

---

## Où va l'arbitrage international ?

**Philippe Fouchard\***

Quoique sa souplesse complique la tâche, il est fort intéressant d'étudier les grandes tendances de l'arbitrage du commerce international, surtout depuis les réformes en droit canadien. D'un côté, l'arbitrage suit une grand'route. Le nombre de litiges confiés à l'arbitrage ne cesse de croître, engendrant une concurrence entre les diverses juridictions. Les conventions internationales et les réformes législatives se succèdent, rendant l'arbitrage dans le commerce international plus efficace et accroissant son autonomie par rapport au droit interne. De l'autre côté, cependant, l'arbitrage emprunte également des chemins de traverse. La cohésion des opérateurs, qui avait assuré son succès, cède la place à la confrontation d'intérêts difficilement réconciliables. Ainsi l'arbitrage se retrouve dans une impasse juridique, et sombre dans les chicanes procédurières. Certes, d'autres méthodes de règlement des différends profiteront de cette incertitude, mais la flexibilité de l'arbitrage devrait lui permettre de surmonter ces difficultés.

Although the flexibility of international commercial arbitration complicates the task, it is nevertheless interesting, particularly in light of recent reforms to Canadian law on the subject, to examine the major characteristics of this regime of dispute resolution. The number of disputes being referred to arbitration continues to grow, giving rise to greater competition among various jurisdictions. International conventions and legislative reforms have made arbitration in the international commercial sphere more efficient and more independent of national law. On the other hand, international arbitration is at a crossroads: the cohesion of parties, which earlier ensured the success of arbitration, is now counterbalanced by the pressures of conflicting interests which are only reconciled with difficulty. Arbitration therefore finds itself in a legal impasse, bound up in procedural disputes. Other methods of dispute resolution will undoubtedly benefit from this uncertainty, but the flexibility of arbitration should eventually enable it to overcome these difficulties.

\* \* \*

---

\* Professeur à l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, Professeur invité à la Faculté de droit de l'Université McGill (Montréal). Ce texte est une version remaniée et complétée d'une conférence donnée à la Faculté de droit de l'Université de Montréal le 17 novembre 1988 et à la Faculté de droit, section de droit civil, de l'Université d'Ottawa, le 24 novembre 1988.

*Sommaire*

- I. La grand'ronte
  - A. *L'élargissement de la voie*
  - B. *L'aplanissement des obstacles*
    - 1. Les manifestations de faveur
    - 2. Les résultats de l'effervescence
- II. Les chemins de traverse
  - A. *L'impasse juridique*
  - B. *La déviation processuelle*

\* \* \*

1. — La question posée a quelque chose d'incongru, et pour tout dire de vaguement ridicule. L'image utilisée suggère un déplacement, et j'entends les bons esprits répondre : « mais où voulez-vous qu'il aille ? » Nulle part ! L'arbitrage, même international, n'est ni un moyen de transport, ni un voyageur...

En réalité, le titre choisi l'a été pour permettre de décrire une évolution, un mouvement, une sorte de dynamique du phénomène de l'arbitrage international, et de le faire dans une vue prospective.

La méthode prospective, appliquée au droit, ne manque pas d'intérêt, en effet, lorsque l'on veut réfléchir sur le sens d'une institution, et prendre quelque recul par rapport à la stricte technique juridique, qui nous rend à la longue un peu myopes... En un mot, il s'agit, à partir des tendances récentes les plus significatives (et il faut évidemment déceler celles qui le sont), de rechercher les germes des évolutions futures, d'esquisser les mouvements de fond qui se dessinent et se poursuivront, et donc, en l'occurrence, d'engager aussi une réflexion sur ce que sera ou ce que pourrait être l'avenir de l'arbitrage international.

2. — La difficulté d'une telle prévision est évidente, ne serait-ce que parce que l'arbitrage est une institution essentiellement malléable, dont la principale caractéristique est la souplesse. Il implique donc la diversité, et ne se prête pas à l'idée d'un « modèle ». Grâce à ses capacités d'adaptation, il évolue rapidement, selon les besoins propres à telle région du monde ou à

telle branche d'activité. Il est à même de « rebondir » à tout moment, de surmonter les crises qu'il traverse ou traversera.

3. — Pour réduire l'incertitude des scénarios, à défaut d'une limitation géographique, il est opportun de se cantonner ici au seul arbitrage international. Il s'agira, bien sûr, non de l'arbitrage du droit international public (entre sujets du droit des gens), mais de l'arbitrage dans le commerce international, dominé par le droit privé, même si les États ou leurs émanations participent souvent, de nos jours, comme opérateurs, aux échanges économiques internationaux. Quant à l'internationalité de l'arbitrage, sans s'interroger davantage sur les critères possibles que l'on peut retenir pour la définir<sup>1</sup>, il suffit de dire ici, à la suite de l'article 940.6 du *Code de procédure civile* québécois et de l'article 1492 du nouveau *Code de procédure civile* français<sup>2</sup>, que l'arbitrage est international « s'il met en cause des intérêts du commerce international ».

4. — Sera donc exclue de notre réflexion, en principe, l'évolution de l'arbitrage en droit interne. Le destin de celui-ci, en effet, est très intimement lié à chaque système juridique. Il dépend de trop de variables pour autoriser une quelconque synthèse : parmi les facteurs décisifs, on notera entre autres la faveur ou l'hostilité que lui montre chaque système juridique, l'étendue du contrôle judiciaire auquel il est soumis, ou l'importance de sa pratique effective à l'intérieur du pays en question...

La coupure entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international ne peut être totale, cependant. Dans une certaine mesure, le sort de l'arbitrage international dépend du traitement réservé à cette méthode de règlement des différends dans les droits internes.

5. — On l'a bien vu au Canada et au Québec<sup>3</sup>. Dans les provinces de *common law*, l'arbitrage a été soumis à une tutelle judiciaire étroite, inspirée du droit

---

<sup>1</sup>Voir par exemple la liste des critères alternatifs retenus par la *Loi-type sur l'arbitrage commercial international*, 21 juin 1985, dans *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI/UNCITRAL) sur les travaux de sa 18e session*, Doc. off. AG NU, 40e sess., Supp. no 17, Doc. NU A/40/17 à l'art. 1er, parag. 3 [ci-après *Loi-type de la CNUDCI*].

©Revue de droit McGill  
McGill Law Journal 1989

<sup>2</sup>Décret no 81-500 du 12 mai 1981, J.O., 14 mai 1981, 1830, Gaz. Pal. 1981.1re sem. Lég. 307.

