Université Paris Nanterre
200 av. de la République
92001 Nanterre Cedex
www.parisnanterre.fr

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Membre de l'Université Paris Lumières
École doctorale 141 : Droit et science politique
Centre de Droit International de Nanterre (CEDIN) – EA 382

LACRETA Isabela

La détermination du droit applicable à l'arbitrage

Thèse présentée et soutenue publiquement le 21 mai 2021
en vue de l'obtention du doctorat de Droit de l'Université Paris Nanterre
sous la direction de Mme Claire DEBOURG (Professeur à l'Université Paris Nanterre)
et de M. Carlos Alberto CARMONA (Professeur à l'Université de São Paulo)

Jury :

Rapporteur :	M. João BOSCO LEE	Professeur à l'Université Positivo
Rapporteur :	M. Lauro da GAMA E SOUZA JR.	Professeur à la PUC-RJ
Membre du jury :	Mme Paula A. FORGIONI	Professeur à l'Université de São Paulo
Membre du jury :	Mme Nadia DE ARAUJO	Professeur à la PUC-RJ
Membre du jury :	M. Matthieu DE BOISSÉSON	Agrégé de Lettres
Membre du jury :	M. Giovanni BONATO	Maître de Conférence à l'Université Paris Nanterre

L'Université Paris Nanterre n'entend donner aucune approbation improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs

REMERCIEMENTS

J’ai eu la chance de trouver, dans le milieu universitaire comme dans ma vie professionnelle, de grands maîtres : Carlos Alberto Carmona et Claire Debourg, co-directeurs de cette thèse et guides de la vie académique, qui ont travaillé inlassablement à la mise en œuvre de cette co-tutelle ; Clávio Valença Filho, à qui je dois mes années formatrices de la profession de conseil en arbitrage ainsi que de longues discussions sur cette thèse. A eux, ma plus profonde gratitude.

Aux professeurs Celso Campilongo et José Augusto Fontoura da Costa, ma gratitude pour leurs précieux conseils dans le cadre du jury de qualification, en plus des enseignements dans les disciplines de la Faculté de droit de l’USP, qui ont servi de base à cette étude. Mes remerciements s’étendent à tous les enseignants qui ont contribué d'une manière ou d'une autre à ma formation.

À mes amis, qui ont rendu la mission d'écrire une thèse moins solitaire, pour leur soutien et leurs encouragements constants : Ana Serra e Moura, Marie-Isabelle Delleur, Laura Ghitti, Berardino di Vecchia Neto, Carolina Sarmiento, Giovanna Delnero, Carolina Saito, Ana Beneti et Juliana Pondé Fonseca. Ils représentent beaucoup d’autres, heureusement trop nombreux pour être mentionnés individuellement ici. À mes amis et collègues de Valença Advogados, VGArb et Dechert, dont le soutien au cours des six dernières années a été essentiel pour me permettre de me consacrer à ma thèse avec le même dévouement qu’à ma vie professionnelle.

À la CCI, en la personne d’Alex Fessas et de Sylvie Picard Renaud, pour m’avoir ouvert leurs portes, me permettant de mener des recherches qui ont grandement enrichi ce travail.

À Ana Luísa Chamon et Stella Bittar, pour leur aide indispensable dans les recherches et la révision de cette thèse. À Marie-Valentine Delleur et Gabriela Mihaescu, sans qui la version française de cette étude n’existerait pas. À tous ceux qui ont pris le temps de lire la version finale de cette étude, qui ont offert des contributions inestimables, qui étaient présents – même à distance – ou qui, d’une manière ou d’une autre, m’ont soutenue tout au long de ce parcours, toute ma gratitude.

À ma famille, pour son soutien inconditionnel.

RÉSUMÉ

La détermination de la loi applicable à la résolution des crises juridiques entre les parties est la première étape de l'activité juridictionnelle dans les cas où un élément d'extranéité est présent. Il s'agit d'une étape essentielle pour assurer la protection juridictionnelle. Tout arbitrage est, du point de vue du système juridique du droit national, étranger à celui-ci. L'arbitre est l'autorité juridictionnelle du système juridique autonome de droit transnational, un système qui est déconnecté du système national, dans lequel le juge étatique est l'autorité juridictionnelle naturelle. L'État a le pouvoir de décider de la part de souveraineté à laquelle il souhaite renoncer en faveur de l'arbitre. En matière d'arbitrage, l'étendue de l'autonomie de la volonté des parties est largement reconnue, tant dans ses dimensions procédurales que matérielles. Rares sont les cas où les parties prévoient expressément les droits qui régiront leurs arbitrages. Droits, au pluriel, non seulement en raison de la nature transnationale des arbitrages, mais aussi en raison de la spécificité des questions soumises à la protection des arbitres. Chaque question doit être régie par son propre droit, conformément à la technique de dépeçage. Les méthodologies de conflit de lois propres au système juridique national, de nature interne et publique, ne sont pas adaptées et ne doivent pas être transposées en matière d'arbitrage. La multitude de questions pouvant être discutées dans un arbitrage exige une délimitation de l'objet de cette étude. Celle-ci est ainsi exclusivement consacrée au droit applicable ***à*** l'arbitrage, en particulier aux droits applicables à la convention d'arbitrage, au procès arbitral et à la validité et l'efficacité de la sentence arbitrale, en suivant les étapes classiques d'une procédure arbitrale. L'analyse de la détermination du droit applicable ***dans*** l'arbitrage, c'est-à-dire au fond, est exclue. Les conclusions de cette étude partent toujours du principe que l'arbitre est une autorité juridictionnelle non soumise aux règles d'organisation judiciaire et hiérarchique du système national ; ses actes sont soumis à un contrôle minimum d'internalisation, par le biais de conversations systémiques.

Mots-clés: droit applicable à l'arbitrage; droit transnational; conflit des lois; souveraineté; sociologie de l'arbitrage; autonomie de la volonté.

ABSTRACT

The determination of the law applicable to the resolution of legal disputes between the parties is the first step of jurisdictional activity in cases where there is an element of internationality. It is an essential step in asserting jurisdictional adjudication. Any arbitration is, from the stance of the legal system of national law, foreign to it. The arbitrator is the jurisdictional authority of the autonomous legal system of transnational law, a system that is detached from the national system, where State courts are the natural jurisdictional authority. The State has power to decide what part of its sovereignty it intends to abdicate in favor of the arbitrator. In arbitration, the scope of party autonomy is widely recognized in both procedural and substantive matters. Parties do not usually expressly provide what laws will govern their arbitration. Laws, in the plural, not only because of the transnational nature of arbitration, but also because of the specificity of the issues submitted to resolution before the arbitrators. Each issue must be governed by its own law, in application of the *dépeçage* technique. The methodologies of conflict of laws proper to the legal system of national law, which have an internal and public nature, should not be transposed to the arbitration system, since they are inadequate to it. The multiplicity of issues that can be discussed in arbitration, however, requires a limitation of scope. The analysis conducted in this thesis is limited to the law applicable ***to*** arbitration, specifically the laws applicable to the arbitration agreement, to the arbitration procedure and to the validity and effectiveness of the arbitration award, following the natural stages of development of arbitration. The analysis of the determination of the applicable law ***in*** arbitration (that is, the law applicable to the merits) is therefore excluded. The conclusions of this thesis are based on the premise that the arbitrator is a jurisdictional authority who is not subject to the judicial and hierarchical organization rules of the national system of law; its acts are subject to a minimum control of internalization, through systemic conversations.

Keywords: applicable law to arbitration; transnational law; conflict of laws; sovereignty; sociology of arbitration; party autonomy.

RESUMO

A determinação do direito aplicável à resolução das crises jurídicas existentes entre as partes é a primeira etapa da atividade jurisdicional em casos em que esteja presente elemento de estraneidade. É etapa essencial da prestação da tutela jurisdicional. Toda arbitragem é, do ponto de vista do sistema jurídico do direito nacional, à ele estrangeira. O árbitro é a autoridade jurisdicional do sistema jurídico autônomo do direito transnacional, sistema este desvinculado do sistema nacional, no qual o juiz estatal é a autoridade jurisdicional natural. O Estado detêm o poder de decidir qual a parcela de sua soberania pretende abdicar em favor do árbitro. Em arbitragem, reconhece-se de forma ampla o escopo de autonomia da vontade das partes, tanto em sua dimensão processual como em sua dimensão substantiva. São raros os casos em que as partes preveem de modo expresso quais serão os direitos que regerão suas arbitragens. Direitos, no plural, não apenas em função do caráter transnacional das arbitragens, mas também pela especificidade das questões submetidas à tutela dos árbitros. Cada questão deve ser regida pelo seu próprio direito, em manifestação da técnica da *dépeçage*. As metodologias de conflito de leis próprias ao sistema jurídico do direito nacional, de caráter interno e público, não devem ser transpostas ao sistema da arbitragem, pois inadequadas. A infinidade de questões que podem ser discutidas em uma arbitragem, no entanto, exige um corte temático. Dedica-se este estudo exclusivamente ao direito aplicável ***à*** arbitragem, especificamente aos direitos aplicáveis à convenção de arbitragem, ao processo arbitral e à validade e eficácia da sentença arbitral, seguindo as etapas naturais de desenvolvimento de uma arbitragem. Exclui-se a análise da determinação do direito aplicável ***na*** arbitragem, é dizer, o direito aplicável ao mérito. As conclusões deste estudo partem sempre da premissa de que o árbitro é autoridade jurisdicional não submetida às normas de organização judiciária e hierárquicas do sistema nacional; seus atos estão sujeitos à um controle mínimo de internalização, por meio de conversações sistêmicas.

Palavras-chave: direito aplicável à arbitragem; direito transnacional; conflito de leis; soberania; sociologia da arbitragem; autonomia da vontade.

TABLE DE MATIÈRES

REMARQUES INTRODUCTIVES 17

INTRODUCTION À LA PREMIÈRE PARTIE 25

CHAPITRE 1. UN NOUVEAU CONCEPT DE SOUVERAINETÉ ÉTATIQUE : VERS UNE CONSTITUTIONALISATION DE L'ARBITRAGE ? 31

1.1. Le concept de souveraineté des États revisité 32

1.1.1. L'essor et la chute du dualisme westphalien 33

1.1.2. La montée du pluralisme juridique 38

1.1.2.1. Le droit vivant de Ehrlich 40

1.1.2.2. L'institutionnalisme de Santi Romano 42

1.2.2.3. Le constitutionnalisme pluraliste de Jean Cohen 43

1.1.3. La création d'un droit global 44

1.1.3.1. Le cosmopolitisme juridique habermassien (ou jusglobalisme habermassien) ... 45

1.1.3.2. La société ouverte de Basedow 47

1.1.3.3. Le transconstitutionnalisme de Marcelo Neves 50

1.2. Le concept de juridiction revisité 54

1.2.1. Dialogue entre juridiction et souveraineté 54

1.2.2. Dialogue entre juridiction et arbitrage 63

1.2.3. Relation entre la juridiction étatique et la juridiction arbitrale 65

1.2.3.1. La primauté du principe de la compétence-compétence 69

1.2.3.2. Alternance de juridiction entre l'arbitre et le juge étatique 71

A. Pendant la phase pré-arbitrale 75

B. Pendant la phase arbitrale 77

C. Pendant la phase post-arbitrage 79

D. A tout moment, afin d'éviter un déni de justice 80

CHAPITRE 2. L'ARBITRAGE DANS SES DIFFÉRENTES CONCEPTIONS 85

2.1. L'arbitrage localisé dans un ordre juridique national 87

2.1.1. La localisation de l'arbitrage selon la *lex arbitri* : un modèle juspositiviste 87

2.1.1.1. Les conséquences par rapport à l'arbitre 88

2.1.1.2. Les conséquences par rapport le juge étatique 95

2.1.2. La localisation en fonction de la *lex execucionisme* de Philippe Fouchard : la manifestation du pluralisme juridique 100
2.1.2.1. Les conséquences par rapport à l'arbitre 102
2.1.2.2. Les conséquences par rapport le juge étatique 104
2.2. L'arbitrage en tant qu'ordre juridique autonome 105
2.2.1. L'institutionnalisme de Santi Romano 105
2.2.1.1. La tridimensionnalité de Jan Paulsson 107
2.2.1.2. La nouvelle Lex Mercatoria de Berthold Goldman 109
2.2.2. L'arbitrage en tant que système autonome 115
2.2.2.1. Théorie des systèmes de Niklas Luhmann 116
2.2.2.2. Le Transconstitutionnalisme de Marcelo Neves 118
2.2.2.3. Autres thèses systémiques autonomistes 124
CHAPITRE 3. L'ARBITRAGE EN DIALOGUE AVEC LE SYSTÈME DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ : LA NON APPLICABILITÉ DES RÈGLES DE CONFLIT DE LOIS 129
3.1. L'approche classique du conflit de lois : le principe de localisation en évolution ... 131
3.1.1. Du territorialisme à la localisation 132
3.1.2. De l'intérêt du Souverain à l'intérêt de l'individu 142
3.1.3. L'application de la méthode classique en matière d'arbitrage 147
3.2. L'approche fonctionnaliste du conflit de lois : une valorisation des intérêts en jeu 149
3.2.1. La recherche d'un conflit réel : retour du *lex forism* 151
3.2.2. La recherche de la meilleure loi (*« better law approach »*) 155
3.2.3. L'application de l'approche fonctionnaliste dans l'arbitrage 157
3.3. L'approche arbitrale des conflits de lois : une adaptation des théories classiques . 160
3.3.1. Questions spécifiques relatives à la détermination du droit applicable en matière d'arbitrage 161
3.3.2. La thèse de qualification appliquée à l'arbitrage 164
3.3.3. La question préalable appliquée dans l'arbitrage 167
3.4. Approche transnationale de la détermination du droit applicable : une défense de la voie directe 173
CHAPITRE 4. LIMITES DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ DES PARTIES À L'ARBITRAGE 181
4.1. L'étendue de l'autonomie de la volonté des parties à l'arbitrage 182

4.1.1. L'autonomie de la volonté élevée au rang de principe général du droit international 183
4.1.2. La pleine reconnaissance de l'autonomie de la volonté 190
4.1.2.1. La primauté de l'autonomie de la volonté 190
4.1.2.2. L'applicabilité des règles a-nationales en matière d'arbitrage..... 192
4.1.3. La reconnaissance atténuée de l'autonomie de la volonté 199
4.1.4. L'autonomie de la volonté conditionnée à l'épreuve des règles de conflit du for ... 201
4.2. Facteurs limitant l'autonomie de la volonté des parties 205
4.2.1. Les règles d'application immédiate comme limite à l'autonomie de la volonté des parties 206
4.2.1.1. Prise en considération des normes d'application immédiate par l'arbitre monolocalisé..... 207
4.2.1.2. Prise en considération des normes d'application immédiate par l'arbitre plurilocalisé 210
4.2.1.3. Prise en considération des normes d'application immédiate par l'arbitre délocalisé 217
4.2.2. L'ordre public comme limite à l'autonomie de la volonté des parties..... 220
4.2.2.1. L'arbitrage comme moyen de construction (ou de consolidation) d'un ordre public transnational 225
INTRODUCTION À LA DEUXIÈME PARTIE..... 229
CHAPITRE 5. LA DÉTERMINATION DU DROIT APPLICABLE À LA CONVENTION D'ARBITRAGE 233
5.1. Notions préliminaires concernant la convention d'arbitrage..... 235
5.1.1. La convention d'arbitrage : acte juridique procédural ou matériel ? 239
5.1.2. La convention d'arbitrage : un contrat accessoire doté d'autonomie 248
5.2. Les méthodologies possibles pour la détermination du droit applicable à la convention d'arbitrage..... 254
5.2.1. Le choix effectué par les parties : validation du principe d'autonomie de la volonté 255
5.2.2. La détermination du droit applicable par l'application des règles de conflit de lois 259
5.2.2.1. Règle de conflit générale : application de le *lex fori* ou de la *lex causae* 260
5.2.2.2. Règle de conflit « arbitral » : application du droit du siège..... 261
5.2.3. La détermination du droit applicable par application de la théorie des facteurs de rattachement..... 264

5.2.3.1. Le siège comme facteur de rattachementle plus étroit 267
5.2.3.2. Le contrat principal comme facteur de rattachement le plus étroit 270
5.2.3.3. L'application du *favor arbitralis* 272
5.2.4. La détermination du droit applicable par l'application de règles transnationales 279
5.3. Les différentes applications pratiques du droit applicable à la convention d'arbitrage 283
5.3.1. L'existence de la convention d'arbitrage : le contrôle du consentement 283
5.3.2. La validité formelle de la convention d'arbitrage 285
5.3.3. La validité matérielle de la convention d'arbitrage 291
5.3.2.1. L'objet de la convention d'arbitrage : l'arbitrabilité objective 291
5.3.2.2. La capacité des parties à la convention d'arbitrage : l'arbitrabilité subjective ... 295
CHAPITRE 6. LA DÉTERMINATION DU DROIT APPLICABLE À LA PROCÉDURE ARBITRALE 299
6.1. L'inadéquation de l'application indiscriminée du droit du siège à la procédure arbitrale 304
6.2. Le droit applicable aux éléments internes : le point de vue de l'arbitre 323
6.2.1. Le choix d'un corps de règles a-national pour régir la fonction interne du procès arbitral : les règlements des institutions d'arbitrage 326
6.2.2. Le choix d'un droit national distinct de celui en vigueur au siège pour régir les éléments internes du procès arbitral 329
6.2.3. Les dispositions d'application immédiate comme limite à l'autonomie des parties dans la détermination du droit applicable aux éléments internes du procès arbitral 336
6.3. Le droit applicable aux éléments externes : le point de vue du juge étatique 337
6.4. Le contenu du droit applicable à la procédure arbitrale transnational 341
6.4.1. Les principes fondamentaux de la procédure arbitrale transnationale 342
6.4.2. D'autres principes en vigueur dans les procédures d'arbitrage transnational 346
CHAPITRE 7. LA DÉTERMINATION DU DROIT APPLICABLE À LA VALIDITÉ ET AUX EFFETS DE LA SENTENCE ARBITRALE 349
7.1. Le droit applicable à la validité de la sentence arbitrale 352
7.1.1. Le droit applicable au recours en annulation d'une sentence arbitrale : le contrôle primaire de la sentence considérée comme « interne » 355
7.1.2. Le droit applicable à la reconnaissance et à l'exécution de la sentence arbitrale : le contrôle secondaire de la sentence considérée comme « étrangère » 362
7.1.3. La reconnaissance des sentences arbitrales transnationales 365

7.2. Le droit applicable aux effets de la sentence arbitrale 370

7.2.1. Les effets positifs de la sentence arbitrale : constitution, déclaration et condamnation 371

7.2.2. Les effets négatifs de la sentence arbitrale : dessaisissement du tribunal arbitral et préclusion en vertu de l'autorité de la chose jugée..... 373

7.2.3. L'inexistence des effets extraterritoriaux des jugements reconnaissant la validité ou annulant la sentence arbitrale : possibilité de reconnaissance des sentences arbitrales annulées à l'origine 379

CONCLUSION 395

BIBLIOGRAPHIE 401

REMARQUES INTRODUCTIVES

Cette étude vise à revisiter de manière critique les concepts classiques de la sociologie du droit, du droit procédural et du droit international – toujours avec un accent particulier sur le droit de l'arbitrage – en proposant de nouvelles compréhensions à un niveau théorique qui expliquent mieux les manifestations pratiques de ce mode extra-étatique de protection juridictionnelle.

Le développement de l'arbitrage au cours des dernières décennies, favorisé par l'expansion de la mondialisation, l'a élevé au rang de moyen normal de résolution des conflits privés des affaires transnationales. Ainsi, les acteurs de ce nouveau monde transnational veulent que leurs conflits soient résolus dans des *loci* non étatiques, au moyen de procédures spécialisés, simples et efficaces, qui débouchent sur des sentences arbitrales exécutoires dans toute juridiction où la partie adverse peut avoir des biens.

Comme dans tout procesus comportant des éléments d'extranéité (incluant ici non seulement les éléments d'internationalité, mais aussi, les éléments inter-systémiques), la question de la détermination du droit applicable est fondamentale. Le déterminer lorsque les parties n'ont pas fait de choix explicite – ce qui, comme nous le verrons, se produit fréquemment – sera toujours la fonction inaugurale de l'autorité juridictionnelle. Il est donc essentiel qu'il existe des méthodologies pour sa détermination, afin de créer une certaine prévisibilité des solutions et de répondre aux attentes des parties.

Dans l'état actuel du droit, il y a une grande confusion entre les hypothèses théoriques et leurs corollaires pratiques en ce qui concerne notamment la détermination du droit applicable. À notre avis, l'adoption de théories du droit doit se faire de manière cohérente, n'étant pas conseillé d'adopter les conséquences de l'une en fonction des hypothèses de l'autre. Dans cette optique, nous essayons dans cette étude (avec un succès relatif peut-être) de présenter les effets logiques possible découlant des manifestations de l'arbitrage les plus couramment reconnues par la doctrine.

L'hypothèse théorique la plus importante de cette étude repose sur l'idée que l'arbitre – qu'il agisse dans des arbitrages considérés comme « domestiques » ou internationaux – sera toujours une autorité juridictionnelle étrangère par rapport au juge

national.[1] Sur la base des théories systémiques, le système du droit transnational est distinct du système des ordres juridiques nationaux. L'arbitre est l'autorité juridictionnelle naturelle du premier ; le juge étatique, du second. En tant qu'autorités juridictionnelles, l'arbitre et le juge national dialoguent à travers des ponts de transition et, ainsi, agissent ensemble pour la mise en place de la protection juridictionnelle de manière intégrale, en évitant les éventuels dénis de justice. Cependant, l'arbitre et le juge ne posséderont jamais le pouvoir juridictionnel au même moment, ils alternent dans cette fonction.

Ce postulat étant posé, il reste à déterminer ses corollaires pratiques. A titre préliminaire, il convient de noter que le corollaire le plus important de cette théorie est peut-être l'éloignement de l'arbitrage de ce que l'on appelle son « siège ». La maxime « l'arbitre n'a pas de for » trouve ici sa plus stricte manifestation. Cet éloignement nécessaire a des conséquences importantes pour la détermination du droit applicable à l'arbitrage.

Cela nous amène à expliquer la raison du titre de cet ouvrage : la détermination du droit applicable ***à*** l'arbitrage. La préposition, dans ce cas, a été soigneusement choisie, excluant le recours à d'autres prépositions que l'on trouve fréquemment dans la doctrine spécialisée, telles que dans l'arbitrage ou en arbitrage. De même, l'utilisation de l'expression « droit » a été choisie plutôt que « loi », comme il est également plus courant de le trouver dans la doctrine sur l'arbitrage. Nous expliquons.

Le droit applicable à l'arbitrage concerne le droit applicable aux questions de procédure et aux questions connexes qui peuvent se poser lors d'un arbitrage. Dans la deuxième partie de cette étude, en suivant l'axe tématique delimité dans cette étude, nous examinerons en détail, les droits applicables à la convention d'arbitrage, à la procédure arbitrale, à la validité et à l'efficacité de la sentence arbitrale. Mais la liste des questions

1. PINHEIRO, Luís de Lima. The Confluence of Transnational Rules and National Directives as the Legal Framework of Transnational Arbitration, *in* VICENTE, Dário Moura (ed.). *Towards a Universal Justice?* Putting International Courts and Jurisdictions into Perspective. Leiden, Boston : Brill Nijhoff, 2016, p. 9 : « […] arbitral tribunals are not national authorities and, therefore, the awards they render are always decisions external to the national legal order ». Dans le même sens : VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *A Arbitragem em Juízo*. Thèse (doctorat) – Faculté de droit, Université de São Paulo, São Paulo, 2015.

relatives à l'arbitrage pourrait inclure aussi le droit applicable aux preuves (au moins en ce qui concerne leur application, dans l'hypothèse où elles soient comprises comme étant régies par le droit substantif) et le droit applicable à la prescription (si elle est comprise comme étant une question de nature procédurale). En particulier en ce qui concerne des questions de procédure, la détermination correcte du droit qui veut être appliqué est essentielle pour garantir les principes fondamentaux du procès arbitral transnational.

D'autre part, le droit applicable à l'arbitrage renvoie au droit applicable à la résolution du fond du litige, question que nous avons choisi de ne pas aborder dans la présente étude. D'abord parce que la question du droit applicable au fond a déjà fait l'objet d'une production doctrinale importante.[2] Mais aussi pour une raison pratique : une sentence arbitrale, en règle générale, n'est pas susceptible d'être annulée en raison d'une application erronée du droit au fond ; cependant on ne peut pas en dire autant des questions de procédure ou des questions connexes, car elles sont directement liées à la garantie d'un procès équitable. Ainsi, on comprend que le découpage thématique de cette étude

2. À titre d'exemple, voir : ALBORNOZ, Maria Mercedes. Choice of Law in International Contracts in Latin American Legal Systems. *Journal of Private International Law*, v. 6, n. 1, 2010, pp. 23-58 ; BATIFFOL, Henri. La Loi Appropriée au Contrat. *in Le Droit de Relations Economiques Internationales: Études Offertes à Berthold Goldman*. Paris : Litec, 1982, pp. 1-13 ; CORREIA, António Ferrer. O problema da lei aplicável ao fundo ou mérito da causa na arbitragem comercial internacional. *in Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado*. Coimbra : Almedina, 1988, pp. 231-252 ; CORREIA, António Ferrer. O Direito Aplicável pelo Árbitro Internacional ao Fundo da Causa. *Boletim da Faculdade de Direito (Universidade de Coimbra)*, v. 77, 2001, pp. 1-11 ; CRAVO, Daniela Copetti. Escolha Implícita da Lei nos Contratos Internacionais : Caso Farady Reinsurance v. Howden North America. *Cadernos do Programa de Pós Graduação em Direito da UFRGS*, vol. 10, n. 1, 2015, pp. 298-321 ; FUMAGALLI, Luigi. La Legge Applicabile al Merito della Controversia nell'Arbitrato Commerciale Internazionale. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, v. 21, 1985, pp. 465-492 ; GOLDMAN, Berthold. La Lex Mercatoria dans les Contrats et l'Arbitrage International: Realité et Perspectives. *Journal du Droit International (Clunet)*, v. 106, 1979, pp. 475-505 ; GOMES, Eduardo Biacchi ; WINTER, Luis Alexandre Carta. Contratos Internacionais e Arbitragem: o direito fundamental à liberdade das partes na escolha da lei a ser aplicável nas relações privadas. *Revista Jurídica*, v. 1, n. 42, 2016, pp. 349-365 ; LALIVE, Pierre. Le Droit Applicable au Fond par l'Arbitre International. *in Droit International et Droit Communautaire : Actes du Colloque*, Paris, 5 et 6 Avril 1990. Paris : Fondation Calouste Gulbenkian Centre Culturel Portugais, 1991, pp. 33-53 ; LANDO, Ole. The Law Applicable to the Merits of the Dispute. *in* LEW, Julian (org.). *Contemporary Problems in International Arbitration*, Londres : School of International Arbitration, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College, University of London, 1986, pp. 101-112 ; MEDAGLIA, Ivo de Paula ; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *O Direito Aplicável ao Mérito das Controvérsias Internacionais Submetidas à Arbitragem*. São Paulo : Universidade de São Paulo, 2017 ; PINHEIRO, Luís de Lima. Direito Aplicável ao Mérito da Causa na Arbitragem Transnacional. *Revista da Ordem dos Advogados*, v. 63, 2003.

privilégie la nouveauté, en plus d'une plus grande utilité académique et pratique, pour mieux remplir la fonction sociale de l'académie.

Le choix de l'expression « droit », au lieu de l'expression courante « loi », découle de l'idée que la première reflète plus précisément l'état actuel de la science juridique et ses sources. L'utilisation de l'expression « loi » est doublement entachée de vices : le premier, résultant de la traduction de l'expression anglophone « applicable law »; le second, dénonce les vestiges des traditions positivistes de la fin du XIXe siècle, qui considéraient le droit comme « la seule expression légitime de la volonté générale ».[3] Si l'emprunt de l'expression anglophone « applicable law » est imprécis – étant donné que « law » peut signifier à la fois « loi » et « droit » –, l'utilisation des concepts de positivisme juridique du XIXe siècle est dépassée. L'état actuel de la science juridique est unanime pour considérer une pluralité de sources de droit qui ne se limite pas exclusivement à la loi. Selon les enseignements de Miguel Reale, le droit

> résulte d'un ensemble de facteurs que la philosophie et la sociologie étudient, mais se manifeste, comme un ordre en vigueur et effectif, à travers certaines formes, nous dirions même certaines *formats*, qui sont le *procès législatif*, les *usages et coutumes juridiques*, *l'activité juridictionnelle* et le *pouvoir de négociation*.[4]

L'utilisation de l'expression « droit » est donc plus appropriée, surtout si l'on considère l'importance de la source coutumière et de la source de négociation pour le droit à l'arbitrage.

Une brève explication est également nécessaire quant à la structure choisie pour cette thèse. Sa division en deux parties permet, dans un premier temps, de présenter les théories du droit les plus pertinentes qui trouvent des défenseurs chez les acteurs de

---

3 REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito.* 16e éd. São Paulo : Saraiva, 1998, p. 152, en citant Rousseau.

4 REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 16e éd. São Paulo : Saraiva, 1988, p. 140. Traduction libre de l'original : « resulta de um complexo de fatores que a Filosofia e a Sociologia estudam, mas se manifesta, como ordenação vigente e eficaz, através de certas formas, diríamos mesmo certas *fôrmas*, que são o *processo legislativo*, os *usos e costumes jurídicos*, a *atividade jurisdicional* e o *poder negocial* ».

l'arbitrage, parmi lesquelles la théorie qui soutient les conclusions de cette étude, pour, dans un deuxième temps, tirer les conséquences pratiques de chacune des théories présentées pour chacune des questions objet de l'étude. Il est ainsi plus facile pour le lecteur de trouver rapidement les solutions proposées aux problèmes fréquemment rencontrés dans la pratique de l'arbitrage.

Enfin, un mot de prudence. Dans la présente étude, nous nous lançons dans la difficile – et peut-être excentrique[5] – mission de concilier les théories du conflit de lois avec les théories de la sociologie de l'arbitrage, afin d'établir les corollaires nécessaires qui découlent de l'adoption de chacune de ces théories aux méthodologies de détermination du droit applicable. Bien que la présente thèse affirme que les règles de conflit ne sont pas destinées à être appliquées dans l'arbitrage – et qu'elles devraient être écartées afin de donner lieu à une appréciation large et presque illimitée de l'autonomie de la volonté des parties – puisqu'elles sont propres aux systèmes des ordres juridiques nationaux, nous estimons donc nécessaire de démontrer quel serait le degré d'applicabilité et ses résultats pratiques pour la détermination de la loi applicable dans chaque cas.

5. PROSSER, William. Interstate Publication. *Michigan Law Review*, v. 51, n. 7, 1953, p. 971 : « The realm of the conflict of laws is a dismal swamp, filled with quaking quagmires, and inhabited by learned but eccentric professor who theorize about misterious matters in a strange and incomprehensible jargon. The ordinary court, or lawyer, is quite lost when engulfed and entangled in it ».

PREMIÈRE PARTIE

INTRODUCTION À LA PREMIÈRE PARTIE

Avant d'examiner en profondeur les méthodologies de détermination du droit applicable à l'arbitrage, objet de la seconde partie de cette étude, il est nécessaire d'établir, dans cette première partie, les prémisses théoriques qui permettent d'appliquer de manière cohérente ces méthodologies. D'emblée, une clarification s'impose. Bien que le débat sur les différentes conceptions de l'arbitrage ait été beaucoup critiqué pour être trop théorique, avec peu d'implications pratiques, la question de la détermination du droit applicable – le thème central de cette étude – prouve le contraire. Il s'agit en fait d'un corollaire pertinent du débat sociologique.

Par conséquent, dans le **premier chapitre**, nous démontrerons le lien étroit qui existe entre les instituts juridiques d'arbitrage et la souveraineté étatique. C'est à partir de la renonciation par les États à une partie de leur souveraineté que l'on reconnaît la possibilité pour les parties d'accorder aux arbitres – les autorités juridictionnelles du système autonome du droit transnational – le pouvoir juridictionnel de résoudre les crises juridiques (c'est-à-dire les controverses) découlant de leurs affaires juridiques privées. La possibilité d'une telle renonciation n'est possible qu'en raison de l'évolution du concept de souveraineté (qui, pour beaucoup, serait en fait mieux défini comme une « crise » de souveraineté), désormais plus adapté à un monde juridiquement pluriel et économiquement globalisé, dans lequel la fourniture d'une protection juridictionnelle n'est plus considérée comme un monopole d'État.

En adoptant la théorie du transconstitutionnalisme, une manifestation de la théorie systémique luhmanienne, il est préférable de considérer la crise de la souveraineté non pas comme une perte de pouvoir de l'État, mais comme l'ouverture d'une conversation, d'un dialogue entre l'ordre juridique étatique et d'autres ordres juridiques – tout comme celle de l'arbitrage – sans que cela représente un affaiblissement de son pouvoir interne. Au contraire, elle est la démonstration de l'établissement de politiques publiques cohérentes qui permettent à l'État de sauvegarder sa protection juridictionnelle – et de la fournir efficacement – pour les crises juridiques qu'il considère comme essentielles

pour la protection de ses préceptes fondamentaux et qui méritent une plus grande protection de l'État.

Les nouveaux concepts de souveraineté, adaptés au nouvel ordre juridique transnational, ne permettent pas que le monde international continue d'être considéré comme la somme des territoires sur lesquels les États ont un pouvoir absolu, comme le défendent les thèses de la matrice westphalienne. Il est certain que seul le rejet de telles thèses permettra de conceptualiser de manière adéquate les manifestations du pouvoir (économiques, politiques, juridictionnelles, etc.) qui émergent dans le monde contemporain, en apportant des solutions appropriées à ses propres problèmes. La déterritorialisation des systèmes juridiques est le seul moyen de garantir l'autonomie des institutions et des systèmes juridiques supra et transnationaux, afin qu'ils puissent coexister avec l'État-nation. Précisément, le changement du *locus* de l'autorité est défendu par toutes les théories qui revisitent le concept de souveraineté. À son tour, l'arbitrage est un exemple de ce déplacement du *locus* de l'autorité, notamment en ce qui concerne l'autorité juridictionnelle.

Cela justifie la reconnaissance par les États souverains de l'arbitre comme une autorité juridictionnelle appartenant à son propre système autonome, non lié par un ordre juridique national. L'arbitre est investi du pouvoir juridictionnel qui lui est conféré par les parties (dans les limites établies par l'État lui-même) et est chargé de résoudre les crises juridiques découlant de ses relations privées. Mais, bien sûr, l'arbitre – parce qu'il n'appartient pas, et n'est pas non plus lié par le système juridique national – n'a pas tous les pouvoirs qui sont reconnus aux juges étatiques, des représentants de l'État souverain. Le pouvoir d'*imperium* de l'arbitre, par exemple, est limité ; son plein exercice est réservé au juge national. C'est pourquoi les juges et les arbitres doivent établir un dialogue, en alternant dans la mise en place de la protection juridictionnelle et en ne la tenant jamais simultanément, afin de garantir aux parties leur pleine efficacité.

En appliquant les concepts revisités de souveraineté et de juridiction établis dans le premier chapitre, **le deuxième chapitre** analysera les conceptions juridiques de l'arbitrage, en démontrant une évolution logico-temporelle des théories de la localisation aux théories de l'autonomie, en explorant diverses approches inspirées de leurs prémisses

fondamentales pour en tirer les conséquences nécessaires, avec l'objectif principal d'établir une corrélation entre les modèles théoriques de l'arbitrage et les théories du droit, afin d'y trouver les justifications.

La question est controversée et divise la communauté de l'arbitrage en plusieurs théories, polarisées entre deux extrêmes : d'une part, ceux qui défendent des conceptions localisées, reconnaissant aux systèmes nationaux le caractère essentiel de la pleine efficacité de l'arbitrage et de la sentence qui en résulte ; d'autre part, ceux qui préfèrent des conceptions autonomistes, qui prônent la déconnexion de l'arbitrage des systèmes juridiques étatiques, dans une mesure plus ou moins grande. Malgré l'existence d'une multitude de modèles théoriques, nous concentrerons le débat sur ceux qui nous semblent les plus représentatifs : la monolocalisation et la plurilocalisation, en tant que représentants des théories localisatrices ; la délocalisation et l'autonomie systémique, en tant que représentants des théories autonomistes.

Ces prémisses théoriques étant posées, le **troisième chapitre** de la première partie est consacré à l'étude des interactions entre le droit international privé et le droit de l'arbitrage, dans le but de démontrer que la méthode conflictualiste – propre à la discipline du conflit de lois – n'a pas vocation à être appliquée à la détermination du droit applicable *à* et *dans* l'arbitrage.

Cette question est d'une importance capitale, car toute affaire privée comportant des éléments d'extranéité qui sera jugée nécessitera une procédure préalable pour déterminer le droit applicable, qu'il soit effectué par l'autorité juridictionnelle, soit par les parties. En partant de l'hypothèse adoptée dans cette thèse, selon laquelle l'arbitre est l'autorité juridictionnelle d'un système distinct du système de droit national, tout arbitrage est étranger par rapport aux ordres juridiques nationaux, quel que soit son siège. En conséquence, tout arbitrage doit commencer par l'exercice de la vérification du droit applicable.

La méthode de détermination du droit applicable est strictement liée à la façon dont nous comprenons l'arbitrage. Une fois qu'une théorie est établie, il est nécessaire d'en appliquer les conséquences logiques. En revanche, il est déconseillé d'emprunter les conséquences d'une prémisse à une autre, sans recourir à un lien logique qui les relie, sous

peine de délégitimer les solutions. Ainsi, selon la façon dont nous comprenons l'arbitrage, l'une ou l'autre méthodologie de conflit de lois devrait être appliquée, d'où l'importance de les revisiter et de les comprendre. Ce n'est qu'en comprenant le processus théorique qui sous-tend la détermination du droit applicable qu'il est possible de déterminer avec cohérence le droit le plus plus approprié pour chacune des questions soumises à l'arbitrage, objet de la deuxième partie de cette étude.

De même, en ce qui concerne la théorie du droit international privé, en général, et la doctrine des conflits de lois, en particulier, il est possible de percevoir une transition dans la pensée qui passe d'une vision monolocalisée à une vision transnationale de la discipline. Le principal reflet de cette évolution est le déplacement de l'attention des États vers les individus. Les relations privées sont désormais au centre des nouvelles théories juridiques, qui accordent moins d'importance aux intérêts des États. Dans ce contexte, l'arbitrage apparaît comme une réponse au besoin d'un *locus* non étatique de règlement des litiges, comme un moyen de répondre aux désirs des agents privés qui recherchent plus de spécialisation, d'efficacité, de confidentialité et de souplesse pour la résolution de leurs conflits.

Enfin, le **quatrième chapitre**, le dernier de cette première partie, explore en profondeur la portée de l'autonomie de la volonté des parties, en ce qui concerne, notamment, sa dimension matérielle, c'est-à-dire la prérogative de déterminer le droit régissant la résolution de leurs crises juridiques, en exerçant, comme l'explique Bobbio, la « faculté de se donner des lois à soi-même».[6] L'autonomie de la volonté, tant dans sa dimension procédurale (qui permet aux parties de contracter un arbitrage) que dans sa dimension substantielle, est, comme on le sait, le pilier fondateur de l'arbitrage, en plus d'être un principe général largement reconnu.

L'autonomie des parties n'est cependant pas illimitée, bien que nous préconisions une large reconnaissance de sa portée. S'il est vrai que les États choisissent de renoncer à une partie de leur souveraineté pour permettre aux parties de résoudre leurs crises juridiques

---

6 BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emmanuel Kant*. 4e éd. Brasília : Editora UnB, 1997, p. 62.

par le biais de l'arbitrage, il est également vrai qu'ils conservent le contrôle sur la partie de leur souveraineté qui n'a pas été abandonnée. Ainsi, la liberté individuelle n'existe et ne produit des effets que dans la limite autorisée par l'État.

CHAPITRE 1. UN NOUVEAU CONCEPT DE SOUVERAINETÉ ÉTATIQUE : VERS UNE CONSTITUTIONALISATION DE L'ARBITRAGE ?

L'arbitrage et la souveraineté des États, en tant qu'institutions juridiques, sont étroitement liées. C'est par un relâchement du second que le premier trouve la racine de son existence. Il est donc nécessaire de revenir, dans ce chapitre introductif, sur les concepts de souveraineté et de juridiction pour expliquer avec une cohérence théorique la possibilité d'assurer une protection juridictionnelle par l'arbitre. Ce n'est qu'à partir d'une base théorique solide – même si c'est au prix de la patience du lecteur – qu'il est possible d'expliquer l'autonomie du système du droit transnational, dont l'arbitre est l'autorité juridictionnelle naturelle, et qui tend vers son auto-constitutionnalisation.

Les arbitres ne détiennent un pouvoir juridictionnel que parce que les États choisissent de renoncer à une partie de leur souveraineté pour permettre que certaines questions soient soumises à la tutelle d'une autorité juridictionnelle appartenant à un système autre que le leur. C'est à partir de l'évolution du concept de souveraineté, poussée par l'émergence d'un nouvel ordre international juridiquement pluraliste et économiquement mondialisé, que le pouvoir étatique perd sa centralisation, ainsi que le monopole de l'activité législative et de l'application de la justice (**1.1**).

Par conséquent, puisque l'arbitre est une autorité juridictionnelle reconnue par les États souverains - même s'il appartient à son propre système autonome - il n'y a aucune raison de ne pas considérer l'arbitrage comme une activité juridictionnelle, équivalente à celle du juge étatique, bien qu'avec des limitations à leur pouvoir d'*imperium*. A tel point que le juge et l'arbitre n'exercent pas simultanément du pouvoir juridictionnel ; ils s'alternent dans l'octroi de la protection juridictionnelle, en assurant qu'elle soit toujours fourni dans son intégralité (**1.2**).

1.1. Le concept de souveraineté des États revisité

Historiquement, la souveraineté des États est intrinsèquement associée à la notion de droit international.[7] Le concept traditionnel de souveraineté de l'État remonte aux idées jusnaturalistes du XVIème siècle et a comme principale caractéristique l'idée de pouvoir absolu et perpétuel de l'État, tel qu'enseigné par Bodin[8] et Hobbes,[9] ce dernier ayant avancé la théorie selon laquelle l'État n'était lié à rien et possédait un droit sur tout, y compris sur la religion.[10] Bobbio consolide clairement la construction doctrinale de la souveraineté à l'époque, affirmant qu'il s'agissait du « pouvoir de dernier recours dans une société politique ».[11]

Rousseau, bien qu'opposé à l'absolutisme, caractérise la souveraineté comme inaliénable et indivisible.[12] D'autres auteurs jusnaturalistes, comme Pufendorf, nient l'idée de l'omnipotence de l'État et défendent la limitation du pouvoir de l'État à travers la

---

7 Comme l'expliquent Aftalión, Vilanova et Raffo – dans un ouvrage de référence pour la compréhension des théories du droit – la rupture entre l'Église Catholique Romaine et l'Empire Romain Germanique à la fin du Moyen Âge bouleverse la conception jusqu'alors admise selon laquelle les princes et les souverains étaient reconnus comme une autorité supranationale. Ainsi, il semble nécessaire de soutenir l'idée que chaque État avait un pouvoir absolu dans ses limites territoriales (c'est-à-dire la souveraineté), dont la source ne provenait pas d'autorités supranationales telles que l'Église ou l'Empire. AFTALIÓN, Enrique R. ; VILANOVA, José ; RAFFO, Julio. *Introducción al Derecho*. 4e éd. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 2004, p. 209.

8 C'est l'idée de Bodin que le souverain a le droit suprême d'édicter des lois qui lient tous ses sujets, mais pas lui-même ; c'est l'origine de l'idée de l'État absolu. BODIN, Jean. *Les six livres de la république : un abrégé du texte de l'édition de Paris de 1583*. Édition et Présentation de Gérard Mairet. Saguenay : [s.n.], 2011.

9 L'idée de Hobbes d'un État absolutiste n'autorise l'existence d'aucune forme de pouvoir ou d'institution autonome à l'État, y compris les autorités religieuses. Pour l'auteur, « celui qui n'a pas de royaume ne peut pas faire de lois ». HOBBES. Thomas. *Leviatã. Ou matéria, forma e poder de um Estado esclasiástico e civil*. 3e éd. São Paulo : Martins Fontes, 2014, pp. 147-148.

10 FERREIRA-SNYMAN, M. P. The Evolution of State Sovereignty : A Historical Overview. *Fundamina : A Journal of Legal History*, Pretoria, v. 12, n. 2, 2006, p. 6. Disponible à l'adresse suivante :
< http://journals.co.za/docserver/fulltext/funda/12/2/81.pdf?expires=1482247696&id=id&accname=guest &checksum=75D5539B10417A08276FE36BA452EDDC >. Accès le 3 déc. 2016.

11 BOBBIO, Norberto ; MATTEUCCI, Nicola ; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília : UnB, 2008. 2 v., pp. 1179-1181.

12 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social : princípios do direito político*. São Paulo : Martins Fontes, 2006.

Constitution et le droit positif,[13] tout comme Grotius (considéré comme le fondateur du droit international) qui voit dans le droit international comme une forme de limitation du pouvoir souverain de l'État, car celui-ci serait partiellement indépendant de sa volonté, puisque partiellement indépendant de la volonté du souverain et véhiculant aux États, bien que découlant de l'ensemble des droits nationaux.[14]

La conception jusnaturaliste de la souveraineté n'est cependant pas suffisante pour expliquer l'ordre juridique contemporain, y compris la relation entre l'arbitrage et l'État-nation. Afin de comprendre sa conception la plus moderne, il est nécessaire de faire un rapide tour des théories qui ont permis son évolution. Ainsi, après avoir analysé l'émergence et l'effondrement du dualisme westphalien (**1.1.1**) et la montée du pluralisme juridique (**1.1.2**), nous étudierons la création du droit mondial (**1.1.3**).

1.1.1. L'essor et la chute du dualisme westphalien

L'établissement d'un ordre international en Europe à la fin du Moyen Âge, à la suite de la rupture entre l'Église catholique et l'Empire romain-germanique, a conduit à la création du concept jusnaturaliste de souveraineté étatique, selon lequel chaque État détenait un pouvoir absolu, mais uniquement dans ses limites territoriales. La Paix de Westphalie[15] marque le début d'un ordre guidé par les questions de territorialité, laissant

---

13 PUFENDORF, Samuel. De Iure Naturae et Gentium Libri Octo, livre 7, chapitre 6, 1672, *in* CARR, Craig L. *The Political Writings of Samuel Pufendorf*. New York : Oxford University Press, 1994, pp. 230- 235.

14 FERREIRA-SNYMAN, M. P. The Evolution of State Sovereignty : A Historical Overview. *Fundamina : A Journal of Legal History*, Pretoria, v. 12, n. 2, 2006, p. 8 ; GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz*. Ijuí : Unijuí, 2005, p. 81 ; AFTALIÓN, Enrique R. ; VILANOVA, José ; RAFFO, Julio. *Introduction au droit*. 4e éd. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 2004, p. 211 (« Grocio promovió eficazmente el desarrollo del derecho internacional al afirmar – contra Hobbes – que los pueblos no son enemigos naturales y que sus relaciones están reguladas por el Derecho no sólo en tiempo de paz (el derecho natural confiere fuerza obligatoria a los tratados), sino también en tiempos de guerra (ésta tiene su origen en el principio jurídico del derecho de defensa, y sus limites en la sociabilidad y fraternidad naturales) »).

