



# L'arbitre et le droit

Alain Prujiner

---

*The author addresses the relationship between the arbitrator and the law, with an emphasis on the law and procedure that is applicable to international arbitration. It is demonstrated that arbitrators no longer automatically refer to the private international law of the state that is the seat of arbitration to determine the applicable law, nor to private international law rules of a particular country. On the contrary, there is a trend towards internationalizing the rules of private international law: the arbitrator obtains the governing law directly from an autonomous transnational legal system that has its own substantive and procedural rules in private international law.*

*L'auteur se penche sur la relation qui existe entre l'arbitre et le droit, en focalisant sur les questions de procédure et de droit applicable au fond du litige en arbitrage international. L'auteur montre que les arbitres ne se réfèrent plus automatiquement au droit international privé de l'Etat du siège afin de déterminer le droit applicable à la procédure ou au fond du litige, ni même au droit international privé d'un Etat en particulier. Au contraire, l'auteur avance que la tendance est à l'internationalisation des règles de droit international privé : l'arbitre puise directement les règles de rattachement d'un ordre juridique transnational autonome, qui dispose de ses propres règles de droit international privé, tant pour le fond du litige que pour la procédure arbitrale.*

## I. INTRODUCTION

L'arbitrage dit conventionnel, celui qui retient seul notre attention ici, est une institution juridique qui lie des dimensions contractuelles et juridictionnelles. Cela ressort clairement de l'ensemble de la doctrine actuelle<sup>1</sup>. La source contractuelle est fondamentale : l'arbitrage procède de la volonté des parties exprimée dans une convention d'arbitrage. Mais il est aussi entendu que cette fonction n'est pas seulement contractuelle. L'arbitre ne donne pas un avis juridique qui serait incorporé dans un contrat, il tranche un différend. Son intervention a des effets majeurs sur la compétence des tribunaux en particulier<sup>2</sup>.

L'arbitre doit être saisi d'un différend ou litige, ce qui exige l'existence d'un conflit<sup>3</sup> portant sur une prétention juridique<sup>4</sup>. Une partie invoque un droit à obtenir quelque chose de l'autre partie. L'arbitre est donc une juridiction, *juris dictio* : il exprime le droit pour trancher un différend. L'arbitre est donc un instrument à dire le droit<sup>5</sup>. La question que nous pouvons nous poser est alors : pour dire quel droit ?

Lorsque son cadre d'intervention est déterminé par le droit local, tout comme la solution juridique de la question posée, le lien de l'arbitre au droit semble assez simple. Ce droit unique va nécessairement déterminer à la fois les modalités de sa mission juridictionnelle ainsi que le contenu de sa décision au fond. Je laisse ici de côté le débat sur l'extranéité immanente de l'arbitrage soulevé à la Cour suprême dans l'affaire *Dell* alors que l'extranéité y relevait en fait d'autres éléments présents au dossier<sup>6</sup>.

La situation est très différente pour l'arbitre international. Son autonomie juridique croissante, que je vais exposer brièvement (II), entraîne plusieurs questions, par exemple : Quel est son droit de l'arbitrage ? Quel est le droit applicable au différend ? Voici les questions qui vont retenir notre attention, avant de vous proposer des réflexions sur deux aspects particulièrement liés à cette autonomie : les liens de l'arbitre au droit de l'arbitrage d'une part (III) et au droit applicable au litige d'autre part (IV).

- 
- 1 Par exemple, voir l'ouvrage de référence de Charles Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, Paris, LGDJ, 1987. Laura Bernheim- Van de Castele, *Les Principes Fondamentaux de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2012.
  - 2 Emmanuel Gaillard & Yas Banifatemi, « The Negative Effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators » dans Emmanuel Gaillard & Domenico Di Pietro, dir, *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*, London, Cameron May, 2008, 257-273.
  - 3 Cette exigence a été rappelée dans le jugement de la Cour suprême rendu dans *Sport Maska c Zittner*, [1988] 1 RCS 564 au para 95, où la Cour y affirme qu' : « en l'absence d'un différend né, on ne saurait parler d'arbitrage ».
  - 4 Si la prétention n'est pas juridique, mais économique ou sociale par exemple, la solution du conflit ne peut être fournie par l'application d'une règle de droit et ne relève donc pas d'un exercice juridictionnel. Sur la notion de prétention juridique, voir Alain Pujiner, « Désaccord, différend et litige » dans Catherine Ribot, dir, *Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Philippe Colson*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 2004, 73.
  - 5 Nous laissons ici de côté la situation de l'amiable compositeur dont la situation particulière par rapport au droit exigerait une analyse plus détaillée.
  - 6 Voir Alain Pujiner, « Commentaire du jugement *Dell Computer c Union des consommateurs* de la Cour suprême du Canada » (2007) 3 Rev arb 593 (Kluwer) ; *Dell Computer Corporation c Union des consommateurs et Oliver Dumoulin*, 2007 CSC 34 au para 51, [2007] 2 RCS 801 [*Dell*].

