s'abstenir d'exercer le droit qui lui est accordé. Et puis, le texte de loi paraît indiquer la disposition de l'État à conclure avec l'investisseur une convention d'arbitrage spécifique. Il semblerait donc, contrairement à ce qui fut retenu dans la sentence, que cette disposition prévoit différents modes de règlement non hiérarchisés mais *in favorem*.

La jurisprudence arbitrale rendue sur le fondement des traités internationaux à la suite de l'affaire *AAPL c. Sri Lanka* procède d'une autre philosophie. La préoccupation centrale se déplace petit à petit de la concentration du contentieux vers son éclatement et la spécialisation des juridictions : aux tribunaux arbitraux du CIRDI de veiller au respect des obligations internationales de l'État ; aux tribunaux internes d'assurer le respect des obligations contractuelles des parties, soit directement, soit par le biais du contrôle qu'ils exercent sur les sentences arbitrales qui leur sont soumises[881].

L'examen de la jurisprudence arbitrale rendue sur le fondement des traités de protection des investissements montre une nette tendance des arbitres à se retrancher derrière le traité qui fonde désormais leur compétence pour en affirmer la supériorité sur les clauses contractuelles de règlement des différends, ce qui leur permet en même temps d'élever leur juridiction au-dessus tant des tribunaux étatiques (dont la compétence de principe n'a pourtant été exclue

881 La jurisprudence confirme chaque jour les observations de M^me^ Burdeau dans son célèbre article publié en 1995 dans la Revue de l'arbitrage. L'auteur écrivait alors que : « … comme on le constate dans la sentence *AAPL*, c'est en effet le comportement de l'État vis-à-vis de l'investisseur étranger selon le droit international qui est apprécié et non pas l'exécution d'un contrat d'investissement particulier. Ainsi le rôle de l'arbitrage transnational pourrait se trouver sensiblement modifié, puisqu'il sortirait de la sorte du cadre contractuel qui avait très largement été le sien jusqu'à présent, pour devenir une sorte d'*instrument de contrôle du respect par les États de la légalité dans le domaine économique*. Il ne s'agira plus en effet pour les arbitres d'apprécier le respect d'obligations contractuelles et donc subjectives, entre les parties au différend, même si cette appréciation a pu déjà dans le passé se faire à la lumière du droit international, mais de vérifier, à la demande d'un particulier, qu'un État a rempli ses obligations internationales » (*op. cit.*, note 665, p. 21, n° 29). Dans le même sens, J.-M. Jacquet, *op. cit.*, note 239, p. 23, n° 110.

que par le choix de l'arbitrage par les parties), que d'autres tribunaux arbitraux dont la compétence aurait pu reposer, tout comme la leur, sur le consentement des parties. En concluant des traités bilatéraux et multilatéraux de protection et de promotion des investissements et en octroyant aux investisseurs un droit de recours à l'arbitrage, les États ont-ils voulu cette évolution ?[882]

Tout en notant l'orientation que prenait la jurisprudence arbitrale, M^me^ Burdeau a pris le soin de souligner que si cette tendance devait se confirmer, « on s'éloignerait […] sensiblement de ce qu'avait été à l'origine l'arbitrage transnational, c'est-à-dire une extension de l'arbitrage commercial international au cas particulier des relations entre États et personnes privées étrangères »[883]. Les sentences rendues ces dernières années confirment largement ses prévisions. Mais peut-on rattacher une telle évolution à la volonté des États ou plus simplement à leurs prévisions ?

Il suffit de consulter les dispositions normatives octroyant un droit de recours à l'arbitrage pour voir que très souvent, l'arbitrage CIRDI n'est cité que comme une procédure parmi d'autres, toutes offertes au libre choix de l'investisseur. Que l'arbitrage CIRDI présente certains avantages par rapport aux procédures concurrentes est une évidence, mais il ne nous semble pas justifié de faire de sa supériorité une règle générale[884]. À notre avis, cette supériorité ne résulte ni du traité invoqué comme base de compétence, ni de la Convention de Washington fixant le cadre de la procédure.

L'arbitrage en vertu du traité de l'ALENA prouve à suffisance que le simple fait que la compétence arbitrale découle d'un traité et non d'un contrat n'implique pas nécessairement que la procédure échappe au contrôle de la juridiction étatique. En effet, les

882 Il faut admettre que cette vision s'est imposée très tôt. C'est ainsi que le professeur Lalive rapporte que dans l'affaire *Holiday Inns*, « *the arbitral tribunal affirmed, in the clearest possible manner, the superiority of international tribunals and the duty of the Moroccan courts, either to suspend their decision or to adapt it to the pronouncements of the ICSID tribunal* » (P. Lalive, « The First "World Bank" Arbitration (*Holiday Inns v. Morocco*) – Some Legal Issues », *BYIL*, 1980, p. 123-161 ; *Idem*, « Some Objections to jurisdiction... », *op. cit.*, note 793, spéc. p. 389).

883 G. Burdeau, *op. cit.*, note 665, p. 21, n° 29.

884 Le professeur Dominicé admet que l'arbitrage CIRDI permet à l'État national de l'investisseur d'avoir un meilleur contrôle sur la procédure et souligne qu'un arbitrage dont toutes les modalités seraient prévues dans le traité bilatéral lui permettrait d'étendre davantage son influence. En revanche, estime l'auteur « Un renvoi à un système comme l'arbitrage CNUDCI ou l'arbitrage CCI, tout en présentant des mérites, fait cependant passer l'arbitrage à un niveau différent, en ce sens que ces systèmes sont prévus au premier chef pour des litiges entre personnes privées et que, suivant le lieu de l'arbitrage et la manière dont il est conduit, la procédure est susceptible d'être soumise au contrôle d'un juge interne » (Ch. Dominicé, *op. cit.*, note 655, p. 531). À notre avis, l'auteur ne fait que souligner certains avantages de la procédure CIRDI sans toutefois affirmer par principe sa supériorité aux arbitrages administrés par des institutions privées.

sentences rendues dans ce cadre sont soumises au contrôle du juge étatique[885], et l'affaire *Loewen c. États-Unis*[886] a révélé les failles du système, en ce qu'il fait de l'arbitre le garant du respect des obligations internationales contractées par les États[887]. En l'espèce, les arbitres étaient invités à se prononcer sur le traitement réservé à une entreprise canadienne de pompes funèbres (LGI et Roy Loewen) devant des tribunaux américains. Ils ont dû pour cela apprécier les actes des autorités judiciaires à la lumière des dispositions du traité de l'ALENA. Mais, de manière assez paradoxale, l'on se rend compte que la sentence internationale, qui porte une appréciation sur les décisions rendues en dernier ressort dans un État, est à son tour susceptible de faire l'objet d'un contrôle judiciaire interne. On n'est pas loin du cercle vicieux.

La Convention de Washington, non plus, ne place l'arbitre du CIRDI au-dessus des juridictions internes. Son apport se limite, à notre avis, à épanouir l'arbitrage qui, lorsqu'il est conduit sous l'égide du Centre, est totalement soustrait à la tutelle du juge étatique. Celui-ci perd le pouvoir de contrôle qu'il conserve sur l'arbitrage commercial ordinaire. Il ne peut ni annuler la sentence, ni lui refuser l'exequatur. On peut même dire que la notion d'exequatur perd son sens habituel puisque la sentence est reconnue d'office et les obligations pécuniaires qu'elle impose sont exécutées « comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit État »[888]. De ce point de vue, la sentence arbitrale CIRDI occupe une position privilégiée par rapport aux autres sentences et jugements étrangers.

La Convention de Washington permet toutefois à l'État qui le souhaite de placer le tribunal arbitral CIRDI au-dessus de ses propres tribunaux. Cette possibilité découle de l'article 26, 2e phrase de la Convention qui dispose que « Comme condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, un État contractant peut exiger que les recours administratifs ou judiciaires internes soient épuisés ». Si un État fait une telle réserve, l'on sort du cadre de l'arbitrage ordinaire, connu comme une alternative à la

885 À ce jour, parmi les États membres de l'ALENA, seuls les États-Unis sont parties à la Convention CIRDI. Le Canada l'a signée le 15 décembre 2006, mais ne l'a pas encore ratifiée (au 7 janvier 2010).

886 CIRDI (mécanisme supplémentaire), *The* Loewen *Group Inc. et Raymond L. Loewen c. Etats-Unis*, *op. cit.*, note 143.

887 D. A. R. Williams, « Challenging Investment Treaty Arbitration Awards – Issues concerning the Forum Arising from the *Metalclad* Case », *in International Commercial Arbitration : Important Contemporary Questions*, *ICCA Congress Series*, n° 11, Kluwer, 2003, p. 444 ; A. Lemaire, « Le nouveau visage de l'arbitrage entre État et investisseur étranger : le chapitre 11 de l'ALENA », *Rev. arb.*, 2001, p. 43-94 ; A. Milanova, « Le règlement des différends dans le cadre de l'ALENA : les atours discrets d'une hégémonie », *JDI*, 2003, p. 87-144.

888 Article 54 (1) Convention de Washington de 1965.

juridiction d'État et le tribunal arbitral joue alors le rôle d'une juridiction d'appel par rapport aux jugements rendus par les tribunaux de l'État auteur de la réserve.

Selon notre compréhension de l'article 26 de la Convention de Washington, cette disposition a une portée beaucoup plus limitée que le sens qui lui est ordinairement attribué. Sa première phrase énonce une règle qui n'est nullement spécifique au CIRDI, mais qui est valable pour tout arbitrage : une fois convenu, celui-ci marque la renonciation des parties à l'exercice de tout autre recours juridictionnel, plus précisément à la saisine du juge. Une « stipulation contraire » est possible en vertu de la seconde phrase de la disposition, qui permet à l'État d'exiger le maintien de la compétence de ses tribunaux qui peuvent ou, selon les cas, doivent être saisis avant tout recours à l'arbitrage. M. Broches en a clairement donné les raisons :

> *« The importance attached by governments to the local remedies exception is the reason why the Convention, even though it was not necessary to do so, states explicitly that a Contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under the Convention »*[889].

Le professeur Fadlallah fait dès lors bien de rappeler qu'« il n'existe pas de principe de division du travail entre l'arbitre CIRDI, gardien du respect du droit international, et l'arbitre du contrat à qui serait dévolue la tâche moins noble de vérification de la bonne exécution des contrats »[890]. Il tient pour infondée cette distinction et conteste qu'elle puisse servir de clé de répartition de la compétence arbitrale. Nous sommes également de cet avis et pensons que pour établir le caractère erroné de la doctrine critiquée, il suffit de la rapprocher de la clause d'option irrévocable *(fork in the road, una via electa).*

Les traités qui ouvrent à l'investisseur un choix entre les juridictions étatiques et divers tribunaux arbitraux précisent parfois que cette option s'épuise par la saisine effective d'une juridiction compétente. Correctement interprétée, la clause du choix définitif apporte une précision utile mais non nécessaire. En effet, cette disposition ne change rien à la situation juridique des parties. Leurs droits procéduraux demeurent inchangés avec ou sans cette précision. Ils peuvent être facilement déduits du caractère juridictionnel des organes susceptibles d'être saisis.

Il est en effet évident qu'une fois que les plaideurs sont engagés dans une procédure judiciaire ou arbitrale, il n'est en principe du pouvoir d'aucun d'entre eux de mettre fin unilatéralement à l'instance. Si le demandeur est libre de renoncer à sa demande, il ne peut empêcher

889 A. Broches, *op. cit.*, note 19, p. 439.
890 I. Fadlallah, *op. cit.*, note 657, p. 6.

le défendeur de présenter une demande reconventionnelle. Il est tout aussi certain que si l'instance est judiciaire, le jugement s'imposera aux parties tout comme elles seraient obligées par la sentence si la procédure était arbitrale. Dans ces conditions, on voit très bien qu'avec ou sans une telle clause, dès qu'une juridiction est saisie et qu'elle exerce sa compétence, le litige ne doit normalement pas être porté devant une autre juridiction.

Inversement, si les parties sont d'accord pour dessaisir le tribunal saisi au profit d'une autre juridiction, rien ne s'oppose en principe à ce que cette volonté soit suivie d'effets. C'est dire donc que la clause de choix définitif du forum n'est pas décisive dès lors que sont seules visées des procédures juridictionnelles et non seulement de règlement amiable des différends. La seule réserve qu'on pourrait formuler à ce propos, concerne la situation dans laquelle l'État partie aurait exigé, comme condition à son consentement à l'arbitrage CIRDI, l'épuisement des voies de recours internes conformément à la disposition de l'article 26 de la Convention de Washington de 1965[891].

Rapportée à la doctrine qui module la compétence arbitrale en fonction du fondement contractuel ou conventionnel de la demande, cette clause présente tout de même l'intérêt de montrer que n'importe lequel des tribunaux dont la compétence est prévue dans le traité demeure compétent pour connaître de tous les aspects du litige à la seule condition qu'il soit saisi en premier par l'investisseur. La violation des droits que l'investisseur tient du traité peut très bien être sanctionnée devant le juge si l'investisseur a choisi de le saisir[892]. De même, si les parties sont liées par un contrat, rien n'empêche que les demandes qui en découlent puissent être traitées

891 Voir cependant la disposition très particulière de l'Annexe 10-E de l'Accord de libre-échange conclu le 16 juin 2004 entre les États-Unis et le Maroc qui prévoit que dans le cas où les juridictions marocaines ont été saisies d'un litige, l'investisseur ne peut soumettre le même litige à l'arbitrage prévu à la Section B du traité « *unless at least one year has elapsed from the date the court proceedings were initiated* ». C'est dire que d'une précision à une autre, on finit par vider de tout sens la règle de départ, celle du caractère obligatoire et définitif de la compétence de la juridiction saisie. La clause de choix définitif commence à avoir des variantes, elle s'autonomise par rapport à la règle qu'elle était censée préciser et peut désormais aller à l'encontre de cette dernière.

892 « On note que de plus en plus l'individu se trouve au cœur des préoccupations dont s'occupe la règle internationale. Si le phénomène est manifeste en matière de droits de l'homme et de droit humanitaire, il peut aussi être observé dans d'autres domaines, où la réglementation internationale vise à harmoniser les rapports transnationaux, et notamment à préserver l'individu des aléas qui pourraient résulter de la diversité des systèmes juridiques nationaux. Cela se traduit, dans la jurisprudence des tribunaux nationaux, par un accroissement sensible des arrêts qui, d'une manière ou d'une autre, font application directement, ou indirectement par le truchement d'une règle nationale, de normes d'origine internationale, principalement de traités internationaux. On assiste à

par le tribunal arbitral. Pour le professeur Fadlallah, « il est erroné de cantonner la compétence de la juridiction CIRDI à la seule violation des sources internationales. Les TBI prennent appui sur la Convention de Washington et celle-ci a été d'abord conclue pour donner un for arbitral international aux contrats d'investissement, quelle que soit la loi applicable (articles 25 et 42). Dès lors que le TBI permet le recours à l'arbitrage CIRDI pour les litiges relatifs aux investissements, la compétence des arbitres s'étend à tous ces litiges »[893].

Certains traités le précisent d'ailleurs expressément. Ainsi, l'article 10.15 (1) de l'Accord de libre-échange du 16 juin 2004 entre les États-Unis et le Maroc prévoit que si les négociations entre les parties échouent, le demandeur peut introduire une requête d'arbitrage visant à faire juger que le défendeur a transgressé : *« (A) an obligation under Section A, (B) an investment authorization, or (C) "an investment agreement" »* et que le demandeur a subi des pertes ou dommages du fait de cette transgression[894].

Un autre motif de rejet de cette distinction peut être tiré du régime de la protection diplomatique. Bien que cette procédure se déroule au niveau interétatique, la victime de la violation du droit international est prise en compte et intégrée dans le système : d'abord il faut qu'elle épuise les recours internes disponibles et efficaces, ensuite le tribunal interétatique saisi apprécie le comportement de la victime qui doit être irréprochable, c'est la doctrine des *clean hands*. La distinction entre *treaty claims* et *contracts claims* va à l'encontre de cette pratique bien établie du droit international, puisqu'elle risque de conduire à n'envisager que les aspects du litige liés à la violation du traité. Cela est d'autant plus grave que la procédure se déroule directement entre l'État hôte et son partenaire privé.

Enfin, la doctrine qui subordonne la compétence stipulée dans le traité au fondement ou à l'objet de la demande, marque surtout un recul car, pour peu que l'on admette qu'une violation par l'État d'accueil des droits contractuels de son partenaire n'équivaut pas toujours à un manquement aux obligations de l'État en vertu d'un traité international, on est forcé de conclure à la nécessité pour l'investisseur de négocier, à côté de la clause du traité qui lui donne accès à l'arbitrage, une seconde clause d'arbitrage destinée cette fois à couvrir le contentieux contractuel. Cela remet en cause toute l'évolution enregistrée durant les dernières années y compris

---

un véritable éveil du juge interne au droit international » (Ch. Dominicé, « L'individu, la coutume internationale et le juge national », dans *L'ordre juridique international entre tradition et innovation*, *op. cit.*, note 353, p. 93-107, spéc. p. 93).

893 I. Fadlallah, *op. cit.*, note 657, p. 6.

894 *International Investment Instruments : A Compendium*, *op. cit.*, note 839, p. 11 (nous soulignons).

la soumission du contrat d'État au droit international. Il faut donc explorer de nouvelles pistes.

2. Propositions en accord avec l'approche non contractuelle de l'arbitrage

Avec les sentences *SPP c. Égypte* et *AAPL c. Sri Lanka*, une nouvelle ère s'est ouverte pour l'arbitrage transnational qui a cessé d'être exclusivement contractuel. Désormais, à côté de l'arbitrage fondé sur une convention d'arbitrage, il faut faire place à l'arbitrage découlant d'un instrument normatif, loi de l'État d'accueil de l'investissement ou traité international liant ce dernier à l'État national de l'investisseur. Comme on l'a suffisamment montré, il n'est guère besoin de contractualiser le consentement à l'arbitrage ainsi manifesté. Au contraire, le partenaire privé de l'État reçoit de lui un droit à l'arbitrage qu'il lui suffit d'exercer en cas de litiges l'opposant à l'État. Loin d'être contestée, l'existence d'un tel droit est au contraire affirmée depuis longtemps par la doctrine.