15 La Paix de Westphalie est le nom donné à l'ensemble des onze traités internationaux qui, en 1648, ont mis fin aux guerres européennes du XVIIe Siècle (dont le Traité Hispano-Néerlandais (1648) qui a mis fin à la Guerre des Quatre-Vingt Ans, le Traité de Westphalie (1648) qui a mis fin à la Guerre de Trente Ans et le Traité des Pyrénées (1659) qui a mis fin à la guerre entre la France et l'Espagne).

derrière elle un monde régi par la personnalité du souverain.[16] Elle introduit donc la notion d'équité entre les États européens comme principe,[17] établissant le devoir de coopération entre eux.[18] Les princes, les souverains et le Pape ne sont plus considérés comme des autorités supranationales, totalement indépendantes des autres États et non soumises aux règles du droit international.

Ce nouvel ordre international est fondé sur la distinction binaire entre le droit national et le droit international, selon laquelle les États seraient des acteurs indépendants dans un contexte international plus large. Néanmoins, cela n'implique pas l'abandon de l'idée de pouvoir absolu de l'État dans la limite de son territoire et de non soumission aux règles internationales – sauf evidement, par rapport à celles qui sont explicitement reconnues et volontairement acceptées sous forme de traités ou de coutume.[19]

Le premier « coup » contre le concept jusnaturaliste de souveraineté résulte de la Révolution Française de 1789, ainsi que de la Révolution américaine pour son indépendance (1775), qui ont mis en échec l'État monarchique absolutiste. Le pouvoir, dont la source divine n'est plus justifiée, commence à avoir son origine dans le peuple et à être soumis à des mécanismes de contrôle.[20] Ainsi, les constitutions précèdent les

---

L'importance de ces traités, en plus de mettre fin aux guerres, repose sur l'établissement d'un nouvel ordre international qui a dicté les relations entre les États européens.

16 À l'époque médiévale, le pouvoir du souverain par rapport à ses sujets ne découlait pas seulement d'une relation territoriale. Les sujets étaient soumis à divers souverains, chacun avec ses propres prérogatives, qui coexistaient sur le même territoire. GRIMM, Dieter. The Achievement of Constitutionalism, *in* DOBNER, Petra ; LOUGLIN, Martin. *The Twilight of Constitutionalism ?* Oxford : Oxford University Press, 2010, p. 6.

17 Il convient de noter qu'une telle équité ne s'applique qu'aux pays signataires des traités de paix de Westphalie et ne comprend pas la réglementation des territoires non européens.

18 Ce n'est cependant qu'au XIXe Siècle que l'égalité entre les États a acquis le statut de principe fondamental du droit international.

19 Conformément à la décision de la Cour Permanente de Justice Internationale, dans le cas Lotus : « [...] international law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law [...] » S.S. Lotus (Fr. v. Turk.), 1927. Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A - No. 10; Collection of Judgments. Leyden : A.W. Sijthoff's Publishing Company, 1927. Disponible à l'adresse suivante : < http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus.htm >. Accès le 22 sept. 2019.

20 Des siècles plus tard, le développement de l'État constitutionnel moderne a apporté avec lui le principe

gouvernants et commencent à dicter les règles selon lesquelles le pouvoir leur est attribué.[21] La souveraineté populaire émerge,[22] remplaçant la souveraineté monarchique. Mais si au XVIIIème siècle, le peuple commence à occuper le centre de l'ordre juridique de l'État, la croissance de l'impérialisme du XIXème siècle résulta dans ce qui a été appelé « anarchie de la souveraineté », par laquelle s'est justifié une reprise de l'exercice du pouvoir absolu de l'État.[23]

Ce n'est toutefois qu'avec l'arrivée du XXe siècle qu'une préoccupation croissante pour les droits de l'homme est apparue, motivée par des abus de pouvoir flagrants, des guerres et des génocides, entraînant la création d'une communauté internationale plus active et plus efficace, qui a commencé à exiger une protection effective des personnes par les États, ainsi que le respect effectif du principe de non-intervention.[24] C'est le véritable effondrement du concept de souveraineté étatique en tant que pouvoir absolu et illimité sur un territoire donné, qui n'est plus adapté aux objectifs de

---

de légalité, qui subordonne le souverain aux lois de l'État. Dans ce sens, voir : FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo : Martins Fontes, 2002, p. 28 : « De modo particular, o princípio da legalidade nos novos sistemas parlamentares modifica a estrutura do sujeito soberano, vinculando-o não apenas à observância da lei, mas também ao princípio de maioria e aos direitos fundamentais – logo, ao povo e aos indivíduos –, e transformando os poderes públicos de poderes absolutos em poderes funcionais. Sob esse aspecto, o modelo do Estado de direito, por força do qual todos os poderes ficam subordinados à lei, equivale à negação da soberania, de forma que dele resultam excluídos os sujeitos ou os poderes *legibus soluti*; assim como a doutrina liberal do Estado de direito e dos limites de sua atividade equivale a uma doutrina de negação da soberania ».

21 GRIMM, Dieter. The Achievement of Constitutionalism, *in* DOBNER, Petra ; LOUGLIN, Martin. *Twilight of Constitutionalism ?* Oxford : Oxford University Press, 2010, p. 7.

22 Rousseau est le précurseur de la théorie selon laquelle le pouvoir du souverain émane du peuple. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. São Paulo : Martins Fontes, 2006. Voir aussi, sur le paradoxe de l'autoconstitution du peuple : ROSANVALLON, Pierre. *La Légitimité Démocratique : impartialité, réflexivité, proximité.* Paris : Éditions du Seuil, 2008.

23 Jürgen Habermas affirme que, selon le modèle westphalien, « [...] le monde des États est constitué d'États-nations considérés comme des acteurs indépendants dans un environnement anarchique, qui prennent des décisions plus ou moins rationnelles dans le but de préserver et d'étendre leur propre pouvoir ». HABERMAS, Jürgen. *The Postnational Constellation : Political Essays*. Cambridge : Polity Press, 2001, p. 69. Traduction libre de l'original : « [...] the world of states consists of nation-states regarded as independent actors within an anarchic environment, who make more or less rational decisions in pursuit of the preservation and expansion of their own power ». Dans le même sens, voir : FERREIRA-SNYMAN, M. P. The Evolution of State Sovereignty : A Historical Overview. *Fundamina : A Journal of Legal History*, Pretoria, v. 12, n. 2, 2006.

24 Dans ce contexte, la Charte des Nations Unies de 1945 et la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 ont été célébrées.

paix internationale et de coexistence entre nations indépendantes. C'est ce que certains auteurs définissent comme le début de l'ère de la « post-souveraineté » ; jusqu'alors, « la souveraineté d'un État n'était pas considérée comme un pouvoir à utiliser pour le bien commun de la communauté internationale, mais comme un droit subjectif à exercer en fonction des intérêts propres de l'État ».[25]

Ce moment marque également l'émergence des théories anti-souveraineté, menées par Krabbe, Duguit et Kelsen, qui nient le dualisme westphalien afin d'établir une approche moniste selon laquelle le droit national et international ont une seule source commune.[26]La théorie pure du droit de Kelsen est le plus grand exemple de l'approche moniste. Kelsen a été le premier auteur à conceptualiser la souveraineté comme un concept juridique et non comme un fait de pouvoir ou une partie des compétences de l'État, comme on le croyait jusqu'alors. Il a défendu l'idée que pour l'existence d'un ordre juridique autonome interne, la souveraineté devrait être radicalement supprimée, car il ne serait pas possible que deux ordres juridiques autonomes opèrent sur le même territoire.[27] Le concept normatif de souveraineté attribué par Kelsen représentait la négation de l'État en tant que souverain, un rôle que seul un ordre normatif pouvait avoir, le réduisant à son autorité suprême. Logiquement, selon la théorie de la norme fondamentale, une seule règle peut être la source de validité d'autres normes.[28]

---

25 FERREIRA-SNYMAN, M. P. The Evolution of State Sovereignty : A Historical Overview. *Fundamina : A Journal of Legal History*, Pretoria, v. 12, n. 2, 2006, p. 12. Traduction libre de l'original : « [t]he sovereignty of a state was not seen as a power to be used towards the common good of the international community, but as a subjective right to be exercised in the own interest of a state » ; SINGER, Peter. *One World : The Ethics of Globalization*. 2e éd. New Haven : Yale University Press, 2004, p. 5 : « This [gross and systematic violations of human rights that urge the need of legitimate and universal principles] means a redefinition of state sovereignty, or more accurately, an abandonment of the absolute idea of state sovereignty that has prevailed in Europe since the Treaty of Westphalia in 1648 ».

26 KRABBE, Hugo. *The Modern Idea of the State*. New York : D. Appleton and Company, 1922 ; DUGUIT, Leon. The Law and The State. *Harvard Law Review*, v. 31, n. 1, 1917 ; KELSEN, Hans. Théorie du droit international public. *Recueil des cours*, 1932, p. 42.

27 COHEN, Jean L. Sovereignty in the Context of Globalization : A Constitutional Pluralist Perspective, *in* BESSON, Samantha ; TASIOULAS, Tihn (ed.). *Philosophy of International Law*. New York : Oxford University Press, 2010, p. 266.

28 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8e éd. São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2009.

Selon cette pensée, accepter la thèse de la souveraineté impliquerait d'accepter le droit international comme un ordre juridique autonome. En adoptant le modèle moniste, il propose la primauté du droit international, auquel tous les ordres nationaux sont subordonnés. Ainsi, les États agiraient comme des organes du droit international, produisant conjointement le droit international, tout comme les organes internes de l'État produisent le droit national. [29] Pour Cohen, cependant, « la reconnaissance de la théorie du droit international implique la primauté du droit national sur le droit international, ainsi que dans l'interprétation moniste de l'unité desdits systèmes juridiques ».[30]

Une question particulièrement intéressante pour cette étude est la reflexion des nouvelles théories concernant la liaison de l'ordre juridique à un territoire donné. Pour Stephen Tierney, un certain nombre de défis ont remis en question la viabilité même de l'État-nation, du moins en ce qui concerne la conceptualisation de l'État comme représentation de la souveraineté absolue propre au modèle Westphalien.[31] Ces défis reposent sur l'émergence de *loci* d'autorité rivaux qui remettent en question l'exclusivité des *loci* territoriaux de souveraineté : premièrement, l'émergence d'ordres juridiques et politiques supra-étatiques, à l'instar de l'Union Européenne ; deuxièmement, la dynamique extraterritoriale propre à la mondialisation – qui représente un enjeu sectoriel, bien qu'elle consiste principalement en un impératif économique – peut avoir un impact sur l'autorité juridique par le biais de mécanismes de régulationqui, progressivement, deviennent de plus en plus transnationaux ; enfin, la croissance du nationalisme infra-étatique (*i.e.* les mouvements nationalistes en Catalogne, au Québec et en Écosse). Le système autonome d'arbitrage remet également en cause cette exclusivité, cette fois du point de vue de la

---

29 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8e éd. São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2009.

30 COHEN, Jean L. Sovereignty in the Context of Globalization : A Constitutional Pluralist Perspective, *in* BESSON, Samantha ; TASIOULAS, Tihn (ed.). *Philosophy of International Law*. New York : Oxford University Press, 2010, p. 266. Traduction libre de l'original : « [t]he recognition theory of international law thus entails the primacy of national over international law as well as the monist interpretation of the unit of these legal systems ».

31 TIERNEY, Stephen. Reframing Sovereignty ? Sub-Sate National Societies and Contemporary Challenges to the Nation-State. *International and Comparative Law Quarterly,* v. 54, n. 1, 2005, pp. 161-183.

protection juridictionnelle ; il ne s'agit plus d'un monopole d'État et se développe vers un système transnational d'arbitrage, dont l'autorité juridictionnelle naturelle est l'arbitre.

Le changement de la notion de territorialité, à la fois comme limite et comme condition pour que l'État-nation soit considéré comme un ordre juridique, est la principale caractéristique de la soi-disant « crise » de la souveraineté. Suzanne Gordon soutient que la mondialisation détache les territoires de leurs États souverains, déterritorialisant le concept et la pratique de la souveraineté étatique.[32]

1.1.2. La montée du pluralisme juridique

Jusqu'à la fin du XIXème siècle, le droit international possédait un objectif clair : la création du *jus commune*, un droit commun à tous les ordres juridiques. C'est Savigny qui a renforcé l'utilisation du droit international privé à cette fin.[33] Mancini, pour sa part, défendait que le droit international privé fasse partie du « droit des gens ».[34] Ainsi, le monisme juridique prévalait, car rien de plus logique que de défendre l'existence d'un seul ordre juridique quand on aspire à un droit commun à tous les peuples.[35]

Bien que la notion de souveraineté étatique rigide soit encore très présente dans les théories juridiques, le pluralisme juridique gagne progressivement en force. Des théories contemporaines pluralistes diffèrent grandement des théories westphaliennes. Actuellement, le pluralisme est associé à l'absence de souveraineté – ou, du moins, à un concept plus fluide de la souveraineté étatique -, étant donné que la pluralité des ordres juridiques indique l'absence d'une norme unique de reconnaissance, la *Grundnorm.*[36]

---

32 GORDON, Suzanne E. Changing Concepts of Sovereignty and Jurisdiction in the Global Economy : Is there a Territorial Connection ? *Working Paper Series Number 1*, CCGES/CCEAE, 2001, p. 1.

33 VON SAVIGNY, Friederich Karl. *Sistema del Derecho Romano Actual.* Madrid : F. Goncora y Compañia, 1878, p. 139.

34 MANCINI, Pasquale Stanislao. *Direito Internacional*. Ijuí : Unijuí, 2003.

35 BODEN, Didier. Le pluralisme juridique en droit international privé. *Archives de philosophie du Droit.* Paris, v. 49, 2005, p. 283.

36 PRIBÁN, Jiri. A Questão da Soberania do Pluralismo Jurídico Global, *in* SCHWARTZ, Germano ;

Le monde contemporain exige que le droit soit repensé. La nécessité d'expliquer les nouvelles formes d'organisation sociale – autonomes et transnationales – et d'un État de plus en plus dirigé par l'économie et de moins en moins par la politique, encouragent le développement de nouvelles théories du droit. Dans de telles théories, l´État est un sujet de prédilection. Le monde globalisé n'admet plus une division rigide et binaire des États souverains ; la binarité westphalienne qui divise le monde en national et international s'affaiblit au profit du développement de théories de constitutions sociales et transnationales. Les gouvernements nationaux sont substitués par des mécanismes de gouvernance globale supra et transnationaux. La souveraineté depasse les limites frontalières pour être associée à des formes de mondialisation polycentrique et multidimensionnelle.[37] L'État moderne perd de son monopole durable sur la loi ; dans le même temps, dans la société mondiale, les organisations non gouvernementales et non politiques émergent et remettent en question le couplage du concept de droit.[38] Les différents ordres juridiques et les normes de reconnaissance finale – reconnus par le pluralisme juridique – ne communiquent plus entre eux de manière hiérarchique, mais plutôt par le biais d'hétérarchies et de réseaux.

Des doctrines telles que le pluralisme constitutionnel, le pluralisme tridimensionnel, l'institutionnalisme, les théories du système – qui sont particulièrement intéressantes pour le développement de notre thème – entre autres, défendent une re-conceptualisation de souveraineté. A cette fin Bobbio désigne la théorie pluraliste comme un véritable adversaire politique de la souveraineté. Selon les mots de l'auteur :

> [...] les conceptions pluralistes - aussi bien celles descriptives qui visent à percevoir le processus réel de formation de la volonté politique, que celles prescriptives qui visent à maximiser la liberté dans une société

PRIBÁN, Jiri ; ROCHA, Leonel Severo (org.). *Sociologia Sistêmico-autopoiética das Constituições*. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 87.

37 PRIBÁN, Jiri. A Questão da Soberania do Pluralismo Jurídico Global, *in* SCHWARTZ, Germano ; PRIBÁN, Jiri ; ROCHA, Leonel Severo (org.). *Sociologia Sistêmico-autopoiética das Constituições*. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 87.

38 SANTOS, Boaventura de Souza. *Towards a New Legal Common Sense*. 2e éd. Londres : Butterworths, 2002.

> démocratique par le biais d'une polyarchie - démontrent l'inexistence d'une unité étatique, qui possède le monopole des décisions autonomes, puisque, dans la pratique, l'individu vit dans différentes associations et groupes, capables d'imposer ses propres options. En réalité, le contexte social présente une pluralité notable de groupes en concurrence ou en conflit pour conditionner le pouvoir politique ; c'est précisément cette pluralité qui empêche l'existence d'une autorité unique, omni-compétente et omnisciente : le processus de décision politique est le résultat d'une longue et vaste série de médiations. **Dans cette division du pouvoir, dans cette polyarchie, il n'y a pas de véritable souverain**.[39]

1.1.2.1. Le droit vivant de Ehrlich

En s'opposant au positivisme juridique, jusqu'alors incontesté par la doctrine juridique européenne, Ehrlich crée la théorie du droit vivant, un droit en mouvement qui n'est pas restreint aux limites du droit légiféré.[40] Émerge alors l'idée que le droit, pour constituer sa propre essence de la vie sociale, doit répondre aux évènements socio-économiques d'une population donnée, en s'adaptant aux nécessités et aspirations de la société et non vice-versa. La coutume est desormais considérée comme une source de droit. Et elle ne peut s'expliquer que dans un contexte historique déterminé, car elle est vivante, en constante modification. L'idée de droit vivant est fortement associée au pluralisme juridique. Et c'est à partir de cette idée que la capacité de réguler la vie sociale est attribuée aux organisations sociales, sans que l'intervention législative de l'État soit nécessaire.

---

39 BOBBIO, Norberto ; MATTEUCCI, Nicola ; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília : UnB, 2008, 2 v. p. 1186 (soulignement ajouté). Traduction libre de l'original : « [...] as concepções pluralistas – quer as descritivas que objetivam a percepção do processo real de formação da vontade política, quer as prescritivas que objetivam maximizar a liberdade numa sociedade democrática por meio de uma poliarquia – demonstram a não existência de uma unidade do Estado, que possua o monopólio de decisões autônomas, uma vez que, na prática, o indivíduo vive em associações e grupos diferentes, capazes de impor suas próprias opções. Na realidade, o contexto social apresenta uma notável pluralidade de grupos em competição ou em conflito para condicionar o poder político; é justamente esta pluralidade que impede a existência de uma única autoridade, onicompetente e onicompreensiva: o processo de decisão política é o resultado de uma longa e vasta série de mediações. **Nesta divisão do poder, nesta poliarquia, não existe um verdadeiro soberano** ».

40 EHRLICH, Eugen. O estudo do Direito Vivo, *in* FALCÃO, J. ; SOUTO, C. (org.). *Sociologia e Direito* : Pioneira Thomson, 2002, pp. 109-115.

Le pluralisme juridique a diverses manifestations. Le pluralisme juridique « fort » se distingue de sa version « faible » par sa dépendance de la reconnaissance étatique. Alors que le premier ne requiert pas de reconnaissance étatique et attribue aux organisations sociales supra et transnationales une capacité autorégulatrice, le deuxième dépend de la reconnaissance de l'État en soutenant que le pluralisme est créé à partir d'une pluralité d'ordres juridiques étatiques qui coexistent et produisent des effets sur un même territoire. C'est en ce sens que Sabino Cassese identifie l'actuelle « crise » de la souveraineté contemporaine, qui ne correspond plus aux attentes de l'activité économique, desormais déterritorialisé.[41] La conséquence est l'émergence d'un ordre supra étatique qui agit différemment des États, « car il n'est pas monopoliste – il n'y a pas un acteur unique, ni un seul gouvernement global, malgré l'existence d'une gouvernance globale »,[42] ce qui entraine une **augmentation des acteurs capables de produire du droit**.

Gunther Teubner fonde également sa théorie d'un pluralisme juridique contemporain sur les idées d'Ehrlich. Teubner présente la ***lex mercatoria*** **comme le meilleur exemple du droit global**, un véritable ordre juridique transnational du marché global.[43] Selon lui, un droit global ne peut être correctement interprété qu'à partir d'une *logique* positiviste et d'un point de vue pluraliste en ce qui concerne les théories des sources du droit.

Dans le processus actuel de mondialisation, le droit vivant d'Ehrlich acquiert un nouveau sens : le droit global se développe à travers des périphéries sociales, qui entrent en contact avec d'autres systèmes sociaux, et non au centre des États nationaux ou des institutions internationales. Dans cette perspective, *lex mercatoria* représenterait la

---

41 « Déterritorialisation » est un terme créé par Gilles Deleuze et Félix Guattari dans *Anti-Oedipe.* Initialement créée dans le domaine de la théorie psychanalytique, elle s'est ensuite étendue à d'autres domaines, tels que la philosophie et le droit. DELEUZE, Gilles ; GUATTARI, Félix. *Anti-Oedipus: Captalism and Schizophrenia*. Minneapolis : University of Minnesota Press, 1983, pp. 33-34.

42 CASSESE, Sabino. *A Crise do Estado*. Campinas : Saberes Editora, 2010, p. 58. Traduction libre de l'original : « since is not monopolist – there is not only a single actor, nor just a single global government, even though there is a global governance ».

43 TEUBNER, Gunther. Global Burkowina : Legal Pluralism in the World Society, *in* TEUBNER, Gunther (éd.). *Global Law without a State*. Aldershot : Dartmouth, 1997, pp. 3-28.

périphérie du droit économique global en « couplage structurel » avec des entreprises et des transactions économiques globales.[44]

1.1.2.2. L'institutionnalisme de Santi Romano

L'institutionnalisme juridique est une théorie du droit qui tente de briser la vision rigide des positivistes au sujet de la création juridique, restreinte au détenteur du pouvoir souverain. Pour les institutionnalistes – les classiques, représentés par Santi Roman[45] et Maurice Hauriou,[46] et les néo-institutionnalistes, comme Ota Weinberger et Neil MacCormick – il n'y a pas une source unique de droit, comme le préconisent les juspositivistes, mais une pluralité de sources d'origine sociale, une pluralité d'ordres juridiques qui coexistent. Cela découle de l'assimilation par l'institutionnalisme de l'ordre juridique en tant qu'institution et de ce dernier en tant que forme sociale organisée.[47]

L'institutionnalisme juridique nie l'idée que l'État est la source unique du droit. Les institutions sont considérées comme des ordres juridiques, une sphère en soi d'un système juridique objective, plus au moins complexe. C'est dans leur individualité objective que l'on trouve leur autonomie, par la transformation des institutions en sources de droit capables de produire les trois types de normes : disciplinaires, statutaires et

---

44 Selon les théories systémiques d'inspiration luhmannienne, le couplage structurel est la capacité communicative des systèmes à emprunter des structures appartenant à d'autres systèmes (l'environnement) afin de leur permettre d'effectuer leurs propres opérations internes de manière durable sans avoir à internaliser les processus pour ce faire. LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System* Oxford : Oxford University Press, 2004, p. 382.

45 ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Florianópolis : Fondation Boiteux, 2008.

46 Hauriou, constitutionnaliste français, propose trois modifications aux idées de Santi Romano : la distinction entre institution-personnes et institutions-choses ; la politisation de la notion d'institution-personne, en la rapprochant de la notion d'État représentatif ; et l'introduction du concept « d'idée directrice », le noyau existentialiste de l'institution. HAURIOU, Maurice. *La Teoria de la Instituición y de la Fundación*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1968.

47 Pour Santi Romano, « tout ordre juridique est une institution, et inversement, toute institution est un ordre juridique. L'équation entre les deux concepts est nécessaire et absolue ». ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2008, p. 26. Traduction libre de l'original : « todo ordenamento jurídico é uma instituição e, vice-versa, toda instituição é um ordenamento jurídico. A equação entre os dois conceitos é necessária e absoluta ».

coutumiers.[48] Par conséquent, les institutions ne dépendent pas de l'État souverain pour être considérées comme des ordres juridiques. La négation de l'exclusivité étatique dans la production du droit et dans la rupture avec les dogmes juspositivistes sont des caractéristiques centrales de cette théorie juridique.

Pour l'institutionnalisme, le droit ne peut pas être résumé aux règles qui le composent, mais doit également considérer l'institution qui le crée. Santi Romano explique que le processus qui génère le phénomène normatif ne commence pas avec la création de la règle elle-même, mais au moment qui la précède.[49]

1.2.2.3. Le constitutionnalisme pluraliste de Jean Cohen

Une autre théorie pluraliste qui mérite d'être mentionnée est le constitutionnalisme pluraliste de Jean Cohen, qui insiste sur le fait que le concept de souveraineté ne peut être nié ou exclu, mais doit être repensé. Selon lui, on ne peut pas ignorer les changements des règles substantives de souveraineté, les changements structurels des systèmes internationaux ou à l'émergence d'un ordre juridique global, autonome et fonctionnellement différencié concernant la communauté internationale.[50]

Cohen soutient que la souveraineté étatique et le système politique mondial coexistent dans une relation hétérarchique et horizontale, tous deux en tant qu'ordres juridiques autonomes. Il soutient l'idée qu'il existe un processus en cours de constitutionnalisation de l'ordre juridique mondial autonome qui comprend la juridiction obligatoire des tribunaux internationaux, la possibilité d'un contrôle judiciaire, la création d'un système de poids et mesures et des normes plus efficaces en matière de droits de l'homme. Toutefois, elle ne répond pas à l'exigence selon laquelle les États doivent exprimer leur consentement à être liés par le droit international ; néanmoins, elle propose

---

48 *Ibidem*, p. 81.

49 ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2008, p. 72.

50 COHEN, Jean L. Sovereignty in the Context of Globalization: A Constitutional Pluralist Perspective, *in* BESSON, Samantha ; TASIOULAS, Tihn (ed.). *Philosophy of International Law*. New York : Oxford University Press, 2010, p. 273.

que les revendications concurrentes en matière d'autorité soient traités comme une question d'éthique de la responsabilité politique fondée sur la reconnaissance et le respect mutuels.[51] Ses idées sur la constitutionnalisation des ordres juridiques internationaux peuvent être appliquées avec succès à la compréhension de l'arbitrage en tant que système juridique autonome doté de sa propre réglementation normative.

1.1.3. La création d'un droit global

L'idée d'un monde global n'est pas nouvelle. Kant défendait déjà l'union des fédérations républicaines dans une organisation internationale pour atteindre la paix mondiale, bien que sa « ligue des peuples » soit plutôt une union entre États qu'une idée d'une république universelle, bien qu'il la considère comme possible, à travers une constitution de droit international, il ne voit pas son utilité pour le contexte de l'époque.[52] De plus, il considérait comme nécessaire la sauvegarde de la liberté et de la souveraineté de chaque État national.[53]

Le trait caractéristique du monde global est un **couplage structurel** plus important entre **le droit et l'économie**. Ce sont les relations commerciales qui commencent à dicter l'organisation du monde, de la politique et du droit. Et telles relations ont par essence une éphémérité et une rapidité caractéristiques d'un monde en constant mouvement. Les fluctuations des bourses, des devises et des prix, actualisés en temps réel, démontrent l'instabilité du secteur.

---

51 COHEN, Jean L. Sovereignty in the Context of Globalization : A Constitutional Pluralist Perspective, *in* BESSON, Samantha ; TASIOULAS, Tihn (ed.). *Philosophy of International Law*. New York : Oxford University Press, 2010, p. 275.

52 SOROMENHO-MARQUES, Viriato. Kant : o federalismo visto da história. *Revista Portuguesa De Filosofia*, v. 61, n. 2, 2005, p. 435.

53 SOUSA, Francisco Pereira de. Crítica ao Direito Cosmopolita Hebermasiano. *Problemata : Revista Internacional de Filosofia*, v. 7, n. 3, 2016, p. 162.

En ce qui concerne la présente étude, les principales démonstrations contemporaines du droit global sont celles proposés par Jünger Habermas (**1.1.3.1**), Jürgen Basedaw (**1.1.3.2**) et Marcelo Neves (**1.1.3.3**).

1.1.3.1. Le cosmopolitisme juridique habermassien (ou jusglobalisme habermassien)

Habermas propose une « politique mondiale interne sans gouvernement mondial », basée sur les institutions et organisation existantes.[54] Il suggère une réforme des institutions telles que l'Organisation des Nations Unis (ONU) pour que soit créé une véritable politique interne mondiale, promouvant une citoyenneté mondiale. Il revient à l'idée kantienne d'une **constitution du droit international**, unique moyen possible d'affirmer la démocratie et les droits humains. Il propose un système de gouvernement global de plusieurs niveaux capable de créer une démocratie cosmopolite, dans laquelle les relations entre les États, et entre les États et leurs citoyens, seraient soumises à de nouveaux contrôles aux niveaux régional et global. Ainsi, les problèmes de droit international que le système westphalien était incapable de résoudre seraient résolus.

Habermas, le plus radical des « Western Globalists »,[55] affirme avec insistance que le cosmopolitisme juridique est la conséquence logique de la règle de droit ; par conséquent, seule l'expansion globale des paradigmes occidentaux respecte à la fois la

---

54 HABERMAS, Jürgen. *La paix perpétuelle : le bicentenaire d'une idée de kantienne*. Paris : Cerf, 1996. *Idem*. *O ocidente* dividido. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2006. *Idem*. *A era das transições*. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2003, p. 7. *Idem*. *A inclusão do outro*. *Estudos de Teoria Política*. São Paulo : Loyola, 2007, p. 183.

55 Surnom donné par Hedley Bull à des auteurs tels que Richard Falk et David Held, qui prônent la création d'une constitution mondiale ayant pour point de départ les principes démocratiques occidentaux, bien que ceux-ci – contrairement à Habermas – tiennent compte de la nécessité de concilier, sur le plan normatif ou institutionnel, la culture juridique et politique des États orientaux. ZOLO, Danilo. The Rule of Law : A Critical Reappraisal, *in* COSTA, Pietro ; ZOLO, Danilo (eds.). *The Rule of Law History, Theory and Criticism*. Dordrecht : Springer, 2007, p. 42.

logique des institutions démocratiques et le contenu sémantique de l'intrinsèque universalisme des droits de l'homme.[56]

Neves critique ce projet en affirmant que le « modèle habermassien de la Constitution de la politique intérieure mondiale paraît surchargé par une vision idéalisée qui part fondamentalement de l'expérience positive de la supranationalité en Europe Occidentale ».[57] Les asymétries de pouvoir et les inégalités économiques abyssales entre les pays du monde entier ont empêché une solution similaire à l'échelle mondiale, ne servant que de façade pour couvrir les problèmes qui dépendent de variables bien plus complexes pour être traités correctement dans les sphères politique et juridique. Il va jusqu'à dire que de telles mesures donneraient naissance à une nouvelle forme de colonialisme.

Pour Neves, l'État a un intérêt dans les nouveaux regroupements institutionnels car il n'a plus la force d'influencer les orientations du marché ou de s'opposer aux intérêts économiques, ce qui ne lui laisse d'autre choix que de s'y soumettre.[58] Prado indique que, pour cette raison, les États acceptent de voir leur souveraineté réduite pour – paradoxalement – maintenir un certain contrôle sur leur territoire et leur pouvoir souverain, visant à participer au nouveau monde transnational.[59] Cela expliquerait la renonciation à une partie du pouvoir juridictionnel de l'État en faveur de l'arbitre.

---

56 ZOLO, Danilo. The Rule of Law : A Critical Reappraisal, *in* COSTA, Pietro ; ZOLO, Danilo (eds.). *The Rule of Law History, Theory and Criticism.* Dordrecht : Springer, 2007, p. 42.

57 NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Transconstitucionalismo.* Thèse présentée au concours pour le poste de professeur titulaire dans le domaine du droit constitutionnel, à la Faculté de droit de l'Université de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 77.

58 HABERMAS, Jürgen. *Vérité et justification*. Traduction par Rainer Rochlitz. Paris : Gallimard, 2001, p. 77.

59 PRADO, Lucas de Melo. A crise da soberania e do Estado moderno em uma perspectiva tridimensional. *Revista de Direito Público*, v. 7, n. 2, 2012, pp. 91-112.

1.1.3.2. La société ouverte de Basedow

Le droit international privé peut aujourd'hui être mieux décrit comme la clé du droit privé des affaires mondiales dans un monde multi-juridictionnel.[60] Le changement résulte de la perméabilité croissante des frontières des États nationaux, de la connectivité grandissante entre les sociétés et les économies et de l'internationalisation des vies individuelles. Toutes ces relations complexes ne peuvent plus s'inscrire dans les limites d'un seul ordre juridique. De plus, la plupart des questions du nouveau monde ne se limitent pas au droit, mais implique d'autres secteurs de la société, comme la politique ou l'économie.[61] Émerge alors la demande pour une nouvelle réglementation et de nouveaux modèles que puissent donner plus de sécurité juridique et prévisibilité dans le nouveau monde multi-juridictionnel.

L'idée de « Open Society » - société ouverte – émerge avec Henri Bergson[62] et, tout comme la théorie des systèmes de Luhmann, puise son inspiration dans la biologie.[63] Une société ouverte est une société qui « par principe, prend en compte tout l'humanité ».[64] Par opposition, la société fermée est celle, résultant des mains de la nature, « dont les membres subviennent à leurs besoins, sans se soucier du reste de l'humanité, en état d'alerte pour l'attaque ou la défense, contraints, en fait, à un état perpétuel de préparation au combat ».[65] Le passage d'une société fermée à une société ouverte est tenu comme un

---

60 BASEDOW, Jürgen. *The Law of Open Societies*. Private Ordering and Public Regulation in the Conflicts of Law. Hague Academy of International Law Monographs. La Haye : Brill Nijhoff, 2015, p. 1.

61 Cette relation est traitée par la théorie des systèmes comme des couplages structurels. Voir la note 44 *supra*.

62 BERGSON, Henri. *The Two Sources of Morality and Religion*. Indiana : University of Notre Dame Press, 1954.

63 Luhmann s'inspire des travaux de Maturana et Valera sur les structures cellulaires pour expliquer la fermeture opérationnelle qui garantit l'autosuffisance du système et les interactions systémiques par le biais de couplages structurels. LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System*. Oxford : Oxford University Press, 2004, p. 381.

64 BERGSON, Henri. *Op. cit.* p. 267. Traduction libre de l'original : « The open society is the society which is deemed in principle to embrace all humanity ».

modèle pour le développement de la société moderne. La théorie trouve dans la mondialisation un terrain fertile pour son développement.[66]

Basedow indique les causes : (i) l'évolution du transport international de personnes, de biens et d'informations ; (ii) l'augmentation des affaires internationales et des investissements étrangers directs (*foreign direct investment*) ; (iii) la migration des personnes, suggérant l'établissement d'une société multiculturelle – qui représentent, respectivement, un flux de biens et de services, de devises et de personnes. Cependant, les flux de biens et de services, de devises et de personnes ne suffisent pas à eux seuls, à justifier le processus de mondialisation.[67]

À travers les tribunaux internationaux et les tribunaux d'arbitrage, les décisions juridiques ne servent plus les intérêts particuliers des États, mais sont confiées à des personnes privées qui sont pour leur part bénéficiaires du droit international. Les décisions ne sont plus influencées par les politiques internes déterminées par l'État, et servent plutôt les intérêts des acteurs du monde globalisé. En même temps, ils contribuent indirectement au développement du droit international en exécutant ces décisions, contribuant à l'ouverture de systèmes jusqu'alors fermés.[68]

Basedow soulève un point intéressant au sujet de la demande croissante d'une sécurité juridique et une prévisibilité dans les relations transnationales : alors que le droit international privé – comme la plupart des branches du droit – était créer *post factum*, il

---

65 *Ibidem*, p. 266. Traduction libre de l'original : « The closed society is that whose member hold together, caring nothing for the rest of humanity, on the alert for attack or defense, bound, in fact, to a perpetual readiness for battle. Such is human society fresh from the hands of nature ».

66 BERGSON, Henri. *The Two Sources of Morality and Religion*. Indiana : University of Notre Dame Press, 1954, p. 28.

67 Ce processus est défini par Basedow comme la perméabilité croissante des frontières nationales aux questions sociales et économiques, générant des conséquences dans tous les domaines. BASEDOW, Jürgen. *The Law of Open Societies*. Private Ordering and Public Regulation in the Conflicts of Law. Hague Academy of International Law Monographs. La Haye : Brill Nijhoff, 2015, pp. 35- 36.

68 BASEDOW, Jürgen. *The Law of Open Societies*. Private Ordering and Public Regulation in the Conflicts of Law. Hague Academy of International Law Monographs. La Haye : Brill Nijhoff, 2015, p. 56.

exige aujourd'hui une régulation *ante factum*. Paradoxalement, dans un monde multi-juridictionnel plus complexe et plus original, dans lequel ses acteurs exigent une plus grande régulation *ex ante*, on remarque qu'il existe une réticence à s'engager dans des affaires transnationales sans règles claires qui peuvent laisser entrevoir l'issue d'éventuels litiges futurs.[69]

Or, le droit – en ce qu'il est une forme de communication sociale – ne répond qu'aux faits sociaux qui se produisent. Ainsi, lorsqu'un litige survient et que le juge – qu'il s'agisse d'un juge étatique ou d'un arbitre – est confronté à une question nouvelle, il applique le droit existant, en lui donnant une solution spécifique au cas considéré. Il est courant que la production législative emprunte ses solutions à la pratique juridictionnelle et à la doctrine qui sont provoquées pour résoudre de nouvelles angoisses sociales. Dans une société en constante mutation, il serait impossible d'exiger du législateur qu'il prévoie tous les scénarios potentiels et conséquences des relations humaines. Dans un monde où les avancées technologiques sont de plus en plus rapides et où de nouveaux scénarios apparaissent fréquemment, il est plus difficile de créer une régulation *ante factum* compléte.

L'ouverture croissante des sociétés empêche les législateurs de d'anticiper et de prévoir toutes les situations possibles qui peuvent avoir lieu dans les affaires transnationales pour produire les règles de droits correspondants. La régulation juridique exige la connaissance antérieure du contexte factuel, et en réalité, dans un monde de sociétés ouvertes, globalisé et multi-juridictionnelles, cette connaissance est de plus en plus rare. Il y a donc un transfert du pouvoir législatif vers des agents privés, qui ont une meilleure connaissance du contexte factuel des opérations qu'ils effectuent. Cela peut se faire par le biais d'institutions, de collectifs de personnes ou même de l'individu lui-même, par l'autonomie de la volonté quant au choix de du droit applicable à ses affaires et concernant la réglementation contractuelle de ses relations.[70] Basedow soutient que

---

69 *Ibidem*, p. 2.

70 La maxime « le contrat fait la loi entre les parties » gagne encore plus de pertinence dans ce contexte. Sur la force obligatoire des contrats, voir : PEREIRA, Caio Mario da Silva. Clausula rebus sic stantibus, *Revista Forense*, vol. 92, octobre/42.

l'activité législative privée doit primer sur l'activité publique, car ses agents sont plus proches des faits et par leur meilleure compréhension des nouvelles structures de la société moderne. L'activité législative publique serait donc limitée à la création de règles subsidiaires, dans le cas où l'agent privé n'ait pas réglementé la question ; à la régulation du marché, lorsque les règles privées ont pu provoquer des imperfections ; pour éviter que des tiers ne soient lésés ; lorsque des intérêts publics, économiques et sociaux peuvent être mis en danger et que leur protection doit être imposée.[71]

Toutefois, il semble que la question principale reste celle du territoire. Les États ne peuvent légiférer que sur des faits survenant sur leur territoire où leurs lois peuvent être appliquées. En contrepartie, le relâchement de ces mêmes frontières permet l'émergence de situations de moins en moins localisées dans un seul – ou un quelconque – territoire. C'est le cas du cyberespace, des nuages de stockage d'informations, des transmissions via satellites. C'est également le cas des violations universelles, comme l'utilisation non-conforme de marques ou de droits d'auteur sur internet, diffusée en quelques secondes au monde entier. Ou encore, comme l'a démontré la récente pandémie COVID-19, c'est aussi le cas pour les affaires internationales, les communications et les procédures d'arbitrage. Comment – et pourquoi – localiser ces situations ? – questionne Basedow.[72] Celles-ci étant délocalisées, elles méritent d'être soumises à un processus normatif également délocalisé.

1.1.3.3. Le transconstitutionnalisme de Marcelo Neves

Inspirée dans des théories systémiques luhmanniennes, le transconstitutionnalisme de Marcelo Neves cherche à offrir des solutions au nouvel ordre mondial à travers le prisme de la constitution. Il se propose de conceptualiser

---

71 BASEDOW, Jürgen. *The Law of Open Societies.* Private Ordering and Public Regulation in the Conflicts of Law. Hague Academy of International Law Monographs. La Haye : Brill Nijhoff, 2015, p. 61.

72 BASEDOW, Jürgen. *The Law of Open Societies.* Private Ordering and Public Regulation in the Conflicts of Law. Hague Academy of International Law Monographs. La Haye : Brill Nijhoff, 2015, p. 61.

adéquatement le monde contemporain, en donnant des solutions appropriées aux problèmes posés. En effet, la société contemporaine, de plus en plus complexe, exige des nouvelles solutions à des nouveaux problèmes. La complexité et la transnationalité des situations rendent les solutions déjà existantes inadéquates à leur résolution, de sorte que la théorie crée des nouvelles solutions à des problèmes pratiques. Toutefois, les hypothèses de légitimation politique sont encore véhiculées aux contextes régionaux, n'ayant pas des perspectives d'une politique mondiale qui puisse se passer de la formation des États.[73] Selon les propos de Neves :

> Les ordres étatiques, internationaux, supranationaux, transnationaux et locaux considérés comme des types spécifiques, sont **incapables d'offrir, de manière isolée, des réponses complexes et adéquates pour les problèmes normatifs de la société mondiale**. Les modèles de constitutionnalisme international, supranational ou transnational, comme alternative à la fragilité du constitutionnalisme étatique pour confronter les graves problèmes de la société mondiale, mènent à des perspectives partielles et unilatérales, n'offrant pas, lorsqu'ils sont considérés isolément, de solutions adéquates aux problèmes constitutionnels du présent. Le transconstitutionnalisme, comme modèle d'entrelacement qui sert à la rationalité transversale entre ordres juridiques divers, s'ouvrent à une pluralité de perspectives pour la solution des problèmes constitutionnels, s'adaptant mieux aux relations entre les ordres juridiques dans le système juridique hétérarchique de la société mondiale.[74]

---

73 *Ibidem*, p. 72.

74 NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Transconstitucionalismo.* Thèse présentée au concours pour le poste de professeur titulaire dans le domaine du droit constitutionnel, à la Faculté de droit de l'Université de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 115 (soulignement ajouté). Traduction libre de l'original : « As ordens estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e locais, consideradas como tipos específicos, são **incapazes de oferecer, isoladamente, respostas complexamente adequadas para os problemas normativos da sociedade mundial**. Os modelos de constitucionalismo internacional, supranacional ou transnacional, como alternativa à fragilidade do constitucionalismo estatal para enfrentar os graves problemas da sociedade mundial, levam a perspectivas parciais e unilaterais, não oferecendo, quando considerados isoladamente, soluções adequadas para os problemas constitucionais do presente. O transconstitucionalismo, como modelo de entrelaçamento que serve à racionalidade transversal entre ordens jurídicas diversas, abre-se a uma pluralidade de perspectivas para a solução de problemas

Bien que le modèle traditionnel soit repensé et que les conséquences d'un monde global soient mises en pratique, rares sont ceux qui croyent qu'un monde sans États est possible ou souhaitable. Une possible réponse serait de penser la crise de la souveraineté non pas comme une perte du pouvoir étatique, mais comme **l'ouverture pour le dialogue avec d'autres ordres juridiques** – comme l'arbitrage –, sans penser que cela affaiblirait son pouvoir interne.

En prenant pour exemple les affaires relatives aux droits de l'homme, la *justice* Claire L'Heureux-Dubé*,* de la Cour suprême du Canada, estime que le dialogue entre tribunaux est l'expression de la transformation de la communauté juridique en une communauté globale. La similitude des problèmes rencontrés par les tribunaux, la nature internationale des droits humains, les avancées technologiques et un contact personnel entre juges de différentesjuridictions favorisent un vrai dialogue entre les tribunaux, rendant la prise en compte des décisions étrangères par des juges nationaux de plus en plus fréquente.[75] Dans ce sens :

> Les juges ne *reçoivent plus les* affaires d'autres juridictions pour ensuite les appliquer ou les modifier pour leur propre juridiction. Au contraire, la pollinisation croisée et le dialogue entre juridictions se produisent de plus en plus souvent. [...] Des juges, partout dans le monde, cherchent mutuellement une autorité persuasive, au lieu que certains soient des « donneurs » et d'autres des « receveurs » de droit. **La réception s'est transformée en dialogue**.[76]

Il n'est plus possible de voir le monde international comme la somme des territoires sur lesquels les États ont un pouvoir absolu. Les États, face à la perte d'autorité,

---

constitucionais, melhor adequando-se às relações entre ordens jurídicas do sistema jurídico heterárquico da sociedade mundial ».

75 L'HEUREUX-DUBÉ, Claire. The Importance of Dialogue : Globalization and International Impact of the Rehnquist Court. *Tulsa Law Review*, v. 34, n. 1, 1998, pp. 15-40.

76 L'HEUREUX-DUBÉ, Claire. The Importance of Dialogue : Globalization and International Impact of the Rehnquist Court. *Tulsa Law Review*, v. 34, n. 1, 1998, pp. 15-40 (soulignement ajouté). Traduction libre.

réagissent de différentes manières : par le biais de l'application extraterritoriale de leurs lois, [77] par la création de standards minimes et une tentative d'uniformisation, harmonisation et coopération. La déterritorialisation des ordres juridiques est extrêmement importante et est le seul moyen de garantir une autonomie aux institutions supra et transnationales pour qu'elles coexistent avec les États-nations. Ce n'est pas par hasard que le changement du *locus* de l'autorité est une caractéristique commune aux théories analysées. L'arbitrage est un exemple de ce déplacement du lieu de l'autorité, en particulier de l'autorité juridictionnelle.

La mondialisation de l'information a permis aux entreprises et aux agents du commerce international de connaître d'autres régimes juridiques et opter pour ceux qui leur paraissent plus favorables. La « crise » de la souveraineté est donc le résultat d'un contexte factuel. Dans ce jeu d'intérêts, le niveau de régulation de chaque ordre juridique finit par jouer un rôle fondamental ; les acteurs du monde économique finissent par rechercher des États avec moins de réglementations, notamment en matière de droits collectifs et de droit du travail, pour y produire les biens de consommation qui y seront commercialisés.

Il est toutefois important de rappeler que l'existence de l'État reste essentielle au succès des ordres juridiques supra et transnationaux, dans la mesure où ils sont les résultats du choix d'États souverains de renoncer à une partie de leur souveraineté pour la construction d'un monde de plus en plus global. De même, l'arbitrage continue à dépendre des États pour exister et produire des effets valables, tout comme les parties continuent à dépendre du juge étatique pour garantir la pleine protection juridictionnelle – lorsqu'il n'y a pas une juridiction arbitrale – évitant ainsi le risque d'un déni de justice. En bref, les ordres juridiques transnationaux – y compris l'ordre juridique arbitral – continuent d'avoir l'État ,donc, comme source originelle de leur existence.[78] Cela ne signifie pas pour autant

---

77 La déterritorialisation croissante de l'application des lois d'antitrust par les États-Unis en est un exemple.

78 Dans ce sens : WATT, Horatia Muir. La globalisation et le droit international privé, *in* ANCEL, Bertrand ; AUDIT, Mathias ; LAGARDE, Paul (eds.). *Mélanges en l'Honneur du Professeur Pierre Mayer*. Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2015, p. 597 : « Surtout, la globalisation ne conduit pas

que le système de droit transnational n'est pas doté d'une autonomie, préservant son droit de dialoguer avec le juge étatique, qui peut agir dans des situations limitées et spécifiques.