## II. AUTONOMIE JURIDIQUE DE L'ARBITRE INTERNATIONAL

Le développement de cette autonomie se constate autant quant à la procédure arbitrale elle-même (A) que sur le fond du différend (B).

### A. Le droit de l'arbitrage

À l'origine, la tendance dominante a été de considérer l'arbitre international comme une sorte de juridiction du pays du siège de l'arbitrage. Cette localisation entraîne l'arbitre saisi d'un litige international à être soumis au droit de l'arbitrage du lieu où il siège et à chercher le droit applicable au litige à l'aide du droit international privé de ce même droit.

Cette approche apparaît dans le premier instrument international adopté dans ce domaine, le *Protocole relatif aux clauses d'arbitrage*, adopté à Genève en 1923. Elle imprègne alors la doctrine et mène à une résolution en ce sens de l'Institut de droit international (discutée à Sienne en 1952 et adoptée à Amsterdam en 1957)<sup>7</sup>. Elle explique que dans la *Convention de New York*<sup>8</sup>, adoptée en 1958, l'expression « arbitrage international » proposée par la CCI n'ait pas été retenue et que les rédacteurs aient préféré s'en tenir aux « sentences étrangères » dans le titre comme dans le texte. Même si cette convention est incontestablement la source principale du développement de l'arbitrage international, l'expression même n'y est jamais utilisée. L'approche qu'elle adopte correspond à celle de la doctrine dominante à l'époque et elle tend à donner un rôle prépondérant aux tribunaux du siège<sup>9</sup>.

Des auteurs importants vont défendre cette approche avec force. Le texte de F.A. Mann *Lex Facit Arbitrum* de 1967 en est l'exemple le plus connu<sup>10</sup>. C'est un résultat du positivisme juridique qui entend écarter toute forme de recours à un système non étatique, dont la juridicité est nécessairement douteuse. Même si cette position inspire toujours une partie de la doctrine<sup>11</sup>, elle semble toutefois perdre de plus en plus d'influence, surtout sur les arbitres.

Ceux-ci ont en effet considéré assez rapidement que les litiges internationaux ne pouvaient être traités par le même droit de l'arbitrage que les litiges internes. Certaines juridictions avaient développé un concept d'arbitrage international, avec des règles spécifiques, mais cela n'était pas généralisé. Des règles locales adaptées aux besoins de l'arbitrage international n'étaient donc pas toujours disponibles, ou adéquates. Les arbitres ont alors commencé à s'en remettre directement

7 *L'arbitrage en droit international privé*, Rés Institut de droit international, 14e commission, Session d'Amsterdam (1957) [*Résolution d'Amsterdam*].

8 *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 10 juin 1958, 330 RTNU 3, RT Can 1986 no 43 [*Convention de New York*]. Elle prévoit cependant aussi son application aux sentences « qui ne sont pas considérées comme sentences nationales dans l'État où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées » (*ibid*, art I.1) ce qui implique bien une prise en compte des sentences « internationales ».

9 Voir *ibid* à art V.1(e), qui donne aux tribunaux du siège le pouvoir presque exclusif d'annuler une sentence.

10 FA Mann, « *Lex Facit Arbitrum* » dans Pieter Sanders, dir, *International Arbitration. Liber Amicorum for Martin Domke*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1967, 157.

11 Par exemple, voir les ouvrages d'Antoine Kassis, par exemple : Antoine Kassis, « The questionable validity of arbitration and awards under the rules of the international chamber of commerce » (1989) 6 *Kluwer Law International* 79 (Kluwer) ou le traité de Jean-François Poudret et Sébastien Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Zurich, Schulthess, 2002.

à des règles communes à plusieurs États, souvent des règles d'inspiration internationale, pour décider des questions de procédure à suivre.

De plus, ils ont aussi considéré que l'État du siège n'avait souvent qu'un lien assez ténu avec le litige. Ils ne voyaient donc pas l'à-propos de donner à son droit un rôle aussi important. Cette circonstance a mené à l'application des droits de l'arbitrage d'autres pays, comme celui du droit applicable au fond du litige choisi par les parties, qui semblait avoir plus de vocation à être pris en compte que le droit du siège.

Les parties elles-mêmes ont acquis une autonomie plus grande avec la reconnaissance de leur pouvoir de désigner le droit applicable à la procédure arbitrale. Les arbitres ont alors rapidement considéré qu'ils pouvaient aussi exercer ce droit à défaut pour les parties de l'avoir fait.

Cet effort a été appuyé par une autre partie de la doctrine, qui a défendu l'idée d'une délocalisation de l'arbitrage international. Cette tendance doctrinale semble assez largement dominante aujourd'hui<sup>12</sup>.