<sup>3</sup>Sur le droit canadien de l'arbitrage avant 1986, cf. notamment les ouvrages de J.E.C. Brierley, « International Trade Arbitration : The Canadian Viewpoint », dans R.St.J. Macdonald, G.L. Morris et D.M. Johnson, éd., *Canadian Perspectives on International Law*, Toronto, U. of Toronto Press, 1974 à la p. 826 ; L. Kos-Rabcewicz-Zubkowski, *Commercial and Civil Law Arbitration in Canada*, Ottawa, U. of Ottawa Press, 1978 ; R.H. McLaren et E.E. Palmer, *The Law and Practice of Commercial Arbitration*, Toronto, Carswell, 1982 ; P. Ferland, *L'arbitrage conventionnel*, Montréal, Thélème, 1983 ; J. Beguin, *L'arbitrage commercial international*,

anglais, tandis qu'au Québec, sous l'influence du droit français, la clause compromissoire a été prohibée ou contestée jusqu'à l'intervention de la Cour suprême du Canada, le 17 mai 1983<sup>4</sup>. Ces facteurs n'ont pas favorisé le développement de la pratique de l'arbitrage. Même si les entreprises canadiennes sont évidemment amenées à signer des clauses compromissoires et à participer à des arbitrages internationaux, on devine que la situation interne du Canada ne lui a pas permis de devenir une terre d'élection pour cette méthode de règlement des différends.

Et lorsqu'en 1985, le fédéral et les provinces ont décidé de réformer l'arbitrage<sup>5</sup>, si la plupart de celles-ci ont adopté des règles spécifiques pour l'arbitrage international, ce ne fut le cas ni du Canada, ni du Québec. Le *Code d'arbitrage commercial*<sup>6</sup> adopté par le premier a repris la *Loi-type de la CNUDCI*, mais pour l'appliquer à tous les arbitrages relevant de la compétence fédérale. Le second, dans sa loi du 11 novembre 1986, s'est inspiré de cet instrument et de la *Convention de New York* de 1958, mais sans les réserver à l'arbitrage international, et a adopté les mêmes règles d'accueil pour toute sentence rendue hors du Québec, qu'elle l'ait été à l'étranger ou dans une autre province<sup>7</sup>.

---

Montréal, Yvon Blais, 1987 et N. Antaki et A. Prujiner, éd., *Actes du 1er Colloque sur l'arbitrage commercial international*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1986 [ci-après *Colloque de Québec 1985*]. Parmi les articles, voir notamment : L. Kos-Rabcewicz-Zubkowski, « Canada » (1977) *Yb. Comm. Arb.* à la p. 16 ; M. Pomerleau, « L'arbitrage interprovincial et international au Canada : Aspects constitutionnel et législatif » [1985] *Rev. arb.* 373 ; J.E.C. Brierley, « Overview of International Commercial Arbitration in Quebec and in the Canadian Common Law Provinces », dans *Colloque de Québec 1985*, *ibid.* à la p. 273.

<sup>4</sup>*Zodiak International Productions Inc. c. The Polish People's Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529.

<sup>5</sup>Sur les réformes canadiennes en général, voir notamment : H. Alvarez, « La nouvelle législation canadienne sur l'arbitrage commercial international » [1986] *Rev. arb.* 529 ; J.E.C. Brierley, « Canadian Acceptance of International Commercial Arbitration » (1988) 40 *Me. L.Rev.* 287 ; E.C. Chiasson, « Canada : No Man's Land no More » (1986) 3 :2 *J. of Int'l Arb.* 67 ; M. Lalonde, « The New Environment for Commercial Arbitration in Canada » (1987) 1 *Rev. of Int'l Bus. Law* 31 ; E.P. Mendes, « Canada : A New Forum to Develop the Cultural Psychology of International Commercial Arbitration » (1986) 3 :3 *J. of Int'l Arb.* 71 ; A. Dorais, « L'arbitrage commercial — Développements législatifs » (1987) 47 *R. du B.* 273 ; G. Cohen, « La reconnaissance et l'exécution au Canada des sentences arbitrales étrangères » (1987) 47 *R. du B.* 435 ; H. Alvarez, « The Role of Arbitration in Canada — New Perspectives » (1987) 21 *U.B.C. L.Rev.* 247 ; W.C. Graham, « The Internationalization of Commercial Arbitration in Canada : a Preliminary Reaction » (1987) 13 *Can. Bus. L.J.* 1 ; R.K. Paterson et B.J. Thompson, *UNCITRAL Arbitration Model in Canada*, Toronto, Carswell, 1987.

<sup>6</sup>Introduit par la *Loi sur l'arbitrage commercial*, S.C. 1986, c. 22, sanctionnée le 17 juin 1986.

<sup>7</sup>Sur la réforme québécoise, réalisée par la *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile en matière d'arbitrage*, L.Q. 1986, c. 73, sanctionnée le 11 novembre 1986, voir notamment : J.E.C. Brierley, « Une loi nouvelle pour le Québec en matière d'arbitrage » (1987) 47 *R. du B.* 259, article paru en anglais sous le titre « Quebec's New (1986) Arbitration Law », à (1987) 13 *Can. Bus. L.J.* 58 ; A. Prujiner, « Les nouvelles règles de l'arbitrage au Québec » [1987] *Rev. arb.* 425 ; J.E.C. Brierley, « La convention d'arbitrage en droit québécois interne » [1987] *C.P. du N.* 507 ; R. Tremblay, « Commentaires des articles du Code civil et du Code de procédure civile en matière d'arbitrage » (1988) 90 *R. du N.* 394, 536.

Le législateur québécois a donc souhaité développer la pratique de l'arbitrage interne. En revanche, pour ceux des autres provinces, et particulièrement la Colombie britannique et l'Ontario qui peuvent avoir quelques ambitions en ce domaine, il s'agissait exclusivement de se joindre, avec retard, au grand mouvement contemporain, quasi-universel, de faveur à l'égard de l'arbitrage international.

6. — C'est là une première réponse à la question de savoir où va l'arbitrage international. Elle est simple et évidente : il est encouragé dans le monde entier. Un véritable consensus se dessine à son sujet, pour assurer et renforcer son succès comme instrument de règlement des litiges du commerce international. On peut même parler d'une véritable euphorie de l'institution et, pour reprendre l'image suggérée pour cette étude, on dira qu'il parcourt une voie large et bien balisée, une « grand-route »(I).

Mais, peut-être précisément à cause de ce succès, apparaissent en même temps des germes de crise, ou en tout cas de troubles. Des menaces pointent, l'horizon se voile. L'arbitrage international emprunte aussi, aujourd'hui, des « chemins de traverse »(II).

### I. La grand'route

7. — L'évolution de l'arbitrage international, depuis une trentaine d'années, incite à l'optimisme. Il est devenu, de l'avis général, la méthode normale de règlement des différends du commerce international. Et il devrait le rester, pour une raison fort simple : il n'existe pas, dans l'avenir prévisible, de véritable alternative à l'arbitrage, qui serait universellement praticable. En l'absence de juridiction internationale de droit privé, la circulation internationale des jugements rendus dans chaque État reste difficile. La justice étatique elle-même, lorsqu'elle est accessible, ne semble pas suffisamment neutre aux yeux de la partie étrangère, et elle n'est pas toujours bien adaptée aux besoins propres du commerce international.