1.2. Le concept de juridiction revisité

« Pour la science procédurale, le problème le plus grave est celui de la détermination de la fonction judiciaire »[79]
Francesco Carnelutti

L'arbitrage est une activité juridictionnelle ; l'arbitre, autorité qui détient le pouvoir juridictionnel. L'étendue de sa juridiction dépend toutefois de la mesure dans laquelle les États renoncent à leur pouvoir souverain. Ainsi, la juridiction et la souveraineté sont en dialogue (**1.2.1**), tout comme dialoguent la juridiction et l'arbitrage (**1.2.2**), en créant des espaces de pouvoir juridictionnel de l'arbitre et du juge étatique – chacun étant l'autorité juridictionnelle de son propre système – qui s'alternent dans la fourniture de la protection juridictionnelle (**1.2.3**).

1.2.1. Dialogue entre juridiction et souveraineté

Il est courant de trouver chez les procéduriers classiques la définition de la juridiction comme fonction exclusive de l'État. Pour Gusmão Carneiro, dans les États nationaux modernes, la juridiction est une des expressions et forme d'exercice de la souveraineté de l'État, et est exercée au nom du peuple.[80] L'activité juridictionnelle est classifiée en tant qu'activité publique. Il indique qu'il y a, dans le système juridique brésilien, le monopole de l'activité juridictionnelle par le pouvoir judiciaire, admettant

---

nécessairement à la disparition de l'État en tant qu'acteur et espace politique (comme il est parfois affirmé), mas seulement à **constater son monopole, voire même sa centralité, à ce double titre** » (soulignement ajouté).

79 CARNELUTTI, Francesco. Fonction légère et procédurale : Postilla. *Rivista di Diritto e Procedura Civile*, v. 5, n. 1, 1928, p. 23. Traduction libre.

80 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência.* São Paulo : Saraiva, 2002, p. 3.

comme exception seulement les deux cas de juridictions anormales : le processus d'impeachment et le tribunal des comptes.

Jusqu'au milieu du XXe siècle, la majorité de la doctrine suivait les enseignements de Chiovenda, selon lesquels la portée du procès et de la juridiction résulteraient toujours de l'application de la volonté de la loi ;[81] ou sinon, était basé sur Carnelutti pour défendre la thèse de la juste composition du litige comme étant le champ d'application de la procédure et de la juridiction.[82] À cette époque, le rôle de pacification sociale et de résolution des conflits collectifs, actuellement attribué au processus, n'était pas concerné, mais uniquement l'objectif de faire valoir les préceptes du droit matériel existant dans chaque ordre juridique. Peu importait la fonction sociopolitique de la juridiction.

---

81 Pour Chiovenda, la fonction judiciaire, avec la fonction législative et gouvernementale, forme la souveraineté de l'État. Elle définit la compétence comme « la fonction de l'État qui a pour objet l'action de la volonté concrète du droit par substitution, à l'activité des organes publics, de l'activité des organes privés ou autres organes publics, déjà en affirmant l'existence de la volonté concrète du droit, déjà en la rendant, en pratique, effective ». CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições do Direito Processual Civil*. São Paulo : Saraiva, 1969. 2 v, p. 37. Sur la juridiction en tant que fonction de l'État souverain, voir : ALVIM, Eduardo Arruda. Competência Internacional. *Studi in Onore di E.T. Liebman*. 2 v. Milán : Giuffrè, 1979, pp. 697–754 ; BAUER, Hubert. *Compétence judiciaire internationale des tribunaux civils français et allemands (Etude Comparative)*. Paris : Dalloz, 1965 ; BELLET, Pierre. La détermination du tribunal compétent en droit international privé. *Études de Droit Contemporain*, v. 31, 1966, p. 61 et ss. ; BISCOTTINI, Giuseppe. La reciprocità come criterio di giurisdizione. *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè.* Milán : Giuffrè, 1967, pp. 93–106, 1 v. ; FRAGISTAS, C.N. Problèmes résultant du conflit des règles sur la compétence judiciaire internationale. *Annuaire de l'A.A.A*., 1957, pp. 102–128 ; *Idem*. La compétence internationale en droit privé. *Recueil des cours,* v. 104, 1961, pp. 159–267 ; *Idem*. La compétence internationale exclusive en droit privé. *Studi in Onore di Antonio Segni*. 2. v. Milán : Giuffrè, 1967, pp. 199–226 ; HOLLEAUX, Dominique. *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*. Paris : Dalloz, 1970 ; LOUSSOUARN, Yvon. L'Etat et la compétence juridictionnelle international, *in Mélanges offets à R.D. Kollewijn/J. Offerhaus*. Leiden : Sijthoff, 1962, pp. 318–323 ; MANN, F. A. The Doctrine of Jurisdiction in International Law. *Recueil des cours*, v. 111, 1964, pp. 9–162 ; *Idem*. The Doctrine of International Jurisdiction Revisited after Twenty Years. *Recueil des cours*, v. 186, 1984, pp. 9–116 ; VAREILLES–SOMMIERES, Pascal de. *La compétence internationale de l'État en matière de droit privé*. Droit international public et droit international privé. Paris : LGDJ, 1997, p. 209 ; DE WINTER, Louis I. Excessive Jurisdiction in Private International Law. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 17, n. 3, 1968, pp. 706–720.

82 CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del Diritto Processuale Civile*. Padoue : Cedam, 1936, 1 v., p. 131. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo : Editora Malheiros, 2013, p. 38.

Pour Dinamarco, la pacification sociale est l'objectif principal de la juridiction. L'État se substitue aux détenteurs des intérêts conflictuels pour rechercher la pacification du conflit, avec justice. Au-delà d'être une fonction de l'État et un monopole étatique, la juridiction est, à la fois un pouvoir, une fonction et une activité :

> En tant que pouvoir, c'est une manifestation du pouvoir de l'État, conçu comme la capacité de décider impérativement et d'imposer des décisions. En tant que fonction, elle exprime le devoir des organes de l'État de promouvoir la pacification des conflits interindividuels, par la réalisation d'un droit équitable et par le processus. Et en tant qu'activité, c'est l'ensemble des actes du juge dans le processus, exerçant le pouvoir et remplissant la fonction que la loi lui confie.[83]

Même dans les conceptions plus modernes de juridiction, comme celle de Dinamarco, le monopole étatique de l'activité est une caractéristique essentielle, car la théorie de la juridiction est étroitement liée aux concepts classiques de souveraineté et de territoire.[84] Il est compris que tout ce qui se passe dans les limites territoriales d'une nation donnée est sous l'égide de la juridiction de l'État de ce pays. Il est aussi bénéfique à la souveraineté de restreindre l'action des États étrangers dans les questions internationales qui intéressent un État particulier.[85] Toutefois, comme le souligne Ryngeart, **la territorialité est une contingence historique et non une nécessité logique**.[86]

---

83 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo ; GRINOVER, Ada Pellegrini ; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo : Editora Malheiros, 2005, p. 139. Traduction libre de l'original : « Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo dos atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete ».

84 Le principe a été adopté dans le célèbre procès Lotus par la Cour permanente de justice. International Publications of the Permanent Court of International Justice Série A - n° 10 ; Collection of Judgments. Leyden : A.W. Sijthoff's Publishing Company, 1927. Dans le même sens, voir : OPPENHEIN, Lassa. *International Law, A Treatise*. Peace. Londres : Longmans Green & Co, 1905, para. 143 : « States possessing independence and territorial as well as personal supremacy can naturally extend or restrict their jurisdiction as far as they like ».

85 RYNGAERT, Cédric. The concept of Jurisdiction in International Law, *in* Orakhelashvili, A (ed.). *Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law.* Cheltenham : Edward Elgar

Bien qu'il y ait un retour à la pensée prémoderne – dans laquelle l'organisation sociale était basée sur l'idée de communautés et de tribus liées en fonction d'éléments d'identification commune – aujourd'hui, les États sont toujours attachés au concept de territorialité, bien que celui-ci devienne de plus en plus artificiel, notamment en raison du développement des médias et de l'intérêt global des droits diffus.

L'arbitrage vient briser cette barrière, à l'heure où l'on parle de frontières et de souveraineté. Elle est, comme nous l'avons vu, l'expression de ce que certains théoriciens appellent la crise de l'État.[87] De la même manière que les concepts de juridiction et de souveraineté ont évolué à partir de la seconde moitié du XXème siècle, l'arbitrage a suivi la tendance. Le droit de l'arbitrage suit la même évolution historique, passant de territorial à autonome, comme on le verra dans le chapitre suivant.

La souveraineté n'est plus considérée comme le pouvoir illimité et absolu du souverain, mais comme étant limitée aux pouvoirs qui sont conférés aux États dans le contexte d'une société internationale. Elle ne préexiste pas au droit, mais en est une conséquence.[88]

Il est nécessaire de décomposer la notion de juridiction afin de mieux comprendre le rôle et le contrôle des États en ce qui concerne spécifiquement l'arbitrage, objet de cette étude. La juridiction peut être analysée à partir de trois approches fonctionnelles : (i) la compétence de légiférer, qui consiste à pouvoir éditer les règles qui seront appliquées par l'État ; (ii) la compétence de juger, c'est-à-dire le pouvoir d'appliquer les lois ; et (iii) la compétence d'exécuter, c'est-à-dire de mettre en œuvre les lois éditées par l'État et les décisions prises par ses tribunaux.[89]

Publishing Inc, 2015.

86 *Ibidem*.

87 CASSESE, Sabino. *A Crise do Estado.* Campinas : Saberes Editora, 2010.

88 MILLS, Alex. Rethinking Jurisdiction in International Law. *The British Yearbook of International Law*, v. 84, n. 1, 2014, pp. 187-239.

89 MILLS, Alex. Rethinking Jurisdiction in International Law. *The British Yearbook of International Law*,

C'est surtout en ce qui concerne la compétence d'exécution – reflet du principe de non-intervention des États dans les affaires intérieures des autres – que la territorialité a une plus grande importance. Et ce n'est qu'ici que la territorialité devrait, de fait, être un facteur pertinent en matière d'arbitrage, puisque ce n'est qu'au moment de l'exécution que les États doivent contrôler la sentence arbitrale afin de lui permettre (ou non) de produire des effets sur leur territoire. Cela vaut tant pour les sentences considérées comme « domestiques » par l'État d'accueil, dont le contrôle de la validité ne peut intervenir qu'après la conclusion de l'arbitrage[90] – par le biais d'un recours en annulation[91] ou en exécution[92] – que pour les sentences considérées comme « étrangères », dont le contrôle

---

v. 84, n. 1, 2014, p. 195. Dans ce sens, voir : STAKER, Christopher. Jurisdiction, *in* EVANS, Malcolm D (éd.). *International Law*. 4e éd. Oxford : Oxford University Press, 2014 ; CRAWFORD, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*. Oxford : Oxford University Press, 2012, p. 456 ; Restatement of the Law Third : Foreign Relations Law of the United States, 1986, Section 401 ; MANN, F. A. The Doctrine of Jurisdiction Revisited After Twenty Years. *Recueil des cours*, v. 186, 1984 ; *Idem*. The Doctrine of Jurisdiction in International Law. *Recueil des cours*, v. 111, 1964 ; AKEHURST, Michael. Jurisdiction in International Law. *The British Yearbook of International Law*, v. 46, 1975, pp. 145-257.

90 En ce qui concerne le contrôle de la validité d'un arbitrage, Selma Lemes indique que « l'examen de la validité de la convention d'arbitrage ne devrait avoir lieu par les tribunaux qu'après le jugement des arbitres, il ne peut le précéder ». LEMES, Selma M. F. Os princípios jurídicos da lei de arbitragem, *in* BATISTA MARTINS, Pedro A. ; LEMES, Selma M. F. ; CARMONA, Carlos Alberto (coord.). *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro : Forense, 1999, p. 105. Traduction libre de l'original : « a apreciação da validade da convenção de arbitragem só deve ocorrer por parte dos tribunais após o julgamento dos árbitros, não pode precedê-lo ». Pour Pedro Batista Martins, la juridiction étatique « [...] n'est activée que si l'arbitre estime qu'il n'est pas compétent ou, dans le cas contraire, lorsque la décision arbitrale est nulle. L'activité de la justice ordinaire a donc des effets ultérieurs [...] ». BATISTA MARTINS, Pedro. A. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*. Rio de Janeiro : Forense, 2008, p. 135. Traduction libre de l'original : « [...] somente será acionada se o árbitro entender não dispor de jurisdição ou, caso contrário, quando da ação de nulidade da decisão arbitral. A atividade da justiça ordinária opera, portanto, efeitos ulteriores [...] »). Dans ce sens, voir : VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *A Arbitragem em Juízo*. Thèse (doctorat) – Faculté de droit, Université de São Paulo, São Paulo, 2015.

91 BRÉSIL. Loi d'arbitrage de 1996, article 33, caput : « A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta lei ».

92 BRÉSIL. Loi d'arbitrage de 1996, article 33, § 3 : « A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser requerida na impugnação ao cumprimento da sentença, nos termos dos arts. 525 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial ».

intervient dans le cadre d'une action en reconnaissance et en exécution des sentences arbitrales étrangères.[93]

L'intérêt des États à réglementer les relations qui se produisent en dehors de leur territoire lorsqu'il existe une relation personnelle avec le sujet de la relation – généralement parce qu'il est leur ressortissant[94] – conduit à remettre en question la théorie strictement territorialiste de la juridiction de Huber.[95] De l'autre côté du spectre, certains États profitent d'une plus grande souplesse dans l'interprétation de la limite de leurs pouvoirs juridictionnels pour reconnaître leur juridiction sur des situations internationales ou d'une vertu autoproclamée pour éviter les cas de déni de justice qui finissent par provoquer un « impérialisme juridictionnel »[96] ou une « plénitude juridictionnelle ».[97]

Il se trouve que le droit fondamental des citoyens à l'accès à la justice doit souvent prévaloir sur la souveraineté des États, c'est pourquoi le principe du for de nécessité s'impose de plus en plus en droit international. Face à l'impossibilité de trouver une juridiction disposée ou apte à faire valoir ses droits, les récepteurs de la protection juridictionnelle peuvent recourir au for de nécessité.[98] Ainsi, des tribunaux qui, en principe, ne seraient pas compétents pour connaître de la controverse sont désormais reconnus comme compétents, de sorte que le droit fondamental de l'homme à l'accès à la justice

---

93 BRÉSIL. Loi d'arbitrage de 1996, article 35 : « Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Superior Tribunal de Justiça ».

94 STORY, Joseph. *Commentary on the Conflict of Laws*. Hilliard : Gray and Co, 1834, p. 7.

95 En 1928, Max Huber, dans un arrêt concernant un litige devant la Cour permanente d'arbitrage entre les États-Unis et les Pays-Bas au sujet de l'île de Palmas dans le Pacifique, a déclaré : « [la souveraineté, dans les relations, entre États, signifie l'indépendance. L'indépendance pour une partie du globe est le droit d'y exercer l'exclusion de tout autre État, les fonctions étatiques ». NATIONS UNIES. Las Palmas Island Case. *Reports of International Arbitration Awards*, 2006, vol. II, p. 829.

96 L'expression est due à QUADRI, Rolando. *Studi Critici di Diritto Internzazionale Privato.* Milán : Guiffrè, 1958, p. 425. Voir aussi, MIAJA DE LA MUELA, Afonso. El imperialismo jurisdiccional español y el Derecho internacional, *in Mélanges en hommage à M. le prof. Ch. Fragistas*. Tesalónica, 1968, vol. I-B, p. 90.

97 FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Le droit d'accès à la justice et au droit, *in* CABRILLAC, Rémy ; FRISON-ROCHE, Marie-Anne ; REVET, Thierry. (dir.). *Libertés et Droits Fondamentaux.* 18e éd. Paris : Dalloz, 2012, p. 535.

98 MILLS, Alex. Rethinking Jurisdiction in International Law. *The British Yearbook of International Law*, v. 84, n. 1, 2014, p. 222.

n'est pas violé.[99] De plus, une manifestation encore plus pertinente du *forum necessitatis* dans le monde globalisé est l'obligation conséquente imposée aux États de traiter ses ressortissants et les étrangers de manière égale.[100]

L'évolution du concept de souveraineté a une conséquence importante sur le concept de juridiction. Celle-ci ne se limite plus à la réglementation du pouvoir juridictionnel des États, afin d'éviter un chevauchement de leurs compétences respectives, mais de prendre en considération également le **droit des individus à recevoir une protection juridictionnelle**. Certains auteurs le nomment souveraineté des individus, ou souveraineté du peuple.[101] C'est la consécration de la liberté individuelle et la réduction de l'État à son minimum, y compris en ce qui concerne le pouvoir de juger et le pouvoir de modifier les règles. Le libertarisme, théorie souvent considérée comme anarchique et irréaliste, défend qu'en rendant l'État minimal, il appartiendra aux individus de résoudre leurs différends de manière privée selon les règles choisies ou créées par eux. Or, cela ne

---

99 Le droit d'accès à la justice est protégé au niveau européen par l'article 6 de la CEDH. UNION EUROPÉENNE. Convention européenne des droits de l'homme, article 6(1) : « Droit à un procès équitable 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice. » La Cour de cassation italienne a admis, sur la base de la disposition précitée, le principe du *forum necessitatis* et a reconnu sa juridiction en cas de déni de justice. ITALIE. Cour de cassation, Section plénière n° 19595, 17 juil. 2008.

100 NATIONS UNIES. *Reports of International Arbitration Awards*, vol. XII, pp. 109-110. Voir aussi : FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Rigidez versus Flexibilidad en la Ordenación de la Competencia Judicial Internacional : el Forum Necessitatis, *in* ROJAS, V (coord.). *Desarrollos Modernos del Derecho Internacional Privado*. Libro Homenaje al Dr. Leonel Pereznieto Castro. Mexique : Tirant lo Blanch, 2017. Disponible à l'adresse suivante : <https://fernandezrozas.files.wordpress.com/2017/12/jc-fernc3a1ndez-rozasforum-necessitatis.pdf >. Accès le 16 sept. 2019.

101 Voir le sous-section 1.1.1 *supra*. La théorie basée sur le libertarisme comprend qu'une société n'est rien d'autre qu'un collectif d'individus. La liberté individuelle se traduit par des ordres spontanés, non coercitifs, avec une présence gouvernementale minimale. HAYEK, A. Friedrich. *The Constitution of Liberty: The Definitive Edition*. Chicago : The University of Chicago Press, 2011.

semble pas très différent de la liberté individuelle dont la reconnaissance est réclamée dans les procédures d'arbitrage.[102]

L'autonomie de volonté reconnue aux parties pour choisir le for juridictionnel et le droit applicable à leurs affaires juridiques est une démonstration pratique de la flexibilité du contenu contemporain de la souveraineté de l'État.[103] Traditionnellement, l'autonomie de la volonté a été considérée comme un obstacle par les chercheurs qui tentaient de concilier les règles du droit international privé avec celles du droit international public, précisément parce qu'il serait inconcevable d'accorder aux agents privés le droit de modifier ou de supprimer les pouvoirs de l'État. Dans une tentative de concilier le concept traditionnel de souveraineté avec l'autonomie de la volonté, une partie de la doctrine défend que les tribunaux étatiques ne sont pas obligés de respecter le choix fait par les parties, mais le font par courtoisie afin de promouvoir le commerce et les affaires internationales et de présenter leurs États comme des ordres juridiques ouverts aux spécificités du monde international. En d'autres termes, selon cette théorie, les parties n'auraient pas l'autonomie de modifier le for naturel imposé par la loi, mais lorsqu'elles sont confrontées à un véritable choix qui ne mettrait pas en danger les politiques publiques, les États pourraient choisir de le respecter.[104]

Il existe deux conceptions de l'autonomie de la volonté : la première – dans sa version atténuée, qui serait plutôt l'indication d'une préférence de compétence parmi celles qui seraient potentiellement naturellement compétents – exige qu'il y ait un élément de rattachement entre le for choisi et la question soumise à résolution ;[105] la seconde comprend

---

102 ROTHBARD, N. Murra. *For a New Liberty : The Libertarian Manifesto.* New York : Collier Macmillan Publishers, 2002, pp. 231-239.

103 Voir le Chapitre 4 *infra*.

104 MILLS, Alex. Rethinking Jurisdiction in International Law. *The British Yearbook of International Law,* v. 84, n. 1, 2014, p. 231.

105 Les modifications apportées au Code commercial uniforme des États-Unis, réalisées en 2001, ont supprimé toutes les exigences d'un « lien objectif » pour l'exercice valable de l'autonomie des parties (Section 1-301 C), sauf en ce qui concerne les contrats de consommation. Ce changement, cependant, a été controversé et n'a pas été mis en œuvre de manière universelle, et a été ensuite annulé par les modifications apportées au Code en 2008. Voir aussi : BORCHERS, Patrick Joseph. Categorical Exceptions to Party Autonomy in Private International Law. *Tulane Law Review*, v. 82, 2008, pp. 1645-

l'autonomie de la volonté comme une cause supplémentaire d'attribution de compétence qui prime sur les facteurs de rattachement tels que la territorialité ou la nationalité, qui n'auront qu'un rôle subsidiaire en cas d'absence de choix par les parties.[106] Selon cette approche, le choix des parties est l'élément prioritaire d'attribution de juridiction.[107]

Bien que l'autonomie de la volonté ne soit pas reconnue comme un principe absolu en ce qui concerne la compétence des tribunaux étatiques, il n'en va pas de même pour la juridiction arbitrale. Comme on le verra au Chapitre 4 de cette première partie, l'autonomie de la volonté – tant dans sa dimension matérielle que procédurale – est la pierre angulaire de l'arbitrage.

1661 ; SOLOMON, Dennis. The Private International Law of Contracts in Europe : Advances and Retreats. Tulane Law Review, v. 82, 2008 ; ZHANG, Mo. Party Autonomy and Beyond : An International Perspective of Contractual Choice of Law. *Emory International Law Review*, v. 20, 200 6, 2006, pp. 511-562.

106 UNION EUROPÉENNE. Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), article 3(3) : « Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un pays autre que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord » ; UNION EUROPÉENNE. Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte) (Bruxelles I), article 25(1) : « Si les parties, sans considération de leur domicile, sont convenues d'une juridiction ou de juridictions d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ces juridictions sont compétentes, sauf si la validité de la convention attributive de juridiction est entachée de nullité quant au fond selon le droit de cet État membre. Cette compétence est exclusive, sauf convention contraire des parties. [...] » ; CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE. Principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux, du 19 mars 2015, article 2(4) : « Aucun lien n'est requis entre la loi choisie et les parties ou leur transaction ». Contre : CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE. Convention sur les accords d'élection de for, du 30 juin 2005, article 19 : « Un Etat peut déclarer que ses tribunaux peuvent refuser de connaître des litiges auxquels un accord exclusif d'élection de for s'applique s'il n'existe aucun lien, autre que le lieu du tribunal élu, entre cet Etat et les parties ou le litige ».

107 MILLS, Alex. Rethinking Jurisdiction in International Law. *The British Yearbook of International Law*, v. 84, n. 1, 2014, p. 231.

1.2.2. Dialogue entre juridiction et arbitrage

La caractérisation de l'arbitrage comme une activité juridictionnelle semble être actuellement pacifiée.[108] Bien qu'il y ait encore ceux qui attribuent à l'arbitrage une nature juridique purement contractuelle,[109] la position majoritaire de la doctrine comprend qu'il n'est contractuel qu'à son origine, produisant une décision véritablement juridictionnelle.[110] Carmona, dans ce sens, affirme que « l'arbitrage, bien qu'il ait une origine contractuelle, se développe avec la garantie d'une procédure équitable et se termine par un acte qui tend à assumer la même fonction que la sentence judiciaire ».[111]

Au Brésil, l'avènement de la Loi d'arbitrage de 1996 a renforcé le caractère autonome de la sentence arbitrale, en commençant par la renonciation à l'homologation judiciaire des sentences rendues dans le pays, en plus de la renonciation à l'exigence de la double homologation pour les sentences arbitrales étrangères. Elle a également reconnu l'autonomie de la clause d'arbitrage, en supprimant la nécessité de stipuler un compromis

---

108 La notion du caractère juridictionnel de l'arbitrage a été introduite par Motuslky. MOTULSKY, Henry. *Écrits* : *Etudes et notes sur l'arbitrage*. 2 v. Paris : Dalloz, 1974, p. 5 et ss. Dans le même sens, à titre d'exemple : ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999, 1 v, pp. 56-57 : « arbitragem é um regime substitutivo de jurisdição que, apensar de não ser exercida pelo Estado, visa a obtenção de um mesmo fim: a pacificação social, configurando-se a arbitragem como uma jurisdição privada » ; NERY JR, Nelson. O Juiz Natural no Direito Processual Civil Comunitário Europeu. *Revista de Processo*, v. 101, 2001, p. 117 : « a sentença arbitral é verdadeiro julgamento, acobertado pela coisa julgada e que não necessita de homologação judicial para adquirir o atributo da executividade: o arbitro exerce verdadeira jurisdição estatal, razão por que o processo arbitral não pertence ao direito provado, mas ao processual e, pois, ao direito público ».

109 On ne peut pas ignorer qu'il existe un courant minoritaire qui comprend que la nature de l'arbitrage est contractuelle, puisqu'elle provient de la volonté des parties. Cette thèse a pris tout son sens lorsqu'il s'est avéré nécessaire d'homologuer toute sentence arbitrale, car elle n'était valable qu'après la raconnaissance du juge étatique. Aujourd'hui, face à la caractérisation de la sentence arbitrale en tant que titre exécutoire, c'est n'est plus le cas.

110 Dans ce sens, voir : CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96*. 3e éd. São Paulo : Atlas, 2009, p. 46 : « o conceito de jurisdição, em crise já há muitos anos, deve receber novo enfoque, para adequar-se a técnica à realidade. É bem verdade que muitos estudiosos ainda continuam a debater a natureza jurídica da arbitragem, uns seguindo as velhas lições de Chiovenda, para sustentar a ideia contratualista do instituto, ouros preferindo seguir ideias mais modernas, defendendo a ampliação do conceito de jurisdição, de forma a encampar também a atividade dos árbitros; outros, por fim, tentam conciliar as duas outras correntes. A verdade, porém, é que o debate adquiriu um colorido excessivamente acadêmico e, pior, pouco prático, de tal sorte que não parece útil continuar a alimentar a celeuma ».

111 *Ibidem*, p. 46.

après la naissance du litige. À ce sujet, Dinamarco – qui croyait autrefois que la nature juridique de l'arbitrage était contractuelle, mais défend aujourd'hui sa nature juridictionnelle – propose trois développements : (i) la renonciation à l'homologation elle-même ; (ii) l'équivalence fonctionnelle par rapport au jugement du tribunal, sur la base de l'art. 31 LArb ;[112] et (iii) l'invulnérabilité de la sentence arbitrale à toute censure du fond par les tribunaux étatique, le recours en annulation n'étant admis que dans des cas spécifiques et dans les limites prévues pour le recours en annulation.[113]

Cependant, Dinamarco remet en question l'ordre des facteurs mis en avant par Carmona. Selon lui, ce ne serait pas le fait que la sentence arbitrale soit assimilée au jugement du tribunal et sa définition comme titre exécutoire judiciaire qui la rendrait juridictionnelle, mais ces caractéristiques résulteraient de sa nature juridictionnelle. Il explique :[114]

> En supposant avec insistance que la juridiction a pour objet principal la pacification des sujets en conflit, la dissipation des conflits qui les impliquent, et que c'est la raison ultime pour laquelle l'État lui-même l'exerce, il n'y a aucune difficulté à affirmer que **les arbitres exercent également la juridiction, puisque leur activité consiste précisément à pacifier avec justice, à éliminer les conflits**.[115]

---

112 BRÉSIL. Loi d'arbitrage de 1996, article 31 : « A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo ».

113 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo : Editora Malheiros, 2013, p. 39.

114 Au Brésil, l'assimilation de la sentence arbitrale aux jugements peut être attestée par l'nsertion de la première dans la liste de l'article 515 du Code de procédure civil de 2015 : « [s]ão títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: [...] VII - a sentença arbitral ».

115 DINAMARCO, Candido Rangel. *A arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo : Editora Malheiros, 2013, p. 39. Traduction libre de l'original : « Assumindo enfaticamente que a jurisdição tem por escopo magno a pacificação de sujeitos conflitantes, dissipando os conflitos que os envolvem, e sendo essa a razão última pela qual o próprio Estado a exerce, não há dificuldade alguma para afirmar que **também os árbitros exercem jurisdição, uma vez que sua atividade consiste precisamente em pacificar com justiça, eliminando conflitos** ».

Sur l'art. 31 de la LArb, Carmona fait remarquer que bien que la sentence arbitrale ne provienne pas du pouvoir judiciaire étatique, elle constitue un acte d'exécution judiciaire ; le choix du législateur a été d'adopter la thèse de la juridictionnalité de l'arbitrage. Citant Magalhães, le professeur et auteur de la LArb conclut que dans le monde contemporain, l'image d'un État omnipotent et centralisateur, dans lequel l'administration de la justice est exclusive aux juges étatiques, n'a plus de sens.[116]

1.2.3. Relation entre la juridiction étatique et la juridiction arbitrale

La relation entre l'arbitre et le juge – et par conséquent entre l'arbitrage et le pouvoir judiciaire, et entre les systèmes du droit transnational et celui du droit national – est également un point de débat depuis la création de l'institut. En effet, l'arbitrage, bien que juridictionnel, confère à l'arbitre le pouvoir de *jurisidictio*, mais pas le plein pouvoir d'*imperium* - d'où la nécessité de recourir au juge étatique, qui détient exclusivement le pouvoir de police de l'État. Il est le seul à pouvoir exécuter des actes nécessitant une mise en conformité forcée. C'est la limite imposée par le souverain à sa renonciation à une partie de son pouvoir juridictionnel.

L'autonomie privée des parties attribue à l'arbitre le pouvoir juridictionnel de juger le litige ; il reçoive donc la *jurisdictio*. Mais il est certain que l'arbitre n'a pas le pouvoir d'*imperium*, du moins dans sa forme complète. En droit romain, il était entendu que la *juridictio* n'incluait pas le pouvoir du juge d'exécuter les décisions. Le pouvoir nécessaire à cette fin était un autre, l'*imperium*. Ceci se reflète dans le droit intermédiaire français, italien et allemand, qui considérait également que l'exécution n'était pas une activité juridictionnelle.

Ainsi, à chaque type d'action correspondait un type de pouvoir. Dans l'action intellectuelle, propre au processus de connaissance, s'exerçait la *jurisdictio* ; dans l'action

---

[116] CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96*. 3e éd. São Paulo : Atlas, 2009, p. 46. Voir aussi : MAGALHÃES, José Carlos de. Do Estado na Arbitragem Privada. *Revista de Informação Legislativa*, v. 22, n. 86, 1985, pp. 125-138.

coercitive, propre au processus d'exécution, l'*imperium*. Aujourd'hui, cependant, l'opinion prévaut que l'exécution fait partie de l'activité juridictionnelle du juge. Malgré cela, la succession logique entre la connaissance et l'exécution, la *jurisdictio* et l'*imperium*, demeure. Mais la dichotomie propre à ces deux fonctions n'a plus de place en droit contemporain. En effet, le juge de la connaissance exerce également le pouvoir de l'*imperium* lorsque cela est nécessaire ; de même, la *jurisdictio* intègre les pouvoirs du juge de l'exécution.

Dans cette optique, Jarrosson propose de diviser l'*imperium* en *imperium merum* et *imperium mixtum*.[117] Le premier correspond au pouvoir de donner les ordres et de contraindre le destinataire sans toutefois recourir à la force, se matérialisant par des moyens de coercition, d'exécution indirecte pour orienter le comportement et convaincre le destinataire ; tandis que le deuxième consiste dans le pouvoir d'ordonner l'utilisation de la force de police de l'État, étant mise en œuvre par des moyens d'exécution directe et de subrogation, comme, par exemple, la contrition et la vente des biens de la partie vaincue pour satisfaire le crédit.[118]

Par conséquent, il est inexact de dire que l'arbitre a la *jurisdicito* mais pas l'*imperium*. L'arbitre est autorisé à utiliser des commandements coercitifs pour l'exécution indirecte de ses décisions. Il peut, par exemple, imposer et régler la valeur des astreintes, ordonner la production de documents, déclarer la sentence provisoirement exécutoire, ordonner la constitution des « *security for costs* » – ce sont des pouvoirs inhérents à l'*imperium mixtum*, l'*imperium* arbitral. L'arbitre doit laisser au juge étatique – à défaut de pouvoir de police, *i.e.*, l'*imperium merum* – l'exécution des décisions nécessitant des mesures d'exécution directe. La relation entre l'arbitre et le juge étatique vise non

---

117 JARROSSON, Charles. Réflexions sur l'imperium, *in Études Offertes à Pierre Bellet*. Paris : Litec, 1991, pp. 245-279.

118 VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *A Arbitragem em Juízo*. Thèse (doctorat) – Faculté de droit, Université de São Paulo, São Paulo, 2015.

seulement à assurer l'*imperium merum*, mais aussi le principe même de l'accès à la justice,[119] afin d'éliminer le risque de situations de déni de justice.

Il est donc noté qu'il devrait y avoir une véritable coopération entre l'arbitre et le juge. C'est même ce qui défend la doctrine spécialisée. Alors que La China estime qu'il y aurait une certaine opposition entre la juridiction et l'arbitrage, évoquant une supposée « méfiance et d'un soupçon de la juridiction par rapport à l'arbitrage » et en discutant des maux ou des avantages qu'il est capable d'apporter à cela,[120] Dinamarco, commentant cette opinion, déclare qu'il serait plus approprié de parler d'une coexistence entre la juridiction étatique et l'arbitrage, puisque les deux sont des juridictions, position à laquelle nous nous alignons.[121] En termes systémiques, cette coexistence ou collaboration se traduit par une conversation.

Bien que ce soit la pensée – et l'objectif – des opérateurs de l'arbitrage, Valença Filho avertit que, au cours des dernières décennies, la pratique de l'arbitrage a révélé une réalité plus grave, qui confirmerait les prédictions de Bruno Oppetit : « lorsque l'arbitrage parvient à s'affirmer comme mode de règlement extrajudiciaire des litiges, il apparaît soudainement « frappé d'une irrésistible dérive vers la justice étatique ». »[122]

Deux situations résultent de ce phénomène. La première, **la judiciarisation de l'arbitrage** – qui consiste en un recours excessif au pouvoir judiciaire et en une présence excessive du pouvoir judiciaire dans la sphère de l'arbitrage –, signifie que l'arbitrage cesse d'être un mode de résolution des litiges pour devenir l'objet d'un contentieux

---

119 Selon l'article 5, XXXV, de la Constitution fédérale brésilienne de 1988.

120 LA CHINA, Sergio. *L'Arbitrato - Il Sistema e l'Esperienza*. Milan : Giuffrè, 2011 *apud* DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo.* São Paulo : Editora Malheiros, 2013, p. 39.

121 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo.* São Paulo : Editora Malheiros, 2013, p. 39.

122 VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Poder judiciário e sentença arbitral.* Curitiba : Juruá, 2008, p. 45, en citant OPPETIT, Bruno. Justice Étatique et Justice Arbitrale, *in Études Offertes à Pierre Bellet.* Paris : Litec, 1991, p. 424 : « or, c'est précisément au moment où, en tous pays, et notamment en France, qu'elle atteint son but, par le libéralisme dont les pouvoirs publics (le législateur comme le juge) témoignent à son égard, qu'elle semble frappé d'une irrésistible dérive vers la justice étatique ».

judiciaire en soi. La judiciarisation de la justice arbitrale constituerait donc la monnaie de paiement donnée en échange de sa classification parmi les modes juridictionnels de règlement des litiges.[123]

La seconde, la **juridicisation de l'arbitrage**, beaucoup moins néfaste et aujourd'hui plus contrôlée du fait de la présence importante de pratiques internationales, consiste en la transposition des pratiques traditionnelles de la procédure judiciaire à l'arbitrage, où elles n'ont pas leur place.

A propos de l'interaction entre l'arbitre et le juge, Valença Filho conclut :

> Cette interpénétration entre le pouvoir de dicter le droit et celui d'ordonner son exécution révèle la complémentarité, et non la concurrence, des rôles exercés par leurs détenteurs respectifs, le juge étatique et le juge arbitral, dans la difficile tâche de rendre la protection juridictionnelle, rendue fatalement impossible si une partie de la force publique n'était pas mise à sa disposition. L'arbitre trouve dans le pouvoir judiciaire le soutien dont il a besoin pour assurer l'efficacité des décisions ; le juge étatique lui apporte à son tour son soutien. Il n'y a plus de place pour la concurrence et la rivalité entre l'un et l'autre.[124]

La nécessité pour l'arbitre de rechercher le soutien du pouvoir judiciaire étatique pour assurer l'efficacité de ses décisions est justifiée par le fait qu'il ne dispose pas du plein pouvoir d'*imperium*, le pouvoir de police d'État.

---

123 VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Op. Cit.,* p. 45.

124 VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Op. Cit.*, p. 49. Traduction libre de l'original : « Essa interpenetração entre o poder de ditar o direito e aquele de ordenar-lhe a execução revela o caráter complementar, e não concorrente, dos papeis exercidos por seus respectivos titulares, o juiz estatal e o juiz arbitral, na difícil tarefa da prestação jurisdicional, fatalmente inviabilizada se uma parcela de força pública não fosse disponibilizada à sua garantia. O árbitro encontrará no Judiciário o suporte que precisa para garantir eficácia às decisões; o juiz estatal deve, por sua vez, prestar-lhe apoio. Já não há lugar para competição e rivalidade entre um e o outro ».

1.2.3.1. La primauté du principe de la compétence-compétence

Le juge national doit reconnaître l'autorité juridictionnelle de l'arbitre sur la base d'un principe essentiel de l'arbitrage : celui de la compétence-compétence.[125] Ce principe doit être analysé sur la base de son double effet. D'abord, son effet positif, qui permet à l'arbitre de se prononcer sur sa propre compétence avant toute autre autorité judiciaire. L'effet positif de la juridiction est directement soutenu par le droit international, reflétant sa large acceptation par les différents systèmes nationaux, comme le montre la Convention des Nations Unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York).[126] Ensuite, son effet négatif, qui empêche le juge étatique de connaître l'affaire et l'oblige à la renvoyer à l'arbitre, afin de ne pas

---

125 Une précision s'impose : la nomenclature donnée au principe de compétence-compétence est imprécise. Cette imprécision est due à des raisons historiques et à l'importation d'un principe du droit civil allemand à l'arbitrage. Il est communément dit que l'arbitre est compétent pour décider de sa propre compétence, mais où on li « compétence » on doit lire « juridiction ». Cette étude adopte la position selon laquelle les arbitres ont juridiction et que le nom du principe découle de raisons historiques et, puisqu'il est déjà établi dans la pratique et la doctrine, il ne devrait pas être modifié. En défense du terme juridiction : MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*. Rio de Janeiro : Forense, 2008. p. 136 (« Aqui um parênteses: detém o árbitro competência para decidir sobre sua jurisdição e, não, como vulgarmente tratado, competência para decidir sobre sua competência. O rigor técnico assim impõe, pois a arbitragem afasta a jurisdição estatal e não a competência de um órgão próprio do Poder Judiciário. Trata-se de analisar qual das duas jurisdições – estatal e arbitral – está legitimada a apreciar e julgar a controvérsia. Nesse particular, merece aplausos a Lei de Arbitragem inglesa, de 1996, cuja redação dos arts. 30 a 32 emprega o termo com esse rigor técnico ») ; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo ; GRINOVER, Ada Pallegrini ; DINAMARCO, Cândido Ragel. *Teoria Geral do Processo*. 30e éd. São Paulo : Malheiros, p. 149 ; FONSECA, Rodrigo Garcia da. O princípio competência-competência na arbitragem. Uma perspectiva brasileira. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 9, p. 277, 2006 ; BOVE, Mauro. *Ancora sui rapport tra arbitro e giudice statale*. Disponible à l'adresse suivante : < https://www.unirc.it/documentazione/materiale_didattico/697_2007_65_339.pdf > (« Neanche l'artigo 819-ter c.p.c., che, pur avvicinando, per certi aspetti, l'eccezione di patto compromissorio di fronte all'A.G.O. all'eccezione d'incompetenza per territorio semplice, finisce per negare in realtà che i rapporti tra arbitro e giudice statale siano inquadrabili come rapporti di competenza quando esclude l'applicabilità degli articoli 44, 45, 48 e 50 c.p.c., lasciando così all'interprete la possibilità di vedere detti rapporti pur sempre come rapporti tra due diverse giurisdizioni »). Voir aussi, sur l'utilisation historique du terme : FOUCHARD, Philippe ; GAILLARD, Emmanuel ; GOLDMAN, Berthold. *Traité de l'arbitrage commercial international.* Paris : Litec, 1996, p. 410 (« dans la terminologie allemande, la « kompetenz-kompetenz » impliquerait le pouvoir des arbitres de juger en dernier ressort, et sans contrôle judiciaire, de leur compétence »).

126 CNUDCI. Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York), article II(3) : « Le tribunal d'un État contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée ».

empiéter sur sa compétence. Comme cela représente une limite au pouvoir juridictionnel du juge étatique – et, en définitive, au pouvoir souverain de l'État –, l'effet négatif est réglementé et défini par le droit interne de chaque juge national. Seul le système juridique qui lui donne des pouvoirs peut les limiter. À cet égard, il n'y a pas d'uniformité en droit comparé ni de réflexion en droit international, c'est véritablement une question de droit public interne de chaque ordre juridique.

Dans le système juridique brésilien, le principe a été reconnu et internalisé par le paragraphe unique moderne et loué de l'article 8, de la LArb, selon lequel c'est l'arbitre l'autorité qui doit trancher les questions relatives à l'existence, la validité et l'efficacité de la convention d'arbitrage.[127] Au Brésil, l'option du législateur a été d'enrober de rigidité l'effet négatif de la compétence-compétence.[128] Le juge étatique ne peut contrôler la

---

127 BRÉSIL. Loi d'arbitrage de 1996, article 8, paragraphe unique : « Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória ». Les tribunaux brésiliens reconnaissent la validité du principe de compétence-compétence, en l'appliquant correctement : TIMPONI, Ana Letícia ; *et. al. Pesquisa de Jurisprudência CBAr e ABEARB, Relatório do Tema : Existência, Validade e Eficácia da Convenção Arbitral*, 2016. Disponible à l'adresse suivante : < http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2017/08/3- Relatorio-Validade-Clausula-03.08.pdf > Accès le 9 jan. 2021.

128 VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *A Arbitragem em Juízo*. Thèse (Doctorat) – Faculté de droit, Université de São Paulo, São Paulo, 2015 (« Essa determinação da Lei de Arbitragem por um efeito negativo da competência-competência com intensidade absoluta, para afastar controle judicial direto anterior à prolação da sentença arbitral, é atestada por Pedro Batista Martins e Selma Maria Ferreira Lemes, ambos membros da comissão redatora do anteprojeto da referida lei. Selma Lemes afirma que 'a apreciação da validade da convenção de arbitragem só deve ocorrer por parte dos tribunais após o julgamento dos árbitros, não pode precedê-lo' (LEMES, 1999, p. 105). Pedro Martins atesta que a jurisdição estatal '[...] somente será acionada se o árbitro entender não dispor de jurisdição ou, caso contrário, quando da ação de nulidade da decisão arbitral. A atividade da justiça ordinária opera, portanto, efeitos ulteriores [...]' (BATISTA MARTINS, 2008, p. 135). A declaração dos redatores se adequa à sistemática dos dispositivos aplicáveis. Inicialmente, o parágrafo único do artigo 8o impõe limite à jurisdição internacional do juiz nacional ao afirmar pertencer ao árbitro o poder jurisdicional para conhecer 'as questões acerca da existência, da validade e da eficácia da convenção de arbitragem'. Do mesmo modo, o artigo 20 obriga a parte interessada em arguir questões relativas à jurisdição do árbitro a fazê-lo perante este 'na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instauração da arbitragem'. O mesmo dispositivo estabelece, ainda, que o controle judicial da decisão arbitral resultante do exercício da competência-competência se realiza "quando da eventual propositura da demanda de que trata o artigo 33", isto é, após a prolação da sentença »).

validité de la décision de l'arbitre que par le biais d'un recours en annulation et dans le cadre de la liste exhaustive d'hypothèses établie par la LArb.[129]

1.2.3.2. Alternance de juridiction entre l'arbitre et le juge étatique

Il est incontestable que le juge étatique et l'arbitre ont tous deux des pouvoirs juridictionnelles. Chacun est le juge naturel de son propre système : le premier du système de droit transnational et le second du système de droit national. Mais même si ce sont des systèmes distincts, la juridiction ne peut appartenir qu'au juge ou à l'arbitre, jamais les deux simultanément.[130] Elle s'alterne de l'un à l'autre en fonction de la phase de la procédure et du besoin du cas spécifique. Tout cela afin d'assurer aux parties un large accès à la justice et l'efficacité des décisions rendues par le titulaire de l'autorité juridictionnelle. La mesure de cette alternance confirme la limite de la renonciation du Souverain à la portion de sa juridiction.

L'impossibilité de l'existence d'une double autorité juridictionnelle dans un même moment a été confirmée par la Cour supérieure de justice brésilienne (Superior Tribunal de Justiça, le "STJ") dans l'affaire *Itarumã Participações S.A. v. PCBIOS*.[131]

---

129 Conformément à l'article 38, II, de la Loi d'arbitrage brésilienne. Voir également : BRÉSIL. Code de procédure civile de 2015, article 485 : « O juiz não resolverá o mérito quando: [...] VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência ».

130 FONSECA, José Arnaldo da. Jurisdição estatal e jurisdição arbitral : conflito aparente. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 6, n. 23, 2009, p. 54 « Podem conviver as duas jurisdições? Sim, desde que cada uma atue em dada fase e em certo momento, porquanto "são complementares no limite de suas competências". O exercício dessas competências é que não pode ser concomitante, vale dizer, a presença de uma afasta a da outra. Sejam exemplos: as medidas cautelares e tutelas de urgência em geral se inserem na competência do juízo arbitral, assim como decidir sobre o mérito do litígio, não detendo, porém, o juízo arbitral, força coercitiva, a sua execução compete ao juízo estatal. Sob esse aspecto é que se diz que se complementam ».

131 BRÉSIL. Cour supérieure de justice, Appel Spécial n° 1.297.974/RJ (2011/0240991-9), *Itarumã vs. PCBIOS*. Voir également deux décisions antérieures qui ont également accepté le modèle de compétence concurrente : BRÉSIL. Cour de justice de São Paulo, 2e chambre, AI n° 285.741-4/6, *Altran do Brasil S/A vs. José Fernando Parra e Outro* ; BRÉSIL. Cour de justice de Minas Gerais, 5e chambre, N° 393.297-8, juge rapporteur Mariné da Cunha, 15 mai 2003, *GMK Equipamentos Industriais LTDA. vs. Daimler Cryler do Brasil Ltda. in Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 7, 2005, p. 134.