Cette approche a aussi été encouragée par la jurisprudence internationale des tribunaux de certains pays, en particulier en France<sup>13</sup>, qui affirme l'absence de rattachement de l'arbitrage international à un ordre juridique étatique. Elle est aussi à la base des décisions rendues dans les affaires *Hilmarton* et *Chromalloy* qui permettent d'exécuter dans d'autres pays des sentences annulées par les tribunaux du siège<sup>14</sup>.

Le degré d'autonomie des arbitres a augmenté d'un cran quand ils ont décidé qu'ils n'étaient pas limités aux droits étatiques sur l'arbitrage international, mais qu'ils pouvaient appliquer directement des règles internationales ou transnationales. Or, ce droit connaît un développement important.

Sur le plan normatif, rappelons le rôle de la CNUDCI qui a élaboré la Loi type (adoptée en 1985 et modifiée en 2006) et un règlement arbitral (adopté en 1976 et révisé en 2010) qui ont une grande influence, tant sur les législateurs<sup>15</sup> que sur les arbitres. Soulignons aussi les initiatives de l'IBA (*International Bar Association*) avec ses *Lignes directrices sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international* (2004), ses *Règles d'éthique applicables aux arbitres internationaux* (1987) et les *Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international* (2010), auxquelles Pierre Bienvenu a consacré beaucoup d'énergie, et qui sont de plus en plus

12 L'ouvrage de référence en ce sens est celui de Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard et Berthold Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996. Il importe aussi de mentionner deux études théoriques récemment parus sur l'autonomie de l'arbitrage international : Emmanuel Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010 ; Jan Paulsson, *The Idea of Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2014. Voir aussi les textes de Pierre Mayer, Bernard Oppetit, Pierre Lalive, Éric Loquin, Jan Paulsson, William W Park, etc.

13 Cass civ 1re, 29 juin 2007, (2007) Bull civ I, n° 1022.

14 Voir *Chromalloy Aeroservices v Egypt*, 939 F Supp 907 (D DC 1996)[*Chromalloy*] ; Cour suprême d'Autriche, 18 novembre 1982, *Norsolor v Pabalk Ticaret Sirketi*, reproduit dans [1982] Rev arb 519 ; Cass civ 1re, 23 mars 1994, (1994) Bull civ I 104 (reproduit dans (1994) Rev arb 327).

15 La Loi type a été mise en vigueur d'une manière ou d'une autre dans toutes les provinces canadiennes et au Parlement fédéral.

utilisées. Rappelons aussi les *Principes ALI/UNIDROIT de procédure civile transnationale* (2004) de l'*American Law Institute* et UNIDROIT, dont le champ déborde le seul arbitrage, mais qui offrent une grande source d'inspiration pour les arbitres.

Tous ces textes font l'objet d'une jurisprudence internationale élaborée par les arbitres et les tribunaux et qui est de plus en plus facilement accessible avec les nouvelles technologies de communication. Les plaidoiries en arbitrage commercial international comportent de plus en plus de références à des décisions rendues dans de nombreux pays, grâce aux banques de données existantes, comme CLOUT à la CNUDCI ou celle que l'Université McGill élabore en ce moment.<sup>16</sup>

Pour le droit de l'arbitrage international, il est donc possible de parler de mondialité de ce droit, pour emprunter ce terme à Édouard Glissant, et qui me paraît ici plus approprié que mondialisation. Il existe en effet une culture mondiale de l'arbitrage commercial international en plein développement, dont témoignent éloquemment les concours de plaidoiries dans ce domaine, qui permettent aux étudiants de nombreux pays d'argumenter sur des questions de procédures arbitrales internationales souvent totalement indépendantes des droits étatiques. Voir les équipes de jeunes juristes indiens, chinois, brésiliens, américains et européens s'affronter en argumentant à partir de règles internationales interprétées par les juges et les arbitres de nombreux pays, cela ne peut que convaincre qu'une nouvelle culture juridique processuelle est en plein essor dans le monde entier.

## B. Le droit applicable au différend

Une émancipation parallèle de l'arbitre est évidente à l'égard du choix de la norme applicable au fond du différend. Elle s'est faite pour les mêmes raisons et par étapes.

L'approche traditionnelle, celle de l'Institut de droit international, voulait que les arbitres soient soumis au droit international privé du droit du siège de l'arbitrage pour déterminer le droit applicable au différend. L'article 11 de la *Résolution d'Amsterdam* prévoyait que « [l]es règles de rattachement en vigueur dans l'État du siège du tribunal arbitral doivent être suivies pour déterminer la loi applicable au fond du litige »<sup>17</sup>. Dans cette logique territorialiste, même l'effet du choix du droit applicable par les parties était soumis à ce droit du siège<sup>18</sup>.

Les arbitres ont d'abord décidé d'écarter le droit international privé du siège au profit d'un autre droit international privé qu'ils jugeaient mieux adapté pour ce choix, et ils ont rapidement été suivis par les règlements d'arbitrage. L'arbitre pouvait donc choisir le droit international privé qui lui semblait le meilleur.