Quand elle s'est penchée sur la question de l'arbitrage en l'absence de clause compromissoire ou de compromis entre les parties en litige, M^me^ Burdeau l'a tout naturellement rapproché du mécanisme de recours individuel prévu par la Convention européenne des droits de l'homme et a conclu que « la "philosophie" des deux mécanismes paraît la même : il s'agit dans l'un et l'autre cas d'ouvrir à des particuliers non identifiés à l'avance un *droit* de recours direct contre un État… »[895]. Ce droit est également reconnu comme tel par le professeur Dupuy :

> « Dans les conventions bilatérales de protection des investissements se généralise, comme on l'a noté plus haut, ce qu'il est convenu d'appeler « la clause CIRDI ». Elle permet à des investisseurs de saisir le CIRDI (…) pour la violation alléguée par l'État d'accueil des obligations auxquelles il a souscrit. Or, depuis un arbitrage rendu en application de cette clause, précisément, en l'affaire *AAPL c. Sri Lanka*, il a été admis que la demande d'arbitrage par l'investisseur privé était valable en se fondant non pas sur le contrat d'État mais sur le seul traité bilatéral (et interétatique) de protection des investissements ; non pas, en d'autres termes, comme il était jusque-là nécessaire, sur une clause compromissoire liant cette personne privée à l'État d'accueil, mais par la seule invocation de l'engagement pris par ce dernier dans la convention bilatérale qu'il avait conclue avec l'État dont l'investisseur était le ressortissant. Dans un raisonnement de ce type, on permet ainsi une sorte d'« *invocabilité directe* » de la convention interétatique par l'investisseur privé aux fins du recours à l'arbitrage »[896].

---

895 G. Burdeau, *op. cit.*, note 665, p. 16, n° 22.

896 P.-M. Dupuy, *Droit international public*, 7^e^ édition, 2004, p. 703, n° 626.

L'auteur ajoute que « la même tendance consistant à doter l'investisseur privé d'un *droit direct d'action en arbitrage* se retrouve aussi dans l'accord de libre-échange nord américain »[897].

Ce ne sont pas que des publicistes qui y ont vu un droit véritable pouvant être directement invoqué par la personne privée, qui peut désormais accéder à l'arbitrage sans le détour de la convention d'arbitrage. Les spécialistes de l'arbitrage commercial international parlent aussi d'un droit à l'arbitrage octroyé unilatéralement par l'État. C'est ainsi que dans son important volume sur l'arbitrage, le professeur Born évoque le fondement contractuel de l'arbitrage puis, nuance aussitôt :

> *« Despite this general principle, it is not correct that international arbitration invariably requires an arbitration agreement. There are instances in which disputes can be arbitrated, and in which there exists a legal obligation to arbitrate, even without an international arbitration agreement. In particular, contemporary "bilateral investment treaties" ("BITs") or "investment protection agreements" frequently create treaty-based rights (…) to arbitrate various categories of international disputes »*[898].

Ce droit étant très largement reconnu pour ce qu'il est[899], il importe d'en tirer les conséquences, y compris s'agissant de l'articulation entre certaines clauses contractuelles de compétence et la clause de l'instrument normatif fondant le droit pour l'investisseur d'agir contre l'État devant un tribunal arbitral. Ce droit n'a de sens que s'il garantit à l'investisseur l'accès effectif à l'arbitrage, sans qu'il faille passer un accord avec l'État. Le contrat constitue, pour les sujets de droit, un moyen d'acquérir des droits, très souvent moyennant des obligations à assumer envers le cocontractant. Du fait des obligations dont sont généralement assortis les droits obtenus par contrat, une partie n'a pas à contracter pour acquérir des droits dont elle est déjà titulaire.

Cela relativise beaucoup l'intérêt pour une personne privée étrangère, qui est au bénéfice d'un droit à l'arbitrage unilatéralement octroyé par l'État, de conclure avec ce dernier une clause de compétence. Mais si l'intérêt est faible, il n'est pas inexistant, ni pour

---

897 *Ibidem*, (nous soulignons).

898 G. B. Born, *International Commercial Arbitration. Commentary and Materials*, 2nd ed., Transnational Publishers and Kluwer Law International, New York/The Hague, 2001, p. 191. « *A Key feature of the past decade's wave of BITs has been provisions granting foreign investors (from one contracting State) the right to initiate international arbitration against […] the host State…* » (*Ibidem*, p. 192).

899 Voir aussi M. Manciaux : « Le cas du consentement unilatéral donné par avance par un État se pose en des termes différents. Dans la mesure où ce consentement confère à l'investisseur le *droit* de saisir le CIRDI (en consentant à son tour à sa compétence), ce droit peut-il être frappé de déchéance ou d'extinction ? » (*op. cit.*, note 390, p. 237, n° 267) ; P. Bernardini, *op. cit.*, note 819, p. 95, note 26.

l'investisseur ni pour l'État. Différentes raisons peuvent déterminer les acteurs transnationaux à conclure une convention de juridiction alors même que la voie de l'arbitrage est ouverte à l'investisseur. Celui-ci peut chercher à s'ouvrir davantage d'options tandis que de son côté, l'État peut parfois avoir intérêt à soustraire d'avance à la compétence des juridictions publiques tout éventuel contentieux avec l'investisseur. Dans ce cas, l'État peut être amené à passer avec l'investisseur une convention d'arbitrage en bonne et due forme pour empêcher ce dernier de renoncer à exercer son droit à l'arbitrage et se servir de la publicité de la procédure judiciaire dans le but d'arracher à l'État des concessions qu'autrement il ne serait pas prêt à accorder. Il se peut aussi, tout simplement, que l'État veuille laisser le règlement du litige à un organe neutre et indépendant des parties afin de prévenir toute velléité de remise en cause de la décision à intervenir (au cas où elle serait défavorable à l'investisseur) par l'État national de l'investisseur dans le cadre de la procédure diplomatique.

Cela dit, l'État qui a accepté, dans sa loi ou dans un traité international, d'accorder à l'investisseur un droit d'action devant un tribunal arbitral se leurre s'il croit pouvoir se rétracter et reprendre le droit conféré en passant avec l'investisseur une convention *d'electio fori* attribuant compétence à ses propres tribunaux. Faut-il rappeler que le droit à l'arbitrage dont bénéficie l'investisseur n'exclut pas son droit d'accès au juge. La compétence de ce dernier ne serait exclue que par une convention d'arbitrage dûment passée avec l'investisseur. Mais même si une telle convention est intervenue entre les parties, elle n'a ni pour objet ni pour effet d'exclure la compétence arbitrale prévue dans l'instrument normatif engageant l'État (son effet se limite à exclure la compétence du juge). Pour qu'il en soit autrement, il faudrait que l'État ait pris soin de préciser dans l'acte énonçant le droit à l'arbitrage octroyé à l'investisseur, que ce droit ne s'exerce que pour autant qu'une convention de juridiction n'ait pas été directement conclue entre les partenaires.

La pratique fournit des exemples d'instruments normatifs qui n'octroient le droit à l'arbitrage qu'en précisant simultanément que le recours à la voie contractuelle (conclusion d'une clause de juridiction) exclurait le droit unilatéralement accordé[900]. C'est ce que prévoit la loi guinéenne à l'article 28 (2) du Code des investissements qui renvoie à la compétence du CIRDI (convention ou mécanisme supplémentaire, selon les cas) sauf convention contraire avec l'investisseur. Cette dernière ne vise pas un accord de renonciation à saisir

900 « *In some BITs the State's offer is qualified by a reference to any applicable previous agreements regarding the settlement of disputes as may be contained in investment contracts* » (P. Bernardini, *op. cit.*, note 819, p. 96). L'auteur donne l'exemple des accords bilatéraux que les États-Unis ont conclus, en 1993 avec l'Équateur, et en 1994 avec Trinidad et Tobago.

le CIRDI. Pour renoncer à l'arbitrage prévu en sa faveur, l'investisseur n'a pas besoin de passer un quelconque accord avec l'État. Il peut renoncer tout seul, notamment en s'abstenant de saisir l'arbitre et en soumettant le litige au juge ou à un autre tribunal compétent, par exemple en vertu d'une disposition d'un traité bilatéral liant l'État hôte à l'État national de l'investisseur.

La situation est donc claire : la personne privée étrangère a le droit de saisir les tribunaux locaux. Qu'elle ait reçu de l'État un droit de recourir à l'arbitrage ne la prive pas de l'accès au juge (autrement, ce serait de l'arbitrage forcé : réalisation de l'effet négatif de la convention d'arbitrage sans que cette convention ait été conclue). Les deux droits se cumulent, laissant à l'investisseur privé le choix entre les juridictions étatiques et les juridictions arbitrales. Ce choix devient incompressible car aucune convention de juridiction ne fait perdre à l'investisseur le droit à l'arbitrage unilatéralement accordé par l'État. Quel que soit le tribunal saisi, il pourra cependant régler entièrement le litige.

Pour conclure sur cette seconde partie de l'étude, nous retiendrons qu'en règle générale, l'expression du consentement à l'arbitrage conduit les parties à conclure une convention d'arbitrage en bonne et due forme. Toutefois, si cette convention formalise le consentement, elle n'en constitue guère l'essence.

D'une part, la forme peut exister au détriment du fond : la clause arbitrale ne sert alors qu'à exprimer un choix contraint ou à dissimuler une absence de choix pour au moins l'une des parties à la procédure. Il en va ainsi de l'employé comme de l'athlète ou du consommateur, lorsque le recours à l'arbitrage est érigé en une condition dont dépend l'accès à un emploi, ou la participation à une compétition sportive, ou enfin la jouissance de certains biens ou services.

D'autre part, le fond peut ignorer la forme, traduisant une situation dans laquelle le consentement se passe de la convention d'arbitrage. C'est de plus en plus le cas dans le domaine des investissements, où la compétence arbitrale repose très souvent sur une loi ou sur une convention internationale. Provoquées par l'énorme succès que connaît l'arbitrage de nos jours, ces distorsions en menacent le fondement consensuel, sans toutefois réussir à le supplanter. Il en résulte une éclipse momentanée du consentement, qui ravive les contestations de la compétence arbitrale et souligne la nécessité pour l'arbitrage de continuer à recueillir l'assentiment des parties.

Conclusion

L'étude du consentement à l'arbitrage débute par la reconnaissance de la liberté du recours à l'arbitrage, une liberté qui s'applique tant aux parties qu'à la matière qu'elles cherchent à soumettre à l'arbitrage. Toutefois, pour être impressionnante, la liberté de l'arbitrage ne saurait être totale ni échapper à toute réglementation étatique. Or, en réglementant l'arbitrage, l'État fixe en même temps les contours du domaine qui lui est laissé libre. Cette liberté ne peut dès lors s'exercer que dans les limites qui lui sont imparties par le droit. Ainsi, lorsque la loi soustrait certaines matières à l'arbitrage, les déclarant inarbitrables, le consentement des parties commence à montrer ses limites. Il n'est toutefois pas certain qu'il perde toute efficacité. Si les parties sont réellement d'accord pour faire arbitrer le litige qui les oppose et se conformer à la sentence rendue, leur consentement ne devient pas forcément inopérant.

Par ailleurs, la loi peut soumettre certaines matières entre certaines personnes à l'arbitrage. C'est une autre atteinte portée à la liberté de l'arbitrage, non pas cette fois dans le sens d'une interdiction d'y recourir, mais d'une obligation de s'y soumettre. Les litiges visés échappent alors à la compétence des tribunaux ordinaires et doivent être tranchés par la voie de l'arbitrage, conformément aux prescriptions légales. Faut-il dénier la qualification d'arbitrage à tout mode de règlement ne reposant pas sur la volonté des parties, même s'il a par ailleurs été institué par la loi qui l'a qualifié comme tel ? Cette étude a montré qu'à cette question, il convenait de répondre par la négative. Non seulement un certain pouvoir de qualification ne peut être contesté à l'État, mais aussi entre la justice consensuelle et la justice arbitrale, la coïncidence reste imparfaite. Quoique volontaires, certaines procédures juridictionnelles ne répondent pas à la qualification d'arbitrage, tandis que d'autres, qui ne reposent pas sur le consentement des parties, présentent les traits de ce mode de règlement des litiges. En effet, l'arbitrage ne se définit pas uniquement, ni même principalement, par l'accord de volontés qui en est à l'origine. La manière de procéder occupe une place importante dans l'identité de l'arbitrage, car recourir à l'arbitrage, c'est avant tout recourir à une justice autrement organisée et mise en œuvre que la justice étatique.

Si l'on ne peut exclure la qualification d'arbitrage simplement parce que la procédure se passe du consentement des parties, on doit surtout souligner que la matière reste essentiellement dominée par le consentement dont l'expression est principalement mais non exclusivement contractuelle. Les parties peuvent tout d'abord manifester leur volonté de recourir à l'arbitrage dans un contrat appelé convention d'arbitrage et en principe passé par écrit. Cette

convention peut prendre deux formes selon qu'elle intervient avant ou après la survenance du litige. Dans le premier cas, il s'agit d'une clause compromissoire alors que dans le second cas, on parle de compromis d'arbitrage. L'histoire de l'arbitrage enseigne que dans beaucoup de pays et pendant longtemps, la clause compromissoire a subi des restrictions. Sauf exceptions, le recours à l'arbitrage devait alors nécessairement passer par la conclusion d'un compromis d'arbitrage. De nos jours, cette situation a beaucoup évolué et la plupart des affaires soumises à l'arbitrage l'est sur la base d'une clause arbitrale insérée dans un contrat.

La participation de l'État à l'arbitrage peut obéir au même schéma contractuel. Toutefois, lorsque la procédure se déroule entre souverains, la convention d'arbitrage prend la forme d'un traité international conclu conformément aux règles régissant cette matière. Cela donne à la convention d'arbitrage une solennité qu'elle n'a pas dans l'arbitrage entre particuliers. Par ailleurs, le traité d'arbitrage conclu entre États peut prendre la forme d'un accord permanent et général non nécessairement limité à un rapport ou une catégorie de rapports juridiques déterminés. C'est une caractéristique propre à l'arbitrage interétatique. Une autre particularité de l'État en matière d'arbitrage se révèle lorsque la procédure l'oppose non pas cette fois à l'un de ses pairs, mais à une personne privée étrangère.

Dans un premier temps, la décision des acteurs transnationaux d'emprunter la voie de l'arbitrage passait essentiellement par la voie contractuelle. L'État et son partenaire privé inséraient alors une clause compromissoire dans leur contrat. Mais en dépit d'énormes efforts pour stabiliser et sécuriser leurs relations, le contrat qui devait fonder l'arbitrage transnational avait beaucoup de mal à résister aux interventions législatives qui prétendaient l'anéantir. Le contentieux qui aurait dû n'opposer que les acteurs transnationaux finissait parfois par être hissé au niveau interétatique, notamment par le biais de la protection diplomatique. La situation n'était satisfaisante pour personne. D'où l'idée de rattacher expressément l'engagement étatique à l'arbitrage au droit international public, ou de le faire découler directement de la loi. C'est l'avènement du droit à l'arbitrage octroyé par l'État à son partenaire privé, soit dans sa loi, soit dans un traité international. Même s'il a été très tôt reconnu pour ce qu'il est, ce droit entraîne des conséquences importantes dont la pratique s'est déjà fait l'écho, en partie, mais qui demandent encore à être correctement cernées par la théorie. Nous nous sommes efforcé de répondre à ce besoin à travers une approche non contractuelle de l'arbitrage institué sur le fondement d'un instrument normatif engageant l'État à l'arbitrage à la demande d'un investisseur étranger.

Mais qu'il s'exprime par un contrat ou qu'il prenne une forme non contractuelle, le consentement apparaît dans tous les cas comme une condition essentielle à la mise en œuvre de l'arbitrage. Les différents organes qui prennent part à ce processus, qu'il s'agisse de

l'arbitre ou des institutions d'appui à l'arbitrage, n'acceptent d'intervenir qu'après s'être assurés de l'existence *prima facie* du consentement. L'arbitre dont la compétence est contestée doit par contre procéder à un examen approfondi des conditions qui s'y rapportent et notamment s'assurer de l'existence et la validité du consentement des parties à l'arbitrage. Pour ce faire, il fait application du principe de la compétence de la compétence et, le cas échéant, du principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage.

Permettre à l'arbitre de statuer lui-même sur le principe et la validité de son investiture ne présente pas de danger pour la liberté des parties car, quelle que soit la décision qu'il serait amené à rendre sur ce point (décision de compétence ou d'incompétence), elle est passible d'un contrôle judiciaire au cours duquel le juge vérifiera avec un plein pouvoir d'examen (en fait et en droit), si la sentence est fondée sur un consentement valable et si l'arbitre a respecté la mission que les parties lui avaient assignée. En définitive, le contrôle étatique garantit non seulement la liberté des parties mais aussi l'efficacité de l'arbitrage.

Bibliographie

I. Sources

A. Documents

1. Traités

a) Traités multilatéraux

Accord de Libre-échange nord américain du 17 décembre 1992, entre le Canada, les Etats-Unis et le Mexique, 32 *ILM*, 1993, p. 605.

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1950).

Convention européenne sur l'arbitrage commercial international, signée à Genève le 21 avril 1961.

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 10 juin 1958).

Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, Washington, 18 mars 1965.

Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux, adoptée à La Haye le 18 octobre 1907, texte disponible sur le site Internet de la CPA : http://www.pca-cpa.org/upload/files/1907FRA.pdf (état du 10/03/10).

Mémorandum d'Accord sur le règlement des différends (Annexe 2 de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce), dans *Résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay. Textes juridiques*, Genève, 1994, p. 427 (également accessible sur : http://www.wto.org/French/docs_f/legal_f/28-dsu.pdf).

Pacte international relatif aux droits civils et politiques (16 décembre 1966).

b) Traités bilatéraux

Accord entre la Confédération Suisse et la République Socialiste du Vietnam concernant la promotion et la protection des investissements, conclu le 3 juillet 1992 et entré en vigueur le 3 décembre 1992, *RS 0.975.278.9* ; www.admin.ch/ch/f/rs/i9/0.975.278.9.fr.pdf (état du 10/03/10).

Accord franco-espagnol concernant la construction et l'exploitation de la section internationale d'une ligne ferroviaire le long de la façade méditerranéenne entre la France et l'Espagne, publié par le décret n° 98-98 du 16 février 1998.

Convention franco-italienne relative à la construction et à l'exploitation d'un tunnel sous le Mont-Blanc, publiée par le décret n° 60-203 du 20 février 1960.