La *ratio decidendi* de la décision dans l'affaire *Itarumã vs. PCBIOS* a été codifiée par la récente

Dans cette affaire, le STJ a décidé que l'effet négatif de la convention d'arbitrage sur la juridiction des juges étatiques brésiliens, pour garantir des mesures urgentes, outre la présence de *periculum in mora* et de *fumus boni iuris*, exige également une défaillance momentanée de l'arbitre, ou son incapacité :

> 1. Le tribunal arbitral est compétent pour traiter et juger une demande de mesure d'urgence présentée par les parties, mais il est limité à l'octroi de la protection et **est empêché de se conformer aux mesures de nature coercitive** qui, en cas de résistance de la partie à accepter la détermination de l'arbitre ou des arbitres, **devront être exécutées par le pouvoir judiciaire, auquel le pouvoir d'*imperium* est réservé.**
>
> 2. En attendant la constitution du tribunal arbitral, il est admis que la partie peut demander l'intervention du pouvoir judiciaire, par le biais d'une ordonnance préventive, pour assurer l'utilité de l'arbitrage.
>
> 3. Après avoir surmonté les circonstances temporaires qui justifiaient l'intervention contingente du pouvoir judiciaire et en considérant que l'exécution de l'engagement d'arbitrage implique, en règle générale, une dérogation à la juridiction de l'État, le dossier doit être transmis sans délai au tribunal arbitral afin qu'il puisse assumer le traitement de l'affaire et, si nécessaire, réexaminer la protection accordée, en maintenant, modifiant ou révoquant la décision respective.
>
> 4. Dans les situations où le tribunal arbitral est momentanément empêché de se pronencer, les règles de compétence sont ignorées provisoirement, en soumettant la demande d'injonction à la juridiction étatique ; **mais cette**

---

réforme de la Loi d'arbitrage, qui a inclus les articles 22-A et 22-B :

« Artigo 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao poder judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência.
Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão.
Artigo 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.
Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros ».

> **compétence – lire juridiction – est précaire et ne s'étend pas, n'existant que pour l'examen de la mesure d'urgence démandé**. [...].[132]

Le modèle de compétence concurrente entre l'arbitre et juge étatique peut également être observé dans les systèmes juridiques qui adoptent les recommandations de la loi type de la CNUDCI.[133]

Malgré les opinions divergentes de ceux qui défendent encore le monopole étatique de l'activité juridictionnelle,[134] face à un modèle qui exige l'alternance de la juridiction entre les autorités juridictionnelles possibles, la coopération entre le juge et l'arbitre est « une exigence fondamentale pour la mise en œuvre de l'arbitrage au Brésil et une marque de sécurité que les parties intéressées recherchent afin de pouvoir jouir de la

---

132 BRÉSIL. Cour supérieure de justice, Appel Spécial n° 1.297.974/RJ (2011/0240991-9), *Itarumã vs. PCBIOS* (souligement ajouté). Traduction libre de l'original : « 1. O tribunal arbitral é competente para processar e julgar pedido cautelar formulado pelas partes, limitando-se, porém, ao deferimento da tutela, **estando impedido de dar cumprimento às medidas de natureza coercitiva**, as quais, havendo resistência da parte em acolher a determinação do(s) árbitro(s), **deverão ser executadas pelo poder judiciário, a quem se reserva o poder de *imperium*.** 2. Na pendência da constituição do tribunal arbitral, admite-se que a parte se socorra do poder judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem. 3. Superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do poder judiciário e considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assuma o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão. 4. Em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; **mas essa competência – leia-se jurisdição – é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar**. [...] ».

133 Un tel modèle, appelé « de compétence concurrente », est recommandé dans l'article 9 de la Loi type de la CNUDCI. Voir : CNUDCI. Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985, avec les amendements adoptés en 2006, article 9 : « La demande par une partie à un tribunal, avant ou pendant la procédure arbitrale, de mesures provisoires ou conservatoires et l'octroi de telles mesures par un tribunal ne sont pas incompatibles avec une convention d'arbitrage ». Sur la compétence concurrente pour l'octroi de mesures conservatoires, voir : VALENÇA FILHO, Clávio de Melo ; LACRETA, Isabela. Interim and Provisional Measures in Arbitration Proceedings: an analysis of article 8 of the CAM/CCBC's 2012 Arbitration Rules, CAM/CCBC 2012, *in* STRAUBE, Frederico José ; FINKELSTEIN, Claudio ; CASADO FILHO, Napoleão (eds.). *The CAM-CCBC Arbitration Rules 2012 : a Comentary*. Eleven International Publishing : Pays-Bas, 2016, pp. 143-154.

134 FONSECA, José Arnaldo da. Jurisdição Estatal e Jurisdição Arbitral: Conflito Aparente. *Revista de Arbitragem e Mediação,* v. 6, n. 23, 2009, p. 50 : « Ao longo da atuação profissional, deparamos com situações em que o magistrado, preso ao preceito do monopólio da jurisdição, de matriz constitucional, entende que a jurisdição se concentra exclusivamente no Poder Judiciário. Em linha de princípio, revela-se certa resistência em acolher decisões que não provenham dos seus quadros »).

juridiction privée en toute tranquillité ».[135] Ainsi, on peut même dire que l'arbitrage ne peut pas survivre sans l'établissement de conversations avec le juge étatique, comme l'enseigne Valença Filho, en citant la leçon résultant de l'échec de l'expérience belge :

> Afin de promouvoir cette place internationale de l'arbitrage, le législateur a interdit à son juge étatique de connaître des demandes d'annulation des sentences arbitrales qui y sont rendues, à condition qu'aucune des parties ne soit une personne physique ressortissante ou résidente de ce pays, ou une personne morale y ayant son siège ou sa succursale. En bref, la possibilité d'attaquer les jugements lorsque les deux parties sont étrangères a été supprimée. Les résultats décevants montrent que si les opérateurs du commerce international veulent une justice spécifique, administrée d'une manière différente, ils ne la veulent pas si éloignée du pouvoir judiciaire. Plus prudemment, lors de l'élaboration de la loi fédérale sur le droit international privé de 1987, le législateur suisse n'a pas supprimé les possibilités de contester la sentence arbitrale ; il s'est contenté de permettre aux parties de le faire, en tout ou en partie, en la mentionnant expressément. Le système suisse a ensuite été adopté par les belges.[136]

La relation juge-arbitre est encadrée par trois phases clairement délimitées : la phase pré-arbitrale, la phase arbitrale et la phase post-arbitrale.[137] La participation du juge

---

135 MARTINS, Pedro A. Batista. O Poder Judiciário e a Arbitragem – Quatro Anos da Lei 9.307/96. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, v. 3, n. 9, 2000, p. 315.

136 VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Poder Judiciário e Sentença Arbitral.* Curitiba : Juruá, 2008, p. 22. Traduction libre de l'original : « Com o fito de promover aquela praça internacional de arbitragem, o legislador proibiu seu juiz estatal de conhecer pedidos de anulação de sentenças arbitrais lá proferidas, sempre que nenhumas das partes fosse pessoa física nacional ou residente naquele país, ou jurídica que lá detivesse a sua sede ou sucursal. Em suma, aboliu-se a possibilidade de ataques às sentenças quando ambas as partes fossem estrangeiras. Os resultados, decepcionantes, demonstram que, se os operadores do comércio internacional querem uma justiça específica, administrada de forma diferente, não a querem, assim, tão distante do Judiciário. Mais prudente, durante a elaboração da Lei Federal de Direito Internacional Privado de 1987, o legislador suíço não chegou a abolir as possibilidades de ataque à sentença arbitral; limitou-se a permitir que as partes o fizessem, total ou parcialmente, através de menção expressa nesse sentido. O sistema suíço foi, posteriormente, adotado pelos belgas ».

137 MARTINS, Pedro A. Batista. As três fases da arbitragem. *Revista do Advogado*, n. 87, 200 6, pp. 87-93.

est plus fréquente et nécessaire dans les première et troisième phases, mais elle est souvent indispensable également dans la phase arbitrale en raison de l'absence de *l'imperuim merum* de l'arbitre.

Pendant la phase pré-arbitrale, les parties peuvent recourir au pouvoir judiciaire jusqu'à la constitution du tribunal arbitral, pour des questions d'urgence, et lorsque l'intervention du juge est nécessaire pour le début de l'arbitrage ou la nomination des arbitres (**A**) ; pendant la phase arbitrale, l'action de l'État se limite à un rôle de coopération pour l'administration de la procédure d'arbitrage et seulement lorsque l'arbitre le demande (**B**) ; dans la phase post-arbitrage, la compétence revient au juge étatique, mais cette fois-ci limitée à l'exécution forcée de la sentence arbitrale, au contrôle formel des causes de nullité ou à la reconnaissance de la sentence considérée comme « étrangère » (**C**). En tout état de cause, les parties peuvent à tout moment demander l'assistance du juge étatique, à condition qu'il y ait un risque de déni de justice (**D**).

A. Pendant la phase pré-arbitrale

Concenrant la phase pré-arbitrale, il ne s'agit pas de déterminer qui est l'autorité compétente, mais d'identifier **qui est l'autorité** : l'arbitre ou le juge. S'il n'y a pas de convention d'arbitrage, le juge sera l'autorité ; en revanche, s'il y a une telle convention, l'autorité sera l'arbitre. Même dans ce cas, les parties peuvent avoir besoin de l'assistance du juge étatique jusqu'à ce que le tribunal arbitral soit constitué. La compétence du juge est cependant précaire et cesse immédiatement lorsque le tribunal arbitral est constitué.[138]

Deux situations sont les plus courantes dans lesquelles la recherche de l'assistance du pouvoir judiciaire est récurrente et justifiée, lorsqu'il n'est pas encore

---

[138] BRÉSIL. Cour supérieure de justice, Appel Spécial n° 1.297.974/RJ (2011/0240991-9). (« Em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; **mas essa competência – leia-se jurisdição – é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar** ») (soulignement ajouté).

possible de recourir à la juridiction arbitrale, qui n'est pas encore pleinement constituée : la première face à des clauses d'arbitrage vides ou pathologiques, dans lesquelles le rôle du juge étatique est fondamentale pour permettre l'instrumentalisation de la clause d'arbitrage ; la seconde, en cas d'urgence – l'urgence justifie la recherche d'assistance du juge étatique, sous peine d'empêcher l'accès de la partie à la justice et d'une pérission des droits.[139]

Il n'est pas opportun, à ce stade et devant le juge étatique, de remettre en cause le choix de l'arbitrage ou la validité de la convention – que ce soit pour des raisons de nullité, d'invalidité ou d'inefficacité – étant donné qu'il appartient à l'arbitre de décider, en première instance, de sa propre compétence (lire juridiction). Ce n'est qu'après une première évaluation par l'arbitre, par le biais d'une sentence, que la partie insatisfaite peut remetre en cause sa validité devant les tribunaux étatiques.

En ce qui concerne la juridiction étatique pour accorder des mesures provisoires et conservatoires, il est largement admis que le juge étatique doit intervenir, si nécessaire, pour assurer le respect des mesures provisoires ou d'urgence établies par les arbitres. Sa juridicition est cependant précaire, comme l'a reconnu le Tribunal Régional Fédéral brésilien de la 2éme région dans l'affaire *Companhia Energética de Petrolina (CEP) vs. Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial (CBEE)*. Dans cette affaire, le tribunal a refusé de se prononcer sur la demande d'une mesure provisoire au motif que seul l'arbitre aurait le pouvoir de statuer sur la question. En appel, la Cour a constaté que le tribunal arbitral n'avait pas encore été constitué au moment de la demande de la mesure, et que le fait d'empêcher la partie intéressée de recourir à la protection judiciaire constituerait un déni d'accès à la justice, accordant la mesure injonctive demandée.[140]

---

139 Voir, à titre d'exemple de permission législative, l'article 22 de la Loi d'arbitrage brésilienne. Contre : en droit italien, l'arbitre ne peut accorder de mesures provisoires, sauf si la loi l'autorise, comme le prévoit l'article 818 du Code de procédure civile italien : « Gli arbitri non possono concedere sequestri, né altri provvedimenti cautelari, salvo diverse disposizione di legge ».

140 BRÉSIL. Tribunal régional fédéral de la 2e Région, Appel n° 2003.02.01.010784-5, 22 juin 2004, juge

B. Pendant la phase arbitrale

Pendant la durée de la phase arbitrale – considérée comme commençant avec la saisine du tribunal arbitral (car ce n'est qu'à ce moment-là qu'il y aura une autorité arbitrale investie d'un pouvoir juridictionnel) et se terminant avec le prononcé de la sentence arbitrale – la compétence appartient exclusivement à l'arbitre. La relation juridique quitte le système national du juge étatique pour exister dans le système transnational de l'arbitre. Le juge étatique ne sera déclenché que lorsque l'arbitre estime nécessaire une mesure qui requiert l'*imperium merum*; la discrétion de demander l'appui du juge étatique appartient à l'arbitre. Et, même ainsi, le juge étatique ne peut qu'exécuter la mesure demandée, et aucun jugement de validité ou de nécessité de l'objet de la demande ne sera applicable. La compétence reste celle de l'arbitre, qui ne fait appel au juge que pour s'assurer que l'exécution de sa décision aura la force éxécutoire. Un dialogue nécessaire entre les systèmes de juges et d'arbitres est donc nécessaire.

Le pouvoir du juge d'accorder des mesures provisoires et d'urgence ne s'arrête pas nécessairement au moment de la formation du tribunal arbitral, car cela ne suffit pas à garantir qu'il n'y aura pas de déni d'accès à la justice. Pendant la phase arbitrale, les parties peuvent également avoir besoin de l'assistance du juge étatique dans les cas où le tribunal arbitral, dûment constitué, est empêché de poursuivre la mission qui lui a été confiée par les parties. La situation d'empêchement peut résulter de l'absence temporaire de compétence de l'arbitre pour intervenir efficacement, comme dans les cas où la procédure d'arbitrage a été suspendue ou si l'efficacité de la solution accordée dans la mesure provisoire nécessite l'intervention - ou affecte les droits - d'un tiers qui n'est pas

---

rapporteur J. E. Carreira Alvim, *Companhia Energética de Petrolina (CEP) vs. Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial (CBEE)* : « I – admite-se o recurso à justiça estatal apenas quando ainda não instituída a arbitragem, dado o caráter urgente da medida. II – Havendo convenção arbitral, é competente o tribunal arbitral para apreciar o mérito do litígio, cabendo-lhe, igualmente, decidir se antecipa ou não os efeitos da tutela antecipatória. III – Agravo parcialmente provido ». Dans ce sens, voir : CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo : um comentário à Lei nº 9.307/9*. 3e éd. São Paulo : Atlas, 2009, p. 271 : « Se apenas o árbitro está autorizado a proferir provimento final, toca também a ele – e apenas a ele – decidir se antecipará ou não algum, alguns ou todos os efeitos que sua decisão irá produzir! Não haverá necessidade de encontrar na convenção de arbitragem autorização para que os árbitros antecipem tutela, pois tal autorização está implícita [...] ».

lié par la convention d'arbitrage. Elle se produit également en cas de décès ou d'absence de l'un des arbitres avant la finalisation de l'arbitrage, ou de son empêchement par une cause de partialité ou de dépendance qui exige son dessaisissement. En attendant la constitution d'un nouveau tribunal, les parties peuvent avoir besoin de mesures d'urgence pour préserver des preuves ou garantir des droits. Seul le juge étatique pourra les assister dès lors que la juridiction des arbitres est absente, même temporairement.

Il est également fréquent que les arbitres aient besoin de l'assistance du juge étatique pour accomplir des actes de procédure qui nécessitent une contrainte de l'État, en particulier pendant la phase de production de la preuve. Pour Pedro Batista Martins, « pendant la phase arbitrale, le pouvoir judiciaire devient un organe de soutien et de coopération avec le tribunal arbitral, dans le but commun de la bonne réalisation de la justice ». [141] Toutefois, la juridiction étatique a le pouvoir d'accorder des mesures conservatoires lorsque l'urgence de la situation ne permet pas d'attendre l'octroi d'un recours hybride obtenu en deux phases : l'une, devant les arbitres, et l'autre, de nature exécutoire, devant les tribunaux. En tout état de cause, il est important que les parties, à tout moment, puissent avoir accès à la juridiction, qu'elle soit l'arbitrale ou l'étatique.[142]

---

141 MARTINS, Pedro A. Batista. As três fases da arbitragem. *Revista do Advogado*, n. 87, 2006, pp. 87- 93.

142 BRÉSIL. Loi d'arbitrage de 1996, article 22, § 4. Voir dans ce sens : WALD, Arnoldo. Affectio Societatis na Sociedade de Pessoas e no Acordo de Acionistas. *Revista de Mediação e Arbitragem*, v. 2, n. 4, 2005, p. 220 ; BENETI, Sidnei. Arbitrage et tutelle urgente. *Revista do Advogado*, n. 87, 2006, p. 100 (« são cabíveis a tutela cautelar preparatória e, em casos excepcionais, a incidental, durante o procedimento arbitral, por fundado direto do CPC (artigo 796 e seguintes) e na Constituição Federal (CF, artigo 5º, XXXV) (...) »). Voir également les exemples pertinents de la jurisprudence brésilienne : la constitution du tribunal arbitral n'a pas empêché la Cour de justice de Minas Gerais de confirmer une ordonnance de présentation de documents comptables (BRÉSIL. Cour d'Appel de Minas Gerais, 11e chambre civile, Agravo de Instrumento n° 273.072-3, c/c n° 262.252-4, Rapporteur Edílson Fernandes, 24 févr. 1999, *Sociedade Hospitalar de Uberlândia LTDA. vs. Ademar Margonari de Carvalho et.al.*). Le Tribunal de justice de São Paulo a statué sur cette question à trois reprises au moins : le premier exemple concernait la confirmation d'un ordre de confiscation du capital social d'une entreprise (BRÉSIL. Tribunal de justice de São Paulo, 2e chambre de droit privé, Agravo de Instrumento n° 285.741-4/6, Rapporteur Boris Kauffmann, 29 avr. 2003, *Altram do Brasil Ltda. vs. José Fernando Correa Parra et.al.* : « Cautelar. Interesse Processual. Constituição Federal. A existência de processo de arbitragem não exclui da apreciação do Poder Judiciário eventual lesão ou ameaça a direito. Preliminar Inconsistente. Sequestro – Quotas sociais alienadas e não pagas pelos compradores a ensejar, em tese, a aplicação da cláusula resolutória expressa – Presença do *fumus boni iuris* e *periculum in mora* que justificam a concessão da liminar para impedir a alienação a terceiro e garantir a preservação do bem em caso de sucesso na ação principal, evitando-se, ainda, que políticas estratégicas possam ser usadas por eventuais terceiros adquirentes das quotas em litígio ») ; la deuxième affaire concernait une ordre de

Pendant la phase arbitrale, la compétence des arbitres est prioritaire. Seules des situations exceptionnelles justifient le renvoi de la compétence au juge.

C. Pendant la phase post-arbitrage

La phase d'arbitrage se termine par le prononcé de la sentence finale et, le cas échéant, la décision sur les demandes de clarification ; la compétence des arbitres cesse et est automatiquement restituée au juge étatique. La relation juridique quitte le système du droit transnational et retourne au système du droit national. Quatre possibilités s'offrent aux parties : se conformer volontairement à la sentence ; procéder à l'exécution forcée de la sentence arbitrale ; introduire un recours en annulation contre la sentence considérée comme « nationale » par l'ordre juridique de réception,[143] ou demander l'exequatur de la sentence « étrangère » afin qu'elle puisse produire des effets sur le territoire national.[144]

Lorsque la sentence n'est pas exécutée spontanément - ce qui est souvent le cas dans l'arbitrage - il n'y a pas d'autre choix que de s'adresser au juge étatique de

---

production de documents comptables (BRÉSIL. Tribunal de justice de São Paulo, 3e chambre de droit privé, Agravo de Instrumento n° 090.709-4/4, Rapporteur Ênio Santarelli Zulianni, 01 déc. 1998, *Campari do Brasil Ltda. vs. Distillerie Stock do Brasil Ltda.* : « A medida cautelar de produção de provas pode ser requerida paralelamente ao processo base, especialmente quando o processamento deste sofre percalços com a marcha natural, como a extinção (precipitada e incorreta) sem julgamento do mérito. Pressupostos legais encorajadores da perícia presentes ») ; le troisième exemple consistait à forcer l'une des parties à exécuter un accord de distribution commerciale jusqu'à la décision finale du tribunal arbitral (BRÉSIL. Tribunal de Justice de São Paulo, 7e chambre de droit privé, Agravo de Instrumento n° 089.522/4-0-01, Rapporteur Júlio Vidal, 2 sept. 1998, *Converse Network Systems vs. Computel Computadores e Telecomunicações S.A. in Revista de Mediação e Arbitragem*, v. 2, n. 7, 2005, p. 209 : « Juízo arbitral instaurado no exterior por força de cláusula contratual pactuado pelas partes para julgar a lide cujo objeto é o mesmo da cautelar, por si não impede a apreciação da matéria pelo Poder Judiciário face ao disposto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, tendo em vista que a decisão proferida por juízo arbitral, sem a devida homologação »).

143 Selon la loi brésilienne, ce délai est de quatre-vingt-dix jours, conformément à l'article 33 de la Loi d'arbitrage. BRÉSIL. Loi d'arbitrage de 1996, article 33, premier paragraphe : « A demanda para a declaração de nulidade da sentença arbitral, parcial ou final, seguirá as regras do procedimento comum, previstas na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), e deverá ser proposta no prazo de até 90 (noventa) dias após o recebimento da notificação da respectiva sentença, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos » ; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo : um comentário à Lei nº 9.307/9*. 3e éd. São Paulo : Atlas, 2009, p. 430.

144 Pour les critères de nationalité de la sentence arbitrale et ses effets, voir le Chapitre 7 *infra*.

l'exécution. On le sait, l'exécution forcée de la sentence arbitrale requiert l'utilisation de la force de l'État. Et l'exécution est une activité exclusive de l'État.

Le recours en annulation est applicable dans des hypothèses très restreintes et ne permet d'attaquer que les questions sur la procédure arbitrale. Le réexamen du fond de la sentence n'est pas autorisé. L'interdiction de l'analyse du fond du litige exige également que, si la sentence arbitrale est déclarée nulle, l'affaire soit renvoyée aux arbitres pour une nouvelle sentence ou, dans les cas où la nullité découle de la formation du tribunal arbitral lui-même, qu'un nouveau tribunal soit formé pour le règlement du litige. Le choix du législateur d'interdire l'analyse du fond par le juge étatique renforce la nature juridictionnelle de l'arbitrage, puisque la juridiction accordée aux arbitres par les parties ne peut être usurpée par le juge étatique.

La suppression de l'exigence de la double homologation des sentences arbitrales étrangères représente la valorisation de la décision arbitrale et la reconnaissance de la juridiction des arbitres, puisqu'il n'est plus nécessaire qu'une autorité judiciaire étatique reconnaisse la validité de ce qui a été décidé par les arbitres; la sentence arbitrale devient valide par elle-même et prend effet immédiatement après son prononcé, et les procédures d'homologation ne sont désormais considérées que comme l'étape nécessaire à l'internationalisation des sentences arbitrales dans les systèmes nationaux respectifs. L'arbitre est désormais assimilé au juge étatique étranger.

D. A tout moment, afin d'éviter un déni de justice

L'intervention du juge étatique dans les cas où il existe un choix d'arbitrage par les parties devrait être limitée aux situations décrites ci-dessus, précisément pour respecter le choix fait par les parties dans l'exercice de leur autonomie privée. Il existe cependant une autre hypothèse dans laquelle l'intervention du juge étatique est justifiée et peut se produire à tout moment : celle du risque de déni de justice.

Il existe un risque de déni de justice lorsque la convention d'arbitrage stipulée par les parties devient inopérante d'une manière ou d'une autre, même si elle reste efficace. La nécessité de garantir aux parties l'accès à la justice – qu'elle soit étatique ou arbitrale –

est une garantie constitutionnelle inviolable.[145] Toutefois, il est nécessaire de garantir aux parties une certaine voie de justice. Les parties ne peuvent être privées de la possibilité d'être assistées par le juge étatique dans le cas où le choix de résoudre leurs litiges par voie d'arbitrage ne peut être exécuté.

C'est ainsi qu'il a été décidé dans l'affaire française paradigmatique *NIOC*, entre la compagnie pétrolière nationale de pétrole iranienne (NIOC) et l'État d'Israël, dans le cadre d'un arbitrage sous l'égide des règles de la CCI. Face au refus de l'État d'Israël de nommer un arbitre, la NIOC a demandé aux tribunaux français de procéder à cette nomination. Le Tribunal de Grande Instance de Paris a refusé de procéder à cette nomination au motif qu'il n'était pas compétent pour le faire. Cependant, la Cour de Cassation française a considéré que le juge français était le mieux placé pour procéder à la nomination d'un arbitre et à permettre à l'arbitrage de devenir effectif. La Cour a décidé que « le juge français était et reste le moins mal placé pour désigner un arbitre et permettre ainsi à la Nioc d'accéder à la juridiction arbitrale »,[146] en accordant néanmoins un mois à Israël pour nommer un arbitre, ce qui n'a pas été fait.

Statuant après un recours présenté par l'Israël, la Cour de Cassation a reconnu que le droit à l'arbitrage est un droit fondamental et qu'il ne repose pas uniquement sur la force obligatoire des contrats. En conséquence, et en rejetant le recours de l'État israélien, la Cour a également reconnu que le juge français est compétent pour désigner l'arbitre, sous peine de déni de justice, à condition qu'il y ait un lien de l'affaire avec la France. La Cour a également précisé qu'il n'y avait aucune possibilité pour la NIOC de faire appel devant les tribunaux israéliens, étant entendu que ces tribunaux n'étaient pas compétents pour connaître de l'affaire, une situation qui serait difficilement modifiable dans un avenir

---

145 Dans l'ordre juridique brésilien, il est bien entendu que l'option de la voie arbitrale ne viole pas l'article 5éme, XXXV, de la Constitution fédérale, tel que décidé par la Cour suprême féderale. BRÉSIL. Cour suprême féderale, Appel dans la SEC nº 5.206-7, 08 mai 1997, p. 2.

146 FRANCE. Cour de cassation, Décision n. 404, 1 févr. 2005, *National iranian oil company (NIOC) vs. Etat d'Israël :* « le juge français était et est encore le moins mal placé pour désigner un arbitre et permettre ainsi à la Nioc d'accéder à la juridiction arbitrale ».

proche.[147] Il est important de noter que la vérification d'un tel lien utilise des critères très souples qui sont favorables à la reconnaissance de la compétence des tribunaux français. En l'espèce, le lien a été établi parce que la clause d'arbitrage prévoyait qu'en l'absence d'accord entre les deux arbitres nommés par les parties pour la nomination du troisième arbitre, celle-ci serait faite par le président de la Cour d'arbitrage de la CCI, dont le siège est à Paris.

Sur la base de cette importante décision et de l'article 1505, paragraphe 4, du Code de Procédure français,[148] les juges français ont été convertis en une juridiction d'appui universel, ayant vocation à pallier les insuffisances des autres juridictions. La conception française est fondée sur la notion de *forum necessitatis* de son droit international privé, selon laquelle le juge national peut exceptionnellement se déclarer compétent dans les cas où il est impossible de saisir le juge originalement compétent. Le même principe s'applique en droit anglais, mais dans ce cas, l'application du *forum necessitatis* exige qu'il y ait un lien étroit entre le litige et le for.

Selon l'ordre juridique français, il est entendu que l'intensité de la violation empêchant la saisine du juge d'origine doit être examinée sur la base du droit d'accès et de la gravité du déni de justice. C'est pourquoi la reconnaissance de sa juridiction, même exceptionnelle, est soumise à des critères plus souples.

Il est facile de percevoir à la lumière de tout ce qui précède que, même si les arbitres et juges sont des autorités juridictionnelles, les deux ont des pouvoirs différents. D'une part, l'effet négatif de la compétence-compétence exclut le juge étatique de la possibilité d'apprécier les litiges résultant d'une relation qui contient une convention

---

147 *Ibidem*. (« [...] l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge, fût-il arbitral, chargé de statuer sur sa prétention, à l'exclusion de toute juridiction étatique, et d'exercer ainsi un droit qui relève de l'ordre public international consacré par les principes de l'arbitrage international et l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, **constitue un déni de justice qui fonde la compétence internationale du Président du Tribunal de Grande Instance de Paris [...] dès lors qu'il existe un rattachement avec la France** ») (soulignement ajouté).

148 FRANCE. Code de procédure civile, article 1505(4) : « En matière d'arbitrage international, le juge d'appui de la procédure arbitrale est, sauf clause contraire, le président du tribunal judiciaire de Paris lorsque : […] 4° L'une des parties est exposée à un risque de déni de justice ».

d'arbitrage ; d'autre part, l'arbitre ne dispose pas du pouvoir de police nécessaire pour garantir l'efficacité de ses décisions. En conséquence, les deux autorités juridictionnelles doivent coopérer l'une avec l'autre afin de garantir aux parties un accès à la justice effectif. Étant donne que la juridiction ne peut appartenir qu'à une seule autorité à la fois – et ne peut s'accumuler chez l'arbitre et le juge en même temps, au risque d'un conflit de juridictions – elle doit alterner entre eux dans la mesure du nécessaire.

La possibilité de demander l'intervention du juge étatique pour assurer l'efficacité de l'arbitrage ne dispense pas de la prudence. Il est nécessaire d'éviter une judiciarisation excessive de l'arbitrage, en faisant en sorte que l'arbitrage cesse d'être un moyen extrajudiciaire de résoudre les conflits pour devenir soi-même l'objet d'un contentieux judiciaire. La pratique montre que la prudence a été mise de côté et que, de plus en plus, on s'est tourné vers le pouvoir judiciaire pour résoudre – ou pour problématiser – des questions arbitrales. L'interaction entre l'arbitre et le juge doit être utilisée de manière positive, dans un exercice de conversation systémique, pour faciliter la résolution efficace des conflits entre les parties et, surtout, pour éviter les situations de déni de justice.

CHAPITRE 1. UN NOUVEAU CONCEPT DE SOUVERAINETE ETATIQUE : VERS UNE CONSTITUTIONALISATION DE L'ARBITRAGE ?

CHAPITRE 2. L'ARBITRAGE DANS SES DIFFÉRENTES CONCEPTIONS

Le concept d'arbitrage est une question controversée qui divise la communauté des arbitres en plusieurs théories polarisées entre deux extrêmes. D'une part, les conceptions localisées, qui attribuent aux ordres juridiques nationaux le caractère essentiel de la réalisation de la pleine efficacité de l'institut et de la sentence qui en résulte ; d'autre part, les conceptions autonomes, qui se divisent en représentation qui caractérise l'arbitrage comme un ordre juridique complètement autonome des ordres juridiques étatiques, et une représentation qui atténue cette autonomie.

Comme on l'a vu dans le chapitre précédent, l'exclusivité de l'ordre juridique en tant que création de l'État-nation est une vision typique du juspositivisme de Hans Kelsen ; en opposition, les idées issues de l'institutionnalisme de Santi Romano, le pluralisme juridique fort inspiré par Eugen Ehrlich et les théories systémiques comme celle de Marcelo Neves. C'est dans les thèses de ces auteurs que ce chapitre – désormais axé sur les théories de l'arbitrage – trouve sa principale division structurelle : dans un premier temps, seront présentées les thèses qui situent l'arbitrage dans les ordres juridiques nationaux (**2.1**) et, dans un deuxième temps, les théories qui s'écartent de ces ordres et considèrent l'arbitrage comme étant doté d'autonomie (**2.2**).

Clay attribue à l'origine de la divergence le lien entre la théorie terriotorialiste et le droit international privé qui, suivant la logique du conflit de lois, qualifie la loi du siège comme celle qui est correctement applicable aux actes de procédure qui y sont accomplis.[149] Les défenseurs de la deuxième théorie seraient alors des arbitralistes qui ne sont pas issus de l'école de droit international privé ou qui n'en tiennent pas compte parce qu'ils considèrent que l'arbitrage représente une négation de la méthode du conflit parce

[149] CLAY, Thomas. La Importancia de la sede del arbtraje en el arbitraje internacional : ¿ Es todavia relevante ? *in* MANTILLA-SERRANO, Fernando (coord.) *Arbitraje Internacional : Tensiones actuales*. Bogotá : Legis Editores S.A., 2007.

qu'il fait naturellement partie du droit transnational ; ceux-ci – parmi lesquels nous nous incluons – sont plus influencés par la sociologie et la philosophie du droit.

Il existe de nombreux modèles différents entre le territorialisme et l'autonomie d'arbitrage. Roy Goode, par exemple, en propose six, dont quatre se retrouvent dans des législations nationales : la forme rigide de territorialité ; la forme atténuée de territorialité ; le modèle fondé sur le conflit de lois traditionnel ; celle qui reconnaît la *lex fori* mais ne reconnaît pas l'annulation au siège comme une cause de refus d'exequatur ; le modèle français fondé sur l'autonomie des parties, et enfin la délocalisation extrême de l'ancien droit belge.[150] Emmanuel Gaillard, pour sa part, se borne à présenter les trois principaux modèles : territorialiste, pluraliste et autonome.[151]

Dans cette étude, nous avons préféré adopter une approche basée sur la qualification attribuée au système juridique arbitral : lié aux ordres juridiques nationaux ou autonome par rapport à celles-ci. C'est à partir de cette approche théorique que les chapitres suivants seront développés, en présentant les conséquences de ce que nous comprenons comme les quatre principales manifestations des théories de l'arbitrage : monolocalisation, plurilocalisation, délocalisation et autonomie systémique.

L'objectif principal de ce chapitre est la corrélation entre les modèles théoriques d'arbitrage et les théories du droit, afin d'y trouver les justifications de ces modèles. Il est nécessaire de préciser que la structure de ce chapitre ne tient compte d'aucun ordre chronologique. Toutes les représentations présentées ici coexistent dans la pratique et dans la doctrine.

---

150 GOODE, Roy. The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration. *Arbitration International*, v. 17, n. 1, 2001, pp. 19-40. L'auteur propose les modèles de territorialité rigide et atténuée ; celui basé sur le concept traditionnel du conflit de lois ; celui qui reconnaît la *lex fori*, mais qui ne roconnaît pas l'annulation de la sentence arbitrale au siège comme cause de refus de reconnaissance ; le modèle français, basé sur l'autonomie de la volonté des parties, et enfin, la délocalisation extrême de l'ancien droit belge.

151 GAILLARD, Emmanuel. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international.* Leiden-Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

2.1. L'arbitrage localisé dans un ordre juridique national

La représentation par laquelle l'arbitrage est localisé dans un ordre juridique national trouve ces racines, dans un premier temps, dans la théorie créée par F. A. Mann selon laquelle l'existence de l'arbitrage dépend de la *lex arbitri* (**2.1.1**) et, dans un deuxième temps, dans l'évolution proposée par Philippe Fouchard, qui la situe non plus dans l'ordre juridique du siège de l'arbitrage, mais dans l'ordre juridique du lieu d'exécution de la sentence arbitrale (**2.1.2**).

2.1.1. La localisation de l'arbitrage selon la *lex arbitri* : un modèle juspositiviste

La représentation territorialiste (ou mono-localisée) de l'arbitrage a pour principal postulat théorique le positivisme juridique de Kelsen et Hart. Ses défenseurs nient la possibilité d'existence d'une activité juridictionnelle – et donc d'un arbitrage – en dehors du monopole de l'État. Seule une norme juridique étatique a le pouvoir d'accorder à l'arbitre de la juridiction, pour donner une validité à sa procédure et une efficacité à la sentence qui en résulte.

Partant de la théorie kelsenienne, tous les ordres juridiques découlent d'une seule norme fondamentale, qui n'est pas posée par le législateur, mais présupposée. Il en découle la validité de l'ensemble du système juridique, en transmettant le devoir-être à toutes les normes de niveau inférieur.[152] Dans cette perspective, le droit international et les ordres juridiques nationaux sont considérés comme un système unitaire de normes, formant un système unique, un tout fermé sur lui-même. On ne peut donc pas parler d'autonomie du droit international (ou même du droit transnational) car il trouve également son origine dans la même norme fondamentale qui donne naissance au droit interne.[153]

---

[152] LOSANO, Mario. *Sistema e Estrutura no Direito*. O Século XX. 2 v. Traduction de Luca Lamberti. São Paulo : WMF Martins Fontes, 2010, p. 54.

[153] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* 8ᵉ éd. São Paulo : WMF Martins Fontes, 2009, pp. 364-365.

Les partisans de la conception territorialiste de l'arbitrage défendent le rôle fondamental du siège de la procédure arbitrale pour son développement : d'une part, en déterminant que son propre droit procédural (en plus de ses règles de conflit, question souvent oubliée par la doctrine contemporaine) soit applicable, *i.e.*, c'est qu'on appelle la *lex arbitri* (**2.1.1.1**) ; d'autre part, en définissant la compétence des tribunaux de cette ordre pour contrôler la validité de la sentence arbitrale (**2.1.1.2**).[154]

2.1.1.1. Les conséquences par rapport à l'arbitre

Le terme *lex arbitri*, invinté par F. A. Mann en 1967, a été perpétuée comme référence au droit de la procédure arbitrale du siège de l'arbitrage. Adepte de la *lex facit principem*, Mann défend la suprématie de la loi dans son application à l'arbitrage – *lex facit arbitrum* – en lui confiant même le rôle de déterminer le droit substantiel propre au contrat.[155] Le pouvoir des arbitres provenant du droit national[156] (ainsi que le droit des parties à soumettre leurs litiges à l'arbitrage) tout arbitrage ne peut être que national et lié

---

154 Cette théorie trouve un appui, notamment, chez les auteurs F. A. Mann, Jean-François Poudret, Sébastien Besson, Roy Goode. Avant eux, les internationalistes français Étienne Bartin, Frantz Despagnet, Antoine Pillet et Jean-Paulin Niboyet l'ont déjà défendue. Au Brésil, la majorité de la doctrine est favorable, et en particulier Adriana Braghetta.

155 MANN, F.A. Lex Facit Arbitrum, International Arbitration. *Arbitration International*, v. 2, n. 3, 1986, pp. 244-251. L'article a originellement été publié dans l'œuvre *International Arbitration Liber Amicorum for Matin Domke*. (« No one has ever or anywhere been able to point to any provision or legal principle which would permit individuals to act outside the confines of a system of municipal law; even the idea of the autonomy of the parties exists only by virtue of a given system of municipal law and in different systems may have different characteristics and effects. Similarly, every arbitration is necessarily subject to the law of a given State. No private person has the right or the power to act on any level other than that of municipal law. Every right or power a private person enjoys is inexorably conferred by or derived from a system of municipal law which may conveniently and in accordance with tradition be called the lex fori, though it would be more exact (but also less familiar) to speak of the lex arbitri or, in French, la loi d'arbitrage » ; « (...) arbitration, like any other institution of municipal law, requires a firm legal basis which can only be found in the recognition and implementation of the idea of lex facit arbitrum »).

156 JARROSSON, Charles. *La notion d'arbitrage*. Paris : LGDJ, 1987, p. 101 : « la mission juridictionnelle de l'arbitre tire son origine de la volonté immédiate des parties et de celle, plus lointaine, de la loi ». Dans le même sense : JANDARD, Léonor. *La rélation entre l'arbitre et les parties: critique du contrat d'arbitre*. 2018. Thèse (Doctorat) – École doctorale de droit et science politique, Université Paris Nanterre, 2018, pp. 25-26; 59 et ss.

au droit de son siège,[157] étant donnée que « l'arbitrage n'existe que si la loi du siège le permet »,[158] car il y trouve la permission légale d'exister et de produire des effets.[159]

Les idées présentées par Mann ne sont rien d'autre que l'application dans l'espèce des théories de Kelsen. Les jugements – ou les sentences arbitrales – en tant que normes juridiques individualisées ne peuvent acquérir une efficacité que s'ils sont produits par l'État ; dans la réalisation de la pyramide du système kelsenienne, la décision du juge – ou de l'arbitre – n'est valable que si elle se réfère à une loi valable, qui, à son tour, n'est valable que si elle se réfère à une norme constitutionnelle valable. Les arbitres, ici assimilés à des juges, ne reçoivent que la juridiction (c'est-à-dire l'autorisation de juger) si la loi le permet.

En réponse à la provocation de Goldman (père de la théorie antagoniste qui défend l'autonomie du système de la *lex mercatoria*),[160] Mann déclare que :

> Il y a une similitude prononcée entre le juge national et l'arbitre dans la mesure où tous deux sont soumis au souverain local. Si, à la différence du juge national, l'arbitre est sous diverses formes, mais pas par uniformité, autorisé et même condamné par les législateurs nationaux à accepter les ordres des parties, c'est uniquement parce qu'il détermine, et limite, le souverain.

---

157 MANN, F.A. Lex Facit Arbitrum, International Arbitration, *Arbitration International,* v. 2, n. 3, 1986, pp. 244-251 : « In the legal sense no international commercial arbitration exists. Just as, notwithstanding its notoriously misleading name, every system of private international law is a system of national law, every arbitration is a national arbitration, that is to say, subject to a specific system of national law ».

158 MANN, F.A. Lex Facit Arbitrum, International Arbitration, *Arbitration International*, v. 2, n. 3, 1986, pp. 244-251 : « An arbitration only exists if the seat of the arbitration allows it ».

159 GOODE, Roy. The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration. *Arbitration International*, v. 17, n. 1, 2001, pp. 19-40. L'auteur établit un parallèle entre la sentence arbitrale et les contrats, en indiquant que tous deux dépendent de la reconnaissance de la loi pour produire des effets, la seule volonté des contractants n'étant pas suffisante.

160 GOLDMAN, Berthold. Les conflits des lois dans l'arbitrage international de droit privé. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 109, 1963, pp. 347 et. ss.

> C'est également la réponse à certains spécialistes qui affirment que l'arbitrage a un caractère totalement différent des procédures judiciaires, que l'arbitrage « ne met nullement en danger le service de la justice ... et ne manifeste ni n'exerce la souveraineté » et que pour ces raisons il ne peut être « assimilé au fonctionnement du service public de la justice d'un État dans lequel il est géographiquement situé ». Toute activité qui se déroule sur le territoire d'un État n'est-elle pas soumise à sa juridiction ? N'appartient-il pas à cet État de dire si, et de quelle manière, les arbitres sont assimilés aux juges et, comme eux, soumis à la loi ? Plusieurs États peuvent donner des réponses différentes à la question, mais il ne fait aucun doute que chacun d'entre eux a le droit d'y répondre, comme il le fait, selon sa propre apréciation.[161]

De l'application de la maxime *lex facit arbitrum* en résultent deux conséquences principales en ce qui concerne les arbitres. D'une part, le droit du siège de l'arbitrage régit sa procédure et établit les règles de conflit nécessaires pour déterminer le droit applicable au fond, qu'il ait été défini ou non par les parties. D'autre part, le droit du siège réglemente aussi les pouvoirs de l'arbitre d'écarter le droit, en jugeant *ex aequo et bono*.

Si elle est appliquée dans sa conception originale, l'intégration de l'arbitrage au siège fait que l'arbitre soit lié à son ordre juridique national. L'arbitre devrait, par conséquence, appliquer le droit du siège à la fois par rapport aux règles de conduite de la

---

161 MANN, F.A. Lex Facit Arbitrum, International Arbitration. *Arbitration International*, v. 2, n. 3, 1986, p. 241. Traduction libre de l'original : « There is a pronounced similarity between the national judge and the arbitrator in that both of them are subject to the local sovereign. If, in contrast to the national judge, the arbitrator is in many respects, but by no means with uniformity, allowed and even ordered by municipal legislators to accept the commands of the parties, this is because, and to the extent that, the local sovereign so provides. This is also the answer to certain scholars who argue that arbitration has a character entirely different from judicial proceedings, that arbitration "ne met en aucune manière en jeu le service de la justice… et ne manifeste ni n'exerce la souveraineté" and that for these reasons it cannot be "assimilé au fonctionnement du service public de la justice dans l'État où il est géographiquement localisé." Is it not every activity occurring on the territory of a State necessarily subject to its jurisdiction? Is it not for such State to say whether and in what manner arbitrators are assimilated to judges, and, like them, subject to the law? Various States may give various answers to the question, but that each of them has the right to, and does, answer it according to its own discretion cannot be doubted ».

procédure arbitrale, ainsi que pour en tirer les règles de conflit que détermine le droit applicable au fond en l'absence de droit choisi par les parties ou pour vérifier si ce choix est autorisé dans cet ordre juridique.[162] En effet, les parties ne seront libres de choisir un droit matériel que si la loi du siège l'autorise ; l'atténuation de l'autonomie de la volonté des parties est caractéristique de cette conception localisée de l'arbitrage. Indépendamment de la volonté des parties, la règle de droit national contrôle l'existence du tribunal arbitral, sa composition et ses pouvoirs. L'État souverain ne pouvait accepter sans réserve n'importe quel choix de leur part, les limitant ainsi.

À l'époque, on pensait que le droit international privé de chaque ordre national s'appliquait aux arbitrages afin de déterminer le droit matériel qui régirait la résolution du litige, par l'application des règles de conflit du siège. Par conséquent, le droit matériel du siège n'était pas nécessaire, puisque le droit international privé interne pouvait indiquer tout autre droit national comme applicable à une situation particulière. Actuellement, on constate un abandon partiel de ces idées, notamment en ce qui concerne l'applicabilité automatique des règles de conflit de l'ordre juridique du siège.

Cet abandon résulte principalement d'une meilleure interprétation des écrits de Mann, qui visait à identifier la loi qui devrait être appliqué par les arbitres par le biais des règles de conflit du siège, sans avoir comme objectif la proposition d'une base théorique pour l'arbitrage. En réalité, il s'opposait au jugement par équité et à l'application de principes transnationaux pour la résolution du fond du litige, préconisant la nécessité de recueillir auprès de la *lex fori* les règles de conflit pour déterminer le droit matériel applicable dans chaque espèce.[163]

En contradiction avec les idées originales de Mann, la nouvelle perception de la fonction de la *lex fori* la restreint à l'applicabilité du droit procédural du siège à la procédure arbitrale et à la définition de la compétence de ses tribunaux pour contrôler la validité de la sentence arbitrale ; des conséquences importantes résultent de cette

---

162 Voir le Chapitre 3 *infra*.

163 PAULSSON, Jan. *The Idea of Arbitration*. Londres : Oxford Press, 2013, p. 33.

perception par rapport aux arbitres. Cette perception se traduira principalement par les limites de leur action et la source de leur pouvoir ; les conditions d'arbitrabilité des litiges ; les règles de procédure et les règles d'application immédiate, qui doivent être respectés par les arbitres, sous peine de voir leur sentence être annulée.

Selon ce courant, le rôle de l'autonomie de la volonté est limité au choix du siège et à une certaine liberté dans le choix des règles de procédure, à condition de respecter les limites établies par la *lex arbitri* elle-même.[164] Il s'agit donc d'une liberté conditionnée au droit du siège. Par conséquent, les parties devraient prêter attention aux conséquences du choix d'un siège pour leur arbitrage, car cela entraînerait un choix implicite du droit loi applicable.[165] Les défenseurs de cette tendance estiment que le choix du siège n'est rien d'autre qu'un choix contractuel qui fonctionne comme une clause d'élection de for.[166] Toutefois, ce choix n'est pas toujours fait consciemment et ne doit pas être un argument persuasif en faveur de la doctrine de la monolocalisation ; même si les parties ont choisi le siège, elles peuvent l'avoir fait pour des raisons de neutralité ou de proximité géographique.[167]

Il semble artificiel de croire que les parties feraient ce choix sur la base des particularités de leur droit, de leur jurisprudence ou d'éventuelles contestations sur la

---

164 MANN, F.A. Lex Facit Arbitrum, International Arbitration. *Arbitration International*, v. 2, n. 3, 1986, pp. 244-251 : « The truth of the matter is that in law the lex arbitri governs the procedure and that if largely, though by no means universally or uniformly, the parties may choose other rules of procedure, the existence and the measure of the choice is determined by the lex arbitri only ».

165 BRAGHETTA, Adriana. A Importância da Sede na Arbitragem : visão a partir do Brasil. Rio de Janeiro : Renovar, 2010.

166 Petroquilos explique les raisons pour lesquelles une clause compromissoire ne peut être comparée à une simple clause d'élection de for. Premièrement, parce que, alors que les clauses d'élection de for présupposent l'existence préalable d'un certain tribunal, la clause compromissoire a pour effet la création d'un tribunal et son investiture avec des pouvoirs juridictionnels. Deuxièmement, lorsque les parties choisissent un for, elles acceptent consciemment l'application de leur *lex fori*. Troisièmement, parce qu'il manque de supposer que les parties, ayant choisi de résoudre leurs conflits par voie d'arbitrage – excluant l'intervention des tribunaux étatiques quant au fond de leurs litiges – en un certain lieu, auraient choisi les tribunaux de ce même lieu dans une clause d'élection de for. PETROCHILOS, Georgios. *Procedural Law in International Arbitration*. Oxford Private International Law Series. Oxford : Oxford University Press, 2004, p. 27.