Comme ce choix du droit international privé était souvent guidé par le résultat qu'il produisait, c'est-à-dire la norme juridique applicable qu'il désignait, cette étape intermédiaire est apparue rapidement superflue aux arbitres, même si elle figurait encore dans les règlements (CCI ou CNUDCI par exemple). Ils ont donc adopté ce que l'on a désigné comme la voie directe, ce que les règlements ont fini par entériner. Nous allons y revenir.

---

16 *McGill Model Arbitration Law Database* : <[www.maldb.org/](http://www.maldb.org/)>.

17 *Résolution d'Amsterdam*, *supra* note 7, art 11.

18 *Ibid*, art 11(2).

Là aussi, un degré supplémentaire d'autonomie porte sur l'objet de la désignation et non la méthode : lorsqu'il a été acquis que les parties pouvaient choisir des règles de droit non étatiques, les arbitres ont pu considérer que cette option leur était ouverte aussi. Et depuis les débats doctrinaux animés sur la *lex mercatoria*, le droit commercial international s'est aussi beaucoup enrichi, en particulier avec l'adoption et le succès de la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale des marchandises*<sup>19</sup> et l'influence croissante des *Principes d'UNIDROIT*<sup>20</sup> sur la vente internationale.

Pour un arbitre international, des règles de droit spécifiquement conçues pour le commerce international semblent souvent mieux adaptées à ses besoins que celles d'un droit national donné. Il n'est donc pas surprenant qu'il existe une forte tendance à utiliser ce droit transnational, même si cette option soulève encore des résistances assez fortes<sup>21</sup>.

Il se dégage néanmoins de ce double mouvement d'émancipation une certitude : l'arbitrage est de plus en plus international aussi par ses sources. Cela oblige à faire des ajustements pratiques et théoriques qui ne sont pas toujours aisés. Les réflexions que je vous offre de partager aujourd'hui portent sur deux éléments qui me paraissent centraux dans la nouvelle architecture juridique de l'arbitrage international, l'un est lié au droit de l'arbitrage : l'affirmation que l'arbitre n'a pas de for ; et l'autre au choix du droit applicable au litige : la voie directe.

### III. LE FOR DE L'ARBITRE INTERNATIONAL

Sauf chez les derniers partisans du rattachement au droit du siège, il est désormais courant de lire chez la plupart des auteurs que l'arbitre international n'a pas de for<sup>22</sup>. Ce principe est aussi affirmé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Dell*, citant Sylvette Guillemard : «[L] arbitrage est une institution sans for et sans assise géographique »<sup>23</sup>.

L'expression vise d'abord à éliminer la localisation juridique antérieure au siège de l'arbitrage. Toutefois, cela n'a pas fait pour autant disparaître la réalité de ce siège, comme le rappelle Frédéric Bachand dans les *Mélanges Adrian Popovici* publiés récemment, dans un article intitulé « La non-intégration de l'arbitrage international à l'ordre juridique du siège : réalités et conséquences »<sup>24</sup>. Son approche n'est pas inspirée par un retour au droit du siège et il affirme bien

19 *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale des marchandises*, 11 avril 1980, 1489 RTNU 3, RT Can 1992 n° 2 [*Convention de Vienne*].

20 *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, Rome, UNIDROIT, 1994 [*Principes d'UNIDROIT*]. Ces principes ont été revus et développés en 2004 et en 2010.

21 Par exemple, voir le maintien en 2010, à l'article 35 du *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*, Rés AG 65/22, Doc off AG NU, 65<sup>e</sup> sess, supp no 17, Doc NU A/65/465 (2010) [*Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*], du terme « loi » pour le choix des arbitres par opposition aux « règles de droit » que peuvent désigner les parties.

22 Fouchard, Gaillard et Goldman, *supra* note 12 au para 1181.

23 *Dell*, *supra* note 6 au para 51, citant Sylvette Guillemard, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006 à la p 77.

24 Frédéric Bachand, « La non-intégration de l'arbitrage international à l'ordre juridique du siège : réalités et conséquences » dans Générosa Bras Miranda et Benoît Moore, dir, *Mélanges Adrian Popovici : Les couleurs du droit*, Montréal, Thémis, 2010, 387. Cette thèse implique que le juge du siège doit toujours considérer le contexte international lors de l'interprétation des sources locales : Frédéric Bachand, « Court Intervention in International Arbitration: The Case for Compulsory Judicial Internationalism » (2012) 12:1 J Disp Res 83.

que la juridicité de l'arbitrage ne vient pas du droit du siège. Il propose plutôt une conception nuancée des liens entre l'arbitrage et l'ordre juridique du siège et les nuances qu'il retient l'amènent en fait à donner une préséance marquée aux règles transnationales lorsque les règles locales y dérogent.