Traité d'amitié, de commerce et de navigation (Traité Jay) conclu le 19 novembre 1794 entre les États-Unis et la Grande-Bretagne, *CTS*, vol. 52, 1793-1795, p. 243.

Traité de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage conclu le 7 juillet 1965 entre le Royaume-Uni et la Suisse, texte dans *ILM*, vol. IV, 1965, p. 943.

Traité de libre échange en date du 16 juin 2004 entre les États-Unis et le Maroc (Texte dans *International Investment Instruments : A Compendium*, Vol. XIV – 2005, *UNCTAD/DITE/4 (Vol. XIV)*, United Nations, New York and Geneva, 2005, p. 3.

Traité de paix conclu à Gand le 24 décembre 1814 entre les États-Unis et la Grande-Bretagne, *CTS*, vol. 63, 1813-1815, p. 421.

Traité franco-britannique concernant la construction et l'exploitation par des sociétés privées concessionnaires d'une liaison fixe trans-Manche, publié par le décret n° 87-757 du 9 septembre 1987.

2. Autres textes internationaux

Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage, *JO* de l'OHADA, 3e année, n° 8, 15 mai 1999, p. 1-8.

Déclaration universelle des droits de l'homme (10 décembre 1948).

Projet sur la procédure arbitrale adopté par la CDI à sa cinquième session : rapport de Georges Scelle, Rapporteur

spécial (avec en annexe, le Modèle de règles sur la procédure arbitrale), *Annuaire de la CDI*, 1958, vol. II, p. 1-15.

Rapport de la CDI à l'Assemblée générale (*Doc. A/6309/Rev.1*), *Ann. CDI*, 1966, vol. II, p. 247.

3. Textes législatifs et réglementaires

a) Lois sur l'arbitrage

Code de procédure civile allemand (Loi du 22 décembre 1997).

Code de procédure civile autrichien et projet de révision.

Code de procédure civile italien, Livre IV, Titre VIII (Loi n° 25 du 5 janvier 1994).

Code de procédure civile libanais issu du décret-loi du 16 septembre 1983.

Code de procédure civile néerlandais, Livre IV (Loi entrée en vigueur le 1er décembre 1986).

Code judiciaire belge (Loi du 4 juillet 1972 telle que modifiée par la loi du 19 mai 1998).

Code tunisien de l'arbitrage.

Concordat intercantonal suisse sur l'arbitrage du 27 mars 1969.

Federal Arbitration Act, US Code, Title 9 (Loi américaine du 12 février 1925)

Loi algérienne n° 08/09 du 25 février 2008.

Loi anglaise du 17 juin 1996 (Arbitration Act 1996).

Loi brésilienne n° 9307/96 sur l'arbitrage du 23 septembre 1996.

Loi bulgare du 5 août 1988 sur l'arbitrage.

Loi de la Fédération de Russie sur l'arbitrage commercial international du 7 juillet 1993.

Loi fédérale suisse de droit international privé (18 décembre 1987).

Loi grecque n° 2735/1999 du 18 août 1999.

Loi mauritanienne n° 2000-06 portant Code de l'arbitrage.

Loi néo-zélandaise sur l'arbitrage (*Arbitration Act* 1996).

Loi portugaise n° 31/86 du 29 août 1986

Loi suédoise sur l'arbitrage du 4 mars 1999.

Loi syrienne sur l'arbitrage du 25 mars 2008.

Nouveau Code de procédure civile français (NCPC), Livre IV (Décrets du 14 mai 1980 et du 12 mai 1981).

b) Autres textes

• France

Code civil.

Code des marchés publics (2006).

Code du patrimoine.

Décret n° 2002-56 du 8 janvier 2002, pris pour l'application de l'article 2060, al. 2 du Code civil, autorisant divers établissements publics, dont Charbonnages de France, EDF et Gaz de France, à recourir à l'arbitrage.

Décret n° 84-31 du 11 janvier 1984 pris pour l'application de la loi n° 46-895 du 3 mai 1946 modifiée et relatif à l'organisation et au fonctionnement de l'Office national d'études et de recherches aérospatiales (ONERA).

Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001.

Loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004.

Loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982, autorisant la SNCF à recourir à l'arbitrage.

Loi n° 86-972 du 19 août 1986.

Loi n° 90-568 du 2 juillet 1990, autorisant la Poste et France Télécom à recourir à l'arbitrage.

• Autres pays

Code civil belge.

Código Federal de Procedimientos Civiles du Mexique.

Code guinéen des investissements, promulgué par Ordonnance n° 001/PRG du 3 janvier 1987 et modifié par Loi L/95/029/CTRN du 30 juin 1995.

Loi égyptienne de 1974.

Loi yougoslave du 19 juillet 1934 sur la direction du contentieux d'État.

Loi belge du 27 juillet 1961 modifiée par la loi du 13 avril 1971 sur la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée.

Loi albanaise n° 7764 du 2 novembre 1993 sur les investissements étrangers.

Loi tunisienne n° 93-120 du 27 décembre 1993 portant Code d'incitation aux investissements.

Loi fédérale suisse sur l'assurance-maladie (LaMal) du 18 mars 1994.

Loi-type et règlements d'arbitrage.
Loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international du 21 juin 1985.
Règlement d'arbitrage de l'AAA.
Règlement d'arbitrage de la CCI.
Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.
Règlement d'arbitrage de la LCIA.
Règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage de l'OMPI.
Règlement d'arbitrage du CIRDI.
Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI.
Règlement suisse d'arbitrage international.

B. Jurisprudence

1. Justice internationale

a) Cour permanente de Justice internationale

Droits de minorités en Haute-Silésie (Écoles minoritaires), arrêt du 26 avril 1928, *CPJI, Série A, n° 15*, p. 22-23.
Zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex, ordonnance du 19 août 1929, *CPJI série C n° 17 (I)*, vol. I, p. 116; arrêt du 7 juin 1932, *CPJI, Série A/B, n°* 46.
Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt du 30 août 1924, *CPJI, Série A, n° 2*, p. 16.
Concessions Mavrommatis à Jérusalem, arrêt du 26 mars 1925, *CPJI, Série A, n° 5*, p. 27. *Usine de Chorzów*, arrêt du 26 juillet 1927 (compétence), *CPJI, Série A, n° 9*, p. 32; ordonnance du 21 novembre 1927 (mesures conservatoires), *CPJI, Série A, n° 12*, p. 24; arrêt du 13 septembre 1928 (fond), *CPJI, Série A, n° 17*, p. 37.
Statut de la Carélie Orientale, avis consultatif du 23 juillet 1923, *CPJI, Série B, n° 5*, p. 27.

b) Cour internationale de Justice

Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies, avis consultatif du 26 avril 1988, *CIJ Recueil*, 1988, p. 12.
Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne), arrêt du 24 juillet 1964 (exceptions préliminaires), *CIJ Recueil* 1964, p. 6.
Détroit de Corfou, arrêt du 25 mars 1948 (exceptions préliminaires), *CIJ Recueil*, 1948, p. 28.
Ambatielos, arrêt du 19 octobre 1953, *CIJ Recueil*, 1953, p. 19.
Or monétaire pris à Rome en 1943, arrêt du 15 juin 1954, *CIJ, Recueil*, 1954, p. 32.
Incident aérien du 27 juillet 1955 (Israël c. Bulgarie), arrêt du 26 mai 1959, CIJ *Recueil*, 1959, p. 127.

c) Cour de Justice des Communautés européennes

Elefanten Schuh c. Pierre Jacqmain (affaire 150/80), arrêt du 24 juin 1981, *Rec. CJCE*, 1981, p. 01671.
Estasis Salotti di Colzani Aimo e Gianmario Colzani s.n.c. c. Rüwa Polstereimaschinen GmbH (affaire 24-76), arrêt du 14 décembre 1976, *Rec. CJCE*, 1976, p. 01831.
F. Berghoefer GmbH & Co. KG c. ASA SA (affaire 221/84), arrêt du 11 juillet 1985, *Rec. CJCE*, 1985, p. 02699.
Powell Duffryn Plc c. Wolfgang Petereit (affaire C-214/89), arrêt du 10 mars 1992, *Rec. CJCE*, 1992, p. I-01745.
SpA *Iveco Fiat c. Van Hool NV* (affaire 313/85), arrêt du 11 novembre 1986, *Rec. CJCE*, 1986, p. 03337.

2. Jurisprudence étatique

a) Jurisprudence française

• Conseil d'État

C.E., avis n° 339710, 6 mars 1986, *Eurodisney*, dans *Études et documents du Conseil d'État*, 1987, n° 38, p. 178; *Rev. arb* 1992, p. 397.
C.E. (Assemblée), 13 décembre 1957, *Société nationale de vente des surplus*, *D.* 1958, p. 517, conclusions Gazier et note L'Huillier; *JCP*, 1958.II.10800, note Motulski.

• Cour de cassation

Cass. civ. 1re, 14 avril 1964, *ONIC c. Capitaine du San Carlo*, *D.* 1964, p. 637, note J. Robert; *S.* 1964, p. 93, note Plancqueel; *Rev. arb.*, 1964,

p. 82 ; *JCP*, 1965, II, p. 14406, note P. Level ; *JDI*, 1965, p. 646, note B. Goldman ; *Rev. crit. DIP*, 1966, p. 68, note H. Batiffol.

Cass. civ. 1re, 2 mai 1966, *Trésor public c. Galakis*, *JDI*, 1966, p. 648, note P. Level ; *Rev. crit. DIP*, 1967, p. 553, note B. Goldman ; *Rev. arb.*, 1966, p. 99 ; *D.*, 1966, p. 575, note J. Robert ; *JCP*, 1966, II, p. 14798, note Ligneau.

Cass. (ch. réunies), 15 mars 1838 *S.* 1838.1.398.

Cass. req., 13 janvier 1947, *S.*, 1947, 1, p. 77.

Cass. 26 juin 1990, *Dreistern Werk c. Crouzier*, *Rev. arb.*, 1991, p. 291, note C. Kessedjian.

Cass. 1re civ., 9 novembre 1993, *Société Bomar Oil NV c. ETAP*, *Rev. arb.* 1994, p. 108, note C. Kessedjian.

Cass. 1re civ., 11 octobre 1989, *Société Bomar Oil NV c. ETAP*, *Rev. arb.*, 1990, p. 134, note C. Kessedjian ; *JDI*, 1990, p. 633, note E. Loquin.

Cass., 21 mai 1997, *Meglio c. V 2000*, *Rev. arb.*, 1997, p. 537, note E. Gaillard ; *Rev. crit. DIP*, 1998, p. 87.

Cass. com., 25 février 1986, *JDI*, 1986, p. 735, note J.-M. Jacquet.

Cass. civ. 1re, 1er février 2005, *État d'Israël c. National Iranian Oil Company*, *Bull. civ.*, I, n° 53 ; *Rev. arb.*, 2005, p. 692, note H. Muir-Watt ; *Rev. crit. DIP*, 2006, p. 140, note Th. Clay ; *D.*, 2005.2727, note S. Hotte ; *JCP G*, 2005, II, 10101, note G. Kessler ; *RTD com.*, 2005, p. 266, obs. E. Loquin ; *Gaz. Pal.*, 28 mai 2005, p. 37, note F.-X. Train.

Cass. civ. 2e, 7 juillet 1971, *Société EURORGA c. Société GERDA*, *JCP*, 1971, II, 16898, note P. Level ; *Rev. arb.*, 1972, p. 12.

Cass. civ. 2e, 7 octobre 1981, *Société Guilliet et autre c. Consorts Gillet et autres*, *Bull. civ.*, n° 180, p. 117 ; *Rev. arb.*, 1984, p. 361.

Cass. civ. 1re, 14 décembre 1983, *Époux Convert c. Société Droga*, *Rev. arb.*, 1984, p. 483, note M. C. Rondeau-Rivier.

Cass. civ. 1re, 6 juillet 2005, *Golshani c. Gouvernement de la République islamique d'Iran*, *Rev. arb.*, 2005, p. 993, note Ph. Pinsolle.

Cass. civ. 1re, 8 décembre 1987, *Bull. civ.* I, p. 246, n° 343 ; *RTD civ.*, 1988, p. 532, note J. Mestre ; *D.*, 1989, p. 233, obs. J.-L. Aubert.

Cass. civ. 1re, 20 octobre 1987, *Société Delaroche c. S.E.R.P. et Dauphiné Libéré*, *Rev. arb.*, 1988. p. 559.

Cass. 1re civ., 15 mai 1974, *Bull. civ.*, I, n° 143.

Cass. Ch. com., 4 juin 1985, *Mme Bisutti c. société financière Monsigny (Sefimo) et autre*, *Rev. arb.* 1987, p. 139, note J.-L. Goutal.

• Cour d'appel de Paris

Paris, 17 décembre 1991, *Gatoil c. NIOC*, *Rev. arb.*, 1993, p. 281, note H. Synvet.

Paris, 10 avril 1957, *Myrtoon Steamship c. Ministère de la marine marchande*, *JCP*, 1957, II, p. 10078, note Motulsky ; *Gaz. Pal.*, 1957, II, p. 89, note J. Robert ; *JDI*, 1958, p. 1002, note B. Goldman ; *Rev. crit. DIP*, 1958, p. 120, note Y. Loussouarn ; *D.*, 1958, p. 699, obs. J. Robert.

Paris, 1re Ch., 21 février 1961, *Galakis c. Agent judiciaire du Trésor public*, *Rev. arb.*, 1961, p. 18.

Paris, 20 janvier 1987, *Société Bomar Oil NV c. ETAP*, *JDI*, 1987, p. 934, note É. Loquin ; *Rev. arb.*, 1987, p. 482, note C. Kessedjian.

Paris, 24 février 1994, *Ministère Tunisien de l'équipement c. Société Bec Frères*, *RTD. com.* 1994, p. 254, obs. Dubarry et Loquin ; *Rev. arb.*, 1995, p. 275, note Y. Gaudemet.

Paris, 13 juin 1996, *Sté Kuwait Foreign Traiding Contracting and Investment c. Sté Icori Estero Spa/Sté Lombardini Estero Spa*, *Rev. arb.*, 1997, p. 251, note E. Gaillard ; *JDI*, 1997, p. 151, note E. Loquin.

Paris, 29 mars 1991, *Sté Ganz et autres c. Sté nationale des Chemins de fer tunisiens*, *Rev. arb.*, 1991, p. 478, note L. Idot.

Paris, 19 mai 1993, *Sté Labinal c. Sté Mors et Westland Aerospace*, *Rev. arb.*, 1993, p. 645, note Ch. Jarrosson ; *JDI*, 1993, p. 957, note L. Idot et *RTD com.*, 1993, p. 492, obs. Dubarry et Loquin.

Paris, 1er juin 1999, *Société Tarom c. Société Khayat Travel and Tourism*, *RTD. Com.*,

1999, p. 659, obs. É. Loquin ; *J.D.I.*, 2000, p. 370, note É. Loquin ; *Rev. arb.*, 2000, n° 3, p. 493.

Paris, 27 novembre 1949, *Caradec – Perquis c. Journal Le Pays*, *D.*, 1950.232.

Paris, 17 juillet 1950, *Syndicat de la Presse parisienne et consorts c. Charrière et consorts*, cité dans H. Motulsky, *Écrits, tome I, Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, p. 311.

Paris, 1re Ch. D., 17 mai 1995, *Société Trafidi c. société International Spice and Food*, *Rev. arb.*, 1997, p. 90, obs. Y. Derains.

Paris (1re Ch. C), 17 janvier 2002, *SA Omenex c. Hugon*, *Rev. arb.*, 2002, p. 391, note J.-B. Racine.

Paris, 1re Ch. civ., 30 mai 1991, *Sarl Diva Fruits c. Société Simfruits* (3e espèce), *Rev. arb.*, 1994, p. 95 note Y. Paclot.

Paris, 22 mars 1991, *Société Caval Coopérative Anjou Val de Loire c. société Laraison*, *Rev. arb.*, 1993, p. 680, note D. Cohen.

Paris, 1re Ch. D., 7 décembre 1994, *Société V 2000 c. société Project XJ 220 ITD et autre*, *Rev. arb.*, 1996, p. 245, note Ch. Jarrosson.

Paris, 1re Ch. suppl., 26 juin 1987, *Société entreprise Guy Broussail c société Marbrerie de Bel Air et Clément*, *Rev. arb.*, 1990, p. 905, obs. B. Moreau.

Paris (1re Ch. C.), 8 juin 1995, *Sarl Centro Stoccaggio Grani c. société Granit*, *Rev. arb.*, 1997, p. 89, Obs. Y. Derains.

Paris, 1re Ch. suppl., 21 octobre 1983, Société Isover-Saint-Gobain c. Sociétés Dow Chemical France et autres, *Rev. arb.*, 1984, p. 98, note A. Chapelle.

Paris, 1re Ch. suppl., 12 décembre 1989, *Société Binaate Maghreb c. société Screg Routes*, *Rev. arb.*, 1990, p. 863, note P. Level.

Paris, 27 octobre 1994, Société de *Diseno c. société Mendes*, *Rev. arb.*, 1995, p. 263, 2e espèce, note P. Level.

Paris, 23 mai 1991, *Société Thomson CSF c. société Baudin Chateauneuf*, *Rev. arb.*, 1991, p. 661, note J. Pellerin.

Paris, 1re Ch. suppl., 29 novembre 1991, *Société Distribution Chardonnet c. société Fiat Auto France, Rev. arb.*, 1993, p. 617, note L. Aynès.

Paris, 16 octobre 1979, *Société « Techniques de l'Ingénieur » c. Société SOFEL*, *Rev. arb.*, 1980, p. 101, note J. Robert.

Paris, 22 novembre 2000, *L'Hamid Saadi et autres c. Huan et autres*, *RTD com.*, 2001, p. 57, note critique Dubarry et Loquin.

Paris, 28 juin 2001, *Golshani c. Iran*, *Rev. arb.*, 2002, p. 171, note J. Paulsson ; *RTD com.*, 2002, p. 664, obs. É. Loquin.

Paris, 14 février 1985, *Société Tuvomon c. société Amaltex*, *Rev. arb.*, 1987, p. 325, note P. Level.

Paris, 24 mars 1994, *Société Deko c. G. Dingler et société Meva*, *Rev. arb.*, 1994, p. 515, note Ch. Jarrosson.