167 GAILLARD, Emmanuel. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international.* Leiden-Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

validité de la sentence arbitrale. Même si la clause a été rédigée par des avocats, ce qui n'est pas toujours le cas, on sait que les négociations et les concessions font partie du processus contractuels et que l'inclusion d'une clause d'arbitrage – ainsi que le choix d'un siège pour une éventuelle procédure d'arbitrage – intègre l'analyse des coûts de transaction de l'opération dans son ensemble. D'autre part, la prise en compte de la neutralité du siège comme facteur de choix est défendue et encouragée. Il est recommandé d'éviter que le litige et les parties aient des liens étroits avec le siège précisément pour éviter les conflits au moment de l'analyse de la validité de la sentence arbitral par leurs juges.

Poudret et Besson,[168] les principaux successeurs de Mann, rejoignent ceux qui n'admettent pas le libre choix du droit procédural applicable, et refusent la possibilité pour les parties de choisir un siège et d'attribuer en même temps une compétence pour le contrôle de la validité de la sentence arbitrale eux tribunaux d'un autre État. Ils font valoir qu'un tel transfert modifie automatiquement le siège de l'arbitrage. Le principe de l'autonomie des parties serait donc limité par une série d'autres principes, tels que l'ordre public, le contradictoire, l'indépendance des arbitres, etc. ; la *lex arbitri* ne pourrait, par conséquent, être écarté par la volonté des parties.

Nous en arrivons ainsi à une question primordiale : quel serait alors le siège ? Le lieu où les actes sont accomplis, le lieu du droit applicable à la procédure ou le lieu où se trouvent les juges compétents pour régler le déroulement de la procédure et contrôler la validité de la sentence arbitrale qui en résulte ? Il n'y a pas de consensus doctrinal ou législatif pour répondre à une telle question. Certains, comme Poudret et Besson, conditionnent la notion de siège au juge compétent pour le contrôle de la validité de la sentence,[169] ou qui assimilent le terme de siège au lieu où la sentence est rendue, en invoquant la même corrélation faite par le droit anglais et par la Loi type de la CNUDCI.[170]

---

168 POUDRET, Jean-François ; BESSON, Sébastien. *Comparative Law of International Arbitration*. Zurich : Sweet & Maxwell, 2007, pp. 86-89.

169 POUDRET, Jean-François ; BESSON, Sébastien. *Comparative Law of International Arbitration*. Zurich : Sweet & Maxwell, 2007, pp. 86-89.

170 BRAGHETTA, Adriana. *A Importância da Sede na Arbitragem : visão a partir do Brasil*. Rio de Janeiro : Renovar, 2010 ; VAN DEN BERG, Albert Jan. *The New York Arbitration Convention of 1958*. La Haye : Kluwer, 1981, p. 294.

D'autres soutiennent que la notion de siège est « juridique ou formelle et non physique ou matérielle », une fiction juridique. Ainsi, elle n'a – et ne devrait pas avoir – aucun lien avec les parties et le litige, et devrait être totalement neutre ; le choix du siège aurait pour conséquence logique la désignation du droit applicable à l'affaire, car il est considéré comme l'élément qui présente le lien le plus étroit avec la règlementation du litige.[171] Ce que la majorité reconnaît, cependant, c'est que des actes de procédure peuvent être accomplis ailleurs, sans que cela représente un changement de siège, pour de simples raisons de commodité.

La nécessité de respecter les conséquences du choix du siège fait par les parties trouve sa raison d'être dans le fait que « l'un des objectifs fondamentaux du conflit de lois » est « la protection des attentes légitimes des parties à un litige ».[172] Le fait de ne pas tenir compte du choix du droit applicable fait par les parties, qu'il soit fait explicitement ou implicitement (par le choix du siège, par exemple), représente non seulement une méconnaissance totale de l'autonomie de la volonté des parties, mais aussi « frustrerait leurs attentes légitimes », en plus d'empêcher la prévisibilité quant à l'ordre juridique compétent pour contrôler si les conditions de validité de la sentence arbitrale ont été respectées par les arbitres.[173]

Gaillard critique l'argument en défense de la sécurité juridique par opposition à l'objectif de rendre une justice efficace. Selon lui, la seule façon de faire respecter les attentes légitimes des parties et d'obtenir une réelle sécurité juridique serait d'uniformiser

---

171 BESSON, Sébastien. L'importance du lieu du siège de l'arbitrage. *Revista Brasileira de Arbitragem,* v. 4, n. 13, 2007, pp. 107-115 ; KAUFMAN-KOLLER, Gabrielle. Le lieu de l'arbitrage à l'aune de la mondialisation - Réflexions à propos de deux formes récentes d'arbitrage. *Revue de l'Arbitrage*, v. 1998, n. 3, 1998, p. 518. L'auteure différencie le siège, référence à la localisation juridique de l'arbitrage, de son lieu, référence à sa localisation geografique.

172 GOODE, Roy. Le rôle de la Lex Loci Arbitri dans l'arbitrage commercial international. *Arbitration International*, v. 17, n. 1, 2001.

173 Dans le meme sens, voir : POUDRET Jean-François. Quelle solution pour en finir avec l'affaire Hilmarton ? – Réponse à Philippe Fouchard. *Revue de l'Arbitrage*, v. 1998, n. 1, 1998, p. 20 : « Enfin, au plan de l'économie de la procédure et de l'efficacité de l'arbitrage, il nous paraît plus raisonnable de limiter une telle possibilité d'annulation à un seul pays, celui du lieu de l'arbitrage généralement choisi par les parties, plutôt que de l'étendre à tous ceux dans lesquels l'exécution pourrait être requise. Cette solution nous paraît aussi plus conforme à la volonté des parties qui, en désignant un siège, sont censées avoir accepté en connaissance de cause la réglementation de l'arbitrage applicable en ce lieu ».

tous les ordres juridiques nationaux existants. En prévoyant des solutions distinctes pour un même problème, il y aura toujours une partie dans une relation internationale qui verra ses attentes frustrées. En outre, il indique qu'il est commun de voir dans la pratique des cas où les tribunaux d'arbitrage ont adopté des solutions particulières au profit d'une des parties, souvent la partie nationale, rendant ainsi la procédure inéquitable. Pour l'auteur, les défenseurs des théories territorialistes – ainsi que les juspositivistes – ont tendance à **préférer l'injustice au désordre**.[174]

La réalité est qu'actuellement même ceux qui préconisent l'existence d'un lien étroit entre l'arbitrage et son siège, appliquent la théorie territorialiste de manière partielle. Ils ne recommandent pas, par exemple, que l'autonomie de la volonté soit limitée ; au contraire, ils soutiennent c'est précisément une conséquence du choix des parties. Également, rares sont ceux qui préconisent l'application à, et dans, l'arbitrage des règles de conflit de siège, sachant que l'arbitrage est une procédure plus souple et plus internationale.[175]

2.1.1.2. Les conséquences par rapport le juge étatique

La théorie de Kelsen est moniste et ne considère pas le droit international comme un ordre juridique autonome ; que ce soit par la primauté du droit étatique ou du droit international, l'un dépendra toujours de l'autre pour sa validité.[176] La théorie territorialiste, telle que nous la connaissons aujourd'hui, est fondée sur la souveraineté des États dans la limite de leurs frontières, à l'intérieur desquelles leurs lois et leurs tribunaux ont le pouvoir exclusif de déterminer les effets juridiques que produiront les actes qui y sont accomplis.[177]

---

174 GAILLARD, Emmanuel. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*. Leiden-Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 2008. p. 31.

175 Sentence Finale prononcé dans l'affaire CCI nº 5.551 de 1996, *in ICC International Court of Arbitration Bulletin*, v. 7, n. 1. Voir, aussi, Chapitre 3 *infra*.

176 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8ª éd. São Paulo : WMF Martins Fontes, 2009, pp. 355-386.

177 Voir le Chapitre 1 *supra*.

Clay souligne quatre conséquences principales de l'adoption de ce modèle, toutes liées aux pouvoirs accordés au juge du siège : premièrement, il implique sa désignation comme juge des mesures conservatoires et d'urgence ; deuxièmement, sa désignation comme juge d'appui ; troisièmement, il lui donne compétence pour connaître du recours en annulation et, finalement, il lui permet de prendre des mesures *anti-suit* en défense de sa propre juridiction.[178]

Toutefois, en y répondant, l'auteur démontre les raisons pour lesquelles il est opposé à la théorie de la monolocalisation. Selon lui, le choix du siège ne devrait pas impliquer le choix du droit applicable au fond ; ni le choix du droit applicable à la procédure, qui sera choisie par les parties ; il n'aura aucune conséquence par rapport au lieu d'exécution de la sentence ; ni par rapport à son annulation ; il ne devrait pas encore impliquer le choix du lieu où se déroulera la procédure d'arbitrage, ni le choix du juge d'appui. Cette choix n'aura que quelques conséquences relatives au choix du juge d'urgence, notamment pour les mesures *anti-suit*, en raison de sa proximité avec la résolution du litige. Il conclut en déclarant que le siège est pratiquement inutile et se demande « s'il n'est pas temps d'imaginer un tribunal d'arbitrage sans siège ».[179]

Pour les partisans de la théorie monolocalisée, de la *lex arbitri* découlent cependant pouvoirs des tribunaux nationaux du lieu d'arbitrage de contrôler la procédure et, à son issue, de contrôler la validité de la sentence sur la base de l'ordre juridique de cette juridiction.

L'avantage du contrôle de la validité de la sentence par le juge du siège, dans le cas de sa confirmation, est que la décision judiciaire représente un sceau pour tous les pays dans lesquels la sentence arbitrale peut être exécutée.[180] La reconnaissance de sa validité au siège montre que toutes les conditions de validité de ce pays ont été remplies, ce

---

178 CLAY, Thomas. La Importancia de la sede del arbtraje en el arbitraje internacional : ¿ Es todavia relevante ? *in* MANTILLA-SERRANO, Fernando (coord.) *Arbitraje Internacional : Tensiones Actuales.* Bogotá : Legis Editores S.A., 2007.

179 *Ibidem*, p. 206.

180 PARK, William. The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration. *The International and Camparative Law Quartely*, v. 32, n. 1, 1932, pp. 21-52.

qui donne au jugement une plus grande crédibilité et une plus grande sécurité juridique. Dans le cas contraire, l'absence de contrôle de la nullité au siège risquerait d'entraîner l'irréversibilité des décisions contestables. De même, la possibilité que chaque tribunal qui se prononce sur l'exécution d'une sentence arbitrale puisse se prononcer sur sa validité pourrait avoir des conséquences inquiétantes. D'autre part, cela réduit l'importance de la Convention de New York, puisqu'en réalité ce qui sera reconnu est la décision judiciaire qui a reconnu la validité de la sentence arbitrale ; en pratique, cela équivaut à une double homologation.

Ainsi, la partie perdante aurait la charge supplémentaire de prouver, dans chacune de ces juridictions et sur la base de son droit, l'invalidité de la sentence. Il est entendu, cependant, que cette charge n'est pas si lourde, puisque la défense ne doit être menée que dans les pays où la partie perdante a des biens.[181] Même si le siège est choisi d'un commun accord par les parties, le lieu d'exécution ne l'est pas. Ce sera toujours celui dans laquelle le perdant a des biens. Il serait incohérent de soumettre les parties à un contrôle de validité par des tribunaux sur lesquels elles n'ont pas le droit de choisir. En même temps, le lieu où la contrepartie d'un contrat possède des biens (du moins les plus évidents) est généralement notoire pour ses partenaires commerciaux.

Même ceux qui soutiennent que l'autonomie de la volonté devrait englober le choix du droit procédural (tout comme elle permet le choix du droit applicable au fond) admettent qu'il existe une forte présomption que le choix d'un siège par les parties, par un tiers ou par l'arbitre impliquerait la soumission de la procédure aux lois procédurales de cette juridiction[182] ; le siège serait l'élément de rattachement le plus étroit.

Dans la jurisprudence, la théorie territorialiste trouve son principal argument de défense dans la décision américaine *Karaha Bodas*,[183] dans laquelle le Cinquième Circuit a

---

181 GAILLARD, Emmanuel. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*. Leiden-Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

182 MEZGER, Axel. The Arbitrator and Private International Law, *in* DOMKE, Martim (éd.). *L'arbitrage commercial international*. New York : [s.n.], 1958.

183 ETATS-UNIS. Cour d'appel du cinquième circuit, 2004, *Karaha Bodas Co. vs. Perusahaan Pertambangan Minyak Das Gas Bumi Negara*. Dans le même sens, voir : ETATS-UNIS. Cour d'appel

décidé que seuls les tribunaux qui détiennent une compétence primaire, c'est-à-dire les tribunaux du pays du siège ou de l'État dont le droit procédural est applicable, seront compétents pour annuler une sentence arbitrale, au détriment de ceux qui détiennent une compétence secondaire, dont les pouvoirs sont limités à l'analyse de l'exécution de la sentence arbitral dans leur ordre juridique.[184] Cela signifie donc que ces États ne pourront décider de la reconnaissance et de l'exécution des sentences que conformément à leur droit interne afin qu'elles produisent des effets sur leur territoire, tout jugement sur la validité de la sentence arbitrale étant exclu.[185] Sur la base de ce postulat, la théorie s'oppose à la possibilité de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales annulées au siège.[186]

Comme nous l'expliquerons au Chapitre 7 *infra*, la Convention de New York est le point de débat le plus important entre les théoriciens des différentes écoles de pensée présentées ici, d'où l'importance de présenter chacun des points de vue et les arguments utilisés pour les défendre. Ceux qui défendent la localisation de l'arbitrage au siège trouvent leur principal argument dans l'article V de la Convention, qui prévoit les hypothèses de refus de reconnaissance ou d'exécution des sentences arbitrales. Son article V(1)(e) prévoit que l'annulation ou la suspension d'une sentence arbitrale dans le

---

du deuxième circuit, 12 août 1999, *Baker Marine (Nig.) Ltd. contre Chevron (Nig.) Ltd. et Chevron Inc.* ; ETATS-UNIS. *Martin I. SPIER vs. CALZATURIFICIO TECNICA, S.p.A.*. NO. 86 CIV. 3447 (CSH). 71 F.Sup.2d 279 (1999). ETATS-UNIS. Cour du District de New York. 22 oct. 1999, *TermoRio S.A.E.S.P. vs. Electranta S.P*, 487 F. 3d 928 (D.C. Cir. 2007).

184 La décision du cinquième circuit contredit une décision antérieure de la Cour suprême des États-Unis. Dans l'affaire Cortez Byrd, la Cour suprême avait reconnu la validité de la disposition de la loi fédérale sur l'arbitrage relative à la compétence judiciaire, qui permet d'introduire l'action dans l'État du domicile de la partie ou de l'exécution des obligations : « The parties may be willing to arbitrate in an inconvenient forum, say, for the convenience of the arbitrators, or to get a panel with special knowledge or experience, or as part of some compromise, but they might well be less willing to pick such a location if any future court proceedings had to be held there. Flexibility to make such practical choices, then, could well be inhibited by a venue rule mandating the same inconvenient venue if someone later sought to vacate or modify the award ». ETATS-UNIS, Cour Suprême, 21 mars 2000, *Cortez Byrd Chips, Inc. Pétitionnaire vs. Bill Harbert Construction Company.* Giambastiani explique cette divergence par le fait qu'une convention internationale est applicable à Karaha Bodas, établissant un régime spécifique de compétence pour l'annulation des sentences arbitrales. GIAMBASTIANI, Catherine A. Lex Loci Arbitri and Annulment of Foreign Arbitral Awards in U.S. Courts. *American University International Law Review,* v. 20, n. 5, 2005, p. 1112.

185 GIAMBASTIANI, Catherine. A. Lex Loci Arbitri and Annulment of Foreign Arbitral Awards in U.S. Courts. *American University International Law Review*, v. 20, n. 5, 2005, p. 1112.

186 Voir le Chapitre 7 *infra*.

pays où elle a été rendue est un motif de refus de reconnaissance et d'exécution dans d'autres juridictions.[187] Toutefois, il convient de noter que l'article fait également référence aux sentences annulées par une autorité du pays « en vertu de la loi duquel » elle a été rendue. L'article V(1)(d) soutient également les arguments en faveur d'une telle représentation en prévoyant que la conformité de la procédure ou des arbitres est vérifiée, en l'absence d'un droit choisie par les parties, sur la base du droit du siège.[188]

C'est parce que cette représentation soit dominante en droit positif[189] et qu'elle trouve la consécration de la compétence du juge du siège dans la Convention de New York (par opposition au risque que le juge de l'exécution applique ses propres normes pour contrôler la validité de la sentence) est que son application est encore largement défendue et consacrée par la doctrine et la jurisprudence.[190]

---

187 CNUDCI. Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York), article V(1)(e) : « La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve : […] e) Que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue ».

188 CNUDCI. Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York), article V(1)(d) : « […] Que la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties, ou, à défaut de convention, qu'elle n'a pas été conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu ».

189 Sébastien Besson prétend que les lois de l'Allemagne, de l'Angleterre, des Pays-Bas, de l'Italie et la Loi type de la CNUDCI – la Commission des Nations unies pour le droit commercial international – le reconnaissent expressément. Nous ne sommes pas d'accord avec cette affirmation. La Loi type de la CNUDCI, par exemple, dans son article 6, prévoit la possibilité pour l'État d'indiquer quel tribunal sera compétent pour plusieurs fonctions, y compris le contrôle de la validité de la sentence arbitrale ; en outre, dans son article 36, la Loi type reproduit à l'exactitude le texte de la Convention de New York, y compris dans sa formulation optionnelle.

190 BESSON, Sébastien. L'importance du lieu du siège de l'arbitrage. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 4, n. 13, 2007, pp. 107-115 ; BRAGHETTA, Adriana. *A Importância da Sede na Arbitragem : visão a partir do Brasil*. Rio de Janeiro : Renovar, 2010, pp. 125-175.

2.1.2. La localisation en fonction de la *lex execucionisme* de Philippe Fouchard : la manifestation du pluralisme juridique

> *« Aucun souverain ne jouit d'un droit exclusif de révisions d'une sentence et le refus de reconnaissance ou d'exécution par un ou plusieurs souverains ne prive pas la sentence de sa légitimité ni ne la rend nécessairement sans valeur.*
>
> *Dans les procédures judiciaires, le pouvoir souverain est concentré ; dans les arbitrages commerciaux internationaux, il est diffusé ou distribué. Par conséquent, contrairement au juge, l'arbitre n'a pas de lex fori. »*[191]
>
> Arthur Taylor von Mehren

Le discours de von Mehren lors d'une conférence à Tel-Aviv en 1986 démontre l'idée que **l'arbitrage international est doté de mobilité**. C'est la consécration de la maxime « l'arbitre n'a pas de for »[192] – ou l'idée que **le for de l'arbitre est le monde** – et de toutes les conséquences qui en découlent.

Les théoriciens de l'arbitrage commencent à se détacher de l'idée de mono-localisation avec une référence exclusive au siège de l'arbitrage à partir de la seconde moitié du XXe siècle. L'essor de la mondialisation et la création d'une société internationale ne permettent plus un attachement rigide aux territoires nationaux, principalement en raison de l'assouplissement des frontières et des nouveaux flux entre les nations. Le début, cependant, est timide et ne laisse aucune place aux théories qui voient l'arbitrage comme un ordre juridique autonome.

---

191 VON MEHREN, Arthur Taylon. Limitations on Party Choice of the Governing Law : Do They Exist for International Commercial Arbitration ? *The Mortimer and Raymond Sackler Institute of Advanccd Studies*. Tel Aviv University, 1986, pp. 19-20. Traduction libre de l'original : « [n]o sovereign enjoys an exclusive right to deal with the award and one or more sovereigns' denial of recognition or enforcement does not deprive the award of its legitimacy nor necessarily render it worthless.In the case of judicial proceedings, sovereignty is focused; in the case of international commercial arbitrations, it is diffuse or distributed. As a result, unlike the judge, the arbitrator has no lex fori ». Voir aussi : GAILLARD, Emmanuel. L'Ordre Juridique Arbitral : Réalité, Utilité et Spécificité. Conférence Commémorative John E. C. Brierley. *McGill Law Journal*, v. 55, 2010, p. 4.

192 OPPETIT, Bruno. *Théorie de l'arbitrage*. Paris : PUF, 1998. Oppetit fait cependant référence au désengagement de l'arbitre par rapport aux facteurs de rattachement du droit international privé pour vérifier le droit matériel applicable.

Inspirée par l'opposition entre national et international, la théorie de la plurilocalisation attribue aux ordres juridiques étatiques la reconnaissance de la validité de l'arbitrage international, tout comme elle se produit dans la représentation monolocalisée. Elle diffère cependant en attribuant cette reconnaissance pas seulement à un seul ordre juridique mais à deux : l'ordre national et l'international. C'est l'application du pluralisme westphalien qui, en fait, serait mieux exprimé sous la forme du dualisme westphalien ; ce que les pluralistes appellent un pluralisme « faible », puisqu'il est encore très dépendant de l'État-nation.

Cette représentation symbolise le changement d'orientation du lieu où se déroule l'arbitrage – son siège – vers le lieu où les sentences arbitrales seront exécutées. Elle découle de la remise en cause du pouvoir attribué au juge du siège, capable de dicter de façon extraordinaire le cours de ces sentences, à partir de liens très faibles avec les parties et la procédure. La plupart du temps, ses liens se limitent au simple fait que la procédure se déroule sur son territoire. Elle propose (mais ne parvient pas à soutenir) un éloignement des territoires nationaux – et par conséquent de leurs systèmes juridiques – pour insérer l'arbitrage dans la société internationale. C'est le premier pas vers son désengagement des ordres juridiques étatiques et la création d'un ordre juridique autonome, bien que de manière très timide à ce premier moment.

La conception pluraliste westphalienne attribue une plus grande importance au pouvoir des juges de l'exécution, dont l'intérêt pour la question est beaucoup plus tangible, puisque la conséquence de leurs actions est la possibilité de pénétrer dans le patrimoine de la partie perdante.

Les théories du pluralisme juridique sont généralement perçues comme des critiques du concept même de souveraineté, car la pluralité des ordres et régimes juridiques indique l'absence d'une règle de reconnaissance ultime ou d'une norme fondamentale.[193] Malgré tout, l'idée d'une souveraineté étatique rigide est très présente dans ce courant,

---

[193] PRIBÁN, Jiri. Questão da Soberania do Pluralismo Jurídico Global, *in* SCHWARTZ, Germano ; PRIBÁN, Jiri ; ROCHA, Leonel Severo (org.). *Sociologia Sistêmico-autopoiética das Constituições*. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 87.

même si elle préconise le détachement du droit du siège. En pratique, ce qui se produit n'est qu'une migration vers l'ordre étatique du lieu d'exécution, ce qui le rapproche davantage du juspositivisme kelsenien que du pluralisme proposé par Ehrlich, comme on le verra ultérieurment.

Ce raisonnement dualiste soulève une question simple. Quelle autorité juridictionnelle détient le pouvoir le plus pertinent : celle qui ne détient ce pouvoir qu'en raison de sa localisation, ou celle qui le détient en raison de la possibilité de faire exécuter la sentence ? La conception pluraliste westphalienne y répond en reconnaissant une plus grande pertinence du pouvoir des juges d'exécution, dont l'intérêt pour la question est beaucoup plus tangible, car leurs actions permettent d'entrer dans le patrimoine de la partie perdante (**2.1.2.2**).

Pour l'arbitre, l'approche a pour principale conséquence l'exigence de prendre en compte les systèmes juridiques en vigueur dans les lieux potentiels d'exécution de la sentence arbitrale dans le cadre de sa mission de rendre une sentence valable (**2.1.2.1**).

2.1.2.1. Les conséquences par rapport à l'arbitre

Fouchard, lors d'un congrès tenu en 1998, a proposé que la meilleure façon d'adapter la Convention de New York pour promouvoir l'efficacité et la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales dans les différents États où elle peut être invoquée serait de supprimer toute référence au siège. Il a également proposé, comme idéal à poursuivre, le développement d'un système international de contrôle et d'exécution des sentences arbitrales, réalisant ainsi une harmonisation des conditions d'efficacité afin que la même sentence soit reçue de la même manière dans tous les lieux où son exécution est demandée.[194]

La création d'une *lex executionisme* inquiète une partie de la doctrine car elle encouragerait une nouvelle forme de *forum shopping,* consistant en la recherche d'une

---

194 FOUCHARD, Philippe. Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales. *Revue de l'Arbitrage*, 1998, n. 4, pp. 653-672.

juridiction plus favorable pour l'exécution d'une sentence arbitrale.[195] Cela créerait également une charge excessivement lourde pour l'arbitre, qui devrait tenir compte des lois de tous les lieux d'exécution possibles lorsqu'il rend sa sentence.[196]

Paulsson indique qu'en pratique, les arbitres n'examinent pas « la validité de la clause d'arbitrage, ou de sa désignation » sur la base des nombreuses juridictions qui pourraient être considérées comme des lieus d'exécution et qu'ils « ne seraient pas non plus tenus de le faire ».[197] Il la conçoit même comme une tâche impossible. En outre, l'exécution ne peut se faire que dans les États où la partie perdante a des biens, et ils sont tous également légitimes pour contrôler le caractère exécutoire de la sentence. Il serait erroné de penser que la partie gagnante, lorsqu'elle demande l'exécution d'une sentence arbitrale en France ou aux États-Unis (qui appliquent des règles plus favorables à l'exécution des sentences arbitrales et en considérant, bien entendu, que la partie perdante y a des biens) ne cherche qu'un ordre juridique plus favorable à sa cause, notamment parce qu'il n'y a pas de hiérarchie ou de priorité parmi les lieux d'exécution possibles.

Il semble logique qu'il entre dans la mission de l'arbitre d'analyser les conditions de validité de la sentence arbitrale de manière restreinte aux lois indiquées par les parties comme *situs* possible d'exécution. Bien sûr, à condition qu'elles soient raisonnables. En l'absence d'indication, il est raisonnable que les arbitres vérifient au moins les ordres juridiques dans lesquels les parties ont leurs domiciles.

---

195 GAILLARD, Emmanuel. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*. Leiden-Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

196 Gaillard s'appuie sur les Règlements d'arbitrage de la CCI et de la LCIA, qui prévoient que l'arbitre doit considérer le droit des lieux d'exécution possibles comme faisant partie de son obligation de rendre un jugement effectif et exécutoire.

197 PAULSSON, Jan. *Arbitration in Three Dimensions*. LSE Legal Studies Working Paper n. 2/2010. Disponible à l'adresse suivante : < http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1536093 >. Accès le 21 mai 2015.

2.1.2.2. Les conséquences par rapport le juge étatique

« Peut-être serait-il plus simple, plus pratique, plus harmonieux, si la loi était la même partout. Cependant, nous ne vivons pas dans un monde monolithique ».[198]

Jan Paulsson

Il est nécessaire de vivre avec la différence et la pluralité des ordres juridiques étatiques et avec le fait qu'ils peuvent prévoir des effets différents pour un même événement. Face à la nouvelle conception du monde, il est également nécessaire de créer des mécanismes pour adapter les outils juridiques à cette nouvelle réalité.

En reconnaissant toutefois que, dans la pratique, la réalisation de l'objectif proposé serait difficile (ni pleinement acceptée par la doctrine), Fouchard a préconisé que la validité de la sentence devrait être vérifiée sur la base du système juridique du lieu d'exécution.[199] Ceci, en remettant en cause le rattachement de la convention d'arbitrage avec le droit du siège et en qualifiant de rare le choix exprès du droit applicable par les parties. Poudret, dans un « duel » académique avec Fouchard, affirme que la conception de ce dernier est irréaliste en ce sens qu'il croit en la possibilité d'une juridiction internationale exclusive pour contrôler la validité des sentences arbitrales ; il serait très difficile de réviser la Convention de New York pour l'adapter à la législation la plus récente en matière d'arbitrage international, compte tenu du nombre et de la diversité des États signataires.[200]

Le fait qu'il existe la possibilité de décisions divergentes dans chaque lieu d'exécution n'est pas différent du fait que chaque lieu d'exécution rend son propre jugement délibératif sur un jugement dont la validité a été contrôlée au siège.. Son

---

198 PAULSSON, Jan. *Arbitration in Three Dimensions*. LSE Legal Studies Working Paper n. 2/2010. Disponible à l'adresse suivante : < http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1536093 >. Accès le 21 mai 2015.

199 FOUCHARD, Philippe. Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales. *Revue de l'Arbitrage*, 1998, n. 4, pp. 653-672.

200 POUDRET Jean-François. Quelle solution pour en finir avec l'affaire Hilmarton ? – Réponse à Philippe Fouchard. *Revue de l'Arbitrage*, 1998, n. 1.

exécution peut être refusée, acceptée ou partiellement acceptée dans chacune des juridictions dans lesquelles l'*exequatur* est demandé, dont sa compétence découle de la Convention de New York. Toute instance d'exécution peut procéder à son propre contrôle de conformité par rapport a ses régles internes d'arbitrabilité et d'ordre public.

C'est précisément ce qui s'est passé dans l'affaire *Dallah,*[201] dans laquelle la demande d'annulation de la sentence arbitrale a été rejetée dans son pays d'origine, la France, et la demande ultérieure de reconnaissance et d'exécution devant les tribunaux anglais a également été rejetée, malgré le fait que le juge anglais ait jugé l'affaire sur la base du droit français.[202]

En conclusion, l'État dans lequel l'exécution de la sentence arbitrale est demandée doit se prononcer lui-même sur la validité de la sentence, lors d'une vérification *ex post*, en ignorant la décision des tribunaux du siège de l'arbitrage, à laquelle il ne serait pas lié. La conception westphalienne est cependant encore très liée aux différents systèmes nationaux, dépendant d'eux pour exister.

2.2. L'arbitrage en tant qu'ordre juridique autonome

L'arbitrage en tant qu'ordre juridique autonome se retrouve dans au moins deux représentations : dans l'institutionnalisme de Santi Romano (**2.2.1**), qui peut être considéré comme la manifestation d'une autonomie absolue, et dans la théorie des systèmes (**2.2.2**), une manifestation d'une autonomie atténuée.

2.2.1. L'institutionnalisme de Santi Romano

La thèse de Santi Romano, à la base de la théorie tridimensionnelle de Jan Paulsson (**2.2.1.1**) et de la nouvelle *lex mercatoria* de Berthold Goldman (**2.2.1.2**), prévoit

---

201 FRANCE, Cour d'appel de Paris, 17 févr. 2011, affaires n° 09/28533, 09/28535 et 09/28541, *Gouvernement du Pakistan - Ministre des affaires religieuses vs. Socite Dallah Real Estate and Tourism Holding Company*.

202 Voir le Chapitre 7 *infra*.

l'existence de ordres juridiques résultant d'organisations sociales, les institutions. La création du droit n'exige donc pas l'autorité législative et de la hiérarchie des normes typiques du juspositivisme.

L'institution est un ordre juridique, une sphère en soi, plus ou moins complète, de droit objectif. Lorsqu'elle est considérée sous l'aspect de sa vie intérieure, son individualité objective est découverte. Et en elle se traduit son autonomie ; elle fait de l'institution sociale une source de droit originale en produisant spontanément les trois formes de droit : le disciplinaire, le coutumier et le statutaire ou juridique.[203] La négation de l'exclusivité normative de l'État et la rupture avec les dogmes du juspositivisme, qui attribue à la norme positivée la source exclusive du droit, sont ses principales caractéristiques.

Appliquée à l'arbitrage, la source des pouvoirs de l'arbitre ne se trouve plus dans les ordres juridiques étatiques, mais dans la convention d'arbitrage elle-même, puisque le contrat est auto-contraignant. Cela signifie que le contrat régit le contrat (et non la loi), par ce qu'on appelle l'externalisation.[204] D'où le principal paradoxe de cette théorie, qui cherchera toujours un autre contrat pour la réglementer (par exemple, la source de validité de la convention d'arbitrage se trouve dans le règlement d'arbitrage de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (« CCI »), qui, à son tour, trouve sa source dans le règlement intérieur de l'institution et ce, dans ses statuts sociaux, etc.)

---

203 ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico.* Florianópolis : Fondation Boiteux, 2008, p. 81.

204 Contre : JANDARD, Léonor. *La Rélation entre l'Arbitre et les Parties : Critique du Contrat d'Arbitre.* Thèse (Doctorat). Université Paris Nanterre, Paris, 2018. Pour l'auteure, l'arbitre tire de la convention d'arbitrage la source de son pouvoir juridictionnel. Mais seulement parce que la loi le permet. Celle-ci est donc à l'origine d'une partie au moins des pouvoirs de l'arbitre. Voir, notamment, p. 24 (« une partie, au moins, des obligations de l'arbitre ne prend pas sa source dans le contrat d'arbitre mais dans la loi »), et p. 91 (« Si les règles du droit de l'arbitrage font produire à la convention des parties de tels effets [le positif et le négatif], c'est bien pour garantir que, à la naissance du litige, l'arbitrage pourra être mis en œuvre. Dès lors, on comprend que l'effet positif et l'effet négatif de cette convention se complètent afin d'assurer, dans l'abstrait, la rencontre de l'arbitre et des parties. Autrement dit, leur relation tire son origine des effets que le droit de l'arbitrage détermine à l'avance et fait produire à la convention d'arbitrage »).

2.2.1.1. La tridimensionnalité de Jan Paulsson

À partir de la conception pluraliste westphalienne, Paulsson élabore une nouvelle théorie, qu'il nomme le pluralisme tridimensionnel.[205] Le détachement du concept de « siège » de l'arbitrage, la reconnaissance d'une plus grande pertinence du pouvoir du juge de l'exécution pour l'analyse de la validité de la sentence arbitrale et le prestige de la pluralité des ordres juridiques comme source de la nature juridictionnelle de la clause compromissoire sont des prémisses reconnues et répliquées de celle-ci à l'autre. Cependant, la théorie du pluralisme tridimensionnel se distingue des points centraux de la théorie dualiste : l'influence des ordres juridiques ne se limite pas à ceux formés par les États, puisqu'elle est également influencée par les ordres juridiques résultant des organisations sociales.

Ainsi, il s'écarte du concept dichotomique d'ordre juridique national *versus* ordre juridique international en prenant également en considération les ordres juridiques produits par les différents groupes sociaux, qui n'entrent dans aucune de ces deux catégories. D'une part, il s'agit d'un retour à l'institutionnalisme de Santi Romano, selon lequel l'ordre juridique n'est pas le résultat de normes positivées, mais plutôt le résultat de la formation de groupes sociaux ;[206] d'autre part, c'est aussi la négation de la norme fondamentale de Kelsen et des règles de reconnaissance de Hart.

Paulsson attribue aux organisations telles que la CCI et la CNUDCI le caractère d'ordre juridique et se demande pourquoi certaines États en faillite ont plus de légitimité que ces organismes en matière de règlementation – et pourquoi pas, constitutionnalisation – de l'arbitrage. Lorsque la CCI a créé le mécanisme d'arbitrage en 1921, il était déjà dit que « pour assurer la coopération entre ces pays, il faudrait donc créer un système d'arbitrage en dehors de la loi ». Il faisait référence aux États États-Unis, à l'Angleterre et aux pays d'Amérique du Sud, où la sanction morale était, à l'époque, plus efficace que la sanction légale. À l'époque, Owen Young, président du comité d'arbitrage

---

205 PAULSSON, Jan. *The Idea of Arbitration*. Oxford : Oxford University Press, 2013, pp. 48-50.

206 ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Florianópolis : Fondation Boiteux, 2008.

commercial de la Chambre de Commerce des États-Unis, jugeait que l'exécution de la sentence ne dépendrait pas d'une procédure judiciaire, mais d'une simple sanction morale.[207] Aujourd'hui, ce n'est le cas que dans les chambres d'arbitrage de *commodities*, célèbres pour leurs listes noires de mauvais payeurs.[208] Cependant, même dans ces cas, l'exécution forcée par voie judiciaire lorsqu'il n'y a pas d'exécution spontanée de la décision arbitrale reste nécessaire.

La dichotomie caractéristique de la conception westphalienne est représentée sur le plan horizontal, puisqu'elle dépend de la coopération d'un ensemble d'ordres juridiques souverains, tandis que pour Paulsson, **le pluralisme doit être tridimensionnel**, puisqu'il est également doté de verticalité par le fait que **plusieurs ordres juridiques occupent un même espace**.[209] Le système doit également tenir compte de la profondeur, en reconnaissant le fait que « les systèmes juridiques dans la société moderne se juxtaposent et, par conséquent, se superposent partiellement les uns aux autres ».[210]

Le principal corollaire du pluralisme tridimensionnel étant l'application des accords privés pour la résolution des litiges, qui doivent bénéficier d'une présomption de validité, la simple possibilité d'abus ne doit pas suffire à justifier la limitation de la liberté

---

207 PAULSSON, Jan. *Arbitration in Three Dimensions*. LSE Legal Studies Working Paper n. 2/2010, p. 21. Disponible à l'adresse suivante : < http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1536093 >. Accès le 21 mai 2015.

208 Voir, par exemple : Federation of Oils, Feeds and Fats Association (FOSFA), Règlement d'arbitrage de 2020, règle 11(D) (« In the event of any party to an arbitration or appeal held under these Rules neglecting or refusing to carry out or abide by an Award of arbitrators or umpire or Board of Appeal made under these Rules, the Council of the Federation may post on the Federation's Notice Board and/or circularise to members in any way thought fit a notification to that effect. The parties to any such arbitration or appeal shall be deemed to have consented to the Council taking such action ») ; Waren-Verein der Hamburger Börse e.V., Règlement d'arbitrage de 2011, article 8(3) (« On request of a party the Board of the Association is empowered to inform the members of the Waren-Verein der 10 Hamburger Börse e.V. and of European and international branch associations about the name of a company which has not fulfilled an admitted obligation or an obligation found by an arbitral award »).

209 Selon la théorie des systèmes, deux ordres juridiques n'occupent jamais le même espace ; l'un sera toujours au centre du système et l'autre dans son environnement, selon le point de vue de l'observateur.

210 PAULSSON, Jan. *The Idea of Arbitration.* Oxford : Oxford University Press, 2013, p. 48 (« Pluralism in its simplest sense may be called *horizontal*, in that it envisages the cooperation of a multiplicity of territorial sovereign legal systems. This conception fits rather neatly with traditional conceptions of legal ordering as inherently connected with the territorial domination of states. But the premise of law as within the exclusive dominion of states has for some time been shaken by the observation that legal pluralism is in fact three-dimensional. Its *vertical* dimension reveals itself when more than one legal order occupies the same space »).

des parties. Cela affaiblit l'argument, trop étroitement lié à la prévisibilité, selon lequel seul le juge du siège de la procédure arbitrale peut juger de la validité de la sentence arbitrale de manière neutre. De nombreuses affaires dans lesquelles des jugements annulés au siège ont été reconnus étaient même justifiées par le manque de neutralité de ces tribunaux.

En appliquant l'institutionnalisme de Santi Romano, Paulsson reconnaît (ou devrait reconnaître pour que sa thèse ait un sens logique) l'arbitrage comme un ordre juridique autonome, résultant de l'émanation des règles d'un groupe social particulier. Il est intéressant de noter que son créateur, contrairement aux autres autonomistes, ne nie pas complètement l'importance des ordres juridiques nationaux, qui constituent l'une des dimensions de sa construction tridimensionnelle. Il est cependant contradictoire de ne pas tenir compte d'un des préceptes fondamentaux de l'institutionnalisme : la négation de l'État comme source exclusive du droit. Elle brise le paradoxe du contrat auto-contraignant en recherchant une norme fondamentale qui régit la chaîne des contrats d'où découle le pouvoir des arbitres. Il tente, sans grand succès, de concilier le juspositivisme de Kelsen avec l'institutionnalisme de Santi Romano. Les contradictions de la thèse de Paulsson ne se limitent pas à ce point. L'auteur n'hésite pas à qualifier la théorie de la délocalisation de l'arbitrage de « poésie parisienne ». Il oublie cependant qu'ils trouvent tous deux leurs racines dans les mêmes théories juridiques.

2.2.1.2. La nouvelle Lex Mercatoria de Berthold Goldman

La « nouvelle *lex mercatoria* » du professeur français Berthold Goldman découle également de l'application de l'institutionnalisme de Santi Romano, afin de s'éloigner des ordres juridiques nationaux pour la réglementation des relations économiques internationales, qui sont désormais régies par un ensemble de principes, d'institutions et de règles et par les usages et coutumes valables pour la société des commerçants, formés spontanément et adoptés à l'issue des négociations, sans qu'aucune

autorité étatique ou interétatique ne les ait imposés.[211] Il s'agit donc d'une manifestation du droit coutumier.

La théorie de Goldman est un précurseur du concept français d'arbitrage délocalisé, dont Gaillard est actuellement la figure de proue.[212] Bien que l'idée d'un arbitrage complètement déconnecté du droit national puisse sembler, pour beaucoup, fantaisiste et incongrue par rapport à la réalité pratique, elle n'est pas sans valeur. Elle s'oppose de manière antagoniste à la théorie de l'arbitrage localisé, en niant toute forme d'influence des lois ou des tribunaux étatiques du siège de la procédure d'arbitrage, en attribuant le contrôle de la validité de la sentence arbitrale au juge de l'exécution, conformément aux principes du droit transnational. Elle se distingue de la thèse multilocalisatrice précisément parce qu'elle reconnaît le droit transnational comme la source de validité de l'arbitrage, en niant l'influence de tout droit national.

Jusqu'à la création de la théorie autonomiste, l'idée prévalait dans la doctrine que la sentence arbitrale annulée au siège n'existait plus dans le monde juridique,[213] car si une sentence est annulée, elle devient un néant juridique, et il n'y a rien qui puisse être créé à partir du néant.[214] Rien n'empêche cependant les tribunaux de l'État d'exécution d'ignorer le jugement étatique et de reconnaître la sentence arbitrale annulée. Un institut privé n'a pas besoin d'être validé par un État pour qu'il puisse produire des effets et pour exister. Cependant, par respect pour le principe de courtoisie internationale (*comity*), les États se sentent obligés de donner effet aux décisions judiciaires au détriment des décisions arbitrales. Cela dévalorise la figure de l'arbitre, qui dépend désormais de la reconnaissance

---

211 GOLDMAN, Berthold. Frontières du droit et « lex marcatoria ». *Archives de Philosophie du Droit*, v. 9, 1965 ; GOLDMAN, Berthold. Nouvelles Réflexions sur la Lex Mercatoria, *in* DOMINICÉ, Christian ; RAYMOND, Claude. (coord.). *Festschrift Lalive (Pierre) : Études de Droit International*. Basel : Helbing & Lichtenhahn, 1993, pp. 155-241. Philippe Kann et Eric Loquin, répresentants de la reconnue école de Bourgogne, sont également des représentants importants de cette doctrine.

212 GAILLARD, Emmanuel. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international.* Leiden-Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 176-183.

213 BRAGHETTA, Adriana. *A Importância da Sede na Arbitragem : visão a partir do Brasil.* Rio de Janeiro : Renovar, 2010, p. 177.

214 BRÉSIL. Cour superiéure de justice, chambre spéciale, SEC 5.782/EX, Raporteur Jorge Mussi, 16 déc. 2015, *EDF International vs. Endesa LatinoAmérica S/A et YPF S/A*.

de l'État pour que sa décision prenne effet. S'il est le juge le plus approprié pour trancher le différend et s'il a été choisi par les parties, on peut se demander pourquoi sa décision devrait être écartée *ad initio*.

Libéré de l'influence des droits nationaux, dans les arbitrages délocalisés (également appelés arbitrages flottants ou a-nationaux), l'arbitre n'est pas tenu d'appliquer les règles de procédure du siège. Si les arbitres n'ont pas du for, ils ne devraient pas, en toute logique, être obligés de se conformer au droit du for.[215] De fait, la force obligatoire de l'arbitrage repose sur la convergence d'éléments des différents droits nationaux qui forment le droit transnational.

La possibilité de reconnaître les sentences arbitrales annulées en raison des particularités et du protectionnisme de l'État où a son siège l'arbitrage, en particulier lorsque ces procédures impliquent des entités publiques, est prise comme base de la théorie de la délocalisation. Ainsi, l'arbitrage et les parties qui y participent se voient garantir une plus grande neutralité (ou une moindre ingérence) par rapport à la procédure ; en outre, il est garanti que, même si la sentence est annulée pour des raisons injustifiables, elle peut être reconnue et exécutée conformément aux dispositions de la Convention de New York.[216]

On considère que ce sont les tribunaux français qui ont le plus progressé dans le développement de cette théorie. Leur performance est d'autant plus pertinente qu'ils ont affirmé, à plus d'une occasion, que l'arbitrage est une « décision de justice internationale » qui ne fait partie d'aucun ordre juridique étatique. Le concept de *lex fori* tel que développé par les théoriciens territorialistes commence à être abandonné en France à partir de deux décisions de la Cour d'appel de Paris. Le premier d'entre eux, en 1980, connu sous le nom de *Götaverken*, s'est prononcé contre le rejet d'un recours en annulation d'une sentence

---

215 GAILLARD, Emmanuel. Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin : The French Experience, *in* VAN DEN BERG, A. J. (ed). Improving the efficiency of Arbitration and Awards : 40 years of the New York Convention. *ICCA Congress Series*, v. 9, Paris : Kluwer Law International, 1999, pp. 505-527.

216 Voir le Chapitre 7 *infra*.

arbitrale en raison de l'incompétence de cette juridiction.[217] Dans l'espèce, une sentence CCI en faveur d'une partie suédoise a été contestée par la partie libyenne perdante devant la Cour d'appel de Paris, où la procédure d'arbitrage été déroulée. À l'époque, l'appel en nullité n'était disponible que pour l'arbitrage interne, à l'exclusion des arbitrages internationaux. Le raisonnement de la décision repose sur la liberté des parties de choisir les règles de procédure applicables à leur litige, qui avaient choisi le règlement d'arbitrage de la CCI dans sa version de 1975. L'absence de choix d'un droit national tant par les parties que par les arbitres indiquait que le droit français ne s'appliquait pas et que, par conséquent, il ne s'agissait pas d'un arbitrage interne. Étant un arbitrage international, les tribunaux français ne pouvaient que vérifier sa validité dans le cadre d'une action en exequatur, déclarant donc son absence de juridiction pour le recours en annulation. La décision a été réitérée dans l'affaire *Norsolor*.[218]

Il convient également de mentionner les affaires *Hilmarton*[219] et *Putrabali*,[220] qui figurent parmi les affaires les plus importantes de la jurisprudence française pour la qualification de la sentence arbitrale comme une « décision de justice internationale ».[221]

---

217 FRANCE. Cour d'appel de Paris, 21 févr. 1980, *Libyan General National Maritime Transport Co. vs. Götaverken Arendal AB*. *Revue de l'Arbitrage*, 107, 1981 et *Yearbook Commercial Arbitration,* vol. 6, p. 221.

218 FRANCE. Cour d'appel de Paris, 09 déc. 1980, *AKSA vs. Norsolor*, *Revue de l'Arbitrage,* 1981, p. 306.

219 FRANCE. Cour de cassation, 1ère chambre civile, 23 mars 1994. *Hilmarton Ltd. vs. Omnium de Traitement et de Valorisation (OTV)*, *Revue de l'Arbitrage*, 1994, p. 327.