L'affirmation de cette absence de for peut être vue comme entraînant une rupture du droit de l'arbitrage international avec les droits étatiques. Si l'arbitre n'a pas de for, il ne peut plus avoir un droit de l'arbitrage d'office. Comment le choisir alors ? Il peut avoir été désigné par les parties dans leur convention, quoique ce ne soit pas encore une pratique très courante. Même en ce cas, quel est le droit qui rend obligatoire le respect de ce choix par l'arbitre ? Et si aucun choix n'a été fait, quel est le droit de l'arbitrage qui sera applicable ? En cas de contestations relatives à la constitution du tribunal arbitral, de sa compétence, des procédures qu'il entend suivre, sur quelles bases juridiques l'arbitre pourra-t-il trancher ? L'arbitre international n'est pas dans un vide juridique pour trancher ces questions. Dès qu'il est investi, il doit pouvoir référer à un corpus juridique.

Le seul système juridique applicable à sa portée alors ne peut être que le système international ou transnational. L'existence de cet ordre est au cœur de l'approche dite transnationale, défendue par la doctrine<sup>25</sup> et une partie croissante de la jurisprudence<sup>26</sup>. C'est ce système qui fournit les règles de rattachement juridictionnel qui permettent à l'arbitre de fonctionner et de trancher les diverses contestations qui peuvent surgir, et ce sont elles qui lui confèrent l'autorité de le faire. De ce point de vue, l'arbitre international a un for juridique : le droit transnational, dont il est le gardien tout autant que le juge l'est de son droit national. Un bon exemple en ce sens est fourni dans les débats actuels sur les facteurs à prendre en compte à propos des modalités du consentement à la procédure arbitrale de chaque partie dans un arbitrage international<sup>27</sup>.

Il faut donc relativiser l'absence de for. Elle est exacte géographiquement, mais non juridiquement. L'effet juridictionnel de l'arbitrage ne peut venir de la seule volonté des parties : il faut bien qu'un droit lui donne l'*effet obligatoire* recherché. Chaque État devra ensuite décider du sort que son propre système juridique accordera à cet arbitrage (par exemple, dans la phase d'exécution de la sentence), mais auparavant, lorsque l'arbitre est saisi, le seul système juridique qui peut le guider dans son action est bien le système transnational.

Le contenu de ce droit aux origines très variées est assez homogène, fondé sur plusieurs textes internationaux provenant de la CNUDCI (dont le *Règlement d'arbitrage*<sup>28</sup>, qui a une grande influence), les divers règlements d'arbitrage institutionnels, la jurisprudence internationale, systématiquement publiée par la CNUDCI et d'autres sources, dont l'Université McGill, sans oublier la doctrine bien sûr, dont le rôle a été souligné par la Cour suprême du Canada, cette

---

25 Emmanuel Gaillard, « L'ordre juridique arbitral: réalité, utilité et spécificité » (2010) 55 RD McGill 891.

26 Voir Dominique Hascher, « The Review of Arbitral Awards by Domestic Courts – France » dans Emmanuel Gaillard, dir, *The Review of International Arbitral Awards*, vol 6, Huntington (NY), Juris, 2010, vol 6, 97.

27 Bernard Hanotiau, « Consent to Arbitration: Do We Share a Common Vision ? » (2011) 27 : 4 Arb Int'l 539 (Kluwer) ; William W Park, « Non-Signatories and International Contracts: An Arbitrator's Dilemma » dans Belinda MacMahon, dir, *Multiple Party Actions in International Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 1.

28 *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*, supra note 21.

« pensée internationale » qui est aussi une source du droit québécois<sup>29</sup>. Il est même possible de parler d'une culture processuelle internationale qui a intégré des éléments assez divergents au départ des procédures civilistes, plus documentaires, et de common law, qui reposent davantage sur les témoignages. Les règles d'administration de la preuve de l'IBA reflètent bien la pratique arbitrale qui s'était développée au fur et à mesure des années. Ce syncrétisme procédural est maintenant intégré dans les formations juridiques de nombreuses universités dans le monde et facilite fortement une gestion efficace des procédures arbitrales internationales.

Même s'il est métissé, ce système juridique autonome possède ses règles de rattachement juridictionnel et ce sont ces règles qui fondent le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, tout comme son imperium, l'imperium limité nécessaire à l'exercice de toute mission juridictionnelle<sup>30</sup>. Un bon exemple de ces règles de rattachement est souvent donné au début des instruments internationaux existants, comme l'article 1 de la *Convention de New York* ou celui de la Loi type de la CNUDCI, lorsqu'elle définit l'arbitrage international. Et c'est donc ici que ce droit international de l'arbitrage contient la règle de la voie directe qui retiendra maintenant notre attention.

#### IV. LA VOIE DIRECTE ET LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Si le droit applicable au fond n'a pas été choisi par les parties, l'arbitre doit le désigner. Nous avons vu que les arbitres ont commencé par se libérer de l'obligation de suivre le droit international privé du siège en décidant de choisir eux-mêmes la règle de rattachement la plus appropriée suivant leur jugement. Même si cette règle était inscrite dans les règlements d'arbitrage les plus utilisés à l'époque, ils ont aussi décidé de s'affranchir du recours à toute règle de rattachement nationale explicite. C'est ce que désigne l'expression voie directe.