8. — Le succès de l'arbitrage international se manifeste de deux manières : quantitativement, par sa pratique effective, toujours croissante, et qualitativement, par l'amélioration constante du statut qui lui est reconnu en droit comparé et international.

En d'autres termes, pour user de la même métaphore, la voie a été élargie (A), et les obstacles aplanis (B).

#### A. L'élargissement de la voie

9. — Le développement de l'arbitrage international, depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, est aisément quantifiable, et explicable. Un véritable « marché » pour ce « service » s'est créé, et il est en pleine croissance.

Cette croissance a pour première raison l'augmentation des échanges internationaux, qui ont atteint, à la fin des années 70, la valeur annuelle de 2000 milliards de dollars américains pour les seules exportations de marchandises. Ce chiffre s'est ensuite stabilisé, en raison de la crise économique, mais, depuis plusieurs années, il connaît de nouveau une augmentation de 5 à 10% par an. À quoi s'ajoutent les échanges « invisibles » (services, transferts de technologie, etc.), qui représentent un volume d'affaires de près de 1000 milliards de dollars américains. Ils traduisent bien, d'ailleurs, la diversification croissante des opérations internationales, et la complexité des relations juridiques engendrées par la réalisation des grands projets. Il en résulte évidemment davantage de litiges.

Ceux-ci vont se multiplier également en raison des bouleversements économiques, monétaires et politiques qui affectent le monde dans son ensemble depuis une bonne quinzaine d'années. L'instabilité monétaire découlant du flottement des monnaies et de leurs rapides variations, les fluctuations tout aussi brutales du cours des matières premières et, bien entendu, les conflits politiques qui prolongent ces crises sont autant d'occasions de nouveaux litiges dans l'exécution des contrats internationaux.

10. — Ces litiges vont donc donner lieu à des arbitrages plus nombreux que par le passé. En l'absence de statistiques globales, les chiffres donnés par la Chambre de commerce internationale, dont la Cour d'arbitrage est depuis longtemps l'institution permanente la plus souvent sollicitée en matière internationale, sont très révélateurs. Alors que, dans les années 50 et 60, on estimait à environ une cinquantaine le nombre d'affaires nouvelles qui étaient portées chaque année devant ce Centre d'arbitrage, c'est environ 300 nouveaux dossiers par an qui lui sont adressés maintenant, et cela depuis 1984-1985<sup>8</sup>. Grosso modo, le nombre d'arbitrages a donc été multiplié par 6.

À une toute autre échelle, on trouve une tendance comparable auprès du CIRDI<sup>9</sup>, mis en place par la *Convention de Washington* de 1965<sup>10</sup>. Pendant plus de 15 ans, il n'a été saisi, en tout et pour tout, que de deux ou

---

<sup>8</sup>Voir les statistiques données chaque année par Y. Derains et S. Jarvin dans « Cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale — Chronique des sentences arbitrales », au *Journal du droit international* [ci-après Clunet], depuis 1974 (quatrième livraison de chaque année).

<sup>9</sup>Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements. Sigle anglais : ICSID.

<sup>10</sup>*Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 18 mars 1965, version anglaise à (1965) 4 I.L.M. 532 [ci-après *Convention de Washington*].

trois affaires. Depuis 5 ans, c'est environ deux ou trois nouveaux litiges qui, chaque année, lui sont soumis<sup>11</sup>.

11. — Cette multiplication des litiges a engendré une inflation des « services » proposés sur le marché pour les résoudre, et spécialement l'apparition de très nombreux centres d'arbitrage, destinés à saisir une « clientèle » en forte croissance, qui pourrait préférer ceux-ci aux institutions en place. On en a donc créé à Kuala-Lampour et au Caire, à Djibouti et à Chypre, dans les Iles anglo-normandes et à Strasbourg, à Genève, à Milan, à Los Angeles, etc... Un système euro-arabe d'arbitrage a élargi le premier Centre franco-arabe. Paris, mais aussi Londres, New York et Houston, Genève, Zurich et Stockholm, pour ne pas parler de Hong-Kong, de Singapour, et de bien d'autres villes ou pays, rivalisent d'initiatives en tous genres pour attirer à eux les arbitrages internationaux<sup>12</sup>. Dans cette course, le Canada n'est pas en reste : après le Centre de Vancouver, en Colombie-Britannique, orienté vers le Pacifique, il faut citer le Centre d'arbitrage commercial national et international du Québec (C.A.C.N.I.Q.), créé en janvier 1987.

Les entreprises engagées dans le commerce international — les « clients », en d'autres termes — disposent donc d'une gamme de services, d'un choix très étendu de centres permanents.

Elles peuvent d'ailleurs préférer l'arbitrage *ad hoc*, moins connu mais souvent pratiqué entre contractants assez proches, et parfois moins onéreux et plus rapide. La CNUDCI lui a donné les moyens d'un développement autonome et universel grâce au *Règlement d'arbitrage* qu'elle a adopté en 1976<sup>13</sup>.

12. — De leur côté, les grands cabinets d'avocats se sont équipés et spécialisés, notamment sur les places où une importante activité d'arbitrage international est apparue, comme New York, Londres, Paris, Genève, Zurich, etc. Pour les conseils des parties, les arbitres, le personnel des Centres d'arbitrage, cette activité est, à tous égards, très valorisante. Elle l'est évidemment aussi pour bien d'autres professionnels intervenant à des titres divers à l'occasion des litiges, des procédures et des audiences : experts, traducteurs et interprètes, secrétaires, hôteliers, transporteurs, etc.

---

<sup>11</sup>Sur ces chiffres, voir la chronique annuelle de E. Gaillard sur le CIRDI, au Clunet, depuis 1987 (1ère livraison de chaque année).

<sup>12</sup>Pour une première idée de la diversité de ces Centres d'arbitrage, voir par exemple la liste de ceux qui ont adhéré à la Fédération internationale des institutions d'arbitrage commercial, dans L. Kos-Rabcewicz-Zubkowski, « Fédération internationale des institutions d'arbitrage commercial » [1987] Rev. arb. 408.

<sup>13</sup>*Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*, 28 avril 1976, dans *Rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa 9e session*, Doc. off. AG NU, 31e sess., Supp. no 17, Doc. NU A/31/17, reproduit à (1976) 15 I.L.M. 701.

Ces diverses « retombées » économiques rattachées à la localisation de l'arbitrage international expliquent en partie la concurrence exacerbée qu'il a suscitée, et qui s'est traduite, notamment, par une sorte de surenchère des réformes législatives, qui ont cherché à faciliter toujours davantage son déroulement, en améliorant en même temps son efficacité.