220 FRANCE. Cours de cassation, 1ère Chambre Civile, 29 juin 2007, *Société PT Putrabali Adyamulia vs. Société Rena Holding et Société Moguntia Est Epices*, *Revue de l'Arbitrage*, 2007, p. 507 : « sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées ».

221 Voir Chapitre 7 *infra*. Dans le même sens : FRANCE. Cour d'appel de Paris, 31 janv. 2008, *Société Ivoirienne de Raffinage vs. Société Teekay Shipping Norway AS*, p. 5 : « Mais considérant que, quelle que soit la compétence de la cour d'appel d'Abidjan pour connaître d'un recours dirigé contre une sentence rendue sous les auspices du règlement d'arbitrage de la CCTA qui, ainsi que le soulignent les intimés, prévoit la procédure et les conditions pour en contester la validité devant cette même Cour, la sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, comme celle rendue dans le contexte du traité de l'OHADA, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées, que l'article 1502 du nouveau code de procédure civile n'envisagent pas comme cause de refus d'exécution, l'annulation de la sentence à l'étranger, la décision à intervenir de la juridiction ivoirienne étant sans effet en France, la demande de sursis à statuer est rejetée » ; FRANCE. Tribunal de

L'évolution du raisonnement des tribunaux français est remarquable au vu des décisions présentées. Ils commencent par reconnaître l'absence de lien entre un arbitrage et son siège pour arriver à la conclusion que les arbitrages ne font pas partie des ordres juridiques nationaux, ce sont des décisions de la justice internationale. C'est sur ce point qu'ils traduisent le mieux la conception française de la délocalisation de l'arbitrage. Toutefois, la Cour de Cassation française, en affirmant que la régularité des sentences arbitrales « est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées », applique les préceptes de la théorie pluraliste et non de la théorie délocalisatrice. En effet, on refuse de la rattacher au siège de l'arbitrage en la reconnaissant comme une décision de justice internationale, tout en exigeant que sa validité soit appréciée par la loi du lieu d'exécution, comme le préconisent les pluralistes. Pour que le contrôle de validité soit véritablement délocalisé, il doit être fondé uniquement sur le droit transnational.

On ne peut cependant pas ignorer l'avancée de la théorie. D'autres juridictions reconnaissent déjà les sentences arbitrales annulées à l'origine et d'autres encore avancent cette possibilité,[222] ce qui fait tomber la critique récurrente qui considère cette représentation comme une exception des tribunaux français.[223] Il y a également des cas aux États-Unis,[224] aux Pays-Bas,[225] en Belgique[226] et en Angleterre. La doctrine la défend de

---

grande instance de Paris, 16 mai 2012, *Maximov vs. NLMK*.

222 La CCI, dans son guide de 2012 sur les procédures nationales de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales en vertu de la Convention de New York, indique que l'Autriche, le Brunei, la Croatie, le Danemark, l'Espagne, Hong Kong, l'Irlande, le Liban, le Luxembourg, le Mexique, le Panama, la Pologne et la Turquie ont tendance à reconnaître les sentences annulées à l'origine. Voir : ICC International Court of Arbitration Bulletin 733 : ICC Guide to National Procedures for Recognition and Enforcement of Awards under the New York Convention, v. 23 – Special Supplement 2012.

223 BRAGHETTA, Adriana. *A Importância da Sede na Arbitragem : visão a partir do Brasil*. Rio de Janeiro : Renovar, 2010, p. 175.

224 ETATS-UNIS. Tribunal du District de Columbia, affaire n° 94-2339, 31 juil. 1996, *Chromalloy Aeroservices vs. Arab Republic of Egypt* ; ETATS-UNIS. Tribunal du District de Columbia, 23 août 2013, *Corporación Mexicana de Matenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. vs. Pemex-Exploración y Producción.*

225 PAYS-BAS. Hoge Raad, 23 nov. 1973, *SEEE vs. Yougoslavie*, *Revue de l'Arbitrage*, 1974, p. 311. Voir aussi : FRANCE. Cour d'appel de Rouen, 13 nov. 1984, *SEEE vs. Yougoslavie*, *Revue de l'Arbitrage*, 1985, p. 115 ; PAYS-BAS. Cour d'appel d'Amsterdam, affaire n° 200.005.269/01, 28 avr. 2009, *Maximov vs. NLMK* ; PAYS-BAS. Cour d'appel d'Amsterdam, affaire n° 200.100.508/01, 18 sept.

plus en plus, bien que beaucoup le fassent plus comme une opposition à la thèse territorialiste que comme un soutien théorique à ce concept.

En ce qui concerne les manifestations législatives de cette théorie, l'exemple belge présente un intérêt particulier. Sa législation sur l'arbitrage de 1985 prévoyait le choix audacieux de l'absence totale de contrôle de la validité de la sentence arbitrale par ses tribunaux étatiques. Il est interessant de noter que le choix législatif visait à créer un « siège » arbitral attrayant pour les opérateurs d'arbitrage ; c'est exactement le contraire de ce qui s'est produit. Les parties et leurs avocats, craignant de ne pas avoir de recours juridique en cas d'abus et de détournement, ont cessé de choisir la Belgique comme siège pour ses arbitrages. La réforme de 1998 a donc décidé de supprimer les exclusions expresses et de les laisser à la discrétion des parties, qui peuvent prévoir que leurs sentences ne feront pas l'objet d'un recours en annulation. Elle était basée sur une disposition similaire du droit suisse,[227] qui a également inspiré les lois de la Suède et de la Turquie. La Loi type de la CNUDCI semble également laisser de plus en plus de côté l'importance du siège en supprimant « le système de freins et contrepoids découlant du droit procédural de la *lex fori* et, parallèlement, le rôle des tribunaux nationaux ».[228]

Il existe une énorme confusion quant aux conséquences pratiques de l'adoption de la conception délocalisée, généralement simplement associé à la possibilité de reconnaître d'ailleurs les sentences arbitrales annulées au siège. Comme on l'a vu, cette possibilité est également défendue par la conception pluraliste (à la fois le modèle westphalien et le tridimensionnelle). La différence est que la thèse autonomiste le fera en défendant une déconnexion complète de l'ordre juridique arbitral par rapport au droit national.

2012, *Yukos Capital S.A.R.L. vs. OAO Rosneft.*

226 BELGIQUE. Tribunal de première instance de Bruxelles, 6 déc. 1988, *SONATRACH vs. Ford, Bacon and Davis, Inc.* publié dans *Yearbook Commercial Arbitration*, v. 15, 1990, p. 370.

227 SUISSE. Loi fédérale sur le droit international privé, article 192.

228 AL-BAHARNA. Husain M. Keynote Speech by Husain M. Al-Baharna, *in* VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.), International Arbitration in a Changing World, *ICCA Congress Series*, v. 6, Bahrain : Kluwer Law International, 1994, pp. 25-37.

La manière dont le droit transnational est conçu a des conséquences importantes. Si, en appliquant l'institutionnalisme, il s'agit d'une institution qui résulte de la manifestation sociale, son existence ne dépendra d'aucun ordre juridique étatique. Si, au contraire, il résulte de la convergence des différents ordres juridiques nationaux, il en dépendra pour exister.

Ce dernier concept est celui défendu par Gaillard, pour qui la méthode fonctionnelle comparative doit être appliquée pour obtenir le droit transnational applicable à chaque cas. Ainsi, il convient donc de vérifier les droits qui influencent une relation donnée afin d'obtenir les points de convergence (ce que l'on pourrait appeler le droit transnational relatif) et, en l'absence de convergence, d'appliquer le droit transnational général doit être appliqué.[229] La dépendance de cette représentation vis-à-vis des ordres juridiques étatiques l'éloigne de l'institutionnalisme classique de Santi Romano et représente un retour aux thèses juspositivistes.

2.2.2. L'arbitrage en tant que système autonome

Bien que les théories précédentes offrent des éléments intéressants pour la reconnaissance de l'autonomie de l'arbitrage, c'est dans les thèses systémiques qu'elle trouve une manifestation plus cohérente, capable de concilier l'autonomie avec la nécessaire conversation avec les ordres juridiques nationaux. Il existe plusieurs thèses qui conçoivent l'arbitrage comme un système autonome. Certains d'entre elles sont basées sur la théorie des systèmes de Niklas Luhmann (**2.2.2.1**) ; d'autres créent leur propre théorie à partir des différentes thèses systémiques (**2.2.2.2**).

---

229 GAILLARD, Emmanuel. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*. Leyde-Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 80-82. Voir aussi : MANGE, Flavia Foz. *Processo Arbitral : Aspectos Transnacionais*. São Paulo : Quartier Latin, 2013, p. 117 : « [...] defende-se a emergência de um direito transnacional arbitral visto como uma metodologia que considera, com base em um método comparativo, uma pluralidade de fontes normativas, incluindo normas estatais, não estatais e aquelas que emergem da própria prática arbitral e admitindo, ainda, um entrelaçamento entre elas ».

2.2.2.1. Théorie des systèmes de Niklas Luhmann

Le système social, dans la rationalité de la théorie des systèmes de Luhmann,[230] est un système communicatif, organisé en sous-systèmes fonctionnellement différenciés (la fonction précède toujours la forme car il s'agit d'une théorie fonctionnaliste-structuraliste). Les différents sous-systèmes sont dotés (i) d'une fermeture opérationnelle, ce qui les rend fermés sur le plan opérationnel (c'est-à-dire autonomes par rapport aux autres systèmes), (ii) d'une ouverture cognitive, afin de permettre leur communication avec les autres sous-systèmes, et (iii) d'une autopoièse, dans la mesure où ils produisent leurs propres éléments composants. La complexité des systèmes est une caractéristique fondamentale, résultant de la reconnaissance des possibilités illimitées d'opérations et de communications qu'ils puissent produire.

Tout d'abord, il est important d'établir une prémisse : la théorie des systèmes est une théorie de communication sociale. Autrement dit, il est entendu que tout ce qui se passe dans la société est le résultat de la communication entre deux agents, un alter et un ego. Et parce qu'il s'agit de communication, chaque acte communicatif est unique et éphémère. Le droit est une manifestation de communication du système social dans lequel il est inséré.[231] Sa fonction est d'établir la prévisibilité et de réduire la complexité/le risque des relations inhérentes à la société.

Le système de droit est donc un système fonctionnellement différencié et autopoïétique de la société, dirigé par son propre code de communication établi à partir de la différence entre licite/illicite et non par des codes de valeurs éthiques-morales. C'est ce programme (licite/illicite) qui différencie le système du droit de son environnement, le système de la société. La différence entre le système et l'environnement est tout aussi essentielle.

---

230 LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traduction de Javier Torres Nafarrete. Mexique : Universidad Iberoamericana, 2006. Formatage électronique.

231 VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *A Arbitragem em Juízo*. Thèse (doctorat) – Faculté de droit, Université de São Paulo, São Paulo, 2015.

La clôture opérationnelle est confirmée précisément par le fait qu'il existe différentes perspectives au sein du système et qu'il peut donc y avoir, en son sein, une observation organisée. Le système est « indifféremment codifié ». Pour Luhmann, il n'y a donc pas d'*input* de communication juridique dans le système du droit, car il n'y a absolument aucune communication juridique en dehors du système du droit.[232] C'est-à-dire que l'arbitrage ne peut pas être un système autonome par rapport au système du droit, puisqu'il produit une communication juridique.

Luhmann admet cependant que la solution extrajudiciaire des conflits ne peut souvent pas être contrôlée par le droit, car elle est très liée à d'autres systèmes, tels que l'économie (dans le cas de l'arbitrage), la politique (dans le cas de la diplomatie) et le système familial (dans le cas des conflits familiaux).[233] La relation avec les autres systèmes se fait par le biais d'un couplage structurel.[234] C'est dans ce sens que les juristes qui appliquent la théorie des systèmes de Luhmann à l'arbitrage développent leurs thèses, en la considérant comme un sous-système autonome appartenant au système de droit. Le droit, étant la différenciation des systèmes en fonction de la fonction qu'ils remplissent à partir d'un programme donné, toute communication basée sur le code licite/illicite appartiendra au même droit, le système du droit. Ainsi, ce que nous appelons dans cette étude le système du droit national est également un sous-système appartenant au système du droit. Nous comprenons que le sous-système du droit transnational (auquel appartient l'arbitre) équivaut au sous-système du droit national (auquel appartient le juge), tous deux appartenant au système du droit.

Eduardo Parente, par exemple, applique la théorie des systèmes à l'arbitrage d'une manière légèrement différente. Pour l'auteur, le droit procédural est un sous-système du système du droit, composé de micro-univers procéduraux, parmi lesquels la procédure d'arbitrage. Parce que la procédure est un moyen important de résolution et de stabilité des

---

232 VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *A Arbitragem em Juízo*. Thèse (doctorat) – Faculté de droit, Université de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 46.

233 *Ibidem*, p. 113.

234 Voir la note de bas de page 44 au Chapitre 1 *supra*, pour la définition de couplage structurel.

conflits dans la société, elle assure l'activité-fonction du système du droit. Comme les autres systèmes de Luhmann, le système de la procédure est structurellement fermé et cognitivement ouvert. Cette dernière caractéristique est toutefois « un peu plus importante dans le cadre du concept de droit ». En effet, sa communication avec les autres sous-systèmes de droit doit être plus intense, puisqu'elle est dépourvue de droit matériel.[235] C'est de là qu'il tire les conséquences pratiques à chaque étape de la procédure d'arbitrage.

Selon la théorie luhmanniene, le système juridique est unique et n'est pas divisé en plusieurs systèmes juridiques nationaux. Le droit existe par référence au code binaire licite/illicite et non en fonction d'une norme fondamentale ; il est toujours créé et jamais « fondé ».[236] L'origine du droit se trouve dans les actes juridiques passés qui sont continuellement reproduits. Et c'est par l'observateur de second degré qu'elle est identifiée; lui seul peut dire ce qui est licite et ce qui est illicite.

Comme il s'agit d'un système de communication, le droit est créé du point de vue de l'observateur de second degré, en l'absence d'un contrat régulateur, comme c'est le cas pour l'institutionnalisme, ou d'une norme fondamentale, essentielle au juspositivisme. C'est ainsi que l'identification du droit est externalisée, pour chercher sa validité chez l'observateur, brisant ainsi le paradoxe du code licite/illicite.

2.2.2.2. Le Transconstitutionnalisme de Marcelo Neves

Marcelo Neves, à son tour, bien qu'il adopte également la perspective selon laquelle l'arbitre (autorité juridictionnelle de ce qu'il appelle le système de la *lex mercatoria* ; pour nous, le système du droit transnational) est considéré comme périphérique par rapport au juge du système national – situé au centre de son propre système – et vice-versa, différencie les arbitrages transnationaux des arbitrages nationaux.

---

235 PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo Arbitral e Sistema*. São Paulo : Atlas, 2012.

236 ZIEGERT, Klaus A. A Descrição Densa do Direito – uma introdução à teoria dos sistemas operacionais fechados de Niklas Luhmann. *Confluências - Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*, v. 9, n. 1, 2007, pp. 5-42.

Seuls les arbitrages transnationaux feraient partie du système de la *lex mercatoria* ; les autres feraient partie des systèmes juridiques nationaux.[237]

Malgré cette distinction (avec laquelle nous ne sommes pas d'accord), sa thèse – le transconstitutionnalisme – nous semble être la théorie qui répond le mieux aux problèmes complexes de l'arbitrage transnational (appelé, dans la *praxis*, arbitrage international), surtout en ce qui concerne la question de la détermination du droit applicable – la question centrale de cette étude. Toutefois, à notre avis, tout arbitrage, même s'il est considéré comme interne, devrait être considéré comme faisant partie du système juridique autonome de l'arbitrage transnational.

Selon l'auteur, le transconstitutionnalisme « consiste à délimiter les formes de relation entre divers ordres juridiques ». En d'autres termes, « au sein du même système fonctionnel de la société mondiale moderne, le droit, prolifèrent des ordres juridiques différenciés, subordonnés au même code binaire, c'est-à-dire « licite/licite », mais avec des programmes et des critères divers ».[238] En d'autres termes, différents ordres juridiques autonomes coexistent au sein du système du droit et se distinguent les uns des autres en termes de niveaux (étatique, international, supranational) ou de fonction (les ordres juridiques transnationaux se distinguent des ordres étatiques par leur transterritorialité). « Le transconstitutionnalisme implique la reconnaissance des limites de l'observation d'un certain ordre, qui admet l'alternative : l'angle mort, l'autre peut y voir ».[239] D'une manière réductrice, tout est une question de point de vue.

Il est important de préciser que « la différenciation ne signifie pas l'isolement, mais plutôt une capacité cognitive intense par rapport à son environnement ».[240] Ces ordres

---

237 NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Transconstitucionalismo.* Thèse présentée au concours pour le poste de professeur titulaire dans le domaine du droit constitutionnel, à la Faculté de droit de l'Université de São Paulo, São Paulo, 2009.

238 NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Transconstitucionalismo.* Thèse présentée au concours pour le poste de professeur titulaire dans le domaine du droit constitutionnel, à la Faculté de droit de l'Université de São Paulo, São Paulo, 2009, pp. 101-102.

239 *Ibidem*, p. 265.

240 *Ibidem*, p. 22.

ne sont pas isolés, puisqu'il existe des relations d'*input*/*output* entre eux (la ratification des traités internationaux comme mécanisme d'internationalisation dans un ordre juridique donné est un exemple d'*input* d'un programme de communication d'un système supranational dans un système étatique). Elle suppose non seulement des couplages structurels, mais aussi des entrelacements en tant que « ponts de transition ».[241] La constitution est le couplage structurel entre la politique et le droit et en même temps ce qui permet de différencier entre ces deux systèmes.[242]

Les « ponts de transition » entre les systèmes juridiques se développent directement à partir de leurs centres, c'est-à-dire par leurs juges et leurs tribunaux. Le transconstitutionnalisme, comme la théorie des systèmes, divise les systèmes entre le centre et la périphérie. Le système juridique, qui fait partie du système social, est un système multicentrique ; chaque ordre juridique à son propre centre – son système juridictionnel – et, de ce point de vue, tous les autres ordres juridiques constituent des périphéries.[243] Ainsi, en prenant l'exemple du système judiciaire brésilien, Neves explique que, de leur point de vue, tous les juges nationaux d'autres États, tels que les tribunaux des ordres juridiques internationaux, supranationaux et transnationaux, font partie de la périphérie.[244] En d'autres termes, tant ces tribunaux que les décisions qu'ils rendent leur sont étrangers. En ce qui concerne le système de la *lex mercatoria*, le centre est formé par ses tribunaux naturels, les tribunaux arbitraux, et tous les systèmes juridiques étatique se trouvent à sa périphérie confirmant l'adage « l'arbitre n'a pas de for » (national).

L'interaction entre les centres – les tribunaux – des différents systèmes juridiques est appelée « conversation » et ne doit pas être comprise comme une forme de coopération permanente ; il en va de même pour la coopération entre le juge étatique et

---

241 NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Transconstitucionalismo.* Thèse présentée au concours pour le poste de professeur titulaire dans le domaine du droit constitutionnel, à la Faculté de droit de l'Université de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 45.

242 *Ibidem*, p. 50.

243 La théorie des systèmes étant une théorie de communication, être au centre ou à la périphérie du systmème est une question du point de vue de l'observateur.

244 NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Transconstitucionalismo. Op. Cit.*, p. 103.

l'arbitre, lorsque cela est nécessaire. Entre les centres il y a toujours une certaine tension et « le potentiel du litige ». La question est précisément de savoir comment résoudre ces litiges sans hiérarchiser – ou tenter d'imposer une hiérarchie – entre les tribunaux. Ce dialogue peut se dérouler de plusieurs manières : entre la Cour de justice de l'Union européenne et les tribunaux de ses États membres, entre les États nationaux, et entre les tribunaux d'arbitrage et les États nationaux. Une fois de plus, il appartiendra au droit interne de chaque État de réglementer la manière dont ce dialogue se déroule. Les traités pour la libre circulation des sentences, par exemple, sont un moyen de réduire les conflits potentiels entre les tribunaux. La difficulté de la conversation réside dans le fait que, bien que recourant au même code de communication (licite/illicite), les tribunaux partent de prémisses différentes, puisque les solutions - les critères ou les programmes - données par chaque système leur appartient.[245]

Il est important de préciser que l'arbitre et le juge étatique ne sont pas des concurrents ou des ennemis ; ils doivent pratiquer la coopération – c'est-à-dire qu'ils doivent converser – afin que chaque nouvelle situation rencontrée serve d'experience d'apprentissage à appliquer dans des situations futures. La nécessité d'un dialogue entre les autorités juridictionnelles des différents systèmes et la création de « ponts de transition » entre eux sont particulièrement pertinentes compte tenu du fait que le droit n'est pas statique ; sa modification constante exige une communication tout aussi constante.[246] « Par conséquent, dans certains cas, en plus d'un dialogue transjudiciaire, une « conversation »

---

245 NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Transconstitucionalismo.* Thèse présentée au concours pour le poste de professeur titulaire dans le domaine du droit constitutionnel, à la Faculté de droit de l'Université de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 113 : « As diversas ordens, naturalmente, vão invocar, primariamente, os seus modelos de construção de critérios e programas para a resolução de casos. Sem dúvida, em princípio, a tendência é o surgimento de colisões. O problema reside exatamente na incompatibilidade das possíveis soluções apresentadas. Daí por que a busca de "pontes de transição" é fundamental. Evidentemente, essas "ponte", como modelos de entrelaçamentos que servem a uma racionalidade transversal entre ordens jurídicas, não são construídas de maneira permanente e estática no âmbito dinâmico do transconstitucionalismo ».

246 *Ibidem*, p. 113 : « A dinâmica relacional entre estrutura (critérios normativos) e operações (atos jurídicos) para aprendizados recíprocos é intensamente circular no contexto do transconstitucionalismo da sociedade mundial no presente. A cada novo caso inesperado, as estruturas reflexivas das respectivas ordens precisam rearticular-se consistentemente para possibilitar uma solução complexamente adequada à sociedade, sem atuar minando, bloqueando ou destruindo a ordem concorrente ou cooperadora, mas antes contribuindo para estimulá-la a estar disposta ao intercâmbio em futuros "encontros" para enfrentamento de casos comuns ».

transconstitutionnelle entre des différents systèmes juridiques s'impose, notamment par le biais de la relation constructive entre leurs tribunaux ».[247]

En ce qui concerne spécifiquement l'arbitrage, on peut dire que de la communication transconstitutionnelle entre les autorités des systèmes juridiques nationaux et celles du système de l'arbitrage transnational, les premiers ont choisi de recevoir les décisions rendues par les autorités juridictionnelles des seconds de deux manières distinctes : une réception directe (pour le Brésil, par exemple, il suffit qu'elles aient été rendues sur son territoire) ou une réception conditionnée à un processus d'admissibilité (comme c'est le cas de la reconnaissance des sentences dites « étrangères » – celles qui ont été rendues en dehors du territoire national). Pour les premiers, le pont de transition créé est plus fort et découle d'une présomption du souverain dans le sens qu'il peut avoir plus de contrôle sur la préservation de ses valeurs au cours de la procédure arbitrale qui se déroule sur son territoire, ce qui dispense d'un contrôle *ex post* plus strict.

La thèse de l'auteur est en ce sens qu'il n'y a pas d'exclusivité constitutionnelle de l'État, qui est symbolique. Avec l'affaiblissement de la souveraineté, une multitude de nouvelles constitutions apparaissent en réponse à des problèmes impliquant plusieurs ordres juridiques. C'est pour répondre aux problèmes qui traversent plusieurs ordres juridiques (nationaux, internationaux, supranationaux et transnationaux) que l'auteur présente son concept de transconstitutionnalisme. Une évolution du droit constitutionnel dans le monde contemporain.

Concernant la *lex mercatoria*, Neves affirme qu'elle est un instrument de l'économie mondiale et que, en tant que telle, elle doit servir principalement l'efficacité de ce système. Elle devient, par conséquent, un « droit corrompu ».[248] La *lex mercatoria* met le droit au service de l'argent ou en fait un moyen. Ainsi, conformément langage systémique, on ne pourrait pas dire qu'il s'agit d'une forme de droit opérationnellement

---

247 NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Transconstitucionalismo*. Thèse présentée au concours pour le poste de professeur titulaire dans le domaine du droit constitutionnel, à la Faculté de droit de l'Université de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 170.

248 *Ibidem*, p. 99.

autonome par rapport au système de l'économie, puisqu'il entretient avec lui une relation de dépendance qui va bien au-delà du simple couplage structurel.[249] Neves critique l'opinion de Teubner selon laquelle la *lex mercatoria* ferait partie des secteurs spontanés de la société, contrairement aux ordres juridiques étatiques, qui sont organisés. Selon lui, la complexité et l'organisation des entreprises multinationales et des cabinets d'avocats qui interviennent dans ces affaires ne permettent pas de qualifier la *lex mercatoria* comme droit spontané, surtout si on la compare au niveau de précarité de certains États africains, par exemple.[250]

L'économie mondiale est très dynamique, ce qui empêche le droit de répondre de manière satisfaisante aux désirs de ce système, la « réflexivité de la *lex mercatoria* est encore très faible ». Par conséquent, il est difficile de créer une constitution qui puisse servir à la rationalité transversale entre le droit et l'économie mondiale.[251] La force et le dynamisme de l'économie mondiale finissent par dominer le droit et, par conséquent, la *lex mercatoria*. « Il s'ensuit que la formation de constitutions transversales [qui promeuvent l'égalité] au niveau transnational ne reste jusqu'à présent qu'un projet en perspective et constitue, en partie, une revendication normative de la société mondiale, revendication qui doit être prise au sérieux, comme le montre la question des droits de l'homme ». Bein que ce soit le cas, Neves estime qu'il est plus approprié de traiter la question du point de vue du transconstitutionnalisme qu'en les traitant comme des constitutions civiles.[252] Nous sommes d'accord, en ajoutant que l'objectif du système de la *lex mercatoria* devrait être

---

249 NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Transconstitucionalismo.* Thèse présentée au concours pour le poste de professeur titulaire dans le domaine du droit constitutionnel, à la Faculté de droit de l'Université de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 99 : « Enquanto a *lex mercatoria* como direito econômico mundial estiver subordinada à economia mundial ou permanecer trivializada economicamente, ela não consistirá em uma ordem jurídica apropriada a promover um tratamento igual/desigual que não apenas seja adequado economicamente, mas também juridicamente consistente. Ela é oportuna para favorecer a estabilidade jurídica do jogo econômico, mas não está em condições de garantir a igualdade jurídica ».

250 *Ibidem*, p. 167.

251 Les constitutions transversales sont celles qui résultent de l'entrelacement de deux systèmes sociaux, comme le droit et la politique – ou entre le droit et un autre système social lorsqu'il s'agit de constitutions civiles (l'économie, par exemple, pour la *lex mercatoria*).

252 NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Op. Cit.*, p. 100.

celui de sa transconstitutionnalisation. À cette fin, l'arbitrage doit également être compris comme une activité normative.

2.2.2.3. Autres thèses systémiques autonomistes

Le monde contemporain globalisé exige que le droit soit repensé. La nécessité d'expliquer les nouvelles formes d'organisations sociales, autonomes et transnationales, et un État de moins en moins politique pour devenir économique, donne naissance à de nouvelles théories du droit. La souveraineté des États y est l'un des points les plus visités. Le monde global n'admet plus la division rigide entre États souverains ; la division westphalienne du monde, entre national et international, perd de l'espace pour les conceptions de constitutions sociales transnationales. Les gouvernements nationaux sont remplacés par des formes de gouvernance supranationales et transnationales. La souveraineté a dépassé sa forme territoriale d'État et est desormais construite grâce aux formes multiples et polycentriques de la mondialisation.[253]

L'État moderne perd son monopole sur le droit ; en même temps, dans la société mondiale, diverses organisations non étatiques et politiques de caractère étatique émergent et se réapproprient le concept de droit.[254] Les différents systèmes juridiques et les règles ultimes de reconnaissance, reconnus par le pluralisme juridique, ne se communiquent pas entre eux en termes de hiérarchie, mais plutôt à partir d'hétérarchies et d'organisations en réseau. Il n'existe plus une suprématie établie par une norme fondamentale.

Dans ce contexte, l'arbitrage doit être reconnu comme une organisation sociale ayant la capacité de s'autoréguler. Constitués par des membres ayant choisi, par l'exercice de leur autonomie de la volonté, d'en faire partie, ils la reconnaissent comme telle en

---

253 PRIBÁN, Jiri. A Questão da Soberania do Pluralismo Jurídico Global, *in* SCHWARTZ, Germano ; PRIBÁN, Jiri ; ROCHA, Leonel Severo (org.). *Sociologia Sistêmico-autopoiética das Constituições*. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 87.

254 SANTOS, Boaventura de Souza. *Towards a New Legal Common Sense*. 2e éd. Londres : Butterworths, 2002.

permettant l'exclusion du juge étatique et, souvent, du droit étatique lui-même. C'est une véritable institution du droit mondial, une organisation transnationale.

Gunther Teubner utilise également les idées d'Ehrlich pour justifier un positivisme juridique contemporain. C'est dans l'article Burkowina Global qu'il développe la thèse selon laquelle la *lex mercatoria* est le cas le plus abouti d'un droit mondial, d'un véritable ordre juridique transnational des marchés mondiaux.[255] Selon lui, le droit mondial ne peut être correctement interprété que par une théorie du pluralisme juridique et par la théorie des sources du droit, conçues en termes pluralistes.

Dans les processus de mondialisation actuels, le droit vivant d'Ehrlich acquiert une signification différente, selon Teubner : le droit mondial se développe à partir des périphéries sociales, des zones de contact avec les autres systèmes sociaux, et non au centre des institutions des États-nations ou des institutions internationales. La *lex mercatoria* représenterait, de ce point de vue, la partie du droit économique mondial qui opère à la périphérie du système du droit en « couplage structurel » avec les entreprises et les transactions économiques mondiales. Bien qu'il s'agisse d'une vision systémique pluraliste, elle s'éloigne de la théorie luhmanniene qui rejette la division centre/périphérie en ce qu'elle est une différenciation significative d'une segmentation, et non une différenciation fonctionnelle.

Les défenseurs de la *lex mercatoria* dans sa conception traditionnelle se divisent entre ceux qui sont attachés à la revitalisation du droit coutumier, ceux qui veulent mobiliser l'institutionnalisme du début du XXe siècle, sans toutefois atteindre son niveau conceptuel, et ceux qui préconisent la construction d'un contrat sans loi qui devrait reposer sur des contrats autorégulateurs sans aucun fondement en droit national ou international. Toutefois, aucun d'entre eux ne parvient pas à répondre de manière cohérente aux évolutions du droit mondial. Le troisième courant, par exemple, ne cherche pas sa justification dans la théorie classique des sources du droit : il est nécessaire que le droit

---

255 TEUBNER, Gunther. Global Burkowina : Legal Pluralism in the World Society, *in* TEUBNER, Gunther (ed.), *Global Law without a State*. Aldershot : Dartmouth, 1997.

étatique doit autorise la liberté contractuelle et l'autonomie de la volonté pour opter pour l'applicabilité d'un droit anational ou d'un contrat totalement autosuffisante.[256]

Le fondement de la validité du droit mondial réside dans le paradoxe de l'auto-validation du contrat et dans ses méthodes de dissolution du paradoxe : la temporalisation, la hiérarchisation et l'externalisation. Par la temporalisation, les contrats transforment leur circularité d'auto-validation contractuelle en un processus continu d'actes juridiques par la rémission rétrospective à un ensemble de règles déjà existantes et la rémission prospective par rapport aux solutions à des conflits futurs. La hiérarchisation permet de créer une hiérarchie interne des règles contractuelles, avec des règles et des métarègles autonomes, les deux d'origine contractuelle.[257] Enfin, le contrat est externalisé en confiant le contrôle de validité à des institutions externes, produits internes du contrat lui-même. C'est le cas, par exemple, des tribunaux d'arbitrage, qui sont chargés de vérifier la validité des contrats dont découle leur propre pouvoir juridictionnel.[258]

La nouvelle *lex mercatoria* est une source riche pour les théoriciens systémiques. De nouvelles théories autonomistes en découlent par le biais du droit transnational. Comme nous l'avons vu précédemment, la nouvelle *lex mercatoria* a servi de base à la théorie de Gaillard, selon laquelle il considère l'arbitrage comme un ordre juridique autonome. Elle diffère des thèses présentées ci-dessous précisément parce qu'elle n'a pas d'approche systémique.

Broglia Mendes[259] soutient la théorie de Gunther Teubener[260] selon laquelle la *lex mercatoria*, en tant qu'ordre juridique transnational différencié, doit également

---

256 Voir le Chapitre 4 *infra*.

257 Un exemple de cette hiérarchie se trouve dans les principes transnationaux applicables aux procédures d'arbitrage, comme démontré au Chapitre 6, section 6.4, *infra*.

258 TEUBNER, Gunther. Global Burkowina : Legal Pluralism in the World Society, *in* TEUBNER, Gunther (ed.). *Global Law without a State.* Aldershot : Dartmouth, 1997.

259 MENDES, Rodrigo Otávio Broglia. *Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal : uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional*. São Paulo : Quartier Latin, 2010, p. 61.

260 TEUBNER, Gunther. Breaking Frames : Economic Globalization and the Emergence of *lex mercatoria*. *European Journal of Social Theory*, v. 5, n. 2, 2002, pp. 199-217.

comprendre les règles impératives du droit, identifiés sur la base des règles de conflit spécifiques au système de la *lex mercatoria*. Sa différenciation ne doit pas être interprétée en termes territoriaux, par la déconnexion des ordres juridiques étatiques, mais différenciée en termes sectoriels en raison de ses programmes normatifs.

> Pour la discussion de cette thèse, ce qui est pertinent, c'est que les ordres juridiques développent leurs propres mécanismes pour faire face et pour permettre une solution aux conflits avec d'autres ordres juridiques. Il n'y a aucune raison d'être différent avec la *lex mercatoria*. Ces mécanismes sont révélés par les règles de conflit. Ainsi, la *lex mercatória* développe (ou doit développer) ses propres règles de conflit pour observer et envisager la solution au problème de l'application, dans les arbitrages, des règles impératives des ordres étatiques. La conséquence pour le dogme qui serait extrait de cette thèse est qu'il existe dans l'arbitrage international une *lex fori* à partir de laquelle les arbitres peuvent identifier des critères qui éclairent leur décision d'appliquer ou non la règle impérative. La *lex fori*, cependant, ne se confond pas avec la loi du lieu du siège de l'arbitrage, mais se compose des règles élaborées dans le cadre de la *lex mercatoria*.[261]

Selon l'auteur, le problème serait de rendre compatibles, par le biais des règles de conflits, les règles des ordres juridiques qui se situent à des niveaux différents. Alors que les ordres juridiques nationaux sont hétérogènes et se différencient au niveau de la territorialité, les ordres juridiques transnationaux se différencient au niveau subjectif En conséquence, nous serions confrontés à un conflit orthogonal. La différenciation sectorielle est également appliquée par Valença Filho, qui affirme que « l'arbitre n'a pas de for, il a

---

[261] MENDES, Rodrigo Otávio Broglia. *Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal : uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional*. São Paulo : Quartier Latin, 2010, p. 57. Traduction libre de l'original : « Para a discussão dessa tese, o relevante é que as ordens jurídicas desenvolvem mecanismos próprios para enfrentar e permitir uma solução dos conflitos com outras ordens jurídicas. Não há porque ser diferente com a *lex mercatoria*. Esses mecanismos se revelam através das regras de conflito. Assim, a *lex mercatoria* desenvolve (ou deve desenvolver) suas próprias regras de conflito para observar e equacionar a solução para o problema da aplicação, em arbitragens, de regras imperativas de ordens estatais. A consequência para a dogmática que se extrairia dessa tese é que há, sim, na arbitragem internacional uma *lex fori* a partir da qual os árbitros podem identificar critérios que informem sua decisão sobre a aplicação ou não da regra imperativa. A *lex fori*, contudo, não se confunde com a legislação do local da sede da arbitragem, mas consiste nas regras desenvolvidas no âmbito da *lex mercatória* ».

un secteur ».[262] Pour l'auteur, le secteur doit être compris comme une fonction, par l'application de la théorie des systèmes.

* * *

Il en résulte donc que l'arbitrage est l'activité juridictionnelle propre au système autonome du droit transnational, dans lequel l'arbitre est l'autorité juridictionnelle naturelle. Selon cette représentation systémique, l'arbitrage est un sous-système du système du droit, détaché de tout ordre appartenant au système du droit national. Elle part du principe que tout juge d'un système autre que le sien sera, de son point de vue, une autorité étrangère. Cela vaut pour les juges des systèmes juridiques étatiques, qui considéreront toujours le juge de l'autre système comme un étranger, ainsi que pour l'arbitre – qui n'appartient pas à leur système, mais au système du droit transnational – toujours considéré comme une autorité étrangère. Par conséquent, la décision de l'arbitre sera toujours considérée comme étrangère ; elle sera donc toujours soumise au contrôle de validité par le juge étatique afin d'être internalisée dans les différents systèmes du droit national. L'autonomie du système de droit transnational ne signifie pas pour autant que les interactions avec le juge national sont totalement rejetées ; la communication entre l'arbitre et le juge doit être reconnue et encouragée pour conférer une légitimité à l'activité juridictionnelle de l'arbitrage.

---

[262] VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *A Arbitragem em Juízo*. Thèse (doctorat) – Faculté de droit, Université de São Paulo, São Paulo, 2015.

CHAPITRE 3. L'ARBITRAGE EN DIALOGUE AVEC LE SYSTÈME DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ : LA NON APPLICABILITÉ DES RÈGLES DE CONFLIT DE LOIS

« La tradition n'est pas toujours la raison »[263]

Marie-Laure Niboyet

Si la détermination de la juridiction arbitrale semble se faire sans difficulté majeure,[264] il n'en va pas de même pour le droit applicable aux différentes questions en jeu dans un arbitrage. Toute affaire privée comportant des éléments d'internationalité qui sera jugée nécessitera un processus préalable de détermination du droit applicable, que ce soit par l'autorité juridictionnelle ou par les parties.

La méthode de détermination du droit applicable est étroitement liée à la façon dont nous comprenons l'arbitrage. Bien que le débat sur les différentes conceptions de l'arbitrage ait été très critiqué pour être trop théorique, avec peu d'implications pratiques, la question de la détermination du droit applicable montre que les critiques sont peu fondées. En effet, c'est peut-être la conséquence pratique la plus importante du débat sociologique.

En ce qui concerne les théories, pour chaque prémisse il y a une conséquence logique. Et il ne faut pas prêter la conséquence d'une prémisse à une autre, sans recourir à un lien logique qui les relie. Ainsi, selon la façon dont nous comprenons l'arbitrage, l'une

---

263 NIBOYET, Marie-Laure. Contre le Dogme de la *Lex Fori* en Matière de Procédure. *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Liber amicorum Hélène Gaudement-Tallon*. Paris : Dalloz, 2008, p. 363.

264 En supposant qu'en existant une convention d'arbitrage valide, il existe aussi juridiction arbitrale. Pour les questions sur la juridiction et l'effet positif de la convention d'arbitrage, voir : CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Jurisdição. *Revista de Processo,* v. 58, 1990, pp. 33-40 ; *Idem. Arbitragem e Processo : um comentário à lei 9.307/96*. 3e éd. São Paulo : Atlas, 2009, pp. 26-27, 100-104 ; VALENÇA FILHO, Clávio. *A Arbitragem em Juízo.* Thèse (doctorat) – Faculté de droit, Université de São Paulo, 2015.

ou l'autre des méthodes de conflit de lois devrait être appliquée. D'où l'importance de les revisiter dans ce chapitre. Il est essentiel de comprendre le processus théorique qui sous-tend la détermination du droit applicable avant d'analyser quel est le droit le plus approprié pour chacune des questions soulevées dans l'arbitrage, objet de la deuxième partie de cette étude.

En partant de l'hypothèse, adoptée dans cette thèse et établie dans les chapitres précédents, que tout arbitrage est international par rapport aux systèmes juridiques nationaux – quel que soit le lieu où il se déroule – **tout arbitrage doit commencer par l'exercice de la vérification du droit applicable**.

Tout comme le droit de l'arbitrage, le droit international privé a connu des développements importants au cours du XXe siècle. Là aussi, on peut percevoir un passage de la pensée d'une vision monolocalisée à une vision transnationale du droit international privé dans son ensemble et de la doctrine des conflits de lois en particulier.

Le principal reflet de cette évolution est le changement d'orientation des États vers les individus. Les relations privées sont désormais au centre des nouvelles théories juridiques, qui accordent moins d'importance aux intérêts de l'État. Les conflits entre États-nations perdent de leur importance dans le nouveau monde privatisé et mondialisé.[265] Dans ce contexte, l'arbitrage apparaît comme une réponse à la nécessité d'un *locus* non étatique de règlement des litiges, comme un moyen de répondre aux souhaits des agents privés qui recherchent davantage de spécialisation, d'efficacité, de confidentialité et de souplesse pour la résolution de leurs conflits.[266]

---

265 LEHMANN, Matthias. Liberating the Individual from Battles between States : Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 41, n. 2, 2008, p. 419.

266 QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON ; WHITE & CASE LLP. *International Arbitration Survey : Improvements and Innovations in International Arbitration*. Londres, 2018, pp. 5-8. Disponible à l'adresse suivante : < https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/qmul-internationalarbitration-survey-2018-19.pdf >. Accès le 30 janv. 2020. L'enquête a fait ressortir que les principales raisons pour lesquelles les parties privées préfèrent l'arbitrage sont : la possibilité d'exécuter les sentences arbitrales ; la possibilité d'éviter les tribunaux et les ordres juridiques étatiques ; la flexibilité ; la possibilité de choisir les arbitres ; la confidentialité, entre autres.

Dans cette optique, nous analyserons d'abord les approches classique (**3.1**) et fonctionnaliste du conflit de lois (**3.2**), puis nous analyserons l'approche arbitrale (**3.3**) et l'approche transnationale de la méthodologie de détermination du droit applicable (**3.4**).

3.1. L'approche classique du conflit de lois : le principe de localisation en évolution

La discipline des conflits de lois est complexe et très technique. Kegel et Schuring attribuent cette complexité au fait que de nombreux intérêts – parfois contradictoires – sont en jeu.[267] Les conflits de lois prennent en compte les intérêts publics,[268] ceux du système juridique[269] et ceux du commerce,[270] ainsi que ceux de la discipline du conflit de lois elle-même, y compris l'intérêt à déterminer le droit applicable à la question en cause, l'intérêt de la communauté, etc.[271]

L'intérêt des parties et du marché international ont une valeur réduite dans la méthodologie classique des conflits,[272] qui considère que le droit international privé prime

---

267 KEGEL, Gerhard ; SCHURING, Klaus. *Internationales Privatrecht*. 9e éd. Munique : Beck'sche CH Verlagsbuchhandlung Oskar Beck, 2004, p. 131.

268 La doctrine diffère dans la caractérisation de ce que seraient les intérêts publics du conflit de lois en droit international privé. Bien qu'il ne soit plus entendu que le conflit de lois est un conflit entre souverains, la majorité de la doctrine comprend toujours que l'intérêt de l'État est la préservation de ses règles impératives, en plus de la prévention de la fraude à l'ordre public par le biais du *forum shopping*. MAYER, Pierre. *Droit International Privé*. Paris : LGDJ, 1977, p. 53. Sur le *forum shopping*, voir : KREINDLER Richard H. Arbitral forum shopping, *in* CREMADES, Bernardo M. ; LEW, Julian D. M. (ed.) *Dossiers of the ICC Institute of World Business Law : Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*. Paris : ICC Publishing, 2005 ; CARMAGO, Solano do. *Forum shopping : modo lícito de escolha de jurisdição ?* Mémoire (Master), Faculté de droit, Université de São Paulo, São Paulo, 2015.

269 Compris comme les intérêts liés à l'harmonie juridique nationale et internationale et à la cohérence du système juridique.

270 Berger estime que les règles de conflit ne tiennent pas compte des intérêts du commerce et des échanges internationaux. BERGER, Peter Klaus. The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. *Law and Policy in International Business*, v. 28, 1997, pp. 943, 952. Dans le même sens : PETSCHE, Markus A. International Commercial Arbitration and the Transformation of the Conflict of Law Theory. *Michigan State Journal of International Law*, v. 18, n. 3, p. 459.

271 PETSCHE, Markus A. International Commercial Arbitration and the Transformation of the Conflict of Law Theory. *Michigan State Journal of International Law*, v. 18, n. 3, p. 459.

272 La création de la théorie classique du conflit de lois, également connue sous le nom de théorie continentale, est attribuée à Savigny. Cette attribution n'est cependant pas exempte de critiques ; von

sur le droit matériel. Cette déconnexion finit par indiquer comme applicables des droits qui ne sont souvent pas les plus appropriés pour résoudre un problème spécifique de droit commercial international, générant une plus grande imprévisibilité, incertitude et manque d'uniformité dans l'application des règles de conflit.[273] En effet, le point central de la discipline des conflits de lois est axé sur les États souverains.[274]

Cependant, les théories les plus modernes suggèrent que les intérêts privés occupent une place importante dans les théories privées du droit international, y compris celles qui proposent de revisiter les théories classiques. C'est à partir de ces changements d'orientation que nous analyserons dans un premier temps l'évolution du territorialisme vers la localisation (**3.1.1**), pour analyser, dans un deuxième temps, le passage de l'intérêt du souverain à celui de l'individu (**3.1.2**). Enfin, nous analyserons les implications de l'adoption de la méthodologie classique pour la détermination du droit applicable dans l'arbitrage (**3.1.3**).

3.1.1. Du territorialisme à la localisation

Les théories fondatrices du droit international privé – qui remontent à ceux que l'on appelle les Statutistes du XIIe siècle[275] – avaient pour point de départ de la méthode conflictuelle le droit du for, dans le but de vérifier son champ d'application dans l'espace en fonction de son objet (statut personnel ou réel). Les territorialistes, quant à eux, avaient pour point central la manifestation du pouvoir souverain dans les limites de leur territoire, tandis que les personnalistes se basaient sur la manifestation du pouvoir souverain sur leurs ressortissants. Enfin, la méthode de la localisation – qui fera l'objet d'une analyse plus

---

Meher estime que l'éloignement de l'idéal d'une conception universelle du droit international privé – caractéristique essentielle de l'œuvre de Savigny – empêche la réalisation de cette corrélation. Pour une illustration du débat, voir : AUDIT, Bernard ; MEHREN, Arthur Taylor von ; JUENGER, Friedrich K. A Continental Lawyer Looks at Contemporary American Choice-of-Law Principles, *in The American Journal of Comparative Law,* Vol. 27, No. 4, 1979, Oxford University Press, pp. 589, 603, 605-613.

273 BERGER, Peter Klaus. The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. *Law and Policy in International Business*, v. 28, 1997, pp. 943, 952.

274 Voir le Chapitre 2 *supra*.

275 KAHN-FREUND, Otto. General problems of private international law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 143, 1974.

détaillée dans ce chapitre – vise à déterminer le droit applicable à partir de la localisation des relations juridiques.[276] La méthode de localisation, également appelée méthode classique, conserve les influences des écoles qui l'ont précédée, notamment en ce qui concerne la relation entre la détermination du droit applicable et la souveraineté de l'État.