Elle peut donner une fausse impression, celle d'un rejet de toute règle de rattachement du droit international privé. Certains ont même cru que les arbitres s'étaient ainsi libérés de toute règle de rattachement<sup>31</sup>. C'est une erreur de perspective qui a été rapidement corrigée<sup>32</sup>. Dans un article publié en 2003, Filali Osman et Saber Salama en font une démonstration convaincante<sup>33</sup>. La jurisprudence arbitrale va dans le même sens. Dans leurs sentences, les arbitres expliquent leur rattachement à l'aide de raisonnements classiques de recherche du droit le plus apte à régir le litige. Par exemple, nous pouvons mentionner l'analyse détaillée faite par l'arbitre unique X.A. de Mello dans une sentence publiée dans la *Revue de l'arbitrage*<sup>34</sup> ou celle rendue en 1992 et qui aboutit à l'application d'un droit national (le droit libanais) au nom d'une règle internationale de

29 Voir Dell, *supra* note 6.

30 Sur ce point, voir l'analyse de David Chekroun, « L'imperium de l'arbitre » (2009) 52 Archives de philosophie du droit 135, et plus globalement, Charles Jarrosson « Réflexions sur l'impérium » dans *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, 245.

31 Voir Éric Loquin, « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international » (1983) 110 JDI 293 ; Berthold Goldman, « La volonté des parties et le rôle de l'arbitre dans l'arbitrage international » (1981) Rev arb 482 (Kluwer).

32 Voir Andreas Bucher, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, Bâle, Helbing et Lichtenhahn, 1988.

33 Filali Osman et Saber Salama, « Les méthodes de détermination du droit applicable par l'arbitre : vers un rattachement de la "voie directe" à la méthode conflictuelle » (2003) 21 : 2 ASA Bulletin 272.

34 *Primary Coal v Compania Valenciana de Cementos Portland* (1988), (1990) 3 Rev arb 663 (International Chamber of Commerce). Le résultat final justifie le recours à la *lex mercatoria*.

rattachement<sup>35</sup>. Des sentences récentes montrent toujours ce recours des arbitres à des facteurs de rattachement pour décider du droit applicable. C'est le cas dans le dossier CCI 14154 (inédit) dans lequel l'arbitre « *chooses the closest connection test to determine the applicable substantive law* » dont il dit qu'il s'agit d'un « *well established test in private international law which has been repeatedly applied by ICC arbitral tribunals* »<sup>36</sup>. Il utilise ensuite le critère de l'établissement de celui qui fournit la performance caractéristique, une démarche familière aux juristes d'ici. Dans un autre dossier récent de la CCI, l'arbitre « *considers that the classic connecting factors used by doctrine and jurisprudence all point to the law of [X] as the governing law of this agreement* »<sup>37</sup>.

Il s'agit donc seulement de l'élimination de l'obligation de passer par un droit international privé étatique donné. L'arbitre reste obligé de justifier le choix qu'il fait d'un système juridique ou d'une norme donnée et lorsque l'on lit les sentences sur ce point, il est évident que les arbitres procèdent à des rattachements selon la démarche classique du droit international privé, à l'aide de facteurs de rattachement. C'est dans le choix de ces facteurs qu'ils semblent avoir plus de liberté que le juge étatique.

Pour prendre un exemple, dans une vente d'usine BOT, l'arbitre peut écarter le rattachement le plus courant, celui au domicile d'une des parties (vendeur ou acheteur) en faveur de la localisation de l'usine pour un litige lié à son opération. Un juge pourrait plus difficilement le faire. Par exemple, un juge québécois serait lié par l'article 3114 du *Code civil du Québec*, à moins d'en invoquer l'article 3082, qui exige une justification très forte.

L'arbitre international fait donc du droit international privé et le droit international privé qu'il utilise est celui du droit transnational, non celui d'un État donné. Les règles de ce droit répondent aux mêmes structures de raisonnement que les droits étatiques. Elles offrent seulement plus de flexibilité.

Si le droit applicable au fond a été désigné par les parties, ce choix sera respecté par les arbitres. Ce respect de l'autonomie de la volonté des parties est au cœur de quasiment tous les droits internationaux privés étatiques. Il sera donc aussi appliqué par les juges de ces États. Mais de quel droit vient l'obligation de ce respect par les arbitres ? Dans ce cas, il est vrai que l'unanimité des droits disponibles permet d'appliquer une justification westphalienne<sup>38</sup>, fondée sur la convergence des droits étatiques. Il est aussi possible de l'appuyer sur le droit international ou transnational. Le respect du choix des parties est alors une règle transnationale de droit international privé, de l'ordre juridique arbitral pour continuer avec les notions proposées par Emmanuel Gaillard<sup>39</sup>.