### B. *L'aplanissement des obstacles*

13. — Sur la route de cette justice privée internationale, ceux-ci étaient nombreux : des lois nationales hostiles, des juges étatiques méfiants ou interventionnistes et, surtout, les embûches bien connues du droit international privé, soit la complexité de la solution des conflits de lois et la difficulté de la circulation internationale des sentences.

Loin d'offrir une méthode praticable pour le règlement des litiges internationaux, l'arbitrage aurait pu être — ou rester — le siège des pires incertitudes : que l'on songe seulement à la multiplication des rattachements législatifs et des contrôles judiciaires dont il pouvait être l'objet...

Or, depuis trente ans, et surtout depuis dix ans — il y a eu en notre domaine une accélération spectaculaire du mouvement — tous les obstacles existants ou potentiels ont été aplanis. Les autorités étatiques, ensemble ou séparément, rivalisent de sollicitude à l'égard de l'arbitrage international : les manifestations de cette faveur sont aussi nombreuses (1) que sont spectaculaires les résultats de cette effervescence (2).

#### 1. Les manifestations de faveur

14. — Les manifestations de la faveur pour l'arbitrage international apparaissent aussi bien dans les conventions internationales que dans les lois et la jurisprudence des États.

15. — Parmi les conventions internationales, il faut d'abord citer, évidemment, la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, signée à New York le 10 juin 1958, et aujourd'hui en vigueur dans 82 pays<sup>14</sup>. Pour une convention de droit privé, c'est un succès tout à fait exceptionnel. Il est d'autant plus remarquable que le mouvement

---

<sup>14</sup>Consulter la *List of Contracting States* au 1er avril de chaque année, publiée par le *Yearbook of Commercial Arbitration*, Deventer (Pays-Bas), Éditions Kluwer [ci-après Yb. Comm. Arb.].



d'adhésion n'est pas encore essoufflé : après le Canada, en 1986<sup>15</sup> et la République populaire de Chine en 1987<sup>16</sup>, c'est l'Algérie en 1988<sup>17</sup> qui rejoint la longue cohorte des pays liés par cette Convention. Son ralliement est significatif car c'était l'un des pays les plus réticents, pour des raisons politiques, à une méthode de règlement des différends du commerce international souvent dénoncée comme une exigence des pays industrialisés, incompatible avec les prérogatives inaliénables de la souveraineté économique des jeunes États. S'il subsiste un îlot de résistance à la *Convention de New York*, il se trouve en Amérique latine<sup>18</sup>, où il a été d'ailleurs en partie contourné, dans les relations latino-américaines, par l'adhésion de 10 États à la *Convention de Panama* de 1975, dont les dispositions reprennent celles de New York<sup>19</sup>.

Il serait fastidieux de citer ici toutes les autres conventions, bilatérales ou régionales, qui ont également facilité l'accueil international des sentences arbitrales, et ont même édicté des règles matérielles propres à l'arbitrage international : celle de Genève, en 1961, qui lie aujourd'hui une vingtaine d'États, la plupart européens<sup>20</sup>, et celle de Moscou, en 1972, propre aux pays du Conseil d'Aide économique mutuelle<sup>21</sup>, méritent cependant d'être signalées. Enfin, dans le domaine spécialisé des litiges sur les investissements internationaux, la *Convention de Washington* de 1965 a connu, elle aussi,

<sup>15</sup>Le Canada a adhéré à la Convention de New York par la *Loi sur la Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères*, S.C. 1986, c. 21, sanctionnée le 17 juin 1986. Toutes les provinces et territoires, entre 1985 et 1986, ont introduit simultanément dans leur ordre juridique cette Convention, soit par une loi de mise en oeuvre la publiant en annexe, soit, dans le cas du Québec, par une loi qui reprenait l'essentiel de son contenu dans son Code de procédure civile, soit enfin, dans le cas de l'Ontario, par la seule mise en application de la loi-type de la CNUDCI, dont les articles 35 et 36 suffisent à régir l'accueil dans cette province des sentences arbitrales étrangères : *International Commercial Arbitration Act, 1988*, S.O. 1988, c. 30, sanctionnée le 8 juin 1988.

<sup>16</sup>Adhésion le 22 janvier 1987. La Convention est entrée en vigueur en Chine le 22 avril 1987.

<sup>17</sup>*Loi no. 88-18 du 12 juillet 1988 portant adhésion à la convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, adoptée par la conférence des Nations unies à New-York le 10 juin 1958*, J. O. Rép. algér., 13 juillet 1988, 771.

<sup>18</sup>Si le Mexique, le Chili, la Colombie, etc. sont liés par la *Convention de New York*, n'y ont pas encore adhéré, en effet, le Brésil, le Venezuela, etc. Mais l'Argentine vient de le faire (le 14 mars 1989).

<sup>19</sup>*Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international*, 30 janvier 1975, [1987] Rev. arb. 203, commentaire Ph. Fouchard, version anglaise à (1975) 14 I.L.M. 336.

<sup>20</sup>*Convention européenne sur l'arbitrage commercial international*, 21 avril 1961, 484 R.T.N.U. 349 ; sur cette Convention, voir notamment Ph. Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, 1965.

<sup>21</sup>*Convention sur le règlement par voie d'arbitrage des litiges de droit civil résultant des rapports qui naissent au cours de la coopération économique, scientifique et technique*, 29 mai 1972, [1973] Rev. arb. 111 (commentaire J. Jakubowski à la p. 59), version anglaise à (1974) 13 I.L.M. 5, signée à Moscou par huit États du CAÉM (sigle anglais : COMECON).

un très grand succès, puisqu'elle est présentement en vigueur dans près de cent pays<sup>22</sup>.

Bien entendu, une place spéciale doit être faite désormais à la *Loi-type de la CNUDCI*, adoptée en 1985<sup>23</sup>, dont on a déjà signalé l'influence au Canada. Elle se présente comme un moyen d'harmonisation souple de l'arbitrage international, puisque c'est simplement un modèle proposé aux législateurs nationaux, dont ils font l'usage qu'ils souhaitent, quand ils le souhaitent<sup>24</sup>. On a parlé à son sujet de *soft law*, puisqu'en elle-même la loi-type n'a pas de force obligatoire, mais son influence directe et indirecte, depuis trois ans, n'en est pas moins déjà considérable, et aucune réforme de l'arbitrage international n'intervient désormais sans que ce modèle ne soit plus ou moins complètement pris en considération.

16. — En effet, les réformes législatives se succèdent et se multiplient depuis une dizaine d'années.