Paris, 25 octobre 2000, *Sté Vivendi c. J. Negre*, inédit.

Paris, 26 mai 1992, *Société Guyapêche c. Abba Import Aktiebolag*, *Rev. arb.* 1993, p. 624, note L. Aynes.

• Autres arrêts et jugements

Cour d'appel de Versailles, 23 janvier 1991, *Société Bomar Oil c. ETAP*, *Rev. arb.*, 1991, p. 291, note C. Kessedjian ; *YCA*, 1992, p. 488

Cour d'appel d'Angers, 25 septembre 1972, *S.A. Sicaly c. Société Grasso Stacon Koninklijke Machone Fabrieken N.V. et Société Seffinco Engineering Company*, *Rev. arb.*, 1973, p. 164, note J. Rubellin-Devichi ; *Gaz. Pal.*, 1973, p. 210.

Cour d'appel de Grenoble (Ch. com.), 24 janvier 1996, *Société Harper Robinson c. société internationale de maintenance et de réalisations industrielles*, *Rev. arb.*, 1997 (extraits), p. 87.

Cour d'appel de Versailles, 3 octobre 1991, *Ltd. Capital Rice co c. SARL Michel Come*, *Rev. arb.*, 1992, p. 654, note D. Bureau.

Cour d'appel de Lyon, 15 mai 1997, *Parodi c. société Annecy et France Boissons*, *Rev. arb.*, 1997, p. 402, note P. Ancel.

TGI Paris (Ord. réf.), 11 mai 1987, *Les Silos du Sud-Ouest S.A. c. Société des Engrais du Bénin (S.E.B)*, *Rev. arb.*, 1988, p. 699, note Ph. Fouchard.

TGI Paris, 1er février 1979, *Sociétés Techniques de l'Ingénieur c. société Sofel*, *Rev. arb.*, 1980, p. 97, note Ph. Fouchard.

TGI de la Seine, 25 juin 1959, *Agent judiciaire du Trésor public c. Galakis*, *Rev. arb.*, 1960, p. 30.

b) Jurisprudence du Tribunal fédéral suisse

T.F., 31 octobre 1996, *Nagel c. FEI*, dans M. Reeb (éd.), *Recueil des sentences du TAS 1986-1998*, Berne, 1998, p. 577.

T.F., 22 novembre 1950, *Spühler AG c. The East Asiatic Company Ltd.*, *ATF* 76 (1950) I 338 ; *J.T.*, 1951-I, p. 239.

T.F., 25 janvier 1967, *Egetran S.A. c. Uxtebel*, *ATF* 93 (1967) I 49.

T.F., 27 mai 2003, *A et B c. Comité international olympique, Fédération internationale de Ski et TAS* (recours de droit public), *ATF 129 III*, p. 445.

T.F., 7 février 2001, *Stanley Roberts c. FIBA*, *Bull. ASA*, 2001, p. 523.

T.F., 16 octobre 2001, *X c. sentence partielle rendue à Genève*, le 18 avril 2001 (inédit).

T.F. (1re Cour civile), 16 janvier 1995, *Compagnie de Navigation et Transports S.A. c. MSC Mediterranean Shipping Company S.A.* (recours en réforme), *ATF* 121 II 38 ; *Bull. ASA*, 1995, n° 3, p. 503-511.

T.F., 20 septembre 2000, *Pologne c. Saar Papier Vertriebs-GmbH et tribunal arbitral CCI Zurich*, *Bull. ASA*, 2001, p. 487 ; *RSDIE*, 2001, p. 510 (extraits).

c) Jurisprudence d'autres États

Cour suprême fédérale des États-Unis, 2 juillet 1985, *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 105, *S. Ct* 3346 (1985) ; 473 U.S. 614 (1985) ; *YCA*, 1986, p. 555 ; *Rev. arb.*, 1986, p. 273 et le commentaire de J. Robert à la p. 173.

United States Court of Appeals, Ninth Circuit, *Ministry of Defence of the Islamic Republic of Iran v. Gould Inc. & al.*, *YCA*, 1990, p. 605 ; décision de 1re instance, *YCA*, 1989, p. 763.

US District Court, SDNY, 5 février, 13 mars et 20 mars 1991, *YCA*, 1993, p. 463.

United States Court of Appeals, Sixth Circuit, 17 may 1994, *Harry L. Reynolds, Jr., v. IAAF* (n° 93-3884) 513 *U.S.* 962 *; YCA*, vol XXI, 1996, p. 745.

Queen's Bench Division, Pittalis c. Sherefettin (1986) QB 868.

Zambia Steel & Building Supplies Ltd. c. James Clark & Eaton Ltd, *Lloyd's Report*, 1986, vol. 2, p. 225.

High Court of London, 18 février 1991, *Paul Smith Ltd. c. H&S International Holdings*, *YCA*, 1994, p. 725.

David Wilson Homes Ltd. c. Survey Services Ltd and Others, [2001] 1 *All E.R.* 449 (citée par J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *op. cit.*, note 345, p. 155, n° 7-73).

Dallal v. Bank Mellat, QB, [1986] 1 All ER 239 ; *YCA*, 1986, p. 547.

Ontario Court of Appeal, 8 juillet 1999, *Canadian National Railway Co c. Lovat Tunnel Equipment Inc*, *Int'l. Arb. Law Rev.*, vol. 3, n° 5, 2000, p. 174.

Cour de cassation belge, 28 juin 1979, *Audi/NSU*, *Pas.*, I, 1260 ; *Rev. crit. Jurisp. belge*, 1981, p. 332, note Van Der Elst.

Cour constitutionnelle italienne, décision du 9 mai 1996, *Mortini v. Comune di Alidone*, n° 152 (1996), *Foro pad.* 1996, 4.

Bundesgerichtshof, 25 mai 1970, *Seller (Austria) c. Buyer (F.R. Germany)*, *YCA*, vol. II, 1977, p. 237.

Cour suprême autrichienne (*Oberster Gerichtshof*), 11 septembre 1957 et 27 février 2001, *Jurististische Blätter*, 1957, p. 623 et *Ibid.*, 2001, p. 728.

High Court of Singapore, Admiralty Division, 2 mars 1992, *Canada Packers v. Fujian Shipping Co*, *YCA*, 1998, vol. XXIII, p. 750.

3. Sentences arbitrales

a) Sentences CCI

Sentence CCI n° 1521, *JDI*, 1976, p. 997.

Sentence CCI n° 1526 (1968), *Mojzes Lubelski c. Burundi*, *JDI*, 1974, p. 915, obs. Y. Derains.

Sentence CCI n° 1939 (1971), *Rev. arb.*, 1973, p. 144.

Sentence CCI n° 2626, *JDI*, 1978, p. 980

Sentence CCI n° 3460, *JDI*, 1981, p. 939.

Sentence CCI n° 3493 (1983), *SPP (Middle East) et Southern Pacific Properties, Ltd., c. République arabe d'Égypte et Egyptian General Company for Tou-*

rism and Hotels (EGOTH), 23 *ILM* 1048 (1984), *Rev. arb.*, 1986, p. 106 (extraits).

Sentence CCI n° 3896 (1982), *Framatome et autres c. Atomic Energy Organization of Iran*, *JDI*, 1984, p. 58 ; *Bull. ASA* 1989, p. 382.

Sentence CCI n° 4023, *JDI*, 1980, p. 950

Sentence CCI n° 4131, *Isover St. Gobain c. Dow Chemical France et al.*, *JDI*, 1983, p. 899, obs. Y. Derains ; *YCA*, 1984 (vol. IX), p. 131.

Sentence CCI, n° 4381 (1986), *JDI*, 1986, p. 1102, obs. Y. Derains.

Sentence CCI n° 4472, *JDI*, 1984, p. 946.

Sentence CCI n° 5103, *JDI*, 1988, p. 1206, note G. Aguilar Alvarez.

Sentence CCI n° 5294, *YCA*, 1989, p. 137.

Sentence CCI n° 5423, *Datel Productions c. King Productions*, *JDI*, 1987, p. 1048.

Sentence CCI n° 5488 (1993), inédite, citée dans Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, p. 289, n° 490.

Sentence CCI n° 5983, *Bull. ASA*, 1993, p. 507.

Sentence CCI n° 6379 (1991), *Revue de droit commercial belge*, 1993, p. 1146, note B. Hanotiau ; *YCA*, 1992, p. 212.

Sentence CCI n° 7373 (citée par H. A. Grigera Naón, « Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration », *RCADI*, 2001, tome 289, p. 70).

Sentence CCI n° 6709, *JDI*, 1992, p. 998.

b) Sentences CIRDI

American Manufacturing & Trading, Inc. c. Zaïre (ARB/93/1), sentence du 21 février 1997, 36 *ILM* 1531 (1997) ; *JDI*, 1998, p. 243 ; 5 *ICSID Rep.* 14 (2002).

Antoine Goetz et consorts c. Burundi (ARB/95/3), sentence d'accord partie du 10 février 1999, 6 *ICSID Rep.* 3 (2004) ; 15 *ICSID Rev.-FILJ* 457 (2000).

Asian Agricultural Products Ltd. c. Sri Lanka (ARB/87/3), sentence du 27 juin 1990, 6 *ICSID Rev.-FILJ* 526 (1991) ; 30 *ILM* 577 (1991) ; 4 *ICSID Rep.* 250 (1997) ; *JDI*, 1992, p. 217 (extraits) ; Rev. arb., 1994, p. 196 (extraits).

Asian Express International (S) PTE Ltd. c. Greater Colombo Economic Commission, décision du Secrétaire général refusant l'enregistrement de cette affaire conformément à l'article 36, al. 3 de la Convention (différend excédant manifestement la compétence du Centre.

Azurix Corp c. Argentine (ARB/01/12), sentence sur la compétence du 8 décembre 2003, 43 *ILM* 262 (2004) ; *JDI*, 2004, p. 275 (extraits).

Banro American Resources, Inc. et Société aurifère du KIVU et du Maniema SARL c. RDC (ARB/98/7), sentence du 1er septembre 2000, 17 *ICSID Rev.-FILJ* 382 (2002).

Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. République slovaque (ARB/97/4), sentence du 24 mai 1999, 14 *ICISD Rev.-FILJ* 251 (1999) ; 5 *ICSID Rep.* 335 (2002).

CMS Gaz Transmission Company c. Argentine (ARB/01/8), sentence sur la compétence du 17 juillet 2003, 42 *ILM* 788 (2003) ; 131 *JDI*, 2004, p. 236 (extraits).

Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. et Compagnie Générale des Eaux (Vivendi Universal) c. Argentine (ARB/97/3), sentence du 21 novembre 2000, 16 *ICSID Rev.-FILJ* 643 (2001) ; 40 *ILM* 426 (2001) ; 125 *ILR*, 58 (2004) ; *JDI*, 2003, p. 232 (extraits) ; décision du Comité ad hoc annulant la sentence en partie, rendue le 3 juillet 2002, 41 *ILM* 1135 (2002) ; *JDI*, 2003, p. 195 ; 6 *ICSID Rep.* 340 (2004).

Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Costa Rica (ARB/96/1), sentence du 17 février 2000, 39 *ILM* 1317 (2000) ; 15 *ICISD Rev.-FILJ* 169 (2000) ; 5 *ICSID Rep.* 157 (2002) ; 128 JDI 150 (2001), extraits et chronique de E. Gaillard.

Consortium Groupement LESI – DIPENTA c. Algérie (ARB/03/08), 10 janvier 2005, *19 ICSID Rev.-FILJ*, 464 (2004).

Consortium RFCC c. Maroc (ARB/00/6), sentence du 16 juillet 2001 (compétence), disponible en ligne sur le site Internet du CIRDI : www.worldbank.org/icsid/cases.

Dr. Gaith R. Pharaon c. Tunisie (ARB/86/1), ordonnances du 22 mai 1987 (mesures provisoires) et du

21 novembre 1988 (désistement d'instance).

Enron Corporation and Penderosa Assets, LP v. Argentine Republic (ARB/01/3), sentences sur la compétence du 14 janvier 2004, et du 2 août 2004, celle-ci étant accessible sur : http://ita.law.uvic.ca/et également depuis le site Internet du CIRDI.

Fedax N.V. c. Venezuela (ARB/96/3), sentence du 11 juillet 1997, 37 *ILM* 1378 (1998) ; *JDI*, 1999, p. 276 (extraits) ; 5 *ICSID Rep.* 186 (2002).

Gabon c. Société Serete S.A. (ARB/76/1), Ordonnance du tribunal en date du 27 février 1978 (désistement d'instance).

Generation Ukraine, Inc. c. Ukraine (ARB/00/9), sentence du 16 septembre 2003, disponible sur : www.asil.org/ilm/Ukraine.pdf.

Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et autres c. Cameroun et Société Camerounaise des Engrais (ARB/81/2), sentence du 21 octobre 1983, 1 *J. Int'l. Arb.* 145 (1984) ; 2 *ICSID Rep.* 9 (1994) ; 114 *ILR* 157 (1999).

Lafarge c. Cameroun (ARB/02/4), ordonnance du Secrétaire général en date du 13 juin 2003 (désistement d'instance).

Lanco International, Inc. c. Argentine (ARB/97/6), sentence du 8 décembre 1998 (compétence), 40 *ILM* 457 (2001) ; *JDI*, 2002, p. 212 (extraits).

Leaf *Tobacco A. Michaelides S.A. et Greek-Albanian Leaf Tobacco & Co. S.A. c Albanie* (ARB/95/1), ordonnance du Secrétaire général en date du 30 janvier 1997 (désistement d'instance).

Liberian Eastern Timber Corporation c. Liberia (ARB/83/2), sentence du 24 octobre 1984, 2 *ICSID Rep.* 349 (1994) (extraits) ; sentence du 31 mars 1986, 26 *ILM* 647 (1987) ; 115 *JDI* 167 (1988), extraits et chronique de E. Gaillard.

Manufacturers Hanover Trust Company v. Arab Republic of Egypt General Authority for Investment and Free Zones (ARB/89/1), ordonnance du 24 juin 1993 : désistement d'instance.

Mondev International, Ltd. v. United States of America, (ARB(AF)/99/2)), sentence du 11 octobre 2002, 42 *I.L.M.* 85 (2003) ; 6 *ICSID Rep.* 192 (2004).

Noble Energy Inc. and Machala Power Cía Ltd. c. Équateur et Consejo Nacional de Electricidad (ARB/05/12), ordonnance du 20 mai 2009 (désistement d'instance).

Repsol YPF Ecuador, S.A. c. Empresa Estatal Petroleos del Ecuador (Petroecuador) (ARB/01/10), sentence du 20 février 2004 (inédite) ; confirmée par décision du 8 janvier 2007, disponible sur le site Internet du CIRDI.

Ridgepointe Overseas Developments, Ltd. c. RDC et Générale des Carrières et des Mines, (ARB/00/8), ordonnance du 30 août 2004 (désistement d'instance).

S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant c. Congo (ARB/77/2), sentence du 15 août 1980, 21 *ILM* 740 (1982) ; 67 *ILR* 345 (1984) ; 1 *ICSID Rep.* 335 (1993).

Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA c. Maroc (ARB/00/4), sentence du 23 juillet 2001 (compétence), *JDI*, 2002, p. 196, chronique de E. Gaillard ; 42 *ILM* 609 (2003) ; 6 *ICSID Rep.* 400 (2004).

Scimitar Exploration, Ltd. c. Bangladesh et Bangladesh Oil, Gas and Mineral Corporation (ARB/92/2), sentence du 4 mai 1994, 5 *ICSID Rep.* 4 (2002).

Siemens AG c. Argentine (ARB/02/8), sentence du 3 août 2004 (compétence), disponible sur le site Internet de l'*American Society of International Law* (www.asil.org/ilib/ilib0715.htm).

Société générale de surveillance (SGS) SA c. Pakistan (ARB/01/13), sentence sur la compétence du 6 août 2003, 18 *ICSID Rev.-FILJ* 301 (2003) ; 42 *ILM* 1290 (2003) ; *JDI*, 2004, p. 257 (extraits et chronique de E. Gaillard).

Société générale de surveillance (SGS) SA c. Philippines (ARB/02/6), sentence sur la compétence du 29 janvier 2004, 19 *Int'l. Arb. Rep.*, C1 (février 2004).

Southern Pacific Properties (Middle East), Ltd. c. Égypte (ARB/84/3), sentence du 14 avril 1988, 3 *ICSID Rep.* 131 (1995) ; extraits dans 16 *YCA* 28 (1991) ; *JDI*, 1994, p. 219.

Tanzania Electric Supply Company Ltd. c. Independant Power Tanzania Ltd. (ARB/98/8), sentence du 12 juillet

2001, 8 *ICSID Rep.* 226 (2005) ; également accessible sur le site Internet du CIRDI.

The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America, (ARB(AF)/98/3)), sentence du 26 juin 2003, 42 *I.L.M.* 811 (2003) ; 4 J. World Invest. 675 (2003).

Tradex Hellas S.A. c. Albanie (ARB/94/2), sentence du 24 décembre 1994, 14 *ICSID Rev.-FILJ* 161 (1999) ; 5 *ICSID Rep.* 47 (2002) ; 127 *JDI 151* (2000), obs. E. Gaillard.

Zhinvali Development, Ltd. c. Géorgie (ARB/00/1), sentence du 24 janvier 2003, inédite.

c) Sentences ad hoc

Arabie Saoudite c. Arabian American Oil Co. (ARAMCO), sentence du 23 août 1958, *Rev. crit. DIP*, 1963, p. 272.

Benteler et autres c. État belge, Sentence du 18 novembre 1983, *Rev. arb.* 1989, p. 339, note D. Hascher ; *Journal des Tribunaux*, 1984, p. 230.

Elf Aquitaine Iran c. National Iranian Oil Co., sentence du 14 janvier 1982, *Rev. arb.*, 1984, p. 401.

Ethyl Corporation c. Canada, sentence sur la compétence rendue le 24 juin 1998 en application du règlement d'arbitrage de la CNUDCI, 16 *J. Int'l. Arb.*, 149 (1999).

The Channel Tunnel Group et France-Manche SA c. The Secretary of State for Transport of the United Kingdom of Great Britain and Northern Island et le Ministre de l'équipement, des transports, de l'aménagement du territoire, du tourisme et de la mer du Gouvernement de la République française, sentence du 30 janvier 2007, *Rev. arb.* 2007, p. 609 (extraits).