En l'absence de choix des parties, les arbitres doivent identifier le droit applicable. Ils ne le font pas par une recherche libre de toute référence, mais en analysant les arguments présentés par les parties qui privilégient des droits différents et des rattachements opposés. Pour justifier

---

35 Déc n° 6500 (1992), 119 JDI 1015 (International Chamber of Commerce).

36 Il réfère à plusieurs décisions publiées et à H Van Houtte, « The Vienna Sales Convention in ICC Arbitral Practice » (2000) 11 : 2 ICC International Court of Arbitration Bulletin 22.

37 Déc n° 13092, (International Chamber of Commerce) [non-publié].

38 Suivant l'expression d'Emmanuel Gaillard, voir son cours à l'Académie de droit international de La Haye, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007 à la p 50 et seq (Brill).

39 *Ibid* à la p 60-71 ; Gaillard, « *Ordre juridique* », *supra* note 25.

leur choix, les arbitres doivent alors expliquer quels sont les facteurs de rattachement qui leur paraissent les plus pertinents. En fait, ils appliquent le principe de proximité, qui inspire tout autant la plupart des droits internationaux privés étatiques. Ils invoquent d'ailleurs assez souvent les facteurs des droits étatiques pour justifier leur propre démarche.

Cela est aussi vrai lorsque les arbitres désignent le droit international ou transnational comme droit applicable. La voie directe est aussi utilisée depuis ses débuts pour échapper à la désignation d'un droit étatique lorsqu'aucun ne s'impose comme droit applicable au fond. La recherche d'un droit à la fois neutre et bien adapté aux conditions particulières du commerce international conduit souvent les arbitres à choisir le droit matériel transnational. Il n'y a pas seulement un ordre juridique arbitral, ordre juridique de nature plutôt juridictionnelle, mais aussi un ordre juridique commercial transnational, qui offre aussi des normes matérielles spécifiques qui permettent aux arbitres de justifier leurs décisions. Et cet ordre juridique transnational dispose aussi de ses propres règles de rattachement.

Le droit international privé n'est en effet pas limité au droit des États. Tout système juridique autonome doit être doté de règles de rattachement qui déterminent quand ses normes doivent être utilisées. Cela est aussi vrai du droit international ou transnational. Une bonne démonstration en est faite par la *Convention de Vienne* qui commence par établir son champ d'application à son premier article. Certains arbitres ont aussi utilisé les conventions de rattachement de La Haye, même non en vigueur, comme justification de leur choix<sup>40</sup>. Les *Principes d'UNIDROIT* désignent aussi leurs critères de rattachement, dans leur Préambule surtout. Ces règles manifestent en effet un certain consensus international sur les rattachements, surtout dans le domaine contractuel.

De plus, l'autonomie de l'arbitre ne porte pas seulement sur la méthode de rattachement, mais aussi sur son objet. Tout comme les parties, il peut désigner un droit étatique ou un droit transnational. À moins d'être un amiable compositeur, il doit cependant s'en tenir à des règles de droit, comme le rappelle justement Fabien Gélinas : la juridicité ne peut provenir du contrat, mais elle est présente dans le système international d'une manière de plus en plus incontestée<sup>41</sup>.

L'arbitre international dispose donc d'un droit international privé, tout autant que le juge étatique. Le fait que ce droit international privé soit moins précis que certains droits étatiques ne lui enlève pas son caractère juridique. D'autant que sa souplesse est voulue pour permettre une adaptation à des situations très variées<sup>42</sup>.

Dans cet exercice de rattachement, est-ce que cette souplesse est telle que l'arbitre pourrait procéder à un rattachement à une règle non invoquée par l'une ou l'autre des parties ou est-il limité au choix offert par les parties ? C'est un aspect particulier d'une question plus vaste sur l'autonomie de l'arbitre par rapport aux parties.

---

40 En particulier, la *Convention sur la Loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises*, 22 décembre 1986, adoptée pour compléter la *Convention de Vienne*, *supra* note 19. Sur ce sujet, voir Vincent Heuzé, *La vente internationale de marchandises*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2000 aux pp 11-69.

41 Fabien Gélinas, « Codes, silence et harmonie – Réflexions sur les principes généraux et les usages du commerce dans le droit transnational des contrats » (2005) 46 : 4 C de D 941.

42 Voir Mireille Delmas-Marty, *Le flou du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 2004. L'imprécision du droit renforce la marge d'interprétation de l'arbitre.

Pour prendre un exemple judiciaire récent, la Cour d'appel du Québec a récemment appliqué d'office aux deux parties à un contrat international les règles de la *Convention de Vienne* alors que les parties invoquaient seulement les règles du droit civil interne des États en cause<sup>43</sup>. La décision est manifestement bien fondée, la *Convention de Vienne* faisant partie du droit des deux États en question et elle était applicable incontestablement en vertu de son article 1. Les parties l'avaient ignorée dans leurs arguments. La Cour a quand même fondé sa décision sur le contenu de cette convention. Un arbitre aurait-il pu ou dû faire la même chose ?