L'objectif premier de la méthode classique du conflit de lois est de déterminer, pour chaque relation juridique, son siège.[277] Le siège est pour la relation juridique comme le domicile l'est pour les personnes physiques. Ce n'est qu'en déterminant le siège du rapport juridique que l'on peut déterminer à quel corps normatif il est soumis.[278] D'où le lien fort entre le siège – un territoire souverain – et le droit applicable, qui a des conséquences importantes sur la façon dont nous percevons la réglementation des relations internationales, y compris l'arbitrage, notamment en ce qui concerne le droit procédural. C'est la consécration de la maxime selon laquelle le procès est régit par le droit du lieu où il se déroule.[279]

La méthode classique conflictualiste consiste à rechercher l'élément qui relie plus étroitement une relation à un système de droit donné. Cette recherche se fait par l'application de règles de conflit, qui indiquent l'élément factuel concret qui opère le lien nécessaire.[280]

Pour comprendre la logique des méthodologies des conflits, il est nécessaire de comprendre le contexte de leur émergence. Comme nous l'avons vu dans le chapitre

---

276 AUDIT, Bernard. Le droit international privé en quête d'universalité. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 305, 2003.

277 L'idée d'attribuer un siège à chaque rapport juridique remonte à Savigny, qui ne considère plus les implications pour la souveraineté, s'opposant à la théorie précédente de Huber, qui voyait la détermination du droit applicable comme le résultat d'un conflit de lois qui aurait une meilleure prétention quant à son application dans un territoire donné. SAVIGNY, Friederich Carl Von. *Sistema de Direito Romano atual*. Traduction de Ciro Mioranza. Ijuí : Editora Unijuí, 2004, 8 v, p. 39.

278 CORREIA, Antonio Ferrer. *Lições de Direito Internacional Privado I*. 8e éd. Coimbra : Almedina, 2000, pp. 116-117.

279 SHAMAN, Jeffrey M. The Choice of Law Process : Territorialism and Functionalism. *William and Mary Law Review*, v. 22, n. 2, 1980, p. 228.

280 CORREIA, Antonio Ferrer. *Lições de Direito Internacional Privado I*. 8e éd. Coimbra : Almedina, 2000, pp. 141-142.

précédent, le droit international privé est apparu à une époque où les relations entre les différentes nations souveraines étaient fondées sur les limites de leurs frontières. Ainsi, la réglementation des relations internationales devient une question politique de la plus haute importance, et chaque État souverain doit délimiter l'application du droit étranger sur son territoire.[281] À la base, le conflit de lois n'est rien d'autre qu'un conflit entre des États dont la prémisse est précisément le pouvoir souverain.[282] Ce n'est pas sans raison que des auteurs français tels que Pillet et Niboyet qualifient les conflits de lois de « conflits de souveraineté ».[283] Tout conflit de lois serait donc un conflit de souveraineté.[284]

Dans ce contexte, une première précision est nécessaire. Le nom donné à la discipline peut conduire à l'interprétation erronée selon laquelle le droit international privé serait une sorte de « petit frère » du droit international public, dans lequel les principes du premier seraient appliqués au second.[285] Et bien que les deux soient des disciplines de droit

---

281 Sur les théories de la territorialité appliquées au droit, voir : HUBER, Ulrich. *Conflito de Leis.* Traduction par le Séminaire sur le droit international privé de la faculté de droit de la PUC-RJ. Rio de Janeiro : PUC-RJ, 1951 ; D'ARGENTRÉ, Betrand. *De Statutis Personalibus et Realibus*, *in* LAINÉ, Armand (trad.). *Introduction au droit international privé, contenant une critique et des rapports de cette théorie avec le Code civil*. Paris : F. Pichon, 1982, t. I, p. 320.

282 STORY, Joseph. *Commentaries on the Conflict of Laws.* Boston : Hilliard, Gray and Company, 1834.

283 PILLET, Antoine. *Principes de Droit International Privé.* Paris : Pedone, 1903, pp. 67, 275. Pour l'auteur, la non-application du droit du for par un juge national représenterait la perte de respect devant l'État souverain dont le droit est appliqué. NIBOYET, Jean-Paulin. *Traité de Droit International Privé Français.* Paris : Recueil Sirey, 1938, 1 v, p. 79. Comme l'explique Ferrer Correia, Niboyet était un disciple de Pillet, mais il s'est écarté des théories de son maître en raison de l'extension qu'il attribue au champ d'application de la *lex fori.* Voir : CORREIA, António Ferrer. *Lições de Direito Internacional Privado I*. 8e éd. Coimbra : Almedina, 2000, p. 127.

284 CALEB, Marcel. *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en Droit international privé.* Travaux de la Faculté de droit et des sciences politiques de Strasbourg. Paris : Recueil Sirey, 1927, p. 55 ; CORREIA, António Ferrer. *Lições de Direito Internacional Privado I.* 8e éd. Coimbra : Almedina, 2000, p. 129 : « Durante o século XIX, o problema de DIP é encarado como um problema de delimitação de competências legislativas, de coordenação de soberanias – e, logo, como um problema cuja resolução pertence ao direito internacional ». Contre : LIMA PINHEIRO, Luís de. *Direito Internacional Privado. Introdução e Direito de Conflitos – Parte Geral*. 3 ed. Coimbra : Almedina, 2016, 1 v, pp. 41-42 : « No Direito Internacional Privado não estão diretamente em causa conflitos de soberania, i.e., conflitos de competências legislativas entre os Estados. Trata-se de determinar o Direito aplicável a uma situação transnacional e não de regular competências legislativas dos Estados ».

285 LEHMANN, Matthias. Liberating the Individual from Battles between States : Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 41, n. 2, 2008, p. 419. OPPENHEIM, Lasse. *International Law : A Treatise.* 8e éd. London : Longmans, 1955, pp. 6–7. Dans une étude intéressante qui conduit une sorte de psychanalyse du droit international privé, Fernández Arroyo affirme que la discipline est divisée entre « un cuerpo eminentemente nacional y un espíritu

public, il ne faut pas les confondre.[286] Bartin explique que « les règles de conflit sont des règles nationales, dans chaque pays, au même titre que les institutions de droit interne (…) Elles leur restent liées comme l'ombre au corps, parce qu'elles ne sont autre chose que la projection de ces institutions elles-mêmes sur le plan du droit international ».[287] Cela finit par générer un conflit de systèmes, puisque les règles de conflit peuvent être différentes dans chaque système national, ce qui crée des difficultés de coordination

Outre l'opération de localisation, le but ultime du droit international privé classique est l'uniformité des solutions, quelle que soit la juridiction compétente pour résoudre le problème.[288] Paradoxalement, les règles qui ont pour but d'uniformiser l'application du droit étranger dans les affaires internationales finissent par générer une sorte de droit *in concreto*, appliqué sur la base d'une analyse au cas par cas des questions portées devant les tribunaux. Il faut ajouter à cela le fait que les différentes règles de droit international privé dans chaque système national ne sont pas uniformes. Précisément parce qu'il s'agit d'un droit interne, le manque d'uniformité des règles de conflit est l'expression d'un manque égal d'uniformité du droit privé interne.[289]

---

internacional por definición ». FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. El derecho internacional privado en el diván - Tribulaciones de un ser complejo, *in Derecho internacional privado y Derecho de la integración.* Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano. Asunción : CEDEP, 2013, pp. 17-35.

286 CARRUTHERS, Janeen ; FAWCETT, James ; NORTH, Peter (ed.). *Cheshire, North & Fawcett : Private International Law.* 14e éd. Oxford : Oxford University Press, 2008, p. 17 : « There are obvious differences between the two. The latter primarily governs the relations between sovereign states and it may perhaps be regarded as the commen law of mankind in an early stage of development; […] the former is designed to regulate disputes of a private nature, notwithstanding that one of the parties may be a sovereign state. There is, at any rate in theory, one common system of public international law, consisting of the 'customary and treaty rules which are considered legally binding by States in the intercourse with each other', […] but, as we have seen, there are as many systems of private international law as there are systems of municipal law ».

287 BARTIN, Etienne-Adolphe. *Études de droit international privé.* Paris : A. Chevalier-Marescq, 1899, Préface, p. 2.

288 LEHMANN, Matthias. Liberating the Individual from Battles between States : Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws. *Vanderbilt Journal of Transnational Law* v. 41, n. 2, p. 402.

289 CORREIA, Antonio Ferrer. *Lições de Direito Internacional Privado I.* 8e éd. Coimbra : Almedina, 2000, p. 132, en citant BATIFFOL, Henri. Les tendances doctrinales actuelles en DIP. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law, v. 72*, 1948, p. 12 : « Para a suprimir, seria preciso começar a anular a divergência das leis internas, isto é, precisamente os conflitos de leis ».

A partir de Savigny (bien que dans une mesure limitée),[290] les récents développements du droit international privé visent à modifier l'axe central de la discipline : elle s'éloigne de l'État et attribue une plus grande importance aux partis privés. Alors que le conflit de lois s'appliquait auparavant de manière universelle dès qu'une question ayant des implications internationales se posait (y compris les questions de droit pénal, familial ou même constitutionnel, qui relèvent du droit public), il cherche maintenant à s'émanciper du droit interne et à se recentrer sur des questions purement privées, qui concernent principalement des acteurs privés.[291] Ce sont ces relations – en règle générale, arbitrables – que la présente thèse a pour objet d'analyser. Et cette évolution a une conséquence qui nous intéresse particulièrement : la suppression progressive du lien avec le territoire, tout en conservant un certain degré de territorialité, non plus monolocalisée, mais en voie – bien qu'à un rythme lent – d'une plurilocalisation.[292]

L'application du droit étranger prend toujours le législateur comme point de départ. C'est lui qui détermine les pouvoirs et les limites accordés à ses juges nationaux pour l'application du droit étranger. Le juge national est donc le destinataire des règles de conflit de lois. Paradoxalement, les États ne semblent pas non plus s'intéresser beaucoup à une telle réglementation, car le conflit de lois ne fait généralement pas l'objet d'une activité législative intense.[293]

---

290 Savigny a été le créateur de la notion de « communauté de lois » qui introduit un éloignement par rapport à l'idée de conflit de souveraineté. Cependant, l'auteur utilise toujours les principes du droit international public comme base pour ses théories. Voir : SAVIGNY, Friedrich Carl von. *A Treatise on The Conflict of Laws.* 2 ed. Edimbourg : T. et T. Clarke, 1880, §§ 346, 360.

291 LEHMANN, Matthias. Liberating the Individual from Battles between States : Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 41, pp. 400-402 ; CORREIA, António Ferrer. *Lições de Direito Internacional Privado I.* 8 ed. Coimbra : Almedina, 2000, p. 133.

292 D'autres théories émergent dans la seconde moitié du XXe siècle pour revisiter le concept classique de territorialisme. Un exemple est la doctrine du néo-territorialisme, sur la base de laquelle ses partisans soutiennent que la prévisibilité est une partie essentielle des attentes légitimes des parties, et que l'application des lois en raison de la division territoriale empêche les situations de discrimination. Dans ce sens, voir : CAVERS, David F. Contemporary Conflicts Law in American Perspective. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 131, 1970, pp. 146-147.

293 BORCHERS, Patrick J. ; HAY, Peter ; SCOLES, Eugene F ; SYMEONIDES, Symeon C. *Conflicts of Laws.* Hornbook Series and Other Textbooks. 4e éd. Minnesota : West Group, 2004, p. 948. Sur l'évolution du traitement juridique du droit international privé au Brésil, voir : RAMOS, André de

Les règles de conflit elles-mêmes ont également connu des développements importants.[294] Alors que, pour la doctrine classique, les règles de conflit étaient fermées et rigides, n'indiquant qu'une seule solution possible qui s'imposait au juge étatique,[295] les doctrines les plus modernes soutiennent que les règles de conflit devraient être ouvertes et flexibles (*open-ended rules*), indiquant une pluralité d'éléments de rattachement, privilégiant une analyse *in concreto* de l'affaire pour vérifier le rattachement le plus approprié pour ce rapport juridique.[296] Les théories les plus modernes veulent également que le lien le plus approprié soit privilégié, vérifié à partir de l'analyse *in casu* du problème, même si la règle de conflit indique un élément de rattachement unique et distinct.[297]

Du point de vue de l'État souverain, deux grands courants justifient la prise en considération du droit étranger par ses juges étatiques[298] : le premier est le *comity*, selon

---

Carvalho. Direito Internacional Privado de Matriz Legal e sua Evolução no Brasil. *Revista da AJURIS*, v. 42, n. 137, 2015, pp. 89-113.

294 La nomenclature encadrée par les règles de conflit a également suscité un intense débat doctrinal. Lalive propose qu'elles soient désignées comme « règles de connexion ». LALIVE, Pierre. Tendance et méthodes en droit international privé. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 155, 1977, p. 81.

295 FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. El derecho internacional privado en el diván - Tribulaciones de un ser complejo, *in Derecho internacional privado y Derecho de la integración.* Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano. Asunción : CEDEP, 2013 : « Como se sabe, la característica medular de dicha norma puramente localizadora era su neutralidad. Esto significa que, confrontada con diversos ordenamientos jurídicos, ella debía seleccionar uno de ellos según una fórmula predeterminada sin prestar atención a su contenido material ni a los intereses en presencia, salvo en el caso excepcional de que la selección pudiera producir la violación del orden público del país del juez. Bien mirada, lo que dicha norma proponía era casi un juego adolescente en el cual, como se ha dicho, la geografía resultaba más importante que la justicia ».

296 Le *Restatement (Second),* par exemple, privilégie les règles de conflits ouvertes. ETATS-UNIS. American Law Institute, *Restatement (Second) of Conflict of Laws.* Philadelphie, 1971.

297 C'est ce qu'on appelle une « clause d'exception générale » en droit international privé. La manifestation de cette règle peut être trouvé dans : SUISSE. Loi fédérale sur le droit international privé, article 15 (« 1 Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit. 2 Cette disposition n'est pas applicable en cas d'élection de droit »).

298 Plusieurs autres théories tentent d'expliquer l'application du droit étranger par les États souverains, en mettant l'accent sur la théorie de la continuité du droit de Joseph Beale, la théorie de la juridiction prédominante de von Mehren et Trautmanm, l'approche centrée sur les conséquences de Weintraub, les considérations de Leflar sur les éléments d'influence sur le choix de la loi applicable, l'approche centrée sur les droits de Lea Brilmayer ou, enconre, les vrais conflits de Kramer. Toutes ces théories ont pour point commun de considérer les États-nations comme le point central du conflit de lois. Voir : BEALE,

laquelle les États accepteraient d'appliquer le droit des autres nations par déférence ou par diplomatie[299] ; le second, la théorie des droits acquis (*vested rights*), considère le droit étranger comme un fait survenant sur un autre territoire et, à ce titre, doit être pris en compte par le juge du for.[300]

Rabel critique sévèrement le système d'application du droit étranger, affirmant que l'obligation juridique qui devrait aboutir à une plus grande prévisibilité du droit applicable est devenue une application chaotique du droit étranger, basée sur une analyse au cas par cas et employée par *comity* et non sur les règles de conflit de lois.[301]

Les théories centrées sur l'État favorisent les relations internationales étatiques et traitent l'individu comme un pion dans la bataille entre les États-nations.[302] Dans cette

---

Joseph H. *A Treatise on the Conflict of Laws*. New York : Baker, Voorhis & Co, 1935, p. 1080 ; MEHREN, Arthur Taylor von ; TRAUTMAN, Donald T. *The Law of Multistate Problems.* Boston : Little, Brown & Co, 1965, pp. 76- 77 ; WEINTRAUB, Russel J. An Approach to Choice of Law that Focuses on Consequences. *Albany Law Review*, v. 56, 1993, n. 4, p. 701 ; LEFLAR, Robert A. Choice-Influencing Considerations in Conflicts Law. *New York University Law Review*, v. 41, 1966, pp. 267, 282 ; BRILMAYER, Lea. Rights, Fairness, and Choice of Law. *Yale Law Journal*, v. 98, 1989, p. 1277 ; KRAMER, Larry. Rethinking Choice of Law. *Columbia Law Review*, v. 90, 1990, pp. 277, 329.

299 HUBER, Ulrich. *Conflito de Leis.* Traduction par Séminaire sur le droit international privé de la faculté de droit de la PUC-RJ. Rio de Janeiro : PUC-RJ, 1951.

300 PILLET, Antoine. La théorie générale des droits acquis. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 8, 1925. La théorie des droits acquis trouve également sa force dans les traditions de la *common law*. Dans ce sens : COLLINS, Lord (ed.). *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws.* 15e éd. Londres : Sweet & Maxwell, 2012, p. 43 : General Principle n. V : « the incidents of a right of a type recognized by English law acquired under the law of any civilised country must be determined in accordance with the law under which the right is acquired ».

301 RABEL, Ernst. International Tribunals for Private Matters. *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, v. 50, n. 1, 1986, pp. 324–330 : « The national courts of the world, with all that makes them the just pride of their respective countries, have dismally failed in organizing any reliable set of conflicts rules. The question of what law applies to a specific case has been left to a chaotic, if not wilful, administration of justice. (...) Even courts known to respect foreign law in principle often do it from case by case graciously by comity rather than by obeying a legal duty, thus impairing the certainty of the applicable law by giving way to unpredictable local policies. Freedom of the parties to determine their laws has been sacrificed to fang theories ». Dans le même sens : FLESSNER, Axel. *Interessenjurisprudenz Im Internationalen en Privatrecht [Jurisprudence of Interests]*. Tubingen : J.C.B. Mohr, 1990, p. 142 : « [t]here is probably no other field of private law with practical relevance that has, on the one hand, been denied regularly and massively any practical relevance by legal practice and for which, on the other hand, legal doctrine has so frequently and insistently demanded the necessary obedience ».

302 LEHMANN, Matthias. Liberating the Individual from Battles between States : Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 41, 2008, p. 413.

hypothèse, s'il existe des conflits entre les intérêts de l'État du for et l'État de la règle indiquée par les règles de conflit, le juge national appliquera toujours les règles établies par son propre législateur. Il finit ainsi par devenir un bras de fer entre des États qui se battent pour leurs intérêts.

La satisfaction des intérêts de l'ordre juridique, dans une recherche de solutions cohérentes et harmonieuses, entraîne la complication supplémentaire du renvoi.[303] Si la prévisibilité était déjà compromise par l'application des méthodes de conflit de lois, elle le sera encore plus si l'on considère que les règles de conflit de deux (ou trois) juridictions distinctes seront appliquées pour désigner définitivement le droit applicable à la question soulevée. A tel point que des législations nationales[304] et des conventions internationales[305] ont exclu le recours à la technique du renvoi. Toutefois, dans plusieurs juridictions, il continue à être appliqué,[306] bien que sous une forme atténuée.[307]

Un autre problème résultant des théories classiques est le *lex forisme,* expression attribuée à la tendance à appliquer la loi du for au détriment d'une autre loi plus appropriée,[308] soit par application de l'autorité juridictionnelle – ce qui peut découler d'une

---

303 Cette technique consiste à vérifier les règles de conflit du droit désigné en appliquant les règles de conflit de l'ordre juridique dans lequel la procédure se déroule afin de vérifier si ces secondes règles de conflit donneraient une solution distincte, en désignant un autre droit applicable.

304 La législation brésilienne en est un exemple en interdisant le renvoi par le biais de l'article 16, de la Loi d'introduction. BRÉSIL. Loi d'introduction aux règles de droit brésilien de 1942 : « Quando, nos termos dos artigos precedentes, se houver de aplicar a lei estrangeira, ter-se-á em vista a disposição desta, sem considerar-se qualquer remissão por ela feita a outra lei ». Les législations de la Grèce, de la Suède, du Danemark et de la Finlande sont également des exemples de cette interdiction.

305 UNION EUROPÉENNE. Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), article 20 : « Lorsque le présent règlement prescrit l'application de la loi d'un pays, elle entend les règles de droit matériel en vigueur dans ce pays à l'exclusion des règles de droit international privé, sauf disposition contraire du présent règlement ».

306 Les législations de la France, du Portugal, de l'Allemagne, du Royaume-Uni et de l'Autriche sont des exemples d'ordres qui acceptent le renvoi.

307 L'Espagne, la Belgique, le Luxembourg et l'Irlande sont des exemples de législations qui n'acceptent le renvoi que de manière atténuée.

308 EHRENZWEIG, Albert. A. A Proper Law in a Proper Forum : a Restatement of the "Lex Fori" Approach. *Oklahoma Law Review*, v. 18, 1965, p. 340. Ehrenzweig a proposé que la loi du for soit appliquée en règle générale ; la loi d'autonomie viendrait en second lieu et les facteurs de rattachement ne s'appliqueraient que dans des cas vraiment exceptionnels.

allégation incorrecte de la partie, de l'ignorance du juge du droit étranger ou d'une conviction que le droit national est supérieur au droit étranger – soit par option législative, qui donne la priorité aux règles de conflit qui désignent la *lex fori* comme la solution appropriée.[309] En règle générale, le juge national appliquera toujours son propre droit.[310]

Au Brésil, la Loi d'introduction aux règles de droit brésilien est un exemple de la manifestation du *lex forisme* par option législative. En ce qui concerne plus particulièrement les contrats – une question d'un intérêt particulier – l'article 9 de la Loi d'introduction prévoit que « pour qualifier et réglementer les obligations, la loi du pays où elles sont constituées s'applique ».[311] Il établit ensuite encore que les éléments intrinsèques des actes qui stipulent des obligations à exécuter au Brésil seront également régies par le droit brésilien, même si elles sont conclues à l'étranger.[312]

La doctrine diverge quant au degré de rigidité de cette provision légale. Alors qu'Araújo soutient que la tendance mondiale à privilégier le droit de l'autonomie ne trouve pas d'écho dans la législation brésilienne,[313] position à laquelle nous nous alignons,

---

309 PETSCHE, Markus A. International Commercial Arbitration and the Transformation of the Conflict of Law Theory. *Michigan State Journal of International Law,* v. 18, n. 3. p. 463.

310 FRANCE. Cour de cassation, 1ère chambre civile, 4 déc. 1990, *Soc. Coveco et autres vs. Soc. Vesoul transports et autres, Revue Critique de Droit International Prive*, v. 80, 1991, pp. 558-559 (la Cour a décidé que, bien que la Cour d'appel ait violé le droit civil français en ne reconnaissant pas l'application du droit néerlandais au contrat, le droit français serait toujours applicable compte tenu du fait qu'aucune des parties n'aurait présenté d'arguments sur la base du droit étranger) ; FRANCE. Cour de cassation, 1ère chambre civile, 19 avr. 1988, *Roho vs. Caron et autres*, *Revue Critique de Droit International Privé*, v. 78, 1989, pp. 68-69 (la Cour a décidé que le droit français s'appliquerait lorsque les parties le souhaiteraient, même si le choix était contraire à une convention internationale) ; COLLINS, Lord (ed.). *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws.* 15e éd. Londres : Sweet & Maxwell, 2012, p. 221 (commentant l'application du droit anglais par les tribunaux de ce pays) ; BORCHERS, Patrick J. ; HAY, Peter ; SCOLES, Eugene F ; SYMEONIDES, Symeon C. *Conflicts of Laws*. Hornbook Series and Other Textbooks. 4e éd. Minnesota : West Group, 2004, p. 953, n. 4 (commentant l'application du droit américain par les tribunaux de ce pays).

311 BRÉSIL. Loi d'introduction aux règles de droit brésilien de 1942, article 9, caput : « para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem ».

312 BRÉSIL. Loi d'introduction aux règles de droit brésilien de 1942, article 9, paragraphe premier : « Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato ».

313 ARAÚJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado*. 5e éd. Rio de Janeiro : Renovar, 2011, p. 388. Dans le même sens : BAPTISTA, Luiz Olvado. *Dos contratos internacionais – uma visao teórica e prática*. São Paulo : Saraiva, 1994, p. 53 ; HUCK, Hermes Marcelo; CASELLA, Paulo Borga (Org.). *Direito e Comércio Internacional.* Tendências e Perspectivas. Estudos em Homenagem ao Prof. Irineu Stranger.

Dolinger affirme que l'article 9 de la Loi d'introduction brésilienne « n'impose aucun obstacle au choix d'une autre loi que la *lex contractus* ».[314]

Une autre difficulté de la méthode conflictualiste est la qualification, selon laquelle les faits juridiques sont classés en catégories juridiques. La qualification est la première étape, et peut-être la plus importante, de cette méthode.[315] Jacob Dolinger définit le processus de qualification comme « le processus technico-juridique toujours présent dans le droit, par lequel les faits de la vie sont classés de manière ordonnée par rapport aux institutions créées par la loi ou par la coutume, afin de bien cadrer la première dans la seconde, trouvant ainsi la solution la plus adéquate et la plus appropriée aux différents conflits qui surviennent dans les relations humaines ».[316]

La théorie la plus classique de la qualification, résultat des travaux de Bartin au début du XXe siècle, lie la qualification, et les règles de conflit qui en résultent, à la *lex fori*. Pour l'auteur, le juge du fond ne cherchera pas dans d'autre droit que le sien la qualification de la question ; en effet, la qualification dépend invariablement de la *lex fori*, qui aura le dernier mot[317] :

> Chacun des deux juges éventuellement saisis, le juge français, le juge maltais, raisonnera pour soi : c'est la loi au nom de laquelle il rend la

---

São Paulo : LTr, 1994, p. 48.

314 DOLINGER, Jocob. *Direito Internacional Privado*. Parte Especial. v. 2, Rio de Janeiro : Renovar, 2007, p. 458. Traduction libre de l'original : « não impõe qualquer óbice à escolha de outra lei que a *lex contractus* ».

315 BARTIN, Etienne-Adolphe. La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit des lois. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 31, 1930, p. 618 : « le droit international privé tout entier […] repose, en dernière analyse, sur la doctrine des qualifications ».

316 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado.* Parte Geral. 4e éd. Rio de Janeiro : Renovar, 1996, p. 323. Traduction libre de l'original : « processo técnico-jurídico sempre presente no direito, pelo qual se classifica ordenadamente os fatos da vida relativamente às instituições criadas pela Lei ou pelo Costume, a fim de bem esquadrar as primeiras nas segundas, encontrando-se assim a solução mais adequada e apropriada para os diversos conflitos que ocorrem nas relações humanas ».

317 BARTIN, Etienne-Adolphe. La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit des lois. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 31, 1930, p. 589 : « le juge saisi ne demande jamais la qualification, c'est-à-dire la définition du rapport de droit litigieux, qu'à sa propre législation. D'où la règle que la qualification dépend invariablement – sauf le cas réservés – de la *lex fori* ».

> justice qui, pour lui, tranchera la difficulté. **La lex fori aura, sur ce point, le dernier mot**.[318]

Si la qualification devant les tribunaux étatiques est une tâche complexe, devant l'arbitre, elle entraîne des difficultés supplémentaires, comme nous l'analyserons ci-dessous.

3.1.2. De l'intérêt du Souverain à l'intérêt de l'individu

Les individus sont soumis aux dispositions de la loi et n'ont que peu, voire aucun, pouvoir quant à son application, bien que ce soient les individus eux-mêmes qui subiront les conséquences pratiques de l'application du droit. Ce sont leurs intérêts qui sont directement concernés par l'issue du litige (y compris la détermination du droit applicable).[319]

Cependant, les théories centrées sur l'État sont de plus en plus difficiles à justifier dans un monde qui, dans le même temps, garantit aux acteurs privés une liberté de négociation et de contrat de plus en plus grande. Dans le monde globalisé, aux frontières moins rigides, les États ont de moins en moins intérêt à interférer et à réglementer la résolution d'opérations qui concernent exclusivement le droit privé. En réponse, des théories qui placent l'individu au centre du débat voient le jour.

C'est avec Mancini que se produit un abandon décisif du principe de territorialité.[320] De sa théorie, on comprend que l'application du droit étranger par le juge national est une obligation de l'État souverain. Il est également du devoir de justice de l'État de respecter le droit de choisir des parties, dans les limites de son ordre public. Le principe de l'autonomie de la volonté commence donc à être reconnu. Et l'application des

---

318 BARTIN, Etienne-Adolphe. La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit des lois. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 31, 1930, p. 574 (soulignement ajouté).

319 LEHMANN, Matthias. Liberating the Individual from Battles between States : Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 41, pp. 413-414.

320 CORREIA, Antonio Ferrer. *Lições de Direito Internacional Privado I*. 8e éd. Coimbra : Almedina, 2000, p. 121.

méthodes de conflit de lois ne s'appliquerait qu'en l'absence d'un droit choisi par les parties.[321] Avec le développement du droit international privé, la *lex causae* devient également plus importante que la *lex fori*.

Dans la pratique actuelle, une telle évolution n'est pas achevée et les règles centrées sur l'État sont toujours d'application. Il est donc nécessaire de concilier les différents intérêts en jeu, ce qui rend la création de règles de conflit une tâche ardue. Ils reflètent généralement les **intérêts du for** et créent une solution artificielle aux questions de droit international : un problème qui, par définition, touche plus d'un système juridique est nationalisé de manière fictive.[322] En conséquence, les règles de conflit finissent par être trop vagues et exigent une profondeur qui n'est possible que dans la pratique juridictionnelle.[323] Un exemple est la règle de l'article 4(1), de la Convention de Rome,[324] qui prévoit que les contrats internationaux – lorsqu'aucun choix express n'est fait par les parties – sont régis par « la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits ».[325] Et par lien le plus étroit, on entend le lieu d'exécution caractéristique du contrat.[326]

---

321 CORREIA, Antonio Ferrer. *Lições de Direito Internacional Privado I*. 8e éd. Coimbra : Almedina, 2000, p. 123.

322 STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais do Comércio*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1986, p. 81 : « São contratos internacionais do comércio, todas as manifestações bi ou plurilaterais da vontade livre das partes, objetivando relações patrimoniais ou de serviços, cujos elementos sejam vinculantes de dois ou mais sistemas jurídicos extraterritoriais, pela força do domicílio, nacionalidade, sede principal dos negócios, lugar do contrato, lugar da execução, ou qualquer circunstância que exprima um liame indicativo de Direito aplicável ».

323 PETSCHE, Markus A. International Commercial Arbitration and the Transformation of the Conflict of Law Theory. *Michigan State Journal of International Law,* v. 18, n. 3, p. 460.

324 La Convention de Rome a été remplacée par le règlement Rome I pour tous les pays de l'Union Européenne, à l'exception du Danemark, où la Convention reste en vigueur. Disponible à l'adresse suivante : < https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=LEGISSUM%3Al33109 >.

325 COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE. Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, article 4(1) : « Dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Toutefois, si une partie du contrat est séparable du reste du contrat et présente un lien plus étroit avec un autre pays, il pourra être fait application, à titre exceptionnel, à cette partie du contrat de la loi de cet autre pays ».

326 COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE. Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, article 4(2) : « Sous réserve du paragraphe 5, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne

Toutefois, s'il ne suffisait pas que certains contrats complexes en droit international n'aient pas une prestation caractéristique – ou celle-ci soient très difficiles à identifier –,[327] la Convention de Rome elle-même permet aux tribunaux de ne pas tenir compte de la prestation caractéristique d'un contrat s'ils considèrent qu'il existe un élément de rattachement plus étroit.[328]

Le Règlement Rome I, qui a succédé à la Convention de Rome, a un raisonnement similaire. Son article 4(1) prévoit que la loi applicable aux contrats internationaux, à défaut de choix par les parties, est la loi du pays de la résidence habituelle du prestataire de la prestation caractéristique du contrat .[329] Toutefois, le paragraphe 3 du

---

morale, son administration centrale. Toutefois, si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle de cette partie, ce pays est celui où est situé son principal établissement ou, si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, celui où est situé cet autre établissement ».

327 Voir, dans ce sens, BERGER, Klaus Peter. *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*. 2e éd. La Haye : Londres : Boston : Kluwer Law International, 2010, p. 13.

328 COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE. Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, article 4(5) : « L'application du paragraphe 2 est écartée lorsque la prestation caractéristique ne peut être déterminée. Les présomptions des paragraphes 2, 3 et 4 sont écartées lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays ».

329 UNION EUROPÉENNE. Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), article 4(1) :

« 1. À défaut de choix exercé conformément à l'article 3 et sans préjudice des articles 5 à 8, la loi applicable au contrat suivant est déterminée comme suit:

a) le contrat de vente de biens est régi par la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle;
b) le contrat de prestation de services est régi par la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle;
c) le contrat ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble est régi par la loi du pays dans lequel est situé l'immeuble;
d) nonobstant le point c), le bail d'immeuble conclu en vue de l'usage personnel temporaire pour une période maximale de six mois consécutifs est régi par la loi du pays dans lequel le propriétaire a sa résidence habituelle, à condition que le locataire soit une personne physique et qu'il ait sa résidence habituelle dans ce même pays;
e) le contrat de franchise est régi par la loi du pays dans lequel le franchisé a sa résidence habituelle;
f) le contrat de distribution est régi par la loi du pays dans lequel le distributeur a sa résidence habituelle;
g) le contrat de vente de biens aux enchères est régi par la loi du pays où la vente aux enchères a lieu, si ce lieu peut être déterminé;
h) le contrat conclu au sein d'un système multilatéral qui assure ou facilite la rencontre de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers pour des instruments financiers, au sens de l'article 4, paragraphe 1, point 17), de la directive 2004/39/CE, selon des règles non

même article prévoit que, compte tenu de l'ensemble des faits concrets, étant entendu que le contrat présente un lien plus étroit avec un autre lieu, le juge peut faire abstraction de la règle générale mentionnée ci-dessus.[330]

Pour Ferrer Correia, en ce qui concerne le droit applicable aux obligations, il faut choisir entre le droit du lieu de *constitution* et ce du lieu *d'exécution* de l'obligation. Alors que le premier « est un fait accidentel et étranger à l'essence de l'obligation », le second « est de l'essence du rapport juridique ». Il conclut en indiquant que « c'est en respectant la nature des choses que **le lieu d'exécution est considéré comme le siège du rapport contractuel** ».[331]

Certes, du moins en ce qui concerne les contrats internationaux, ces règles ne s'appliquent que lorsque les parties n'ont pas choisi le droit régissant leur relation contractuelle.[332] En effet, il semble que le principe de l'autonomie de la volonté soit largement reconnu en droit international, qui présente l'avantage supplémentaire, outre la valorisation de la volonté de l'individu en ce qui concerne la régulation de ses relations de droit privé, de réduire le niveau d'incertitude résultant de l'application des règles de conflit.[333]

---

discrétionnaires et qui est régi par la loi d'un seul pays, est régi par cette loi. ».

330 UNION EUROPÉENNE. Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), article 4(3) : « Lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique ».

331 CORREIA, Antonio Ferrer. *Lições de Direito Internacional Privado I*. 8e éd. Coimbra : Almedina, 2000, pp. 118-119. Traduction libre de l'original : « é um facto acidental e estranho à essência da obrigação » ; « é da essência da relação jurídica » ; « é conforme à natureza das coisas que **o lugar do cumprimento seja considerado como a sede da relação obrigacional** » (soulignement ajouté). L'auteur ajoute que, selon la théorie de Savigny, pour la réglementation de la forme des actes juridiques, le lieu de célébration serait un lien suffisant pour la détermination du droit applicable, uniquement parce que « no lugar onde se pratica o acto jurídico, são muitas vezes de difícil conhecimento e outras de impossível observância as formalidades prescritas na lei reguladora da relação jurídica [que é a que naturalmente deveria ser aplicada] ».

332 En ce qui concerne plus particulièrement le droit brésilien, l'autonomie de la volonté de choisir le droit applicable n'est reconnue que lorsqu'une clause compromissoire est insérée dans le contrat, suite à la disposition de l'article 2 de la Loi d'arbitrage de 1996. Voir, pour plus de détails, le Chapitre 4 *infra*.

333 PETSCHE, Markus A. International Commercial Arbitration and the Transformation of the Conflict of Law Theory. *Michigan State Journal of International Law*, v. 18, n. 3, p. 466.

Batista Machado estime qu'une **loi qui veut être appliquée doit toujours l'être**.[334] Il défend l'idée que la qualification et les règles de conflit les mieux adaptées au cas spécifique doivent être appliquées, afin d'atteindre l'objectif de mieux rendre la justice propre au droit international privé :

> Il faut choisir le lien qui sert le mieux ces intérêts [ceux des lois qui veulent être appliquée, aussi que l'intérêt général de la collectivité], et ce lien devrait généralement être le plus intime ou le plus efficace (*the most significant connection*) – car ce sera **le lien auquel les attentes des individus directement ou indirectement concernés par la situation juridique se réfèreront le plus naturellement et le plus légitimement**, et en même temps le lien autour duquel une harmonie de solutions entre les lois concernées sera le plus probablement réalisée, ou du moins un « minimum de conflits » sera atteint.[335]

Nous ajouterions à l'idée de Batista Machado qu'il faut non seulement rechercher la loi qui veut être appliquée, mais aussi **celle que les parties souhaitent voir appliquée**. Quoi qu'il en soit, nous pouvons en déduire que le rationnel proposé par Bartin ne correspond plus à la réalité des théories du droit international privé.

Petsche soutient que, quelle que soit la méthodologie appliquée, en droit international, la neutralité matérielle entre les parties et le respect de l'autonomie de la volonté doivent être recherchés.[336] Par neutralité matérielle, l'auteur fait valoir que les parties devraient être sur un pied d'égalité en ce qui concerne les attentes et le niveau de prévisibilité des conséquences possibles de l'application de l'un ou l'autre des droits

---

334 MACHADO, João Baptista. *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis.* Limite das Leis e Conflito das Leis. Coimbra : Almedina, 1998, p. 36.

335 *Ibidem*, pp. 181-182. Traduction libre de l'original : « Há de optar-se pela conexão que melhor sirva estes interesses [os das leis que querem ser aplicadas, bem como o interesse geral da coletividade], e essa deve ser, em geral, a conexão mais íntima ou mais eficaz (*the most significant connection*) – pois tal **será a conexão à qual mais natural e legitimamente se referirá a expectativa dos indivíduos directa ou indirectamente interessados na situação jurídica** e ao mesmo tempo aquela à volta da qual com maior probabilidade se alcançará uma harmonia de soluções entre as leis interessadas ou, pelo menos, se logrará um "mínimo de conflitos" » (soulignement ajouté).

336 PETSCHE, Markus A. International Commercial Arbitration and the Transformation of the Conflict of Law Theory. *Michigan State Journal of International Law*, v. 18, n. 3, p. 466.

potentiellement applicables à cette relation. Par conséquent, l'application du droit national d'une partie au détriment du droit de l'autre partie les place *ab initio* dans une situation d'inégalité. La création d'une méthode appropriée de détermination du droit applicable est donc essentielle pour maintenir l'égalité des armes entre les parties, surtout dans le cadre d'un litige. **La détermination correcte du droit applicable par l'autorité juridictionnelle intègre, donc, le procès équitable**. Ainsi, en matière d'arbitrage, sa mauvaise application peut entraîner la nullité ou au refus de la reconnaissance des effets de la sentence arbitrale.

Pour Bermann, le droit international privé et l'arbitrage international ont la même fonction : résoudre les litiges transfrontaliers de droit privé de manière contraignante.[337] Néanmoins, il indique que les méthodes de droit international privé, ayant été conçues pour le règlement judiciaire des litiges, peuvent souvent ne pas convenir aux litiges arbitraux.[338] Il est donc impératif de les repenser.

3.1.3. L'application de la méthode classique en matière d'arbitrage

Si l'on considère que l'approche de la monolocalisation de l'arbitrage est valable et que le droit du siège de l'arbitrage se voit attribuer le rôle de *lex fori* – ou, comme le préfèrent les arbitralistes, de la *lex arbitri* – la détermination du droit applicable devrait être faite à partir des règles de conflit du siège. Ces règles doivent être analysées afin de vérifier la reconnaissance ou non de la loi d'autonomie, si les parties ont désigné le droit qu'elles souhaitent voir régir leurs relations, ou les catégories juridiques nécessaires à la qualification de la question et à son encadrement ultérieur dans les règles de conflit correspondantes.

---

337 BERMANN, George A. International Arbitration and Private International Law : General Course on Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law,* v. 381, 2016, p. 21.

338 *Ibidem*, p. 23.

C'est ce que Mann défendait lorsqu'il a accordé une telle importance au droit du siège de l'arbitrage.[339]

La première difficulté de la méthode est la qualification. En effet, la première étape de la méthode des conflits est la qualification de la question en catégories juridiques, qui indiquent la règle de conflit appropriée. Des questions ayant peu d'implications pratiques, comme nous le verrons dans la deuxième partie de cette thèse, deviennent pertinentes. Par exemple, la clause compromissoire est-elle un acte juridique matériel ou procédural ? Pour la méthodologie classique, sa classification dans l'une ou l'autre catégorie sera décisive pour déterminer le droit qui lui sera applicable.[340] Une autre question qui deviendra extrêmement importante est la catégorisation d'un arbitrage donné comme national ou international, puisque les implications pour la détermination du droit applicable seront tout aussi pertinentes.[341]

Les conséquences de l'adoption de la méthode classique seront analysées en détail pour chacune des questions analysées dans la deuxième partie de cette étude. D'une manière générale, on peut toutefois affirmer que le succès transnational de la Convention de New York et l'interprétation de ses règles de conflit en tant que localisatrices, en attribuant une importance particulière au siège de l'arbitrage, explique l'adoption fréquente des méthodes classiques dans la *praxis* arbitrale.[342]

---

339 MANN, F.A. Lex Facit Arbitrum. *Arbitration International*, v. 2, n. 3, 1986, pp. 241-261. L'article a été publié originalement en 1967 dans l'ouvrage *International Arbitration Liber Amicorum for Matin Domke*.

340 Voir le Chapitre 5 *infra*.

341 Voir le Chapitre 7 *infra*.

342 SERAGLINI, Christophe ; ORTSCHEIDT, Jérôme. *Droit de l'Arbitrage Interne et International.* Paris : Lextenso Éditions, 2013, p. 484

3.2. L'approche fonctionnaliste du conflit de lois : une valorisation des intérêts en jeu

En droit nord-américain – comme conséquence de la Révolution Américaine des conflits de lois[343] – découle une approche fonctionnaliste de la question des conflits de lois dirigée par Von Mehren et Trautman, qui privilégie l'intention des parties et le résultat matériel du processus de détermination du droit applicable.[344] Autrement dit, alors que l'approche traditionnelle privilégie la méthode en soi, décourageant la prise en compte du résultat final (pour éviter, entre autres, le *forum shopping*), l'approche fonctionnaliste

---

343 La Révolution Américaine, bien qu'elle ait été à l'origine de riches théories qui ont influencé le droit international privé dans son ensemble, présente une particularité intéressante : elle avait pour premier objectif de réglementer les conflits de lois entre États, compte tenu du système juridique et politique nord-américain, qui reconnaît aux États de la fédération une large autorité législative et juridique. Pour des explications sur la Révolution américaine, voir : FAWCETT, James ; CARRUTHERS, Janeen ; NORTH, Peter (ed.). *Cheshire, North & Fawcett : Private International Law.* 14e éd. Oxford : Oxford University Press, 2008, p. 27 ; MILLS, Alex. The Identities of Private International Law : Lessons from the U.S. and EU Revolutions. *Duke Journal of Comparative & International Law*, v. 23, 2013, p. 448 ; SYMEONIDES, Symeon C. *The American Choice-of-Law Revolution : past, present and future*. Hague Academy of International Law Monographs. Leiden : Martinus Nijhoff Publishers, 2006 ; VITTA, Edoardo. The Impact in Europe of the American Conflicts Revolution. *The American Journal of Comparative Law,* v. 30, n. 1, 1982. Pour les travaux ayant pour base la dite révolution, voir : REESE, Willis L. M. Conflict of Laws and the Restatement Second, Law and Contemporary Problems. *Law and Contemporary Problems,* v. 28, 1963, pp. 679-699 ; CURRIE, Brainerd. *Selected Essays on the Conflict of Laws*. Durham, North Carolina: Duke University Press, 1963 ; *Idem*. Notes on methods and objectives in the conflict of laws. *Duke Law Journal*, v. 8, n. 2, 1959 ; GRINSWOLD, Erwin. Mr. Beale and the Conflict of Laws. *Harvard Law Review*, v. 56, n. 5, 1943, pp. 690-694 ; CAVERS, David F. A Critique of the Choice-of-Law Problem. *Harvard Law Review*, v. 47, n. 2, 1933, pp. 173-208.

344 Pour une comparaison avec la méthode classique, voir : HAY, Peter. Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law Reflections on Current European and United States Conflicts Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law,* v. 226, 1991.

modifie l'ordre des facteurs pour privilégier le résultat[345] – c'est-à-dire la recherche matérielle de la justice[346] – au détriment de la méthode.[347]

Outre la théorie de von Mehren et de Trautman, plusieurs autres travaux pertinents résultent de la Révolution Américaine, notamment la théorie des intérêts gouvernementaux de Currie et les principes de préférence de Cavers. Ces théories défendent également un assouplissement des méthodes de conflit de lois, en les considérant non seulement comme un exercice mécanique pour la localisation d'une relation, mais en prenant en compte pour leur analyse les questions de fond et d'ordre public, en plus du résultat découlant de l'application d'un droit donné.[348]

---

345 En ce qui concerne la valorisation de la méthode par rapport à la justice matérielle, les questions posés par Fernández Arroyo sont intéressantes : « La misma reivindicación de que al derecho internacional privado sólo le interesaba la (pretendida) justicia localizadora […] y no la justicia material o justicia a secas es posiblemente la manifestación más clara de la gravedad de este trastorno. ¿Cómo puede aceptarse que un estudioso del derecho reivindique que a la rama del derecho a la que se dedica sólo le interesa una justicia instrumental y no la justicia en sí? ¿Qué tipo abyecto de disciplina jurídica es esa que invoca para sí el dudoso mérito de la exclusividad de la impartición de una "justicia" específica diferente, por definición, de la Justicia? ». FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. El derecho internacional privado em el diván. Tribulaciones de un ser complejo, *in Derecho internacional privado y Derecho de la integración*. Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano. Asunción : CEDEP, 2013.

346 SYMEONIDES, Symeon C. The American Revolution and the European Evolution in Choice of Law : Reciprocal Lessons. *Tulane Law Review*, v. 82, n. 5, 2008, p. 1746 : « All rules were denounced in favor of 'approaches', issue-by-issue analysis and dépeçage became the new terms du jour, material justice became an overt goal, unilateralism was resurrected, and the principle of territoriality lost significant ground to personality, especially in contract conflicts. Indeed, from the perspective of methodology, general philosophy, and even terminology, the choice-of-law revolution has instigated significant and, in many respects, beneficial changes ».

347 Bien que précurseurs de l'approche fonctionnaliste, von Mehren et Trautman n'ont pas proposé de s'écarter de la méthode. Pour les auteurs, la méthode était la garantie d'une uniformité dans l'application du droit international privé. Leur théorie est basée sur la modification de l'axe d'analyse, de la rigueur et de la méthode fermée à l'examen de la fonction de chacune des lois qui est éventuellement applicable selon l'application de la méthode. MEHREN, Arthur Taylor von ; TRAUTMAN, Donald T. *The law of Multistate Problems.* Boston : Little, Brown and Co, 1965, p. 76 : « we speak of a functional approach or analysis, one that aims at solutions that are the rational elaboration and application of the policies and purposes underlying specific legal rules and the legal system as a whole » ; p. 78 : « Choice-of-law problems are difficult enough when the analysis is limited to elements capable of rational evaluation. However, much contemporary thinking about these problems, instead of advancing understanding, serves rather to introduce an element of unpredictability or irrationality which must always defy analysis. A properly worked-out functional analysis should at least eliminate this unmanageable dimension of the choice-of-law problem ».

348 HASSON, Felipe. *Direito Internacional Privado e Liberdades :* A Dimensão Funcional voltada ao Desenvolvimento Humano. Thèse (Doctorat) – Faculté de droit, Université fédérale du Paraná. Curitiba, 2018, pp. 84-85 ; REIS, Gabriel Valente dos. *Por uma análise Cosmopolita da Determinação da Lei*

Ainsi, les doctrines issues de la Révolution Américaine tendent à s'éloigner de l'appréciation de la méthode et commencent à privilégier, dans un premier temps, la recherche du conflit réel (**3.2.1**), dans le but ultime de trouver la règle la plus appropriée pour régler la question (**3.2.2**). Cela exige une analyse substantielle du droit potentiellement applicable et non pas son application « à l'aveugle », simplement parce que la règle de conflit l'a indiqué.[349] Dans la pratique arbitrale, l'analyse fonctionnaliste du droit international privé a des conséquences importantes (**3.2.3**).