II. Travaux

A. Ouvrages

Anand, Ram Prakash, *International Courts and Contemporary Conflict*, New Delhi, 1974.

Audit, *Droit international privé*, 4e édition, Economica, Paris, 2006.

Ayer, Arianne/Despland, Béatrice, *Loi fédérale sur l'assurance-maladie, Édition annotée*, Georg Éditions Médecine & Hygiène, Genève, 2004.

Balasko, A., *Causes de nullité de la sentence arbitrale en droit international public*, A. Pedone, Paris, 1938.

Baldawi, Abboud Abdul-Latif, *La stipulation pour autrui. Étude historique et analytique spécialement en droit suisse et français*, Thèse n° 502, Faculté de droit, Université de Genève, Imprimerie de la Sirène, Genève, 1954.

Bazin, Éric, *Le consentement du consommateur, Thèse*, Université de Reims Champagne-Ardenne, Presses universitaires du Septentrion, 1999.

Blessing, Marc, *Introduction to Arbitration – Swiss and International Perspectives*, Helbing and Lichtenhahn, Bâle, 1999.

Bondallaz, J., *Toute la jurisprudence sportive en Suisse. Exposé systématique de plus de 600 arrêts*, édité par P. Zen-Ruffinen, Staempfli, Berne, 2000.

Born, Gary B., *International Arbitration and Forum Selection Agreements*, Planning, Drafting and Enforcing, Kluwer Law International, 1999.

Born, Gary B., *International Commercial Arbitration. Commentary and Materials*, 2nd ed., Transnational Publishers and Kluwer Law International, New York/The Hague, 2001.

Broches, Aron, *Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Kluwer, etc., Deventer, etc., 1990.

Broches, Aron, *Selected Essays. World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1995.

Brown, H./Marriott, A., *ADR Principles and Practice*, 2nd ed., Sweet & Maxwell, 1999.

Bucher, Anderas/Bonomi, Andrea, *Droit international privé*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, Genève, Munich, 2001.

Bucher, Andreas/Tschanz, Pierre-Yves, *International Arbitration in Switzerland*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1988.

Budin, Roger Ph., *Les clauses arbitrales internationales bipartites, multipartites et spéciales de l'arbitrage «ad hoc» et institutionnel. Clauses modèles*, Payot, Lausanne, 1993.

Carbonneau, Thomas E., *Alternative Dispute Resolution – Melting the Lances and Dismounting the Steeds*, University of Illinois Press, 1989. Freeman, *Alternative Dispute Resolution*, Dartmouth, 1995.

Carbonneau, *Cases and Materials on the Law and Practice of Arbitration*, 2nd Ed., Jurish Publishing, New York, 2000.

Carroll, K. Mackie, *International Mediation – The Art of Business Diplomacy*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2000.

Coipel-Cordonnier, Nathalie, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé,* préface de Marc Fallon, avant-propos de Pierre Mayer, LGDJ, Paris, 1999.

Collier, J./ V. Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law. Institutions and Procedures*, Oxford University Press, New York, 1999.

Combacau, Jean/Sur, Serge, *Droit international public*, 6e ed., Montchrestien, Paris, 2004.

Craig, Lawrence/Park, William/Paulsson, Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 2nd ed., Oceana Publications, New York, London, Rome, ICC Publishing, Paris, 1990.

de Boisséson, M., *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, préface de P. Bellet, GLN-éditions, Paris, 1990.

De Lapradelle, P./ Politis, N., *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, Paris, 1923.

Decaux, Emmanuel, *Droit international public*, 4e éd., HyperCours (Cours Documents Exercices) Dalloz, Paris, 2004.

Dupuy, Pierre-Marie, *Droit international public*, 7e édition, Dalloz, Paris, 2004.

Dutoit, Bernard, *Droit international privé suisse. Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 4e éd., Helbing & Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2005.

Fauvarque-Cosson, Bénédicte, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, LGDJ, Paris, 1996.

Fox, W. F. Jr. *International Commercial Agreements, A Primer on Drafting, Negotiating and Resolving Disputes*, Kluwer Law International, 1998.

Friedland, Paul, *Arbitration Clauses for International Contracts*, Jurish Publishing, New York, 2000.

Frumer, Philippe, *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruylant, Bruxelles, 2001.

Gaudemet-Tallon, Hélène, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Dalloz, Paris, 1965.

Gavalda, Christian/de Leyssac, Claude Lucas, *L'arbitrage*, Connaissance du droit, Dalloz, Paris, 1993.

Glavinis, P., *Les litiges relatifs aux contrats passés entre organisations internationales et personnes privées*, préface de Ph. Fouchard, LGDJ, Paris, 1990.

Goldberg/Sander/Roger, *Disputes Resolution: Negotiation, Mediation and other Processes*, 3rd ed., Aspen Law & Business, New York, 1999.

Guggenheim, Daniel, *Le droit suisse des contrats. Tome I: La conclusion des contrats*, Georg, Genève, 1991.

Hill, J, *The Law Relating to International Commercial Disputes*, 2nd ed., LLP, London, Hong Kong, 1998.

Holtzmann, H. M./Neuhaus, J. E., *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Kluwer, etc., Deventer, etc., 1989 (réédition en 1995).

Jacquet, Jean-Michel/Delebecque, Philippe/Corneloup, Sabine, *Droit du commerce international*, Dalloz, Paris, 2007.

Jacquet, Jean-Michel, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, préface de J.-M. Bischoff, Economica, Paris, 1983.

Jolidon, Pierre, *Commentaire du concordat suisse sur l'arbitrage*, Stämpfli, Berne, 1984.

Kaufmann-Kohler, Gabrielle/Schultz, Thomas, *Online Dispute Resolution, Challenges for Contemporary Justice*, International Arbitration Law Library, Kluwer Law International, The Hague/Shulthess, Zurich, 2004.

Klein, Frédéric Edouard, *Considérations sur l'arbitrage en droit international privé*, Bâle, 1955.

Lalive, Pierre/Poudret, Jean-François/Reymond, Claude, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Payot, Lausanne, 1989.

Lankarani El-Zein, Leila, *Les contrats d'État à l'épreuve du droit international*, préface de B. Stern., avant-propos de P. Weil, Bruylant, Bruxelles, 2001, 572 p.

Laviec, Jean-Pierre, *Protection et promotion des investissements : étude de droit international économique*, préface de M. Virally, Publications de l'IUHEI, PUF, Paris, 1985.

Lew, Julian/Mistelis, Loukas/Kröll, Stefan, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2003.

Liebscher, Christoph, *The Healthy Award, Challenge in International Commercial Arbitration*, (International Law Library), Kluwer Law International, The Hague, 2003.

Limbach, Francis, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales. De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, préface de C. Witz, avant-propos de S. Peruzzetto, LGDJ, Paris, 2004.

Linsmeau, Jaqueline, *L'arbitrage volontaire en droit privé belge*, préface de G. Keutgen, Bruylant, Bruxelles, 1991.

Mackie, Karl/Miles, David/Marsh, William, *Commercial Disputes Resolution – an ADR Practice Guide*, 2nd ed., Butterworths Tolley, 2000 (3rd ed., idem & Allen Tony).

Manciaux, Sébastien, *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États. Trente années d'activité du CIRDI*, préface de Ph. Kahn, travaux du CREDIMI, Litec, Paris, 2004.

Martinez-Fraga, Pedro J., *The American Influence on International Commercial Arbitration : Doctrinal Developments and Discovery Methods*, Cambridge University Press, New York, 2009.

Motulsky, Henri, *Écrits, études et notes de procédure civile*, Dalloz, Paris, 1973.

Motulsky, Henri, *Écrits. Études et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, Paris, 1974.

Muchlinski Peter/Ortino Federico/Schreuer, Christoph (éds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008.

Nguyen Quoc, Dinh/Dallier, Patrick/Pellet Alain, *Droit international public*, 7e édition, LGDJ, Paris, 2002.

Nuyts, Arnaud, *La concession de vente exclusive, l'agence commerciale et l'arbitrage*, Bruylant, Bruxelles, 1996.

Oellers-Frahm, Karin/Wühler, Norbert, Dispute *Settlement in Public International Law. Texts and Materials*, 2nd ed., Springer Verlag, Berlin, New York, 2001.

Oppetit, Bruno, *Théorie de l'arbitrage*, PUF, Paris, 1998.

Park, Williams W., *Arbitration of International Business Disputes : Studies in Law and Practice*, Oxford University Press, New York, 2006.

Park, Williams W., *International Forum Selection*, Kluwer, 1995.

Pazartzis, Photini, *Les engagements internationaux en matière de règlement pacifique des différends entre États*, Avant-propos de G. Guillaume, préface de D. Bardonnet, LGDJ, Paris, 1992.

Reuter, Paul, *Droit international public*, Collection Thémis, PUF, Paris, 1983.

Rigozzi, Antonio, *L'arbitrage international en matière de sport*, Schulthess, Zurich, Bruylant Bruxelles, LGDJ, Paris, 2005.

Rodman, Robert M., *Commercial Arbitration with forms*, West Publishing Co., 1984.

Sanders Pieter/van den Berg, Albert Jan, *The Netherlands Arbitration Act 1986*, Kluwer, The Hague, 1987.

Santulli, Carlo, *Droit du contentieux international*, LGDJ-Montchrestien, Paris, 2005.

Scelle, Georges, *Manuel de droit international public*, Domat-Montchrestien, Paris, 1948.

Schreuer, Christoph, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press/ICSID, 2001.

Schwebel, Stephen, *International Arbitration: Three Salient Problems*, Grotius, Cambridge, 1987.

Shihata, Ibriahim F. I., *The Power of the International Court to Determine its own Jurisdiction. Compétence de la Compétence*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1965.

Sornarajah, Muthucumaraswamy, *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2000.

Teymouri, Ebrahim, *L'évolution de l'arbitrage international au XX^e siècle*, Thèse Université de Neuchâtel, Imprimerie de l'Institut franco-iranien, Téhéran, 1958.

Tweeddale, Keren/Tweeddale, Andrew, *A practical approach to Arbitration Law*, Blackstone Press Limited, London, 1999.

Van den Berg, Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Kluwer, Deventer, 1981.

Van Houtte, Hans, *The Law of International Trade*, Sweet & Maxwell, London, 1995.

Várady, Tibor/Barceló, John J./von Mehren, Arthur. T., *International Commercial Arbitration: A Transnational Perspective*, 2nd ed., Thomson West, Saint-Paul, 2003.

Wolf, Ronald Charles, *Trade, Aid, and Arbitrate. The Globalization of Western Law*, Ashgate, Aldershot, 2004.

Zen-Ruffinen, Pierre-Marco, *Droit du sport*, Schulthess, Zurich/Bâle/Genève, 2002.

B. Articles, Cours, Thèses dactylographiées et contributions diverses

AAA, « Resolving Dispute in International Construction Contracts Through ADR Techniques », *Bull. ASA*, 1992, p. 495-504.

Abi-Saab, Georges, « Cours général de droit international public », *RCADI*, 1987, tome 207, p. 229.

Abi-Saab, Georges, « De l'arbitrage dans ses rapports avec la justice internationale », *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Ch. Dominicé et al. (éds.), Editions Helbing & Lichtenhahn, Bâle, Francfort-sur-le-Main, 1993, p. 377-384.

Alexandrov, S. A., « The Vivendi Annulment Decision and the Lessons for Future ICSID Applications – The Applicants' Perspective », *in Annulment of ICSID Awards*, A Joint IAI-ASIL Conference, Washington D.C. – April 1, 2003, E. Gaillard and Y. Banifatemi (eds.), IAI, E. Gaillard (General ed.), Juris Publishing, New York/Staempfli, Bern, 2004, p. 97-121.

Amoussou-Guénou, Roland, « Le droit et la pratique de l'arbitrage commercial international en Afrique subsaharienne », *Thèse Université Panthéon-Assas (Paris II)*, Paris, 1995.

Ancel, Pascal, « Conventions d'arbitrage, conditions de fond, litiges arbitrables », *Juris-Classeur Procédure civile*, Fasc. 1024, *Commercial*, Fasc. 212, 1986.

Ancel, Jean-Pierre, « L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire », *Tr. com. fr. DIP*, 1991-1992, A. Pedone, Paris, 1994, p. 75.

Arnaldez, Jean-Jacques, « L'acte déterminant la mission de l'arbitre », dans *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, Paris, 1991, p. 1-31.

Audit, Bernard, « Le contrat de partenariat ou l'essor de l'arbitrage en matière administrative », *Rev. arb.*, 2004, p. 541.

Audit, Bernard, « Un arbitrage aux confins du droit international public : observations sur la sentence du 30 janvier 2007 opposant le Groupe Eurotunnel au Royaume-Uni et à la République française », *Rev. arb.* 2007, p. 445-461.

Batiffol, Henri, « La sentence Aramco et le droit international privé », *Rev. crit. DIP*, 1964, p. 647.

Béguin, Jacques, « Les grands traits du décret français du 12 mai 1981 sur l'arbitrage international », *Rev. int'l dr. comp.*, N° spécial – vol. 5, 1983, p. 359-391.

Ben Hamida, Walid, « L'arbitrage État-investisseur cherche son équilibre perdu : Dans quelle mesure l'État

peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé ? », *Int'l. L. Forum dr. Int'l.*, vol. 7, 2005, p. 261-272.

Ben Hamida, Walid, « L'arbitrage État - investisseur étranger : regards sur les traités et projets récents », *JDI*, 2004, p. 419-441.

Ben Hamida, Walid, « L'arbitrage transnational unilatéral- Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique », *Thèse, Université Panthéon-Assas (Paris II)*, Paris, 2003.

Bernardini, P., « Investment Arbitration under the ICSID Convention and BITs », *in Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, G. Asken, K.-H. Böckstiegel, M. J. Mustill, P. M. Patocchi, A. M. Whitesell (Eds.), ICC Publishing, Paris, 2005, p. 96.

Berti, Stephen V., « Some Thoughts on the Validity of Arbitration Clauses in the Articles of Association of Corporations under Swiss Law », *ASA Special Series*, n° 8, 1994, p. 120-122.

Bertrand, Édouard, « Arbitrage en droit administratif : une critique rendue publique » (http://www.avocats.fr/space/edouard.bertrand/content/_D43EA7BC-27A0-4466-94D4-538FC60765C3 (état du 10/03/10).

Besson, Sébastien, « L'efficacité de la clause « arbitrage en Suisse » et de la clause blanche », *in Autour de l'arbitrage, Liber Amicorum Claude Reymond*, Litec, Paris, 2004, p. 11-27.

Blessing, Marc, « Drafting An Arbitration Clause », *in The Arbitration Agreement. Its Multifold Critical Aspects*, M. Blessing (ed.), Bâle, juin 1994, *ASA Special Series*, n° 8, 1994, p. 32-77.

Blessing, Marc, « Mandatory Rules of Law versus Party autonomy in International Arbitration », *J. Int'l Arb.*, 1997, n° 4, p. 24.

Böckstiegel, Karl-Heinz, « Public Policy and arbitrability » in *Comparative Arbitration Practice and Public Policy Arbitration,* ICCA Congress Series n° 3, (P. Sanders Gl Ed.), Kluwer, 1986, p. 177.

Boisson de Chazournes, Laurence, « L'arbitrage à l'OMC », *Rev. arb.*, 2003, p. 949-988.

Bollée, Sylvain, « La clause compromissoire et le droit commun des conventions », *Rev. arb.*, 2005, p. 197.

Bond, Stephen R., « How to Draft an Arbitration Clause », *Rev. hell. dr. Int'l.*, 1989-1990, p. 201.

Boucobza, Xavier, « La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international », *Rev. arb.*, 1998, p. 495.

Broches, Aron, « The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States », *RCADI*, 1972-II, tome 136, p. 353.

Burdeau, Geneviève, « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage… », *Rev. arb.*, 1995, p. 3-37.

Caflisch, Lucius, « L'avenir de l'arbitrage interétatique », *A.F.D.I.*, 1979, p. 9-45.

Caflisch, Lucius, « Cent ans de règlement pacifique des différends interétatiques », *RCADI*, 2001-I, tome 288, p. 245-468.

Cahier, Philippe, « Le problème des effets des traités à l'égard des États tiers », *RCADI*, 1974, p. 595-735.

Carabiber, Charles, « L'arbitrage international entre gouvernements et particuliers », *RCADI,* 1950-I, p. 220-317.

Carabiber, Charles, « L'évolution de l'arbitrage commercial international », *RCADI*, 1960, tome 99, p. 167.

Caron, David D., « International Tribunals and the Role of the Host Government », *in The Iran – United States Claims Tribunal and the Process of International Claims Resolution. A Study by the Panel on State Responsability of the American Society of International Law*, David D. Caron, John R. Crook, eds., Transnational Publishers, Inc. Ardsley, New York, 2000, p. 27-57.

Carpi, Federico, « Le règlement des litiges en dehors des tribunaux en droit italien », in *Les conciliateurs, la conciliation, une étude comparative*, sous la direction de H. Kötz et R. Ottenhof, Economica, Paris, 1983, p. 97-108.

Carreau, Dominique « Commerce et investissements », dans F. Horchani

(dir.), *Oú va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006, A. Pedone, Paris, 2006, p. 19-30.

Charfeddine, Mohamed Kamel, « L'écrit, une preuve à l'épreuve », *in Le contrat au début du XXIe siècle, Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 217-234.

Clagett, Brice M., « The Perspective of the Claimant Community », *in The Iran – United States Claims Tribunal and the Process of International Claims Resolution. A Study by the Panel on State Responsability of the American Society of International Law*, David D. Caron, John R. Crook, eds., Transnational Publishers, Inc. Ardsley, New York, 2000, p. 59-63.

Clay, Thomas, « L'efficacité de l'arbitrage », *Petites affiches*, n° 197, 02/10/03, p. 4-12.

Clay, Thomas, « Arbitrage pour les personnes morales de droit public : le grand bazar ! » in Chronique de droit de l'arbitrage n° 2, *Petites affiches*, 25 mars 2008, n° 60, p. 1-3.

Cocatre-Zilgien, A., « Justice internationale facultative et justice internationale obligatoire », *RGDIP*, 1976, p. 689-737.

Cohen, Daniel, « Arbitrage et groupes de contrats », *Rev. arb.*, 1997, p. 471.