Le point de départ peut être fixé à l'*Arbitration Act* anglais de 1979, et les dernières étapes connues sont les lois de Suisse, en 1987, et de Californie, en 1988. Mais, pour avoir une vue générale de ce vaste mouvement, il faudrait d'abord passer par tous les continents, de Hong Kong et Singapour à la Floride et l'Australie, en s'arrêtant souvent en Europe<sup>25</sup> et spécialement au Canada, puis ensuite relever la diversité des méthodes utilisées (de la refonte complète en France, aux Pays-Bas, à de simples retouches en Italie, en Autriche, en Allemagne, en Belgique), pour enfin marquer leurs différences quant aux techniques utilisées et au degré de spécificité que toutes ces lois reconnaissent ou non à l'arbitrage international<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup>*Supra*, note 10 ; au 31 mars 1989, 97 États l'avaient signée, et 91 avaient déposé leurs instruments de ratification. Voir la liste périodiquement publiée par le CIRDI dans *News from ICSID*.

<sup>23</sup>*Supra*, note 1.

<sup>24</sup>Parmi les nombreux commentaires de cette loi-type, cf. notamment les rapports et communications de G. Herrmann, « The Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration — Its Salient Features and Prospects » à la p. 351, J. Thieffry, « Commentaire » à la p. 379, L. Slade, « Commentaire » à la p. 385, S. Boyd, « Commentaire » à la p. 393 et M. Pomerleau, « Commentaire » à la p. 419, dans *Colloque de Québec 1985, supra*, note 3 ; S. Jarvin, à [1986] *Rev. arb.* 509 ; Ph. Fouchard, « La loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international » (1987) 114 *Clunet* 861, et les références aux autres commentaires et aux travaux préparatoires.

<sup>25</sup>Pour un inventaire, en 1985, de ces réformes, voir G. Bernini, « Recent Legislations and International Unification of the Law on Arbitration », dans *Colloque de Québec 1985, supra*, note 3 aux pp. 315 et s.

<sup>26</sup>Pour une étude plus complète de l'ensemble de ces réformes, voir Ph. Fouchard, *Les réformes de l'arbitrage international en droit québécois, canadien et comparé*, à paraître en 1990, Université McGill, Institut de droit comparé, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec.

17. — Et, avant ou à la place du législateur, c'est la jurisprudence, dans beaucoup d'États, qui exprime sa bienveillance à l'égard de l'arbitrage international. Ce fut le cas en France, dans les années 60 et 70, où la Cour de cassation fixa, par une série d'importants arrêts, un certain nombre de règles matérielles propres à l'arbitrage international<sup>27</sup>. Ce fut et c'est encore le cas aux États-Unis, où restent célèbres les grands arrêts rendus par la Cour suprême en matière d'arbitrage international, dans les affaires *Prima Paint Corp. c. Flood and Conklin Mfg. Co.* en 1967<sup>28</sup>, *Scherk c. Alberto Culver Co.* en 1974<sup>29</sup>, *Mitsubishi Motors Corp. c. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* en 1985<sup>30</sup>.

## 2. Les résultats de l'effervescence

18. — Les résultats de cette effervescence sont tout aussi impressionnants. Le but poursuivi était en effet bien clair : il fallait aplanir les obstacles qui se dressaient sur la voie de l'arbitrage international, pour lui permettre d'être le moyen commode et universel de règlement des litiges du commerce international. Pour l'atteindre, et en simplifiant quelque peu, deux séries de moyens ont été utilisées.

19. — Il fallait d'abord, et de toutes les manières, renforcer l'efficacité de l'instrument.

Cela supposait que le domaine de l'arbitrabilité soit élargi, que les formes de la convention d'arbitrage soient libéralisées, que la clause compromissoire soit validée, et qu'elle soit à l'abri de l'éventuelle nullité qui frapperait le contrat où elle est insérée.

<sup>27</sup>Arrêts *Gosset*, à (1963) 52 Rev. crit. dr. int. pr. 615 (note H. Motulsky), J.C.P. 1963.II.13405 (note B. Goldman), D.1963.545 (note J. Robert); *Galakis*, à (1967) 56 Rev. crit. dr. int. pr. 553 (note B. Goldman), (1966) 93 Clunet 648 (note P. Level), D. 1966.575 (note J. Robert), J.C.P. 1966.II.14798 (note P. Ligneau), Ch. Carabiber, « Chronique sur un arrêt » [1966] Rev. arb. 99; *Impex*, à D. 1972.37 (note D. Alexandre), (1972) 61 Rev. crit. dr. int. pr. 124 (note E. Mezger), (1972) 99 Clunet 62 (note B. Oppetit), [1972] Rev. arb. 2 (note P. Kahn), et *Hecht*, à (1972) 99 Clunet 843 (note B. Oppetit), (1974) 63 Rev. crit. dr. int. pr. 82 (note B. Level), Ph. Francescakis, « Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire après l'arrêt HECHT de la Cour de cassation » [1974] Rev. arb. 67. Pour leur consécration lors de la réforme française de 1981, voir Ph. Fouchard, « Spécificité de l'arbitrage international », [1981] Rev. arb. 449, spécialement à la p. 461.

<sup>28</sup>(1967) 388 U.S. 385, (1968) 57 Rev. crit. dr. int. pr. 91, et l'article de E. Mezger, « Vers la consécration aux États-Unis de l'autonomie de la clause compromissoire dans l'arbitrage international » (1968) 57 Rev. crit. dr. int. pr. 25.

<sup>29</sup>(1974) 417 U.S. 506, (1975) 64 Rev. crit. dr. int. pr. 643 (note H. Gaudemet-Tallon et D. Tallon), [1975] Rev. arb. 213 (note P. Courteault).

<sup>30</sup>(1985) 473 U.S. 614, [1986] Rev. arb. 273, et l'article de J. Robert, « Une date dans l'extension de l'arbitrage international » [1986] Rev. arb. 173. Sur cette jurisprudence, voir notamment, Th. E. Carbonneau, « L'arbitrage en droit américain » [1988] Rev. arb. 3, et les nombreuses références.

Cela impliquait aussi que l'arbitre soit compétent pour statuer sur sa propre compétence, et que le juge étatique, dans un même temps, refuse de connaître des litiges à propos desquels une convention d'arbitrage apparemment valable aurait été conclue, et de se prononcer, avant l'arbitre, sur la compétence de celui-ci. En revanche, le juge étatique apporterait son assistance à l'exécution en nature de la clause compromissoire, en aidant, notamment, à la constitution du tribunal arbitral.

Avec des particularités et des nuances diverses, on constate que les conventions internationales, ainsi que les lois et la jurisprudence nationales, consacrent effectivement ces principes, et donnent ainsi à l'arbitrage international un caractère « opérationnel » qui lui est indispensable.