Il me semble que la réponse est oui. L'arbitre doit donner la meilleure base juridique possible à sa décision. La mission de l'arbitre ne lui permet pas de rendre justice en ignorant la solution qui lui semble juridiquement la mieux fondée pour la seule raison qu'elle ne lui a pas été présentée par l'une des parties. Ce serait donner un effet exagéré à l'aspect contractuel de l'arbitrage. La volonté des parties est à l'origine de l'arbitrage, elle ne doit pas en influencer indûment la mission juridictionnelle. Cette opinion ne fait pas l'unanimité et certains estiment que l'arbitre ne devrait pas jouer un rôle aussi actif dans le litige. Il me semble pourtant qu'à moins que les parties aient convenu de limiter le rôle de l'arbitre à choisir l'une des solutions proposées par elles, selon la technique dite de l'arbitrage « baseball »<sup>44</sup>, l'arbitre doit pleinement exercer sa fonction de *juris dictio* : il doit dire le droit tel qu'il est et il ne peut en ignorer des dimensions importantes du fait d'une ignorance des parties. Le droit des parties de choisir le droit applicable ne leur permet pas de sélectionner l'un ou l'autre des éléments de ces droits à leur convenance. Il est vrai cependant qu'elles peuvent en exclure les dispositions supplétives (comme celles de la CVIM), mais il me semble que cette exclusion doit être explicite pour s'imposer à l'arbitre.

Par contre, l'arbitre devra procéder suivant les règles procédurales du droit international de l'arbitrage, c'est-à-dire soumettre ce point de droit à l'attention des parties à l'avance et leur donner la possibilité de faire valoir leurs arguments avant de procéder. Si la règle juridique en question est supplétive, les parties pourront encore s'entendre pour l'écarter. C'est ainsi que le droit transnational de l'arbitrage fait le lien entre les dimensions contractuelles et juridictionnelles de l'arbitrage. L'arbitre n'est pas seulement au service des parties, il est aussi au service du droit. Il ne peut négliger cette deuxième fonction au profit de la première. Si les parties l'ont choisi, c'est pour qu'il utilise pleinement ses capacités juridiques dans le règlement de leur différend, y compris dans sa détermination des règles juridiques applicables.

## V. CONCLUSION

L'arbitre international a atteint une autonomie juridique remarquable. Cela ne l'amène cependant pas dans des limbes juridiques, dans une zone de non-droit. Les limbes n'existent plus, en droit non plus... Il ne faut pas oublier que la motivation profonde des arbitres internationaux dans la démarche d'émancipation que nous avons décrite a été et reste l'amélioration de leur capacité à rendre justice. C'est le volet juridictionnel de leur action. Ils doivent être capables de

---

43 *Mazzetta Company LLC c Dégust-Mer*, inc 2011 QCCA 717 (disponible sur CanLII) (QC CA).

44 Voir la description faite en ligne: Centre canadien d'arbitrage commercial, « Why Choose Arbitration ? » (2014), en ligne : CCAC-ADR.org < <http://www.ccac-adr.org/fr/arbitrage-pourquoi.php>>. C'est une technique qui est proche de la médiation dans sa logique.

livrer une justice de même qualité que les juges. Bruno Oppetit en a donné une forte illustration dans son texte intitulé : « Justice étatique et justice arbitrale »<sup>45</sup>. L'environnement international de son action oblige l'arbitre à justifier la pertinence de chacune des règles ou normes qu'il utilise. Il dispose pour ce faire d'un droit international de l'arbitrage de plus en plus développé et d'un droit international privé du droit du commerce international qui semble bien adapté à ses besoins.

Les réflexions que je viens de vous soumettre visent à attirer l'attention sur le fait que l'internationalisation du droit de l'arbitrage ne s'accompagne pas d'une mise de côté du droit international privé comme certains le perçoivent peut-être. Ils trouveront probablement qu'après qu'ils aient réussi à le faire sortir par la porte de la voie directe, je le fais revenir par la fenêtre... Pourtant ce n'est pas la nostalgie ou une sentimentalité déplacée qui me motivent. C'est la logique juridique qui place l'arbitre international dans une nécessité particulièrement élevée de justifier le choix des règles qu'il retient tant pour le droit de l'arbitrage que pour celui du fond, donc de procéder en permanence à un rattachement juridictionnel et normatif explicite. Or les principaux instruments juridiques dont il dispose pour ce faire sont le droit international de l'arbitrage et le droit international privé du droit commercial international et transnational. Il s'ensuit que l'arbitre est le gardien de ce droit international et transnational comme le juge l'est de son droit local. Il a donc bien un for juridique, même s'il n'est pas localisé.

---

45 Bruno Oppetit, « Justice étatique et justice arbitrale » dans *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, 415.