Cremades, Bernardo, « Litigating Annulment Proceedings – The *Vivendi* Matter : Contract and Treaty Claims », *in Annulment of ICSID Awards*, A Joint IAI-ASIL Conference, Washington D.C. – April 1, 2003, E. Gaillard and Y. Banifatemi (eds.), IAI, E. Gaillard (General ed.), Juris Publishing, New York/Staempfli, Bern, 2004, p. 87-95.

Crépet, « Treaty Claims/Contract Claims », *Les Cahiers de l'arbitrage*, n° 2004/2 – 2e partie, *Gaz. Pal.*, du 5 au 7 décembre 2004, p. 23-29.

Cuniberti, Gilles, « Beyond Contract : The Case for Default Arbitration in International Commercial Disputes », *Law Working Paper Series, Paper Number 2009-03*, Faculty of Law, Economics and Finance, University of Luxembourg, February 23rd, 2009, 63 pages.

Damien, André, « Une procédure originale de règlement des conflits de travail entre avocats. L'arbitrage du Bâtonnier (article 7 de la loi du 31 décembre 1971 dans sa rédaction issue de la loi du 31 décembre 1990) », *in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, Paris, 1996, p. 63-74.

Davis, Benjamin G., « Pathological Clauses – Frederic Eisemann's Still Vital Criteria », *Arb. Int'l.*, vol. 7, n° 4, 1991, p. 365.

de Boisséson, Mathieu, « Interrogations et doutes sur une évolution législative : l'article 9 de la loi du 19 août 1986 », *Rev. arb.*, 1987, p. 3.

de Boisséson, Mathieu, « Thoughts on the Future of ADR in Europe : A Critical Approach », *Arb. Int'l.*, vol 15, n° 4, 1999, p. 349.

Delaume, Georges, « Consent to ICSID Arbitration », *in The Changing World of International Law in the Twenty-First Century : A Tribute to the Late Kenneth R. Simmonds*, J. J. Norton & al. (Eds.), Kluwer, The Hague, 1998, p. 155-178.

Delaume, Georges, « How to Draft an ICSID Arbitration Clause », *ICSID Rev.-FILJ*, vol. 7, 1992, p. 168.

Delaume, Georges, « ICSID and Bilateral Investment Treaties », *News from ICSID*, 1985, p. 14.

Delebecque, Philippe, « Arbitrage et droit de la consommation », 104 *Droit & Patrimoine*, 2002, p. 46.

Delebecque, Philippe, « La transmission de la clause compromissoire », *Rev. arb.*, 1991, p. 19.

Delvolvé, Jean-Louis, « Le droit à l'arbitre », *Gaz. Pal.* du 15 avril 1995, p. 473-479.

Delvolvé, Jean-Louis, « Une véritable révolution… inaboutie (Remarques sur le projet de réforme de l'arbitrage en matière administrative) », *Rev. arb.*, 2007, p. 373-406.

Derains, Yves, « L'impact des accords de protection des investissements sur l'arbitrage », *Gaz. Pal., Les cahiers de l'arbitrage*, 2001, p. 10-15.

Derains, Yves, « Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale », dans *Le droit des relations économiques*

internationales. Mélanges offerts à Berthold Goldman, Litec, Paris, 1982, p. 29.

Diallo, Ousmane, « L'apport de l'arbitrage dans la prévention et la résolution des conflits internationaux », dans *Prévention, gestion et sortie des conflits,* Actes du séminaire de recherche doctorale commun IUHEI, IUED, IEUG, V. Chetail, C. van der Poel, S. Ramel et R. Schwok (éds.), Euryopa, Institut européen de l'Université de Genève, 2006, p. 101-118.

Dominicé, Christian, « Le règlement juridictionnel du contentieux externe des Organisations internationales », dans *L'ordre juridique international entre tradition et innovation. Recueil d'études*, Introduction de Krzysztof Skubiszewski, Publications de l'IUHEI, PUF, Paris, 1997, p. 147- 161.

Eisemann, Frédéric, « La clause d'arbitrage pathologique », *in Arbitrage commercial/Commercial Arbitration, Essais in memoriam Eugenio Minoli*, Association italienne pour l'arbitrage, UTEC, Turin, 1974, p. 129-161.

El Ahdab, Abdel Hamid, « The Compulsory International Arbitration », *Rev. lib. arb. int'l.*, n° 20, 2001, p. 6.

El Hakim, J., « La nouvelle loi sur l'arbitrage en Syrie du 25 mars 2008 », *Rev. arb.,* 2008, p. 659-676.

Fadlallah, Ibrahim, « L'ordre public dans les sentences arbitrales », *RCADI*, 1994, tome 249, p. 377.

Fadlallah, Ibrahim, « La distinction "Treaty claims – Contract claims" et la compétence de l'arbitre (CIRDI : faisons-nous fausse route ?) » *Les Cahiers de l'arbitrage*, n° 2004/2 – 2e partie, *Gaz. Pal.*, du 5 au 7 décembre 2004, p. 3-8.

Fernández Rozas, José Carlos, « Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international », *RCADI*, tome 290, 2001, p. 9-224.

Fille-Lambie, O./Loncle, J.-M., « L'arbitrage dans les grands projets en concession de service public », *RDAI/IBLJ*, n° 1, 2003, p. 3-37.

Fitzmaurice, S. G., « The Law and Procedure of the International Court of Justice, International, 1951-54: Questions of Jurisdiction, Competence and Procedure », 34, *BYIL* (1958), p. 86.

Flécheux, Georges, « La Commission arbitrale des journalistes », *Rev. arb.*, 1964, p. 34.

Fouchard, Philippe, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges du commerce international », *in Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20e siècle. A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, Paris, 2000, p. 95-115.

Fouchard, Philippe, « La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001 », *Rev. arb.*, 2001, p. 397-421.

Fouchard, Philippe, « La nature juridique de l'arbitrage du Tribunal des différends irano-américains » *Cahiers du CEDIN*, 1re journée d'actualité internationale, 19 avril 1984, p. 32.

Fouchard, Philippe, « La loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international », *JDI*, 1987, p. 861-885.

Fouchard, Philippe, « L'arbitrage Elf Aquitaine Iran c. National Iranian Company : une nouvelle contribution au droit international de l'arbitrage », *Rev. arb., 1984*, p. 333.

Foustoucos, Anghelos C., « Conditions Required for the Validity of an Arbitration Agreement », *Rev. hell. dr. int'l.*, 1989, p. 181-199.

Friedland, Paul D, « US Courts' Misapplication of the "Agreement in Writing" Requirement for Enforcement of an Arbitration Agreement under the New York Convention », *Mealey's Int'l. Arb. Rep.*, vol. 15, n° 5, 1998, p. 21.

Frison-Roche, Marie-Anne, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.* (3), juillet-septembre 1995, p. 573-578, n° 4.

Gaillard, Emmanuel, « Some Notes on the Drafting of ICSID Arbitration Clauses », *ICSID Rev.-FILJ*, vol. 3, 1988, p. 136 et s.

Gaillard, Emmanuel, « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », *Rev. arb.*, 2003, p. 853-875.

Gaudemet, Yves, « L'arbitrage de droit public au Maroc », *Rev. arb.*, 2002, p. 883-898.

Gaudemet, Yves, « L'arbitrage : aspects de droit public. État de la question », *Rev. arb.*, 1992, p. 251.

Gharavi, Hamid, *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award*, Kluwer, La Haye, 2002.

Gill, J./Gearing, M./Birt, G., « Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties – A Comparative Review of the SGS Cases », *J. Int'l. Arb.*, vol. 21, n° 5, 2004, p. 397-412.

Goldman, Berthold, « Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international », *Trav. Com. fr. DIP*, 1966-1969, p. 119.

Goutal, Jean-Louis, « L'arbitrage et les tiers : I- Le droit des contrats. Rapport général », *Rev. arb.*, 1988, p. 439-455.

Hanotiau, Bernard, « L'arbitrabilité des litiges en droit belge au regard de la pratique internationale », in *Mélanges Roger O. Dalcq*, Maison Larcier, Bruxelles, p. 269-285.

Hanotiau, Bernard, « L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen », *JDI*, 1994, p. 899-966.

Hanotiau, Bernard, « L'arbitrabilité », *RCADI*, vol. 296, 2002, p. 25-252.

Hascher, Dominique, « European Convention on International Commercial Arbitration of 1961. Commentary », *YCA*, vol. XVII, 1992, p. 711-746.

Henry, Peter, « Conflicting Contracts in Sport : Resolution through Central Filing and Ad hoc Arbitration », *in Arbitration of Sport Related Disputes* (*ASA Special Series* n° 1), November 1998, p. 63-68.

Herrmann, Gerold, « The Arbitration Agreement as the Foundation of Arbitration and Its Recognition by the Courts », *in International Arbitration in a Changing World*, ICCA Conference, Bahrain, 14-16 February 1993, A. J. van den Berg General Editor, Kluwer, Deventer, 1994, p. 41-56.

Herrmann, Gerold, « The UNCITRAL Model Law – its Background, Salients Features and Purposes », *Arb. Int'l.*, 1985, p. 6-29.

Hill, Richard, « Formal Requirements for Arbitration Agreements : Does a US District Court Judgement Open Pandora's Box ? » *Bull. ASA*, 1997, p. 523-533.

Hollander, Pascal, « L'arbitrabilité des litiges relatifs aux contrats de concession de vente exclusive et d'agence commerciale en droit belge », *RDAI/IBLJ*, 1998, p. 86.

Issad, M., « La nouvelle loi algérienne relative à l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 2008, p. 419-427.

Issad, M., « Le décret législatif algérien du 25 avril 1993 relatif à l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 1993, p. 377.

Jacquet, Jean-Michel, « Contrat d'État » *Jurisclasseur de droit international*, 1998, Fascicule 565-60, p. 1-36.

Jacquet, Jean-Michel, « Compte rendu de l'ouvrage de M. Sébastien Manciaux intitulé *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États. Trente années d'activité du CIRDI*, préface de Philippe Kahn, Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Litec, Paris, 2004, 727 pages », *JDI*, 2005, p. 1004.

Jacquet, Jean-Michel, « L'État, opérateur du commerce international », *JDI*, 1989, p. 621-690.

Jacquet, Jean-Michel, « L'incorporation de la loi dans le contrat », *Trav. Com. fr. DIP* (1993-1994), p. 41.

Jacquet, Jean-Michel, Intervention aux débats sur « La dynamique de la mondialisation », dans *La mondialisation du droit*, sous la direction de É. Loquin et C. Kessedjian, Université de Bourgogne-CNRS, Travaux du CREDIMI, vol. 19, Litec, Paris, 2000, p. 80.

Jarrosson, Charles, « L'arbitrabilité : présentation méthodologique », *Rev. jurispr. com.* 1996, p. 1 et 2.

Jarrosson, Charles, « L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. arb.*, 1989, p. 573-607.

Jarrosson, Charles, « Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001 », *JCP – La Semaine*

Juridique Edition Générale, n° 27, 4 juillet 2001, p. 1317-1324.

Jarrosson, Charles, « Les frontières de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2001, p. 5-41.

Jarrosson, Charles, « Conventions d'arbitrage et groupes de sociétés », *in The Arbitration Agreement. Its Multifold Critical Aspects*, M. Blessing (ed.), Bâle, juin 1994, *ASA Special Series*, n° 8, 1994, p. 32-77.

Jarrosson, Charles, Intervention aux débats relatifs à « L'arbitrage et les tiers », *Rev. arb.*, 1988, p. 469.

Jarvin, Sigvard, « La loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.*, 1986, p. 509-527.

Jiménez de Aréchaga, Eduardo, « Treaty Stipulations in Favor of Third States », *AJIL*, 1956, p. 338-357.

Kamto, Maurice, « La participation des personnes morales africaines de droit public à l'arbitrage OHADA », dans *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Travaux du Centre René-Jean Dupuy pour le droit et le développement, vol. I, sous la direction de Ph. Fouchard, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 88-100.

Kaplan, Neil, « Is the Need for Writing as Expressed in the New York Convention and the Model Law Out of Step with Commercial Practice? », *Arb. Int'l.*, vol. 12, 1996, p. 27.

Karrer, Pierre A., « Pathological arbitration clauses », *in The international practice of Law Liber Amicorum for Th. Bär and R. Karrer*, Die Deutsche Bibliothek, 1997, p. 109-128.

Kaufmann-Kohler, Gabrielle, « Arbitration Agreements in Online Business to Business Transactions » *in Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century, Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, R. Briner, L.Y. Fortier, K.P. Berger and J. Bredow (Eds.), Carl Heymanns, Cologne, etc., 2001, p. 355-369.

Kaufmann-Kohler, Gabrielle, « Art et arbitrage : quels enseignements tirer de la résolution des litiges sportifs », *in Resolution Methods for Art-related Disputes*, *Studies in Art Law*, vol. 11, Schulthess, Zürich, 1999, p. 123-151.

Kaufmann-Kohler, Gabrielle/Henry, Peter, « Formula 1 Racing and Arbitration : the FIA Tailor-Made System for Fast-Track Dispute Resolution », *Arb. Int'l.*, vol. 17, n° 2, 2001, p. 173-210.

Keutgen, Guy, « L'arbitrage et les personnes morales de droit public. Une interprétation extensive de l'article 1676 du Code judiciaire », *Revue critique de jurisprudence belge*, p. 398.

Kolo, A., « State Regulation of Foreign Property Rights : Between Legitimate Regulation and Nationalisation. An Analysis of Current International Economic Law in Light of the Jurisprudence of the Iran-United States Tribunal », *Thèse Dundee*, 1994.

Lagarde, Paul, « Une notion ambivalente : "l'émanation" de l'État nationalisant », *in Mélanges C. A. Colliard*, A. Pedone, Paris, 1984, p. 539.

Lagasse, Dominique, « L'arbitrage et les entreprises publiques », dans *L'arbitrage dans la vie des sociétés*, Actes du colloque du CEPANI du 8 décembre 1999, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 55-95.

Lalive, Pierre, « Conclusion » in *Resolution Methods for Art-Related Disputes*, Centre du Droit de l'art, vol. 11, Schulthess, Zurich, 1999, p. 235-240.

Lalive, Jean-Flavien, « Contrats entre États et personnes privées », *RCADI*, tome 181, 1983, p. 9.

Lalive, Pierre, « Le choix de l'arbitre », *in Libertés. Mélanges Jacques Robert*, Montchrestien, Paris, 1998, p. 353-363.

Lalive, Pierre, « Some Objections to Jurisdiction in Investor-State Arbitration » *ICCA Congress Series* n° 11, p. 336-391.

Lalive, Pierre, « The First "World Bank" Arbitration (*Holiday Inns v. Morocco*) – Some Legal Issues », *BYIL*, 1980, p. 123-161.

Lalive, Pierre, « Intervention aux débats », dans *Trav. Com. fr. DIP* (1993-1994), p. 39.

Lallement, J., « Intervention », *in Des hommes et des moyens dans l'arbitrage*, colloque de l'Association française d'arbitrage, 28 avril 1987, p. 20.

Lankarani El-Zein, Leila, « Quelques remarques sur la sentence *SPP c. République arabe d'Égypte* », *Rev. belge dr. int'l.*, 1994/2, p. 533.

Larroumet, Ch., « Promesse pour autrui, stipulation pour autrui et arbitrage », *Rev. arb.*, 2005, p. 903-915.

Laturno, Camille A., « International Arbitration of the Creative : A Look at the World Intellectual Property Organization's New Arbitration Rules », 9*Transnational Law* 357 (1996).

Lazareff, Serge, « L'arbitrage conquiert de nouveaux espaces », extrait du bloc-notes de Serge Lazareff, *Les Cahiers de l'arbitrage*, sous la direction d'Alexis Mourre, *Gaz. Pal.*, édition Juillet 2004, p. 10.

Leben, Charles, « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI*, 2003, tome 302, p. 197-386.

Ledoux, R., « L'arbitrage en matière de concession de vente », *Rev. arb.*, 1978, p. 156.

Legum, Barton, « Lessons learned from the NAFTA : The New Generation of U.S. Investment Treaty Arbitration Provisions », *ICSID Review/F.I.L.J.*, vol. 19, n° 2, 2004, p. 344-356.

Legum, Barton, « The Introduction of an Appellate Mechanism : the U.S. Trade Act of 2002 », *in Annulment of ICSID Awards*, A Joint IAI-ASIL Conference, Washington D.C. – April 1, 2003, E. Gaillard and Y. Banifatemi (eds.), IAI, E. Gaillard (General ed.), Juris Publishing, New York/ Staempfli, Bern, 2004, p. 289.

Lemaire, Sophie, « La libéralisation de l'arbitrage international en droit administratif. Approche critique du projet de réforme du 13 mars 2007 », *Rev. arb.*, 2007, p. 407- 443.

Lemaire, Axelle, « Le nouveau visage de l'arbitrage entre État et investisseur étranger : le chapitre 11 de l'ALENA », *Rev. arb.*, 2001, p. 43-94 ;

Level, Patrice, « L'arbitrabilité », *Rev. arb.*, 1992, p. 213.

Lew, Julian D. M., « The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause », *in Improving the Efficiency of Arbitration and Awards : 40 Years of Application of the New York Convention*, *ICCA Congress Series*, n° 9, 1999, p. 114-145.

Lew, Julian D. M., « Determination of Arbitrator's jurisdiction and the Public Policy Limitations on that Jurisdiction », *in Contemporary Problems in International Arbitration*, J.D.M. Lew ed., School for International Arbitration, 1986, p. 73.

Liebscher, Christoph, « Drafting Arbitration Clauses for EC Merger Control », *J. Int'l Arb.*, vol. 21, n° 1, 2004, p. 67-81.

Linsmeau, Jacqueline, « L'arbitrage sectoriel et les principes généraux du droit » in *Les modes non judiciaires de règlement des conflits. Actes de la journée d'études du 27 avril 1994*, sous la direction de l'Association européenne pour le droit bancaire et financier (AEDBF-Belgium) et l'Association belge des juristes d'entreprise (ABJE), avec la collaboration scientifique du service de droit judiciaire de l'ULB, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 40.

Loncle, Jean-Marc, « L'option de l'arbitrage des traités de protection des investissements : *Treaty Claims vs. Contracts Claims* », *RDAI/IBLJ*, n° 1, 2005, p. 3-12.

Loquin, Éric, « L'arbitrage des litiges du droit de la consommation », *in Vers un code européen de la consommation*, F. Osman (éd.), Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 359-366.