20. — Il fallait ensuite qu'il acquière, face aux cadres étatiques, une autonomie aussi large que possible, de manière à échapper aux diverses contraintes qui résulteraient d'une intervention trop pesante des pouvoirs législatif ou judiciaire.

Quant aux lois, il a été de plus en plus souvent admis que la procédure arbitrale pouvait, en matière internationale, complètement échapper aux règles étatiques, pour n'être soumise qu'à la convention des parties, aux règlements privés d'arbitrage et aux mesures prises par les arbitres, et cela à la seule condition que soit toujours respecté le principe du contradictoire<sup>31</sup>, règle universelle de justice naturelle. De même, les arbitres ont été dispensés d'appliquer au fond du litige une loi étatique déterminée par la mise en oeuvre d'un système de conflit de lois lui aussi déterminé. La plupart des réformes récentes consacrent d'abord la liberté des parties de déterminer les règles de droit applicables au fond du litige, et, à défaut d'un tel choix, reconnaissent aux arbitres un très large pouvoir pour déterminer celles qu'ils estimeront appropriées, une place spéciale étant réservée aux usages du commerce.

Quant aux juges, leur intervention en cours d'arbitrage a été exclue, hors des cas limités où ils sont appelés à prêter leur concours à sa mise en place. Leur contrôle est reporté en fin d'arbitrage, à l'occasion d'une éventuelle instance en exécution ou en annulation de la sentence. Et dans une telle hypothèse, ils ne sont pas habilités pour procéder à une révision de la sentence, et donc à dire si les arbitres ont bien ou mal jugé. Seuls un certain nombre de griefs, correspondant à de très graves irrégularités, sont recevables : le juge étatique pourra vérifier si les arbitres avaient bien compétence pour trancher ce litige, si la procédure arbitrale a respecté le principe du contradictoire et si la sentence ne heurte pas l'ordre public (souvent compris dans l'acception plus étroite qu'il connaît en matière internatio-

---

<sup>31</sup>Appelé également le droit d'être entendu ou les droits de la défense.

nale). Parfois même, le juge du lieu de l'arbitrage ne pourra connaître d'une demande d'annulation de la sentence, pour quelque motif que ce soit, si aucune des parties à l'arbitrage n'est ressortissante ou résidente de ce pays<sup>32</sup>.

21. — Telles sont, rapidement esquissées, les tendances profondes de ce mouvement très général de faveur à l'égard de l'arbitrage international. Il n'est pas douteux qu'elles se maintiendront dans l'avenir. Les perspectives seraient donc bien dégagées, et l'optimisme sur le destin de l'institution s'imposerait, si, en même temps, n'apparaissaient des facteurs de crise.

Serait-il victime de son succès ? En tous cas, au moment où l'arbitrage international se voit ainsi universellement accepté et encouragé, il est menacé d'être détourné de cette voie royale, bien balisée, et risque de s'égarer dans des chemins de traverse. Grandeur et décadence ? À Rome, on disait : « la Roche tarpéienne est près du Capitole... »

## II. Les chemins de traverse

22. — Cette grande liberté ainsi reconnue aux praticiens de l'arbitrage international (qu'il s'agisse des entreprises et de leurs conseils, des Centres permanents d'arbitrage ou des arbitres eux-mêmes) n'a de sens que si son exercice est relativement harmonieux, si la disparition ou l'allègement de l'encadrement par les lois et les juges nationaux s'accompagne du maintien ou du renforcement d'une certaine solidarité entre les opérateurs, d'une déontologie assez ferme pour que d'autres incertitudes, d'autres débordements, ne viennent pas se substituer aux anciennes contraintes étatiques.

En d'autres termes, l'autonomie de l'arbitrage international suppose une certaine cohésion professionnelle, voire socio-politique. C'est cette solidarité du « milieu » qui fut à l'origine du succès de l'arbitrage corporatif. Des associations professionnelles représentatives de toute une branche commerciale, comme la *Grain and Feed Trade Association (GAFTA)* ou la *Federation of Oils, Seeds and Fats Association (FOSEFA)*, à Londres, ont pu, dans le passé, établir les contrats-types des ventes internationales de céréales ou des produits oléagineux, fixer ainsi les usages, et mettre en place un Centre d'arbitrage pour les appliquer et les faire respecter. Dans un tel environnement, l'arbitrage n'est qu'un incident de parcours ; le litige est vite tranché, la sentence spontanément exécutée, et les parties reprennent (si

---

<sup>32</sup>C'est le cas en Belgique, depuis une loi de 1985, et en Suisse, si du moins les parties ont renoncé à ce recours, depuis la *Loi fédérale sur le droit international privé*, 18 décembre 1987, reproduite à [1988] Rev. arb. 194.

elles les avaient interrompues) leurs relations commerciales. C'est aussi dans un tel contexte que la *lex mercatoria* peut se développer<sup>33</sup>.

23. — Or, cette cohérence est remise en cause, pour diverses raisons.

D'abord, la crise économique mondiale, apparue dans les années 70, a exacerbé la concurrence et les antagonismes. Les grands contrats internationaux (notamment les marchés publics) sont conclus à des prix extrêmement tirés. Les entreprises, aussitôt après leur signature, sollicitent le maître de l'ouvrage pour obtenir des avenants d'augmentation, et à défaut ou en même temps, elles organisent déjà le contentieux ultérieur, en prenant acte de tout manquement du cocontractant, en systématisant les réclamations, etc. Le climat de l'exécution du contrat s'en trouve vite détérioré, et les abandons de chantier, justifiés ou non, ne sont pas rares...

Dans les relations Nord-Sud, les écarts de développement, les divergences politiques, idéologiques, voire religieuses, sont de nouvelles sources d'affrontement. L'intervention des autorités publiques des jeunes États, pour recouvrer la maîtrise de leurs ressources naturelles ou remettre en cause le statut des investisseurs étrangers provoque d'autres confrontations.

En outre, ces litiges mettent en jeu des intérêts financiers considérables, et des parties entre lesquelles la rupture est consommée, et l'espoir d'une reprise de leurs relations à jamais éteint.

Un exemple presque caricatural, mais qui n'a rien d'exceptionnel, d'affrontement de ce type est donné par les litiges irano-américains, actuellement soumis au tribunal arbitral de la Haye, institué par les *Accords d'Alger* du 19 janvier 1981<sup>34</sup>. Entre les entreprises américaines et les entités publiques iraniennes, il n'y a plus rien de commun, ni le langage (au propre et au figuré), ni les valeurs : on a dit qu'il s'agissait d'un « *international cross-cultural arbitration* »<sup>35</sup>.