Makowski, Julien, « L'organisation actuelle de l'arbitrage international », *RCADI*, 1931-II, p. 308.

Mann, Francis A., « An "Agreement in Writing" to Arbitrate », *Arb. Int'l.*, 1987, p. 171.

Mann, H./ von Moltke, K., « Protecting Investor Rights and the Public Good : Assessing NAFTA's Chapter eleven », *Background Paper, ILSD Tri-National Policy Workshops Mexico City : March 1, Ottawa : March 18*, Washington, April 11 2002, International Institute for Sustainable Development/ Institut international du développement durable, Winnepeg, accessible en ligne : http://www.iisd.org/trade/ilsdworkshop/(état du 10/03/10).

Mayer, Pierre, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », *RCADI*, 1989, tome 217, p. 433.

MAYER, Pierre, « Faut-il distinguer arbitrage interne et arbitrage international ? » *in Hommage à la mémoire de Philippe Fouchard*, *Rev. arb.*, 2005, p. 361-374.

MAYER, Pierre, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État », *JDI*, 1986, p. 5-78.

MAYER, Pierre, « Le contrat illicite », *Rev. arb.*, 1984, p. 205.

MAYER, Pierre, « Le mythe de "l'ordre juridique de base" (ou *Grundlegung*) », *in Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à B. Goldman*, Litec, Paris, 1982, p. 199-216.

MAYER, Pierre, « Mandatory Rules of Law in International Arbitration », *Arb. Int'l.*, 1986, p. 274.

MAYER, Pierre, Interventions aux débats sur « l'arbitrage et les tiers », *Rev. arb.*, 1988, p. 467.

MAYER, Pierre, « L'application par l'arbitre des conventions internationales de droit privé », *in L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, Paris, 1994, p. 275-291.

MEZGHANI, Ali, « Souveraineté de l'État et participation à l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1985, p. 543-584.

MILANOVA, Alice, « Le règlement des différends dans le cadre de l'ALENA : les atours discrets d'une hégémonie », *JDI*, 2003, p. 87-144.

MISTELIS, Loukas, « ADR in England and Wales », 13 *Am. Rev. Int'l. Arb.*, 2002, p. 167.

MOURRE, Alexis, « Are Amici Curiae the Proper Response to the Public's Concern on Transparency in Investment Arbitration ? », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 5, n° 2, 2006, p. 257-271.

MURPHY, Sean D., « Securing Payment of the Award », *in The Iran – United States Claims Tribunal and the Process of International Claims Resolution. A Study by the Panel on State Responsability of the American Society of International Law*, David D. CARON, John R. CROOK, eds., Transnational Publishers, Inc. Ardsley, New York, 2000, p. 299-311.

MUSTAFA, Zaher, « Intervention » *in Arbitrage international, soixantième anniversaire de la Chambre d'arbitrage de la CCI*, Paris, 1984, p. 259-267.

NERSON, R., « La volonté de contracter », *in Mélanges Roger Secrétan*, Recueil de travaux publiés par la Faculté de Droit de l'Université de Lausanne, Imprimerie Corbaz, Montreux, 1964, p. 209-227.

NETZLE, Stephan, « Jurisdiction of Arbitral Tribunals in Sports Matters : Arbitration Agreements by Reference to Regulations of Sports Organisations », *in Arbitration of Sports-related Disputes*, ASA Special Series n° 11, Bâle, 1998, p. 45-58.

NIDDAM, Laurent A., « Unilateral Arbitration Clauses in Commercial Arbitration », *Arb. & Disp. Res. Law J.*, 1996, p. 147.

NOUVEL, Yves, « Les entités para-étatiques dans la jurisprudence du CIRDI », dans *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissment*, Ch. LEBEN (dir.), Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, p. 25-51.

NUYTS, Arnaud, « La loi belge du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée et les conventions d'arbitrage », *J.T.*, 1993, p. 349.

OPPÉTIT, Bruno, « Arbitrage et contrats d'État. L'arbitrage Framatome et autres c. Atomic Energy Organization of Iran », *JDI*, 1984, p. 37-57.

OPPETIT, Bruno, « La clause arbitrale par référence », *Rev. arb.*, 1990, p. 551.

OPPETIT, Bruno, « Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique », *Justices*, 1995, p. 53.

PARK, Williams W., « The Arbitrability Dicta in *First Options v. Kaplan* : What Sort of Kompetenz-Kompetenz Has Crossed the Atlantic ? », 12 *Arb. Int'l.*, 1996, p. 137-159.

PARK, Williams W., « When and Why Arbitration Matters », *in The Commercial Way to Justice*, G. M. BERESFORD HARTWELL (ed.), 1997, p. 73-99.

PARK, Williams W., « Comprendre les enjeux de l'arbitrage financier », *Bull. CCI, Supplément spécial, arbitrage, finance et assurance*, ICC Publishing, Paris, 2000, p. 7-13.

Park, Williams W., « Jurisdictional Issues in Financial Arbitration : Three Illustrations », *in Festschrift für Otto Sandrock zum 70 Geburtstag*, Berger, Ebke, Elsing, Grossfeld and Kühne (eds.), Verlag, Heidelberg, 2000, p. 745-759.

Parra, Antonio, « Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment », *ICSID Rev.-FILJ*, 1997, p. 287-364.

Parra, Antonio, « Principles Governing Foreign Investment as Reflected in National Investment Codes », *ICSID Rev.-FILJ*, vol. 7, 1992, p. 428.

Paulsson, Jan, « Arbitration without privity », 10 *ICSID Review/F.I.L.J.*, 1995, p. 232.

Paulsson, Jan, « May a State Invoke its Internal Law to Repudiate Consent to International Commercial Arbitration ? », *Arb. Int'l*, vol. 2, 1986, p. 90.

Paulsson, Jan, « Accepting International Arbitration in Fact – and Not Only in Words », in *Arbitration in Africa*, E. Cortant, A. Amissah (eds.), LCIA Worldwide Arbitration, Kluwer, 1996, p. 31-46.

Paulsson, Jan, « Arbitration of International Sport Disputes », *Arb. Int'l.*, 1993, vol. 9, n° 4, p. 359-364.

Platte, Martin, « An Arbitrator Duty to Render Enforceable Awards », *JIA*, 2003, vol. 20, p. 307-313.

Poudret, Jean-François, « Discrepancies Between the New York Convention and Chapter 12 of the Swiss PIL », *in The New York Convention of 1958, ASA Spcial Series, n° 9*, August 1996, p. 238-244.

Poudret, Jean-François, « La clause arbitrale par référence selon la Convention de New York et l'article 6 du Concordat sur l'arbitrage », *Mélanges Guy Flattet*, B. Dutoit, J. Hofstetter et P. Piotet (eds.), Payot, Lausanne, 1985, p. 523-538.

Poudret, Jean-François/Cottier, Gabriel, « Remarques sur l'application de l'article II de la Convention de New York », *Bull. ASA*, 1995, p. 383-393.

Prujiner, A., « L'arbitrage unilatéral : un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel ? », *Rev. arb.*, 2005, p. 63-99.

Punzi, C., « Le clausole compromissorie nell'ordinamento sportivo », *Rivista di diritto sportivo*, 1987, p. 237-254.

Qureshi, A. H., « An Appellate System in International Investment Arbitration », *in The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, p. 1154.

Racine, Jean-Baptiste, « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.*, 2005, p. 305.

Redfern, Alan, « Investor-Sate Arbitrations – A Bridge Too Far ? », *in Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, G. Asken, K.-H. Böckstiegel, M. J. Mustill, P. M. Patocchi, A. M. Whitesell (Eds.), ICC Publishing, Paris, 2005, p. 665-675.

Reisman, Michael, « The Supervisory Jurisdiction of the International Court of Justice : International Arbitration and International Adjudication », *RCADI*, tome 258, 1996, p. 39.

Reuter, P., « Introduction », *in Investissements étrangers et arbitrage entre États et personnes privées. La Convention de la BIRD du 18 mars 1965*, A. Pedone, Paris, 1969, p. 7.

Reymond, Claude, « Souveraineté de l'État et participation à l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1985, p. 517.

Reymond, Claude, « La clause arbitrale par référence » dans *Recueil de travaux suisses sur l'arbitrage international*, sous la direction de Cl. Reymond et E. Bucher, Congrès intérimaire ICCA, Lausanne, 1984, Schulthess, Zurich, 1984, p. 85-98.

Rieg, Alfred, « Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIX^e^ siècle », *Archives de philosophie du droit*, Sirey, Paris, 1957.

Rigaux, François, « Avantages possibles de l'arbitrage », *in Resolution Methods for Art-Related Disputes*. Proceedings of a symposium organised on 17 October 1997, Quentin Byrne-Sutton/Fabienne Geisinger-Marié-

thoz (eds.), Schulthess, Zürich, 1999, p. 117-122.

Robin, Guy, « Arbitrage international et personnes morales de droit public », *RDAI/IBLJ*, n° 8, 2002, p. 871-892.

Rochat, Jean-Philippe, « Le règlement des litiges en matière sportive », *in Droit et sport*, Staempfli, Berne, 1997, p. 91-102.

Rochat, Jean-Philippe, « Tribunal arbitral du sport : quelle procédure pour quel litige ? », *in L'arbitrage des litiges liés au sport*, Conférence conjointe de l'ASA et du TAS, 16 janvier 1998, Bâle, 1998, p. 11-24.

Roucounas, Emmanuel J., « Le traité et les États tiers », *Rev. hell. dr. int'l.*, 1964, p. 299-365.

Ruiz Fabri, Hélène, « Le règlement des différends de l'OMC : une forme d'arbitrage ? », *Archives de philosophie de droit*, tome 59, 2009, p. 97-119.

Samuel, Adam, « Arbitration Clauses Incorporated by General Reference and Formal Validity under Article II (2) of the New York Convention », *in Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Payot, Lausanne, 1999, p. 505-518.

Samuel, Adam, « The Effect of the Place of Arbitration on the Enforcement of the Agreement to Arbitrate », *Arb. Int'l.*, 1992, p. 257-280.

Sanders, Pieter, « Les modes alternatifs de règlement des conflits », *Rev. Int'l., dr. comp.*, Paris, 1997 (numéro spécial), p. 311-435.

Sanders, Pieter, « Trends in the Field of International Commercial Arbitration », *RCADI*, tome 145, 1975, p. 218.

Sandrock, Otto, « Extending the Scope of Arbitration Agreements to Non-Signatories », *in The Arbitration Agreement. Its Multifold Critical Aspects*, M. Blessing (ed.), Bâle, juin 1994, *ASA Special Series*, n° 8, 1994, p. 165-180 ;

Scalbert, Hugues/Marville, Laurent, « Les clauses compromissoires pathologiques », *Rev. arb.*, 1988, p. 117-135.

Scherer, Matthias, « The Recognition of Transnational Substantive Rules by Courts in Arbitral Matters », *in Towards a Uniform International Arbitration Law ?*, A.-V. Schaepfer, Ph. Pinsolle & L. Degos (eds.), IAI Series on International Arbitration, n° 3, E. Gaillard (General Ed.), Jurish Publishing, New York, Staempfli, Berne, 2005, p. 91-121.

Schlosser, Peter, « La nouvelle législation allemande sur l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1998, p. 291.

Schmitthoff, Clive M., « Defective Arbitration Clauses », *J. Bus. L.*, January 1975, p. 9-22 reproduit dans *Clive M. Schmitthoff's Selected Essays on International Trade Law*, Chia-Jui Cheng (ed.), Martinus Nijhoff/Graham & Trotman, Dordrecht/Boston/London, 1988, p. 608-619.

Schockweiler, Fernand, « Clauses attributives de juridiction », *in Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe. Actes du Colloque sur l'interprétation de la Convention de Bruxelles par la Cour de Justice européenne dans la perspective de l'espace judiciaire européen*, Luxembourg, les 11 et 12 mars 1991, Butterworths, London, etc., 1993, p. 121-131.

Schokkaert, J., « La pratique conventionnelle européenne en matière de protection juridique des investissements privés, effectués à l'étranger », *Rev. dr. int'l. dr. comparé*, 3e trimestre 2003, p. 327-388.

Schreuer, Christoph, « Calvo's Grandchildren : The Return of Local Remedies in Investment Arbitration », 4 *L. Pract. Intern'l. Crt. & Trib.*, 2005, p. 1-17.

Schreuer, Christoph, « Commentary on the ICSID Convention : Article 25 », *ICSID Rev.-FILJ*, vol. 11, n° 2, 1996, p. 318-492.

Schreuer, Christoph, « International Centre for Settlement of Investment Disputes : Consent to Arbitration », *in UNCTAD Course on Dispute Settlement*, Compiled by R. E. Goodman-Everard, United Nations, New York and Geneva, 2003, 53 pages, disponible sur le site Internet de la CNUCED à l'adresse suivante : http://www.unctad.org/en/docs/edmmisc232add2_en.pdf (état du 10/03/10).

Schwartz, Éric A., « L'effet de la convention d'arbitrage sur l'exécution de la sentence : les enjeux de la prochaine décennie », *in Arbitrage : regard sur la*

prochaine décennie – Supplément spécial, Bull. CCI, 1999, p. 107-114.

Seraglini, Christophe, « L'arbitrage commercial international » *in Droit du commerce international*, J. Béguin, M. Menjucq (éd.), Litec, Paris, 2005, p. 833-1081.

Simon, Gérald, « L'arbitrage des conflits sportifs », *Rev. arb.*, 1995, p. 185-218.

Simon, Gérald, « Le conflit sportif : un conflit de normes ? », *in Droit et sport*, P. Zen-Ruffinen (éd.), Staempfli, Berne, 1997, p. 103-107.

Sommerville, Hernán G., « Arbitration in Chile » in *International Commercial Arbitration in Latin America, Special Supplement, ICC Bull.*, December 1996, p. 15-20.

Soulard, Christophe, « Les conditions de forme des clauses attributives de juridiction », *in L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale/ The European Judicial Area in Civil and Commercial Matters*, R. Fentiman, A. Nuyts, H. Tagaras et N. Watté (Eds.), Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 57-67.

Stern, Brigitte, « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ? », *in Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^e siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Khan*, Litec, Paris, 2000, p. 223.

Stern, Brigitte, « L'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre Etat et investisseur », *Rev. Arb.* 2002, p. 329.

Stone Sweet/Grisel, F., « L'arbitrage international : du contrat dyadique au système normatif », *Archives de philosophie de droit*, tome 59, 2009, p. 75-95.

Storme, M., « L'arbitrage entre personnes de droit public et personnes de droit privé », *Rev. arb.*, 1978, p. 113.

Suarez Anzorena, C. I., « *Vivendi v. Argentina* : on the Admissibility of Requests for Partial Annulment and the Ground of a Manifest Excess of Powers », *in Annulment of ICSID Awards*, A Joint IAI-ASIL Conference, Washington D.C. – April 1, 2003, E. Gaillard and Y. Banifatemi (eds.), IAI, E. Gaillard (General ed.), Juris Publishing, New York/ Staempfli, Bern, 2004, p. 123-175.

Teynier, Éric, « L'Amicus curiae dans l'arbitrage CIRDI », *Cahiers de l'arbitrage*, 2005/3, p. 19.

Unegbu, O. C., « BITs and ICC Arbitration : Portent of a New Wave ? », 16 *J. Int'l. Arb.*, 1999, p. 93.

van den Berg, Albert Jan, « The New York Convention : its Intended Effects, its InterprÉtation, Salient Problem Areas » *in The New York Convention of 1958, ASA Spcial Series, n° 9*, August 1996, p. 25-45.

van den Berg, Albert Jan, « Should an International Arbitrator Apply the New York Arbitration Convention of 1958 ? » *in The Art of Arbitration, Liber Amicorum Pieter Sanders*, Kluwer, Deventer, 1982, p. 39.

van den Berg, Albert Jan, « The New York Convention of 1958 : An Overview », *in* E. Gaillard et D. Di Pietro (eds.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards : The New York Convention in Practice*, Cameron May, London, 2008, p. 39-68.

van Houtte, Hans, « Consent to Arbitration through Agreement to Printed Contracts : The Continental Experience », *Arb. Int'l.*, vol. 16, n° 1, 2000, p. 1-18.

Van Houtte, Hans, « L'arbitrabilité de la résiliation des concessions de vente exclusive », in *Mélanges Van Der Elst*, Nemesis, Bruxelles, 1986, (vol. II), p. 829.

Verbist, Herman, « La clause d'arbitrage perdant ses effets suite à la succession de l'État dans les droits d'un des contractants », note sous Cass., 10 octobre 1996, *Revue de droit judiciaire et de la preuve*, 1998, p. 72.

Wald, Arnoldo, « L'évolution de la législation brésilienne sur l'arbitrage : 1996-2001 », *Bull. CCI*, vol. 12, n° 2, 2^e semestre 2001, p. 44-51.

Weil, Prosper, « L'État, l'investisseur étranger et le droit international : la relation désormais apaisée d'un ménage à trois », *in Écrits de droit international. Théorie générale du droit international. Droit des espaces. Droit des investissements privés internationaux*, P.U.F., Paris, 2000, p. 409-423.

Weil, Prosper, « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », *in Mélanges offerts à Charles Rousseau, La communauté internationale,* A. Pedone, Paris, 1974, p. 301-328.

Weil, Prosper, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier », *RCADI*, 1969-III, tome 128, p. 95.

Werner, Jacques, « The Trade Explosion and Some Likely Effects on International Arbitration », *J. Int'l. Arb.*, 1997, p. 15.

Wenger, Werner, « Art. 178 », *in International Arbitration in Switzerland. An Introduction to and Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute*, S. Berti (ed.), Kluwer, The Hague, 2000, p. 327-360.

Williams, David A. R., « Challenging Investment Treaty Arbitration Awards – Issues concerning the Forum Arising from the *Metalclad* Case », *in International Commercial Arbitration : Important Contemporary Questions*, *ICCA Congress Series*, n° 11, Kluwer, 2003, p. 444.

Yala, Farouk, « La notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI : actualité d'un critère de compétence controversé (les affaires *Salini*, *SGS* et *Mihaly*) », dans *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Ch. Leben (dir.), Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, p. 281-306.

Zaher, Khalid, « Le nouveau droit marocain de l'arbitrage interne et international », *Rev. arb.*, 2009, p. 71-144.

C. Autres publications

« Resolving Dispute in International Construction Contracts Through ADR Techniques », Publication de l'AAA, *Bull. ASA*, 1992, p. 495-504.

Commentaire sur le Projet de convention sur la procédure arbitrale adopté par la Commission du Droit international à sa cinquième session, Nations Unies, New York, 1955.

Dictionnaire de droit international public, Salmon, Jean, (éd.), préface de G.Guillaume, Bruylant, Burxelles, 2001.

Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement, Mélanges Michel Virally, A. Pedone, Paris, 1991, p. 225-238.

International American Conference, Reports of Committees and Discussions thereon, Washington, 1890, vol. 4, *Historical Appendix*, p. 187.

International Investment disputes on the Rise, Occasional Note UNCTAD, 29 dec. 2004, (*UNCTAD/WEB/ITE/IIT/2004/2*), www.unctad.org/sections/dite/iia/docs/webiteiit20042_en.pdf (état du 10/03/10).

Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration, ICSID Secretariat Discussion Paper, 22 octobre 2004, 16 pages.

Rapport des Administrateurs de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, CIRDI/15, avril 2006 ; disponible à l'adresse : http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR_Frenchfinal.pdf (10/03/10).

Rapport du groupe de travail sur l'arbitrage en matière administrative, (rapport Labetoulle du 13 mars 2007), *Rev. arb.*, 2007, p. 651.

Recueil des sentences arbitrales, publication des Nations Unies, New York/Genève (disponible en ligne sur : http://untreaty.un.org/cod/riaa/vol_XII.htm (état du 10/03/10).

Vocabulaire juridique, Gérard Cornu (éd.), Association Henri Capitant, 8e éd., PUF, Paris, 2000.

Index

A

Accords d'Alger 65, 66, 233
ALENA 40, 225, 232, 233, 251, 252
Amicus Curiae 40
Annulation
– convention d'arbitrage 211
– sentence 28, 104, 151, 243, 244
– motifs d'annulation 130
– partielle 243
Arbitrabilité 15, 17, 18, 22, 37, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 49, 50, 51, 53, 121
– objective 43
– subjective 17
Arbitrage
– *ad hoc* 89, 93, 162, 180
– commercial international 3, 8, 14, 19, 32, 51, 85, 87, 89, 101, 134, 140, 141, 151, 160, 163, 181, 251, 257
– de droit international public 46, 87, 208
– forcé 2, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 80, 81, 82, 84, 120, 121, 126, 130, 180, 181, 182, 183, 184, 186, 187, 190, 229, 259
– institutionnel 94, 169, 180, 219
– international 1, 8, 9, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 29, 32, 36, 37, 38, 41, 50, 51, 55, 60, 65, 67, 80, 89, 92, 94, 101, 106, 135, 138, 143, 151, 156, 157, 163, 164, 171, 182, 183, 192, 193, 200, 225
– interne 4, 18, 20, 48, 83, 87, 135, 137, 157, 163, 164, 169
– transnational 6, 16, 64, 75, 109, 173, 174, 175, 178, 180, 181, 207, 211, 213, 228, 229, 248, 250, 251, 256, 262
Arbitre
– acte de mission 93, 95
– désignation 39, 41, 130, 162, 163, 164, 169
– international 50, 52, 149, 150
Autonomie
– de l'arbitrage 8, 284
– de la clause compromissoire 48, 91, 276
– de la volonté 2, 104

C

Capacité
– de compromettre 15
– des personnes morales de droit public 32
– juridique 15, 48, 213
CCI
– arbitrage CCI 170, 251
– Cour d'arbitrage de la CCI 30, 95, 169, 180, 188
– règlement d'arbitrage de la CCI 148
– sentence CCI 30, 32, 149, 166, 169,
CIRDI
– arbitrage CIRDI 6, 40, 177, 183, 192, 196, 204, 219, 220, 227, 232, 251, 254, 255
– clause CIRDI 177, 240, 256
– convention CIRDI 217, 221, 225, 233, 252
– compétence du CIRDI 107, 189, 190, 191, 208, 219, 231, 238, 258
– sentence CIRDI 180, 192, 220
– jurisprudence du CIRDI 188, 220, 230
– mécanisme supplémentaire 218, 225, 233, 252, 258
– Secrétariat du CIRDI 218, 226
Clause(s)
– arbitrale à effet unilatéral 108, 110, 111, 112, 113, 125, 209, 228
– arbitrale par référence 101, 102, 103, 104, 105, 106, 108, 118
– blanche 163, 164
– combinées 165, 166
– compromissoire par référence 28, 100, 101, 102, 106, 107
– d'arbitrage pathologique 165, 170,
– d'option irrévocable (*fork in the road/una via electa*) 253
– modèles 170, 220
CNUDCI
– Loi-type 130, 139, 140, 141, 145, 157, 162
– règlement (d'arbitrage) de la CNUDCI 180, 225
Compétence
– arbitrale 7, 28, 44, 45, 46, 48, 49, 95, 107, 129, 130, 184, 207, 212, 221, 223, 224, 226, 229, 230, 231, 233, 237, 241, 243, 245, 249, 251, 253, 254, 258, 259
– de la compétence 8, 194, 263
– de principe 250
– du juge 96, 156, 158, 165, 227, 258

Compromis
– catalyseur d'arbitrage 92
– d'arbitrage 86, 88, 89, 91, 93, 198, 199, 219, 262
– source d'arbitrage 90
Consentement
– contractuel 85
– non contractuel 179
Convention
– d'arbitrage international 29, 37, 135, 138, 143, 156, 200
– d'arbitrage interne 135
– de Genève (de 1961) 33, 138, 139, 151, 152, 153, 163, 164
– de juridiction 201, 239, 258, 259
– de La Haye (de 1907) 80, 94
– de New York (de 1958) 50, 66, 73, 74, 101, 103, 119, 130, 134, 137, 139, 144, 147, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 162, 192, 233, 234
– de sauvegarde des droits de l'homme 68, 74, 131, 184, 187, 256
– de Vienne sur le droit des traités (1969) 16, 206
– de Washington (de 1965) 6, 42, 139, 167, 173, 174, 177, 188, 193, 196, 211, 217, 218, 219, 220, 225, 232, 234, 237, 238, 251, 252, 253, 254, 255
Cour
– de Justice des Communautés européennes/CJCE 116, 136
– internationale de Justice/CIJ 24, 47, 79, 80, 138, 172, 193, 195, 215, 227, 228
– permanente d'arbitrage/CPA 33, 94, 170
– permanente de Justice internationale/CPJI 79, 80, 194, 208, 214

D

Défendeur 30, 145, 167, 186, 207, 214, 215, 230, 238, 254, 255
Demandeur(s) 40, 65, 66, 186, 190, 194, 214, 233, 253, 255
Droit
– à l'arbitrage 211, 212, 213, 214, 225, 226, 227, 228, 229, 250, 256, 257, 258,259, 262
– à l'arbitre 14
– applicable 41, 50, 51, 52, 95, 107, 108, 139, 147, 148, 150, 151, 154, 173, 176, 178, 236
Droits de l'homme 7, 74, 184, 254, 256

E

Émanation(s) de l'État 6, 24, 64, 65, 221, 241,
Exception(s)
– d'arbitrage 104, 107, 110, 147, 154, 156, 158, 226, 233
– d'incompétence 227
– préliminaires 172, 195, 228
Exécution
– contrat 36, 250
– sentence(s) 66, 73, 103, 134, 152, 154, 156, 157, 158, 160
– en nature 5
– forcée 160
Exequatur 21, 27, 28, 104, 150, 154, 155, 156, 160, 252

F

For
– loi du for 154
– état du for 157
– élection de for 50, 112, 116, 136, 166, 242
– prorogation de for 78
Forum
– *shopping* 98
– *prorogatum* 214, 226

I

Institution d'arbitrage 71, 94, 131, 164, 169, 188, 197
Investissement(s)
– Code andin 20
– *contract claims* 178, 240, 241, 248,
– État d'accueil/hôte 6, 131, 175, 176, 177, 179, 183, 184, 187, 195, 199, 201, 202, 204, 211, 212, 218, 221, 224, 225, 226, 230, 231, 235, 237, 239, 242, 244, 255, 256, 259
– État national (de l'investisseur) 172, 187, 202, 213, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 237, 239, 249, 251, 256, 258, 259
– incitation aux investissements 202, 222, 223
– notion 230
– protection/promotion 122, 129, 175, 177, 179, 183, 185, 187, 229, 232, 241, 248, 250, 251, 256
– traité bilatéral (TBI/BIT) 84, 107, 108, 174, 188, 196, 197, 198, 201, 205, 206, 207, 211, 231, 232, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 251, 255, 256, 259
– *treaty claims* 178, 185, 197, 240, 241, 248, 255

J

Juge
- d'appui 162, 164
- ordinaire 156, 165, 227, 229

Justice
- arbitrale 7, 13, 78, 80, 81, 90, 98, 124, 128, 130, 131, 261
- consensuelle 1, 2, 70, 78, 80, 261
- étatique 1, 2, 14, 68, 69, 78, 109, 112, 130, 160, 185, 229, 230, 261
- privée 1, 2, 34, 35, 39, 42, 48, 49, 53, 55, 123, 130

L

Liberté
- contractuelle 200
- de l'arbitrage 9, 11, 13, 50, 55, 68, 82, 249, 261
- des parties 41, 45, 47, 61, 63, 68, 263
- individuelle 14, 68, 119

Litispendance 109

M

Mesures provisoires/conservatoires 158, 214

O

Offre
- d'arbitrage 95, 143, 186, 193, 195, 196, 197, 199, 201, 206, 212, 232, 239
- de consentement 196
- de contrat 199, 204, 231

Ordre public international 28, 29, 30, 32, 48, 158

P

Partie étatique 15, 21, 24, 25, 26, 32, 33, 37, 38,b39, 40, 42, 53, 55, 186, 217, 226, 235

Pouvoir
- de compromettre 15, 16
- de juger 75, 78, 130, 148
- du/des signataire(s) 15, 29
- juridictionnel 67, 75, 193

Procédure
- arbitrale 27, 30, 40, 46, 73, 74, 80, 89, 92, 93, 114, 116, 126, 131, 138, 139, 148, 159, 171, 182, 183, 184, 185, 189, 200, 236, 243
- judiciaire 61, 69, 70, 76, 77, 190, 253, 258
- de droit commun 100
- d'exception/exceptionnelle 59, 100

Protection
- athlète 57, 107, 117, 118, 125, 126, 127, 128, 129, 259
- consommateur 44, 111, 112, 122, 123, 124, 125, 146, 158, 259
- employé/salarié 44, 59, 111, 126, 259
- intérêt général 14, 16, 21, 22, 39, 43, 45, 69, 172
- locataire 44, 111

Protection diplomatique 172, 174, 176, 206, 255, 262

Q

Qualification 2, 22, 70, 71, 72, 73, 82, 110, 119, 168, 180, 186, 191, 198, 199, 200, 203, 261

R

Reconnaissance 22, 28, 32, 42, 52, 55, 66, 73, 74, 78, 103, 114, 130, 134, 150, 151, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 160,161, 261

Recours
- à la force 171
- de droit public 118
- en annulation 28, 104
- en réforme 106, 156,

Règle(s)
- d'application immédiate 51
- d'ordre public 43, 52
- de conflit (de lois) 37, 51, 149
- de procédure 3, 41, 91, 130
- impératives 162
- matérielles 51, 149, 151

Règlement
- amiable 1, 96, 183, 254
- d'arbitrage 148, 169
- pacifique des différends 57, 79, 88, 89, 133

S

Sentence
- d'accord partie 224
- partielle 33, 136
- sur la compétence 29, 40, 196, 197, 223, 224, 233, 237, 238, 241

Stipulation pour autrui 110, 193, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214

T

Tribunal
- arbitral du sport/TAS 60, 103, 107, 117, 118, 119, 125, 127
- des différends irano-américain 65, 66, 76, 184, 200, 232

U
Usages 27, 28, 137, 141, 149

V
Voies de recours 9, 112, 172, 254

Dans la même collection

Claire LA HOVARY, *Les droits fondamentaux au travail : Origines, statut et impact en droit international*, 2009, 338 p.

Thierry KELLNER, *L'Occident de la Chine : Pékin et la nouvelle Asie centrale (1991-2001)*, 2008, 622 p.

Construire l'Europe : mélanges en hommage à Pierre du Bois, sous la direction d'André LIEBICH et Basil GERMOND, 2008, 300 p.

Pierre du BOIS, *Histoire de l'Europe monétaire 1945-2005 : Euro qui comme Ulysse…*, 2008, 252 p.

Benedikt SCHOENBORN, *La mésentente apprivoisée : De Gaulle et les Allemands, 1963-1969*, 2007, 432 p. – Prix Duroselle 2007.

Moustapha LÔ DIATTA, *Les Unions monétaires en droit international*, 2007, 380 p.

Mohammad-Reza DJALILI et Thierry KELLNER, *Géopolitique de la nouvelle Asie centrale*, 4e édition revue, 2006, 588 p.

Santiago VILLALPANDO, *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats*, 2005, 528 p.

D. L. TEHINDRAZANARIVELO, *Les sanctions des Nations unies et leurs effets secondaires*, 2005, 530 p.

François VOEFFRAY, *L'*actio popularis *ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, 2004, 406 p.

Marianne DUCASSE-ROGIER, *A la recherche de la Bosnie-Herzégovine : la mise en œuvre de l'accord de paix de Dayton*, 2003, 545 p.

Anne-Marie LA ROSA, *Juridictions pénales internationales : la procédure et la preuve*, 2003, 508 p.

Robert KOLB, *Théorie du* ius cogens *international*, 2001, 402 p.

Robert KOLB, *La bonne foi en droit international public*, 2000, 758 p.

Drazen PETROVIC, *L'effet direct des accords internationaux de la Communauté européenne*, 2000, 306 p.

Tradition et modernisation des économies rurales : Asie-Afrique-Amérique latine, mélanges en l'honneur de Gilbert Etienne, sous la direction de Claude AUROI et Jean-Luc MAURER, 1998, 392 p.

Anne-Marie LA ROSA, *Dictionnaire de droit international pénal : termes choisis*, 1998, 120 p.

Christian DOMINICÉ, *L'ordre juridique international entre tradition et innovation*, 1997, 536 p.

Marcelo KOHEN, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, 1997, 580 p.

Mutoy MUBIALA, *L'évolution du droit des cours d'eau internationaux à la lumière de l'expérience africaine*, 1995, 176 p.

Paul REUTER, *Introduction au droit des traités*, 3e édition, 1995, 260 p.

Yves BEIGBEDER, *L'Organisation mondiale de la Santé*, 1995, 208 p.

Bertha SANTOSCOY, *La Commission interaméricaine des droits de l'homme et le développement de sa compétence par le système des pétitions individuelles*, 1995, 211 p.

Nicolas LEVRAT, *Le droit applicable aux accords de coopération transfrontalière entre collectivités publiques infra-étatiques*, 1994, 456 p.

Moyen-Orient : migrations, démocratisation, médiations, sous la direction de Riccardo BOCCO et Mohammad-Reza DJALILI, 1994, 408 p.

L'Europe centrale et ses minorités : vers une solution européenne ?, sous la direction d'André LIEBICH et André RESZLER, 1993, 208 p.

Fatsah OUGUERGOUZ, *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, 1993, 480 p.

Armand ROTH, *La prohibition de l'appropriation et les régimes d'accès aux espaces extra-terrestres*, 1992, 302 p.

Agnès DORMENVAL, *Procédures onusiennes de mise en œuvre des droits de l'homme : limites ou défauts ?*, 1991, 280 p.

Miklos MOLNAR, *La démocratie se lève à l'Est*, 2e édition, 1991, 387 p.

Michel VIRALLY, *Le droit international en devenir*, 1990, 502 p.

Mohammad-Reza DJALILI, *Diplomatie islamique : stratégie internationale du khomeynisme*, 1989, 240 p.

Le consentement des parties à l'arbitrage international

Mode juridictionnel privé de règlement des litiges, l'arbitrage offre une alternative à la saisine du juge. Qu'il soit interne ou international, l'arbitrage repose généralement sur le consentement des parties. C'est donc à juste titre que celui-ci a été qualifié de pierre angulaire de l'arbitrage. Effectivement, c'est sur ce consentement que la justice privée s'est longtemps appuyée pour justifier sa légitimité, revendiquer son autonomie et conquérir un nouvel espace de liberté.

Solidement porté par le consentement qui lui sert de fondement, l'arbitrage n'a cessé de se développer au point d'apparaître de nos jours comme le mode normal de règlement des litiges du commerce international. On le dit particulièrement adapté au règlement de telle ou telle catégorie de litiges, manière d'affirmer sa vocation à étendre son emprise. Parvenu à l'âge adulte, c'est donc tout naturellement que l'arbitrage cherche à s'affranchir du caractère exceptionnel que lui imprime sa subordination au consentement, lequel apparaît de plus en plus comme un îlot de résistance à son expansion, sinon à son efficacité.

Première étude d'ensemble sur la question, le présent ouvrage a le grand mérite d'exploiter au mieux la richesse qu'offre une approche comparative, non seulement pour retracer le rôle important joué par le consentement dans l'évolution de l'arbitrage, mais aussi, et surtout, pour mettre à nu les multiples tentatives en vue de son émancipation de la tutelle des parties. Il en résulte une éclipse momentanée du consentement, qui ravive les contestations de la compétence arbitrale et dévoile à nouveau sa subordination au consentement, facteur de légitimation par excellence de l'arbitrage. C'est dire que le consentement ne fait pas que survivre à ces assauts, il réussit même à prospérer.

Autant de questions aussi brûlantes qu'actuelles, sur lesquelles cet ouvrage offre une analyse détaillée et des solutions originales.

2010

Ousmane Diallo est docteur en droit international de l'Institut universitaire de hautes études internationales (Genève). Auteur d'un ouvrage sur l'arrimage du franc CFA à l'euro, il a publié plusieurs études, portant notamment sur le droit de l'arbitrage et sur l'harmonisation internationale des règles de procédure.

28 €
ISBN : 978-2-13057-947-2

Image de couverture :
Stoa d'Attale, Athènes.
Photo Anne Stierlin

THE GRADUATE INSTITUTE | GENEVA
INSTITUT DE HAUTES ÉTUDES INTERNATIONALES ET DU DÉVELOPPEMENT
GRADUATE INSTITUTE OF INTERNATIONAL AND DEVELOPMENT STUDIES