Entendons-nous bien : tout arbitrage suppose l'existence d'un litige, et il serait naïf d'espérer que la défense des intérêts de chaque partie puisse toujours se faire dans un climat d'harmonie idyllique... Mais si le différend devient conflit, si l'incompréhension est totale, la rupture irrémédiable, alors le pire est à craindre. Les pistes se brouillent ; au lieu de poursuivre sur sa

---

<sup>33</sup>B. Goldman, « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives » (1979) 106 *Clunet* 475 ; Jacques Béguin, « Le développement de la *lex mercatoria* menace-t-il l'ordre juridique international ? » (1985) 30 *R.D. McGill* 478.

<sup>34</sup>En version anglaise à (1981) 20 *I.L.M.* 223. Voir B. Stern, dir., *Le Tribunal des différends irano-américains, Ire Journée d'actualité internationale, Paris, 19 avril 1984*, Cahiers du Centre du droit international de Nanterre (CEDIN), Nanterre, Université Paris X, 1984.

<sup>35</sup>La formule est du Professeur américain Löwenfeld ; elle est rapportée par B. Stern, *ibid.*

grand'route, l'arbitrage est entraîné, soit vers une impasse juridique (A), soit vers une déviation processuelle (B).

#### A. *L'impasse juridique*

24. — Dans le climat dégradé qu'engendrent les nouveaux litiges, les parties et leurs conseils ne sont plus d'accord pour laisser aux arbitres les très larges pouvoirs que le droit international et les droits nationaux leur ont reconnus. La souplesse, désormais, fait craindre l'arbitraire.

25. — S'agissant du droit que les arbitres appliqueront au fond du litige, les parties se méfient de l'assouplissement de la méthode conflictualiste, qui permet de déterminer librement la loi applicable, sans avoir à se référer à un droit international privé déterminé. La recherche d'une « règle de conflit appropriée », ou la méthode « syncrétique » consistant à utiliser concurremment les règles de rattachement de plusieurs systèmes nationaux de conflits de lois, deviennent suspectes, car ces nouveaux mécanismes laissent aux arbitres une liberté qui sera jugée excessive.

*A fortiori*, les parties redouteront que ceux-ci puissent appliquer, sans autre contrainte, les « règles de droit » qu'ils jugeront « appropriées », car elles pourraient être puisées dans n'importe quelle loi, à moins que les arbitres ne les découvrent dans des principes généraux du droit ou dans des règles communes aux différents systèmes juridiques en présence. Cette souplesse dans la détermination des règles applicables est désormais considérée avec méfiance, et même les usages du commerce international ou les précédents résultant d'une « jurisprudence arbitrale » deviennent des références trop vagues. En un mot, toutes les composantes de la *lex mercatoria* deviennent suspectes. Alors qu'elles étaient jusqu'ici le signe et le résultat d'aspirations communes à une autre justice, fondée sur des normes adaptées à des besoins propres du commerce international, elles apparaissent comme autant de facteurs d'arbitraire.

26. — Il en va de même, évidemment, de l'amicable composition. Ce pouvoir donné aux arbitres de statuer en équité, en écartant les rigidités excessives de la règle de droit, paraissait pourtant presque inhérent à la méthode arbitrale. Si son objectif naturel, l'apaisement, disparaît, l'amicable composition n'a plus de sens. Au contraire, puisqu'elle donne un supplément de liberté aux arbitres, elle accentue l'incertitude sur les solutions à attendre de la sentence, et provoque une intensification du combat.

27. — Enfin, le désaccord redouble sur l'éventualité d'une adaptation du contrat à des changements de circonstances. Il en est ainsi même en présence de contrats internationaux complexes, liant les parties pour une longue durée, sans intention spéculative, et comportant, expressément ou implicitement, une obligation de coopérer de bonne foi. On aurait pu penser que

l'arbitre, face à de profonds bouleversements de l'équilibre du contrat, ait le pouvoir de tempérer les strictes conséquences de l'adage « *pacta sunt servanda* », ou d'assouplir la notion et les effets de la force majeure. Un tel pouvoir est lui aussi contesté<sup>36</sup>.

28. — En un mot, le malentendu juridique est complet, et l'impasse fréquente. La finalité de l'arbitrage international, ses objectifs propres, c'est-à-dire un règlement juridique et économique adapté aux besoins du commerce international, sont perdus de vue. Ou, plus exactement, ils ne rencontrent plus l'accord des opérateurs, pourtant nécessaire pour légitimer cette autonomie. Cette impasse juridique est en réalité la conséquence paradoxale d'une liberté qui avait été largement reconnue aux praticiens, et dont ceux-ci ne savent plus que faire.

29. — Elle est aussi l'occasion d'un combat acharné sur chacune de ces difficiles questions de droit, dans un climat procédural dégradé.

### *B. La déviation processuelle*

30. — La procédure arbitrale devrait être simple, rapide, peu coûteuse, et débarrassée des lourdeurs et du formalisme qui caractérisent le débat judiciaire. C'est ce que l'on enseigne, du moins, lorsque l'on présente les avantages de l'arbitrage par rapport au recours au juge étatique.

La réalité d'aujourd'hui, pour ce qu'il est convenu d'appeler les « grands » arbitrages internationaux, est bien différente. L'instance devient un parcours sinueux, plein de détours imprévus.

31. — Sitôt présentée la requête, le défendeur va contester l'existence ou la validité de la clause compromissoire, aussi bien devant le Centre d'arbitrage que devant les arbitres ou les juges étatiques. Les premières décisions rendues par les uns ou les autres seront elles-mêmes attaquées. L'exercice de tels recours peut souvent, en droit ou en fait, paralyser la poursuite de l'instance arbitrale.

La deuxième série d'incidents surgit au moment ou à propos de la constitution du tribunal arbitral. Le nombre d'arbitres (s'il n'a pas été prédéterminé ou si les parties sont plus de deux), leur mode de désignation, et surtout leur éventuelle récusation seront l'objet de nouveaux affrontements, devant l'organe institutionnel et devant le juge, simultanément ou successivement.

---

<sup>36</sup>Sur le débat actuel, voir Ph. Fouchard, « L'arbitrage et l'adaptation du contrat aux changements de circonstances », Journées Jean Robert 1988, Québec, 16 septembre 1988, publié par le CACNIQ.



Ce dernier peut également être saisi de demandes de mesures provisoires ou conservatoires, parfois utiles, parfois destinées à détourner encore le cheminement normal de la procédure arbitrale.

32. — Quant à celle-ci, elle devient d'une lourdeur effrayante : plusieurs échanges de mémoires interminables, accompagnés de kilos de pièces ou de mètres de dossiers, une ou plusieurs expertises, des audiences de plusieurs semaines, où sont interrogés et contre-interrogés non seulement les témoins, mais les experts et les jurisconsultes. Pour chacune des parties travaillent et se présentent de nombreux avocats, consultants, traducteurs, experts en tous genres...

Un tel acharnement procédural ne se serait pas généralisé sans l'influence, néfaste à cet égard, des cabinets d'avocats américains, et de leurs émules en Europe. Le soin qu'ils apportent à l'étude et à la préparation d'une affaire est en lui-même admirable. Rien n'est laissé au hasard ; tous les détails sont vérifiés minutieusement, toutes les pièces recherchées et discutées. Mais ces efforts énormes, ces moyens considérables ainsi mis en oeuvre ont pour premier résultat de noyer littéralement, non seulement l'adversaire, mais surtout les arbitres sous une masse de pièces, d'argumentations et de contestations. Ils perdent alors de vue l'essentiel, c'est-à-dire l'appréciation du comportement d'ensemble des deux parties et la stricte sélection des principes juridiques qui devraient les conduire à dégager les lignes de force de leur décision.

34. — Ce faisant, ont été préparés en réalité tous les moyens permettant d'attaquer ultérieurement la sentence ou de s'opposer à son exécution. Les voies de recours vont se multiplier : l'appel de la sentence, s'il est recevable (et même s'il ne l'est pas...), le recours en annulation contre celle-ci et les recours contre la décision de reconnaissance ou d'exécution de la sentence. Comme celles-ci peuvent être recherchées dans plusieurs pays à la fois, il n'est pas rare que des procédures post-arbitrales parallèles se déroulent en même temps, et aboutissent à des décisions contradictoires.

Ainsi, dans la fameuse affaire du *Plateau des Pyramides*, le jour même où, en 1984, la Cour d'appel de Paris annulait la sentence arbitrale rendue en France en 1983<sup>37</sup>, le Président du Tribunal de district d'Amsterdam la déclarait exécutoire aux Pays-Bas<sup>38</sup>. Après d'autres arrêts rendus dans la même affaire, un nouvel arbitrage est en cours devant le CIRDI, qui a donné

<sup>37</sup>Paris, 12 juillet 1984, *République arabe d'Égypte c. Southern Pacific Properties Ltd*, (1985) 112 *Clunet* 129 (note B. Goldman), [1986] *Rev. arb.* 75, et Ph. Leboulanger, « État, politique et arbitrage — L'affaire du Plateau des Pyramides » [1986] *Rev. arb.* 3.

<sup>38</sup>Décision du président du tribunal du district d'Amsterdam, 12 juillet 1984, *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. de Hong Kong c. République arabe d'Égypte*, [1986] *Rev. arb.* 101.

lieu à une première sentence sur la compétence, en 1988. La procédure est donc loin d'être terminée...

Elle ne durera peut-être pas autant que celle qui oppose une entreprise française à la République de Yougoslavie depuis une sentence rendue en 1956, et qui n'a toujours pas été exécutée, malgré les très nombreuses décisions rendues, en Suisse, aux Pays-Bas et surtout en France depuis une trentaine d'années<sup>39</sup>.

Ce ne sont là que deux exemples. Il y en aurait bien d'autres, tout aussi révélateurs de l'intensité du combat que se livrent encore les parties après la sentence.

35. — L'issue de ces procédures est constamment différée, et leurs coûts de plus en plus déraisonnables...

36. — Telles sont les autres voies — dont on ne sait, à vrai dire, où elles mènent — qu'emprunte aussi l'arbitrage international.

Le tableau de ces impasses, de ces déviations, a sans doute été noirci, ou plutôt trop systématisé. S'il n'est que partiel, il est, dans cette mesure, exact. Car il est vrai que les utilisateurs de l'arbitrage ont mésusé de la liberté qui leur avait été reconnue, et il est vrai qu'aujourd'hui, les aspirations des praticiens en matière de justice arbitrale sont contradictoires.

37. — D'où cette double évolution, elle-même fort contrastée, et la grave incertitude qui affecte l'avenir de l'arbitrage international.

On aurait attendu que ce mouvement dialectique du succès et de l'échec engendre une phase de synthèse, qui transcende ces contradictions et débouche sur une harmonie, au moins provisoire. Or, cette synthèse paraît aujourd'hui irréaliste. On ne voit pas se dessiner les bases d'un rapprochement, ou d'une nouvelle étape.

38. — Il est très probable que l'arbitrage ne déperira pas, bien au contraire, ne serait-ce qu'en raison de l'accroissement des litiges et faute de concurrence vraiment sérieuse.

On verra cependant se développer ce que les Américains appellent les « méthodes alternatives de règlement des différends » (*Alternative Disputes Resolution : ADR*). La conciliation, la médiation, la procédure du *mini-trial* sont appelées à faire de nouveaux adeptes. L'influence de la mentalité des gens d'affaires d'Extrême-Orient (Japon, Chine...) se fera sans doute sentir en faveur de méthodes de règlement des litiges plus proches de la pacification

---

<sup>39</sup>Voir en dernier lieu, Cass. civ. 1ère, 18 novembre 1985, [1987] Rev. arb. 159 (note J.-L. Delvolvé), (1987) 114 Clunet 120 (note B. Oppetit).

que de l'affrontement. Ce serait un retour aux sources de l'arbitrage, car celui-ci a toujours véhiculé cet idéal d'apaisement et de transaction.

Il est également probable que certains opérateurs du commerce international regarderont de nouveau vers les palais de justice, du moins dans des contextes bien définis. Lorsqu'une organisation judiciaire nationale a des traditions de sérieux et d'impartialité, lorsque ses juges sont disponibles, adaptables, lorsque les entreprises en cause sont établies dans des pays culturellement et juridiquement proches et lorsque les contrats internationaux les liant sont relativement classiques (vente, agence commerciale, etc.), les parties considéreront sans doute qu'en fin de compte ces magistrats professionnels leur apportent des garanties d'ordre personnel et institutionnel bien comparables à celles des arbitres.

Mais ces phénomènes de rejet resteront limités.

39. — Ce qui est aussi fort probable, c'est que l'arbitrage international perde, s'il l'a jamais eu, tout caractère monolithique, univoque. Il faut répéter cette évidence : par nature, cette méthode est flexible, malléable. Elle est en mesure de s'adapter à de nouveaux besoins, d'engendrer de nouvelles pratiques, voire — on peut rêver... — une nouvelle déontologie. En tous cas, l'arbitrage ne peut se couler, surtout en matière internationale, dans aucun modèle. Au contraire, il est appelé à se diversifier de plus en plus. Les arbitrages corporatifs, les plus nombreux, conserveront leur « clientèle » et leur identité. L'arbitrage international non spécialisé, celui des « grands contrats », évoluera entre deux pôles : l'affrontement et la pacification.

Et si l'on est vraiment très optimiste, on peut espérer que la crise actuelle sera passagère, que les entreprises se lasseront de gaspiller tant d'argent, de temps et d'énergie dans des combats sans fin. Mais, pour les juristes, ceux d'aujourd'hui et de demain, est-ce vraiment une conclusion optimiste ?

---