3.2.1. La recherche d'un conflit réel : retour du *lex forism*

Il existe deux méthodologies propres aux théories issues de la Révolution Américaine : la sélection des règles et le faux conflit.

La méthodologie du faux conflit vise à « filtrer » les situations qui se traduisent par un véritable conflit d'incidence des lois dans l'espace de celles où le conflit ne se produirait qu'au niveau théorique. « C'est une méthode de détermination du droit applicable axée sur le résultat, soucieuse de la qualité de la justice matérielle qui résulte du processus de conflit de lois ».[350]

La méthode du « faux conflit » est l'un des fondements de l'analyse fonctionnaliste du droit international privé.[351] Son courant strict nie les règles classiques de conflit et s'écarte de la méthode de qualification – qui résulte de la relation entre une catégorie juridique et un élément de rattachement pour la localisation géographique de la question posée. En conséquence, les règles du droit international et transnational sont également prises en compte par le juge et l'application de règles strictement nationales – y

---

Aplicável. Memoire (Master) – Faculté de droit, Université de São Paulo, 2012.

349 CARRUTHERS, Janeen ; FAWCETT, James ; NORTH, Peter (ed.). *Cheshire, North & Fawcett : Private International Law.* 14e éd. Oxford : Oxford University Press, 2008, p. 27.

350 GRIGERA NAÓN, Horacio A. Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 289, 2001, p. 31. Traduction libre de l'original : « It is then a result-oriented choice-of-law methodology concerned with the quality of the substantive justice attained as a result of the choice-of-law process ».

351 SHAMAN, Jeffrey M. The Choice of Law Process : Territorialism and Functionalism. *William and Mary Law Review*, v. 22, n. 2, 1980, p. 228.

compris celles d'application impérative ou d'ordre public – est désormais remise en cause.[352] Elle se distingue également de la méthode classique en ce qu'elle privilégie l'analyse individuelle des questions en litige, en attribuant à chacune d'elles le droit applicable approprié au détriment de l'utilisation des catégories plus larges (par exemple, elle ne s'intéresse pas à la catégorie générique « contrat », mais à la catégorie spécifique « résiliation unilatérale du contrat » ou « nullité d'une clause contractuelle »).

Le faux conflit se produit dans les situations suivantes : (i) les cas où les droits des deux États sont identiques ; (ii) les cas où les droits des deux États, bien que différents, aboutissent au même résultat ; (iii) les cas où les droits des deux États sont différents mais où un seul d'entre eux a un intérêt à ce que son droit soit appliqué ; (iv) les cas où les droits des deux États sont différents et où les deux ont un intérêt à ce que leur droit soit appliqué, mais où le droit du for prévoit des mécanismes pour interpréter ces intérêts ; (v) les cas où les deux États n'ont aucun intérêt à ce que leur droit soit appliqué ; (vi) les cas où le droit étranger ne fait pas partie du fondement de la décision mais n'est pris en compte qu'à titre de *datum* ; (vii) les cas où les parties argumentent sur la base d'un seul des droits en contact avec le litige.[353]

En d'autres termes, le faux conflit peut survenir lorsqu'il est constaté qu'aucun droit n'est destiné à s'appliquer de manière extraterritoriale à ce litige ou à cet aspect de l'affaire, ou lorsqu'il résulte d'une telle analyse que seul un corps de règles est destiné à s'appliquer, puisque ceux qui ont un lien avec le litige ne revendiquent pas leur application exclusive. Dans le premier cas, l'autonomie de la volonté des parties et de l'autorité juridictionnelle dans la détermination du droit applicable est privilégiée ; dans le second, le droit qui présent le lien le plus étroit avec le litige ou l'intérêt à être appliquée prévaudra.

Le courant plus général définit le faux conflit comme la convergence des solutions attribuées à un litige par les différents régimes juridiques nationaux ou anationaux qui ont un lien avec celui-ci. Cela peut se produire lorsque les règles

---

352 Sur l'application des règles d'application immédiate ou d'ordre public, voir le Chapitre 4 *infra*.

353 WESTEN, Peter Kay. False Conflicts. *California Law Review*, v. 55, 1967, p. 74 et ss. Disponible à l'adresse suivante : <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol55/iss1/4>.

matérielles sont identiques ou renvoient à la même solution, lorsque les règles de conflit désignent la même règle matérielle applicable ou lorsqu'il n'est pas nécessaire de renvoyer à une loi nationale matérielle pour résoudre le différend.[354]

Le problème de la technique du faux conflit est qu'elle implique un procesus analytique en deux étapes. La première consiste à classer le conflit comme vrai ou faux à partir de l'analyse des droits qui peuvent (ou non) avoir un intérêt à être appliqués. Face à un conflit réel, la deuxième étape consiste à résoudre le conflit. Cela représente un retour aux techniques de sélection des règles de la méthodologie classique.

La détermination du droit applicable sur la base de la sélection des règles permet de se passer d'une méthodologie intermédiaire telle que l'application des règles de conflit de lois et met l'accent sur le choix entre d'éventuelles règles matérielles qui ont un lien avec un rapport juridique donné. Sur la base de cette identification, une analyse des intérêts est effectuée pour vérifier quelle règle a le plus d'intérêt légitime à être appliquée.

Currie, considéré comme le père de la théorie des intérêts gouvernementaux, a fait valoir que pour vérifier la nature du conflit, il fallait procéder à une analyse des intérêts gouvernementaux en jeu et que, face à un véritable conflit – c'est-à-dire lorsque plusieurs systèmes ont intérêt à réglementer une relation juridique – il fallait appliquer la méthode classique du conflit de lois et, par conséquent, la loi du for.[355] L'analyse des intérêts gouvernementaux sert exclusivement à vérifier l'existence d'un conflit réel ou faux et ne sert pas à déterminer le droit applicable lui-même. La théorie des intérêts gouvernementaux se reflète dans le *Restatement (Second) of the Conflict of Laws* de l'American Law Institute (le « *Restatement (Second)* »).[356]

---

354 GRIGERA NAÓN, Horacio A. Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law,* v. 289, 2001, p. 33.

355 CURRIE, Brainerd. *Selected essays on the conflict of laws*. Durham, North Carolina : Duke University Press, 1963.

356 ETATS-UNIS. American Law Institute, *Restatement (Second) of Conflict of Laws*. Philadelphie, 1971. Les Restatements of the Law sont des recueils créés par l'American Law Institute pour « réaffirmer » le droit établi par les précédents judiciaires, ils ont la nature d'une source secondaire du droit américain et ont le juge pour son destinataire principal.

Les critiques font valoir qu'il s'agit d'une méthodologie qui favorise en fin de compte le droit du for et représente un abandon des conquêtes de l'internationalisation du droit international privé. En outre, il privilégie l'activité législative du juge, qui sera chargé de l'analyse des intérêts en jeu. Enfin, il est vrai que les tribunaux américains fondent leur droit sur cette théorie, mais la grande majorité des affaires concernent, en réalité, des conflits interétatiques et non internationaux à proprement parler (et lorsqu'ils sont internationaux, ils impliquent des États dont les systèmes juridiques sont très similaires).[357] Un problème important se pose également lorsque le conflit implique trois systèmes juridiques, dont l'un est celui du for, qui n'a aucun intérêt à s'appliquer. Currie n'offre aucune solution pour résoudre le conflit entre les deux ordres étrangers.

Bien qu'elle se concentre également sur les conflits interétatiques, l'approche du *comparative impairment* (que l'on pourrait traduire approximativement par préjudice ou dommage comparé) tente de remédier à certaines des lacunes de la méthodologie d'inspiration en proposant une étape supplémentaire à la théorie de Currie pour permettre au juge d'effectuer une analyse comparative des intérêts des juridictions en conflit afin de voir pour laquelle il y aurait un plus grand préjudice si le droit de l'autre était appliqué.[358]

Pour tenter de résoudre les difficultés de la méthode des faux conflits, Cavers introduit l'idée de principes de préférence – une liste de principes à appliquer face à un conflit réel, qui ressembl beaucoup aux règles de conflit classiques – pour décider entre les politiques sous-jacentes aux droits en conflit afin d'obtenir la solution finale la plus équitable.[359] En raison de l'application de ses principes, la territorialité, plutôt qu'un point de départ, devient finalement une conséquence naturelle.[360]

---

357 CARRUTHERS, Janeen ; FAWCETT, James ; NORTH, Peter (ed.). *Cheshire, North & Fawcett : Private International Law.* 14e éd. Oxford : Oxford University Press, 2008, p. 30.

358 BAXTER, William F. Choice of Law and the Federal System. *Stanford Law Review*, v. 16, n. 1, 1963, pp. 1-42. Voir, aussi : ETATS-UNIS. Cour suprême de la Californie, 18 sep. 1978, *Offshore Rental Company, Inc. et al. vs. Continental Oil Company* : « the comparative impairment approach to the resolution of true conflicts attempts to determine the relative commitment of the respective states to the laws involved. The approach incorporates several factors for consideration: the history and current status of the states' laws; the function and purpose of those laws ».

359 CAVERS, David F. *The choice of law process*. Ann Arbor : University of Michigan Press, 1965. *Idem*.

3.2.2. La recherche de la meilleure loi (*« better law approach »*)

Il est presque impossible de parler de la Révolution Américaine de conflits de lois sans mentionner également *Restatement (Second)*.[361] Inspiré des théories classiques des règles de conflit, mais avec plus de souplesse, le *Restatement (Second)* établit une série de règles pour déterminer le droit applicable en fonction de facteurs de rattachement. Ces facteurs prennent en considération des intérêts en jeu, des politiques du for et des autres juridictions intéressées à la réglementation de la question, de la protection des attentes légitimes, des politiques d'un domaine juridique donné, de la prévisibilité, de la certitude et de l'uniformité du résultat, ainsi que de la faillite de la détermination et de l'application du droit résultant du processus.[362] En d'autres termes, le *Restatement* n'adopte pas une méthode rigoureuse et fermée qui ne tient pas compte des éléments subjectifs de la relation juridique, mais des règles ouvertes et flexibles qui indiquent plus d'une solution possible.

Contemporary Conflicts Law in American Perspective. *Recueil des Cours*, v. 131, 1970, p. 153 (« Indeed, in The Choice-of-Law Process I explicitly proposed the recourse to the principles 'only when a question of choice has not been foreclosed by a valid statute of the forum and when it is evident from an inspection of the laws in conflict, in the light of their purposes and the circumstances of the case, that the conflict is neither false nor readily to be avoided' »).

360 TWERSKI, Aaron. Enlightened Territorialism and Professor Cavers : The Pennsylvania Method. *Duquense Law Review*, v. 9, 1970, p. 374.

361 ETATS-UNIS. American Law Institute, *Restatement (Second) of Conflict of Laws.* Philadelphie, 1971. La deuxième édition du *Restatement* consacrée aux conflits de lois a représenté un changement de paradigme dans le droit américain des conflits. Dans son paragraphe 6, il a établi les principes directeurs du nouveau droit sur les conflits :

« §6. Choice-Of-Law Principles
(1) A court, subject to constitutional restrictions, will follow a statutory directive of its own state on choice of law.
(2) When there is no such directive, the factors relevant to the choice of the applicable rule of law include
(a) the needs of the interstate and international systems,
(b) the relevant policies of the forum,
(c) the relevant policies of other interested states and the relative interests of those states in the determination of the particular issue,
(d) the protection of justified expectations,
(e) the basic policies underlying the particular field of law,
(f) certainty, predictability and uniformity of result, and
(g) ease in the determination and application of the law to be applied ».

362 CARRUTHERS, Janeen ; FAWCETT, James ; NORTH, Peter (ed.). *Cheshire, North & Fawcett : Private International Law.* 14e éd. Oxford : Oxford University Press, 2008, p. 33.

Il n'a pas non plus l'appréciation excessive que la méthodologie classique a par rapport au for, ni pour le faux conflit qui guide la plupart des théories américaines.

Leflar propose que les tribunaux résolvent le conflit en tenant compte de facteurs de choix qui comprennent : la prévisibilité du résultat, le maintien de l'ordre interétatique et international, la simplification de la tâche juridictionnelle, la garantie des intérêts gouvernementaux du for et, enfin, l'application de la meilleure règle de droit disponible (*i.e.*, la *better rule of law*).[363] Tous ces facteurs, sauf le dernier, ont été inclus dans le *Restatement (Second)*.

En pratique, la recherche de la meilleure règle conduit au *lex forisme*, car les tribunaux nationaux ont tendance à considérer le droit de leur for comme le meilleur, le plus approprié, pour résoudre les litiges qui leur sont soumis. Une autre critique est qu'il ne faut pas laisser à un juge national le soin de porter un jugement de valeur sur la qualité du droit étranger.[364] En matière d'arbitrage, cela ne poserait pas de problème puisque l'arbitre n'a pas de for.

La *better law approach* est peut-être mieux illustrée par le précédent Babcock, dans lequel la Cour d'Appel de l'État de New York, dans un procès sur la responsabilité découlant d'un d'accident routier survenu en Ontario, au Canada, a dû faire face à un problème de conflit de lois. En l'espèce, le conducteur et le passager invité, tous deux résidant dans l'État de New York, se sont rendus en Ontario pour faire des achats. Au retour, il y a eu une collision et le passager a été blessé, il a donc réclamé des dommages et intérêts. Selon les règles de conflit traditionnelles, le droit du lieu du délit (*lex loci delicti*) devrait s'appliquer, mais le tribunal a estimé que l'affaire était plus étroitement liée à l'État de New York et que son droit serait donc plus approprié pour résoudre la question.[365]

---

363 LEFLAR, Robert. *American Conflicts of Law*. 4e éd. New York : Michie Company, 1986, pp. 277-279.

364 CARRUTHERS, Janeen ; FAWCETT, James ; NORTH, Peter (ed.). *Cheshire, North & Fawcett : Private International Law*. 14e éd. Oxford : Oxford University Press, 2008, p. 34.

365 ETATS-UNIS. Cour d'appel de New York, 9 mai 1963, *Babcock vs. Jackson*, 12 NY2d 473, p. 478 : « Comparison of the relative 'contacts' and 'interests' of New York and Ontario in this litigation, vis-à-vis the issue here presented, makes it clear that the concern of New York is unquestionably the greater

De ce qui précède, il est possible de voir, cependant, que la Révolution Américaine a vieilli.[366] Et a fait place à de nouvelles théories, notamment influencées par l'école de Chicago et son analyse économique du droit.[367]

L'analyse économique du conflit de lois vise à examiner la relation entre les systèmes juridiques du point de vue économique ; c'est ce que les théoriciens des systèmes appellent le couplage structurel. Ici aussi, l'analyse s'éloigne des États souverains pour se concentrer sur l'individu, consolidant ainsi une **approche privatiste du conflit de lois**. L'approche économique est mieux adaptée aux nouvelles réalités de la mondialisation, de l'intégration régionale et du procès d'uniformisation du droit au niveau international.[368]

3.2.3. L'application de l'approche fonctionnaliste dans l'arbitrage

Après avoir effectué une analyse empirique de plusieurs sentences arbitrales rendues conformément aux règles de la CCI, et clairement inspiré par la théorie des faux conflits, Grigera Naón a identifié ce qu'il appelle le « *arbitral choice-of-law* » (que l'on pourrait traduire par « approche arbitrale du conflit de lois »). Il souligne les caractéristiques d'une telle approche : (i) l'accent mis sur le résultat, au détriment de la neutralité invoquée par la méthode classique ; (ii) la tendance des arbitres à rechercher des solutions qui sont soit communes à celles qui découlent des lois matérielles et des règles de conflit des ordres juridiques ayant un connexion avec la cause, soit qui découlent de

---

and more direct and that the interest of Ontario is at best minimal. The present action involves injuries sustained by a New York guest as the result of the negligence of a New York host in the operation of an automobile, garaged, licensed and undoubtedly insured in New York, in the course of a weekend journey which began and was to end there. In sharp contrast, Ontario's sole relationship with the occurrence is the purely adventitious circumstance that the accident occurred there ».

366 MICHAELS, Ralf. After the Revolution – Decline and Return of U.S. Conflicts of Laws. *Yearbook of Private International Law*, v. 11. Köln : Verlag Dr. Otto Schmidt, 2009. Disponible à l'adresse suivante : < https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/2129/>. Accès le 22 oct. 2020.

367 BASEDOW, Jürgen ; KONO, Toshiyuki ; RUHL, Gisela (ed.). *An Economic Analysis of Private International Law*. Tübingen : Mohr Siebrek Ek, 2006 ; KEYES, Mary ; POSNER, Richard A. ; WHINCOP, Michael J. *Policy and Pragmatism in the Conflict of Laws*. Londres : Routledge, 2001.

368 CARRUTHERS, Janeen ; FAWCETT, James ; NORTH, Peter (ed.). *Cheshire, North & Fawcett : Private International Law*. 14e éd. Oxford : Oxford University Press, 2008, p. 36 ; ECKART, Gottschalk ; HEIN, Jan von ; RALF, Michaels ; RÜHL, Gisela. *Conflicts of Law in a Globalized World.* Cambridge : Cambridge University Press, 2007.

principes universels ou largement reconnus ; (iii) la prise en compte des règles d'application immédiate (le lois de police) ou d'ordre public, même s'il existe une tendance à les appliquer de manière à favoriser à la fois la reconnaissance de la sentence arbitrale par les agents privés et publics, et à contribuer à la création de règles impératives et d'ordre public internationalement reconnues, et (iv) le privilège d'une analyse téléologique des différentes méthodes de conflit de lois pour appliquer le droit qui veut effectivement être appliqué pour la résolution du litige.[369] Nous ajouterions un dernier point à la liste, pour inclure la nécessité d'analyser effectivement quel droit les parties souhaitent voir appliquer.

Grigera Naón souligne que, en raison de la nature de l'approche fonctionnaliste, c'est celle qui convient le mieux pour déterminer le droit applicable dans l'arbitrage commercial international. En effet, les arbitres ont tendance à **privilégier l'intention et les attentes légitimes des parties** et à honorer la mission qui leur est confiée, surtout si l'on considère qu'ils sont investis d'un pouvoir juridictionnel.[370]

A partir de son analyse des sentences arbitrales, Grigera Naón a constaté que les tribunaux arbitraux ont tendance à appliquer la méthode du « faux conflit » même lorsqu'ils semblent s'écarter de toute méthode indirecte de détermination du droit applicable et appliquer directement le droit matériel qu'ils jugent approprié par voie directe. Il souligne également qu'il est courant que les arbitres appliquent plusieurs méthodes de détermination du droit applicable dans une même affaire, ce qui contribue à ce que les approches strictes et génériques de la méthode du faux conflit soient appliquées conjointement. L'utilisation concomitante des deux approches renforce l'idée que la méthode fonctionnaliste du droit international privé souhaite s'éloigner de toute théorie rigide de détermination du droit applicable, en privilégiant les théories qui cherchent une solution matérielle à la question.[371]

---

369 GRIGERA NAÓN, Horacio A. Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 289, 2001, p. 29.

370 *Ibidem*, p. 28.

371 GRIGERA NAÓN, Horacio A. Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration.

L'auteur a constaté que 77% des arbitrages initiés en 2000 comportaient une clause de droit applicable et, parmi ceux-ci, 75% indiquaient un droit national pour régir leurs litiges. En d'autres termes, il s'agit d'une minorité de cas où il appartient exclusivement aux arbitres de déterminer le droit applicable, du moins en ce qui concerne le fond du litige. Ces données sont confirmées par la dernière édition des statistiques de la CCI, selon laquelle dans 88% des cas les parties ont expressément choisi le droit applicable au fond, et seulement dans 1% de ces cas le choix s'est porté sur des règles a-nationales.[372] Les statistiques démontrent qu'il est essentiel pour les agents du commerce international d'avoir un niveau de prévisibilité et de certitude quant à l'issue possible des litiges pouvant découler de leurs contrats, et donc de pouvoir les inclure dans le bilan de leurs coûts de transaction. Pour cette même raison, le modèle classique de détermination du droit applicable se heurte à un tel rejet.

Cela étant, l'importance des règles de détermination du droit applicable en matière d'arbitrage n'en est pas réduite pour autant. En effet, même lorsque les parties choisissent expressément le droit applicable, des questions peuvent se poser qui nécessitent une analyse plus approfondie par les arbitres. On peut citer comme exemple la nécessité de déterminer si des règles d'application immédiate ou d'ordre public, appartenant à des systèmes juridiques autres que celui dont le droit a été choisie par les parties, doivent être appliquées dans le but d'assurer le caractère exécutoire de la sentence arbitrale.[373] Un autre exemple possible est la nécessité de déterminer si le droit choisi par les parties s'applique également à des questions telles que la validité de la clause compromissoire, la validité de la sentence, la prescription, etc.[374]

En outre, sur le fond, il est à noter que, dans de nombreux arbitrages, les décisions se fondent davantage sur une analyse approfondie des faits et des mémoires et

---

Collected Courses of the Hague Academy of International Law, v. 289, 2001, p. 34.

372 CCI. ICC Dispute Resolution 2019 Statistics, p. 15. Disponible à l'adresse suivante : < https://iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics/ >. Accès le 28 déc. 2020.

373 Sur l'application des règles d'application immédiate ou d'ordre public, voir le Chapitre 4 *infra*.

374 Pour la vérification concrète des modalités de détermination du droit applicable, voir la Partie II de cette thèse.

arguments présentés par les parties que sur les règles juridiques elles-mêmes. Dans cette optique il ne semble pas judicieux d'exiger des juges qu'ils engagent une procédure coûteuse – en termes de temps et de ressources – pour la détermination d'un droit applicable qui n'aura que peu – voire pas – de pertinence pour l'issue finale du litige.

3.3. L'approche arbitrale des conflits de lois : une adaptation des théories classiques

Dans l'arbitrage, **il n'y a pas de *lex fori*** ; l'arbitre n'a pas de for.[375] Et s'il n'a pas de for, il n'a pas de règle de conflit. Au moins en ce qui concerne la règle de conflit national, elle est subordonnée au pouvoir souverain des systèmes juridiques nationaux. Si, comme nous l'avons vu, même en droit international privé l'attachement excessif au for n'a pas de sens aujourd'hui, le maintien de cet attachement en matière d'arbitrage en a encore moins.

En partant de l'approche multilocalisée de l'arbitrage, il convient de s'interroger sur la manière de déterminer les droits applicables aux situations qui font l'objet de l'arbitrage (les plus importants et les plus récurrents sont le droit applicable à la procédure, à la clause compromissoire et à l'arbitrabilité, à la preuve, au fond[376] et – même si la doctrine en parle moins – à la validité et à l'efficacité de la sentence arbitrale). Certains auteurs proposent, en conséquence, la création d'une méthode spécifique pour ces

---

375 OPPETIT, Bruno. *Théorie de l'arbitrage*. Paris : PUF, 1998. La création de la célèbre maxime « l'arbitre n'a pas de pas de for » est attribuée a Oppetit. Actuellement utilisée pour justifier la théorie de l'arbitrage délocalisé, son origine fait cependant référence au désengagement de l'arbitre des règles de conflit du droit international privé pour vérifier le droit matériel applicable.

376 Le droit applicable au fond ne sera pas analysé dans cette étude, comme expliqué dans les notes introductives. Pour des études sur le sujet, en plus de celles déjà citées, voir : LEE, João Bosco. A Lei 9.307/96 e o Direito Aplicável ao Mérito do Litígio na Arbitragem Comercial Internacional. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 11/2001, Jan - Mar 2001, pp. 347-359. Republié dans *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, vol. 5/2014, Set 2014, pp. 425-440 ; VICENTE, Dário Moura. *Da Arbitragem Comercial Internacional. Direito Aplicável ao Mérito da Causa.* Coimbra : Coimbra Editora, 1990 ; STRAUBE, Frederico Gustavo ; SOUZA, Marcelo Junqueira Inglez de ; GAGLIARDI, Rafael Villar. Leis Aplicáveis à Arbitragem, *in* BASSO, Maristela ; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (org.). *Arbitragem Comercial : Princípio, Instituições e Procedimentos – A prática no CAM-CCBC*. São Paulo : Marcial Pons, 2013, pp. 131-164. Pour une étude sur le droit applicable à la prescription, voir : NUNES, Thiago Marinho. *Arbitragem e Prescrição*. São Paulo : Atlas, 2014.

situations, déconnectée des solutions propres aux droits nationaux. À cette fin, il est possible d'utiliser le droit international privé classique – national – comme base de ces qualifications, bien qu'il ne doive pas être le seul paramètre utilisé.

En effet, l'efficacité du droit national est limitée par son territoire, comme le montre la leçon de Batista Machado :

> Par conséquent, ce plan indique également que « les systèmes juridiques nationaux semblent contenir en eux-mêmes (...) un principe limitant leur champ d'application » et souligne que le phénomène de délimitation de l'applicabilité des droits nationaux est universel.[377]

Il est donc essentiel de relativiser et de revisiter certains concepts classiques du droit international privé afin de les adapter à une nouvelle réalité : le contentieux hors des limites territoriales des États ; c'est-à-dire, hors du système du droit national. Toutefois, il faut garder à l'esprit qu'une simple transposition à l'arbitrage des techniques propres à la méthode du conflit, telles que la qualification (**3.3.2**) et la question préalable (**3.3.3**), ne suffit pas ; elles doivent être adaptées en tenant compte des problèmes spécifiques de détermination du droit applicable en matière d'arbitrage (**3.3.1**).

3.3.1. Questions spécifiques relatives à la détermination du droit applicable en matière d'arbitrage

Parmi les problèmes de la détermination du droit applicable en matière d'arbitrage, celui lié au choix du droit procédural attire davantage l'attention.[378] L'application du droit procédural du siège de l'arbitrage semble être automatique et peu contestée, bien qu'elle soit, à notre avis, conceptuellement erronée. Kaufmann-Kauhler

---

377 CORREIA, Antonio Ferrer. *Lições de Direito Internacional Privado*. Coimbra : Policopiado, 1969, p. 283 *apud* MACHADO, João Baptista. *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis*. Limite das Leis e Conflito das Leis. Coimbra : Almedina, 1998, p. 6. Traduction libre de l'original : « Por isso, também neste plano se afirma que "os ordenamentos jurídicos nacionais parecem conter necessáriamente em si (...) um princípio limitador da sua esfera de aplicação" e se saliente que o fenómeno da delimitação da aplicabilidade dos direitos nacionais é universal ».

378 La détermination du droit procédural dans les arbitrages sera examinée en détail au Chapitre 6 *infra*.

rappelle que cette règle, en réalité, découle du droit international public, comme une forme de protection et de confirmation de la souveraineté des États nationaux :

> Il est vrai que devant la justice étatique le respect de la *lex fori* s'impose en vertu d'une règle de droit international public, qui attribue à chaque État la compétence exclusive dans l'établissement de son organisation interne, y compris de son pouvoir judiciaire. Ainsi, un tribunal rendant la justice au nom de la souveraineté française est compétent en vertu de la loi française et appliquera la procédure prévue par la loi française.
>
> Cela signifie que, devant le juge, l'application de la *lex fori* à la procédure **ne résulte pas d'une règle de conflit ; elle est une émanation de la souveraineté étatique**. […] En effet, le raisonnement lié à la souveraineté étatique est étranger à la mission de l'arbitre, qui tient ses pouvoirs de la volonté des parties.[379]

En partant de cette hypothèse, il reste clair qu'il n'y a pas de raison d'être dans l'arbitrage, puisqu'il n'y a pas de relation de souveraineté étatique entre les arbitres et le pouvoir souverain du territoire où l'arbitrage a lieu. En outre, comme on l'a vu tout au long de cette étude, il est entendu que l'attribution du pouvoir juridictionnel aux arbitres pour juger certaines questions découle, en fin de compte, de choix législatifs faits par les États nationaux, qui choisissent de soustraire à leur sphère de contrôle exclusive – c'est-à-dire à leur relation souveraine avec l'autorité juridictionnel – certaines questions spécifiques, qui sont couvertes par ce qu'on appelle l'arbitrabilité objective.

Il serait incohérent, d'une part, d'attribuer un pouvoir juridictionnel aux arbitres et, d'autre part, de vouloir les maintenir dans leur sphère d'influence en exigeant que le droit national lui-même s'applique à l'affaire.

Bien que ce soit l'interprétation de Kaufmann-Kauhler, l'auteur considère que l'arbitre, bien que ne disposant pas la *lex fori*, dispose de la *lex arbitri*, qu'elle attribue

---

379 KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. La Qualification en Arbitrage Commercial International. *Droit International Privé.* Travaux du Comité Français de Droit International Privé. Paris : A. Pedone, 2013, p. 301 (soulignement ajouté).

comme étant le droit du siège de l'arbitrage, allant même jusqu'à dire que l'arbitre peut qualifier sur la base de la *lex arbitri*. En d'autres termes, elle nie sa propre déclaration précédente, ne faisant que transversaliser le concept de *lex fori* avec une autre dénomination, ce qui justifierait l'application du droit procédurale du siège.

Nous comprenons que le droit du siège n'a pas vocation à s'appliquer automatiquement et de manière générique aux questions soumises à l'arbitrage. Les droits applicables sont ceux choisis par les parties et, en leur absence, ceux déterminés par les arbitres, étant guidés par la pratique et par les instruments internationaux d'unification du droit, en plus de la méthode comparative. Les arbitres peuvent également analyser les éléments de rattachement de la situation concrète pour vérifier quelles règles sont les plus appropriées au cas d'espèce, étant entendu que le siège – simple indication géographique, souvent en raison de questions pratiques – ne doit pas être considéré comme un élément de rattachement fort, au point d'en dépasser d'autres beaucoup plus révélateurs de la volonté des parties.

Il n'y a pas non plus de consensus sur le droit applicable pour régir la clause compromissoire. Bien que la jurisprudence anglaise reconnaisse être le siège de l'arbitrage, librement choisi par les parties, l'élément de rattachement le plus fort pour la détermination du droit applicable à la clause compromissoire,[380] la doctrine spécialisée estime qu'il est plus adéquat que le droit applicable à la convention d'arbitrage accompagne le droit appropriée au contrat.[381]

En effet, les arbitres prennent généralement en compte la volonté des parties – même tacite – et des facteurs de rattachement du rapport juridique en question pour déterminer le droit qui lui est applicable. Pour les litiges contractuels, en particulier ceux qui relèvent du droit anglo-saxon, l'application du droit appropriée au contrat est courante :

---

380 COSTA, José Augusto Fontoura. A vontade e a forma : a percepção da arbitragem no caso do contrato de seguro do Projeto Jirau. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 38, 2013, pp. 35-60.

381 GRIGERA NAÓN, Horacio A. Choice of Law problems in international commercial arbitrations. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 289, 2001, p. 35 : « For example the proper law of the contract normally governs the validity of the arbitration clause ».

> Le choisi droit applicable au fond du litige peut affecter des questions étroitement liées à des questions procédurales ou juridictionnelles. Par exemple, la loi appropriée au contrat régit généralement la validité de la clause d'arbitrage. D'autre part, l'autonomie privée a un rôle prédominant dans l'établissement des règles de droit qui régissent directement ou indirectement la procédure observée par les arbitres pour trancher le litige.[382]

3.3.2. La thèse de qualification appliquée à l'arbitrage

Reprenant la définition de Dolinger, le processus de qualification consiste à classer les faits de la vie pour les faire entrer dans des institutions juridiques, ce qui aboutira à « la solution la plus adéquate et la plus appropriée aux différents conflits qui surviennent dans les relations humaines ».[383] En ce qui concerne l'arbitrage, il nous semble qu'il n'existe pas, dans l'état actuel du droit, de catégories qui permettent de trouver une solution adéquate et appropriée aux conflits qui y sont impliqués.

Actuellement, les problèmes de conflit de lois dans l'arbitrage sont résolus de manière pragmatique et fonctionnelle, en mettant l'accent sur le résultat concret, en veillant à ce que les attentes des parties soient satisfaites et que la mission accordée à l'arbitre par les parties soit remplie.[384] Il est, cependant, difficile de trouver une théorie

---

382 GRIGERA NAÓN, Horacio A. Choice of Law problems in international commercial arbitrations. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 289, 2001, p. 35. Traduction libre de l'original : « The chosen applicable law to the merits of the dispute may affect questions closely related to procedural or jurisdictional matters. For example, the proper law of the contract normally governs the validity of the arbitration clause. On the other hand, private autonomy plays a preponderant role in establishing the legal rules directly or indirectly governing the procedure observed by arbitrators when deciding the dispute ».

383 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado.* Parte Geral. 4e éd. Rio de Janeiro : Renovar, 1996, p. 323.

384 Dans ce sens : GRIGERA NAÓN, Horacio A. *Op. Cit.*, p. 28 : « International commercial arbitrators view choice-of-law issues from a pragmatic and result-oriented standpoint militating in favor of analyzing the choice-of-law determinations from a functional perspective. For example, since their authority originates in and emanates from the will of the parties, they are primarily concerned with not defeating the parties; reasonable and legitimate expectations as to the applicable law and fulfilling their mission in agreement with the parties' mandate ».

commune ou une corrélation entre les choix faits par les arbitres pour déterminer le droit applicable, ce qui crée certainement une incertitude.

Cependant, il n'y a pas de consensus sur le fait que les arbitres sont exempts du problème de la qualification. Boisséson illustre bien le problème :

> Comme tout juge, l'arbitre international est amené à déterminer la catégorie générale applicable à un cas concret et à opérer, suivant l'expression du professeur François Terré, « la confrontation d'une définition et d'un cas concret ».[385]

En tout état de cause, la question se présente à l'arbitre d'une manière particulière, puisqu'il ne possède pas de *lex fori*. Aucune règle de conflit ne lui est véritablement étrangère, puisqu'il est lui-même étranger à chacune d'entre elles. D'ailleurs, dit l'auteur français, il est souvent **nécessaire de qualifier préalablement une question pour ensuite vérifier la présence du pouvoir juridictionnel des arbitres et ses limites**. Il souligne que le pouvoir de qualification est même antérieur à leur investiture juridictionnel.[386]

Une question semble être de première importance : en plus de devoir gérer les conflits de qualification, un conflit de méthode s'ajoute à l'analyse de l'arbitre.[387] Il en résulte un déplacement du problème de la qualification, qui crée finalement un climat d'incertitude – tant pour les parties que pour les arbitres – par l'absence de méthodes définies de détermination du droit applicable. D'autre part, selon Boisséson, elle génère une nouvelle richesse au processus de qualification, propre à l'arbitrage :

> Pour l'arbitre international, c'est plutôt la veste entendu des choix possibles qui fait difficulté, dont la juxtaposition, davantage que le conflit, installe toute opération de qualification, interne ou international, dans un

---

385 BOISSÉSON, Matthieu de. L'Arbitrage et le Problème de la Qualification, *in Liber Amicorum Claude Reymond Autour de L'Arbitrage. Mélanges Offertes à Cl. Reymond.* Paris : Litec, 2004, p. 29.

386 *Ibidem*, p. 30.

387 *Ibidem*, p. 33.

> climat d'incertitude, mais cette incertitude est peut-être aussi à l'origine d'une richesse nouvelle du processus de qualification.[388]

Pour cet auteur, même dans les situations où il existe un choix de droit applicable par les parties, il existe un processus de qualification, régi par le droit choisi par elles pour régir leurs relations juridiques.

Grigera Naón, pour sa part, qualifie cette situation de « faux conflit », tout en admettant que même dans les cas où il existe un choix du droit applicable par les parties, il est possible d'envisager divers scénarios dans lesquels des problèmes de conflit de lois peuvent se poser, comme dans le cas de la qualification de la responsabilité extracontractuelle, par exemple.[389] Plusieurs d'entre elles se retrouvent fréquemment dans des affaires nationales et dans des arbitrages et sont généralement résolues par voie directe.

Il existe trois grandes théories de la qualification : la qualification par la *lex fori* ; la qualification par la *lex causae* et la qualification par référence à des concepts autonomes et universels. Pour Kaufmann-Kohler, il serait difficile de justifier la qualification de la *lex fori* en matière d'arbitrage, car l'arbitre n'a pas de for et ne devrait donc pas appliquer les règles de conflit de for.[390] Elle préconise l'utilisation de la qualification autonome par le droit unifié et la méthode du droit comparé.[391] C'est également la solution que Dolinger a signalée pour les cas de conflit de qualifications, très appropriée pour l'arbitrage. En raison de la pluralité des droits qui ont vocation à s'appliquer dans les affaires impliquant un arbitrage international, il est fort probable que des conflits de qualification surgissent.[392]

---

388 BOISSÉSON, Matthieu de. L'Arbitrage et le Problème de la Qualification, *in Liber Amicorum Claude Reymond Autour de L'Arbitrage. Mélanges Offertes à Cl. Reymond.* Paris : Litec, 2004, p. 33.

389 GRIGERA NAÓN Horacio A. Choice of Law problems in international commercial arbitrations. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 289, 2001, p. 28.

390 KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. La Qualification en Arbitrage Commercial International. *Droit International Privé.* Travaux du Comité Français de Droit International Privé. Paris : A. Pedone, 2013, p. 300.

391 *Ibidem*, p. 300.

392 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado.* Parte Geral. 4e éd. Rio de Janeiro : Renovar, 1996,

Cette théorie, de Rabel, auteur d'une étude approfondie du droit international privé comparé, estime que le juge ne doit pas être lié par la qualification de certaines lois, qu'elles soient du for ou de la cause, mais, en utilisant la méthode comparative, aller à la recherche de concepts autonomes, différents des concepts internes et dotés d'un caractère universel.[393] Dans la mesure où les juges de différents pays adoptent cette méthode, les conflits de qualifications au niveau international seraient éliminés. Cette méthode aurait même l'avantage de permettre l'application de certains instituts, en vigueur dans certaines législations et inconnus dans d'autres, comme le *trust* du système anglo-saxon.[394]

Il nous semble que l'application à l'arbitrage des qualifications créées par les droits nationaux ne ferait qu'accroître le problème des conflits de qualifications. Ainsi, les idées de Rabel semblent correspondre parfaitement à ce que nous recherchons ici : l'utilisation de concepts autonomes, dotés d'un caractère universel, qui permettent une application uniforme des droits applicables à l'arbitrage, leur conférant la tant souhaitée – et parfois surestimée – prévisibilité.

3.3.3. La question préalable appliquée dans l'arbitrage

Il est courant que les affaires dans lesquelles il existe un élément d'extranéité, affectant donc le droit international privé, exigent l'application d'un droit étranger. En particulier, en matière d'arbitrage, il est courant que plusieurs droits s'appliquent aux multiples questions spécifiques qui se posent. L'affaire peut porter sur plusieurs questions principales, chacune régie par des droits étrangers différents, faisant appel à la ressource du dépeçage ; elle peut comporter, en revanche, une question principale et une autre subsidiaire, également régies par des droits étrangers différents, auquel cas nous serons face à une question préalable.

---

p. 330.

393 RABEL, Ernst. International Tribunals for Private Matters. *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, v. 50, n. 1, 1986, pp. 324–330.

394 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. Parte Geral. 4e éd. Rio de Janeiro : Renovar, 1996, p. 330.

Cette situation se présente lorsque, après la détermination du droit applicable à la question principale a partir de l'application des règles de conflit, le recours à une nouvelle règle de conflit est nécessaire pour déterminer le droit applicable à la question subsidiaire.

Il y a trois hypothèses pour la configuration de la question préalable[395] : (i) la question principale doit être régie par un droit étranger ; (ii) l'existence d'une question subsidiaire comportant un élément d'extranéité qui pourrait se poser séparément et qui dispose d'une règle de conflit indépendante ; (iii) la règle de conflit doit indiquer un droit applicable différent de celui régissant la question principale. Lima Pinheiro indique deux solutions possibles pour déterminer le droit applicable à la question préalable, la thèse du rattachement autonome et la thèse du rattachement subordonné.[396]

Selon la première, la règle de conflit de lois du for doit être appliquée pour déterminer le droit applicable à la question préalable. C'est la conception traditionnellement suivie dans la plupart des systèmes nationaux. En fait, l'auteur estime que si cette thèse était appliquée, il n'y aurait même pas de question préalable, puisque les règles de conflit de lois s'appliqueraient que la question soit soulevée à titre principal ou à titre préliminaire.

La seconde, en revanche, détermine l'application de la règle de conflit de lois du droit régissant la question principale pour déterminer celui applicable à la question préalable. On attribue à ses défenseurs – Wengler, Wolff et Melchior – la « découverte » du problème de la question préalable. Ces auteurs soutiennent que si la question principale est régie par le droit d'un certain ordre juridique étranger, le juge du for devrait juger comme le juge intégré dans ce système le ferait, en décidant selon les règles de son propre droit international privé.[397] Pour eux, il n'y aurait pas de sens à donner à la question

---

395 CARRUTHERS, Janeen ; FAWCETT, James ; NORTH, Peter (ed.). *Cheshire, North & Fawcett : Private International Law.* 14e éd. Oxford : Oxford University Press, 2008, p. 52.

396 LIMA PINHEIRO, Luís de. *Direito Internacional Privado.* Introdução e Direito de Conflitos – Parte Geral. 3e éd. Coimbra : Almedina, 2016, 1 v, pp. 608-618.

397 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. Parte Geral. 4e éd. Rio de Janeiro : Renovar, 1996, p. 398.

préalable une solution autre que celle donnée par le droit international privé du droit régissant la question principale.

Pour défendre la thèse du lien de subordination, on fait valoir que ce serait le meilleur moyen de parvenir à une harmonisation internationale des solutions, puisque l'application du droit international privé de l'ordre juridique régissant la question principale à la question préalable contribue à l'harmonie entre cette dernière et l'ordre juridique du for. En opposition, les critiques font valoir qu'une harmonisation internationale serait très difficile à réaliser compte tenu du grand nombre de solutions possibles qui existent. Ils s'opposent également à l'application de droits distincts à la question principale et à la question préalable, car cela entraînerait une insécurité juridique quant au droit applicable à des relations juridiques complexes. En outre, ils estiment que même s'il y a une harmonisation quant à la règle de résolution de la question préalable, un tel effort sera inutile car il n'y aura pas de solution matérielle identique applicable. Il est certain qu'en appliquant des droits substantiels différents pour régler une même situation juridique, le potentiel de solutions contradictoires existera toujours.

Il existe également un troisième courant qui gagne en force dans la doctrine, selon lequel le problème de la question préalable ne doit pas être résolu par un critère général, mais en fonction de la question juridique ou des règles de conflit en cause. Le droit qui apporterait la solution la plus appropriée à la situation s'appliquerait donc, en tenant compte des idéaux de justice matérielle du droit international privé.

Batista Machado propose qu'il soit possible d'établir des liens de cause à effet ou de présupposition entre les normes matérielles et les complexes réglementaires d'un système.[398] Lorsque la relation entre le complexe réglementaire applicable à la question principale et le complexe réglementaire applicable à la question préalable est de présupposition, la question préalable doit être résolue à partir des solutions de la thèse de la connexion subordonnée. Le contraire se produirait, en appliquant les solutions de la thèse de la connexion autonome en présence d'un lien de causalité. Pour Lima Pinheiro, la

---

398 MACHADO, João Baptista. *Lições de Direito Internacional Privado.* 3e éd. Coimbra : Almedina, 2015, pp. 287 et ss.

solution proposée par Batista Machado serait irréalisable.[399] En effet, selon les cas, la question peut se présenter comme principale ou préalable, étant donné qu'il n'y a pas de préséance logique ou hiérarchique entre l'une et l'autre.

En pratique, il est difficile de trouver des cas où l'autorité juridictionnelle applique consciemment des règles de conflit spécifiques à la question préalable. En effet, les solutions les plus couramment trouvées sont en fait le recours au droit applicable à la question principale ou encore le recours à des règles de conflit du for, même si l'on semble ignorer les théories qui les valident et les raisons qui justifient l'un ou l'autre choix.

En reliant la question préalable au thème central de ce travail, nous nous demandons si le droit applicable à la clause compromissoire, à la procédure d'arbitrage et à l'arbitrabilité pourrait être analysés du point de vue de la question préalable ou s'il ne vaudrait pas mieux les analyser individuellement, en les caractérisant comme des questions principales autonomes. Lorsqu'on envisage l'arbitrage dans une perspective globale, il faut considérer que la mission de l'arbitre est d'apporter une solution au litige, c'est-à-dire aux crises juridiques entre les parties. Pour ce faire, il doit vérifier quel droit est applicable à ce rapport juridique – généralement extériorisé sous la forme d'un contrat. On considère alors que c'est la question principale et qu'il doit d'abord vérifier quel est le droit applicable au contrat entre les parties.

Trois questions – ou du moins trois – peuvent se poser comme des questions préalables dans un arbitrage : la validité de la clause compromissoire, la régularité de la procédure d'arbitrage et l'arbitrabilité subjective et objective de ce litige. Ces questions sont régies par leurs propres droits applicables, qui peuvent ou non être les mêmes que ceux applicables au fond. Dans le même ordre d'idées, il n'y aura pas de question préalable, puisque ses conditions sont absentes. Dans le cas contraire, il peut y avoir une question préalable.

---

399 LIMA PINHEIRO, Luís de. *Direito Internacional Privado.* Introdução e Direito de Conflitos – Parte Geral. 3ᵉ éd. Coimbra : Almedina, 2016, 1 v, pp. 608-618.

Prenons l'exemple suivant : un contrat de distribution internationale est signé entre une partie brésilienne et une partie américaine. Dans le contrat, il y a une clause d'arbitrage, mais aucune indication du droit applicable, que ce soit au contrat, à la clause compromissoire, ou à la procédure. Il établis toutefois que le siège de l'arbitrage sera à São Paulo, au Brésil, bien que l'institution qui administrera la procédure soit basée en France.

Le contrat a été signé aux États-Unis et toutes les obligations qui en découlent seront exécutées dans ce même pays, y compris le paiement, qui doit être effectué en dollars nord-américaines.

Une fois le litige survenu, la partie américaine entame un arbitrage au Brésil, en demandant l'application du droit américain pour régir le contrat et l'arbitrage. La partie brésilienne, s'opposant à la poursuite de l'arbitrage en raison de la prétendue invalidité de la convention d'arbitrage, demande que le droit brésilien soit appliqué au contrat, à la procédure d'arbitrage et à la validité de la clause compromissoire.

Les arbitres nommés doivent donc dans un premier temps déterminer le droit applicable à la convention d'arbitrage et à la procédure afin de décider si la clause compromissoire est valable ou non. Ils doivent ensuite déterminer le droit applicable au contrat, afin de pouvoir régler le litige. En admettant, aux seules fins de cet exercice, que la procédure doit être régi par la *lex fori*, suivant ainsi la position majoritaire – et la plus appliquée en pratique – le droit brésilien, et plus précisément la Loi d'arbitrage, devrait le réglementer, puisque l'arbitrage est siégé au Brésil. Selon les règles brésiliennes de conflit de lois, les obligations constituées aux États-Unis seront régies par les lois de ce pays, conformément à l'article 9 de la Loi d'introduction. Et, et par « obligations », on entend non seulement le contrat, mais aussi la clause compromissoire.[400]

---

[400] Cependant, la question n'est pas exempte de controverse, comme nous le verrons en détail au Chapitre 5 de cette étude. En fonction de la qualification attribuée à la clause compromissoire, c'est-à-dire, l'encadrer comme un acte juridique matériel ou procédural, la solution sera différent. Si l'on considère comme acte juridique matériel, le droit nord-américain s'appliquera ; si, par contre, l'on considère comme acte procédural, le droit brésilien s'appliquera.

Toutefois, en appliquant la position adoptée dans cette étude, qui vise à démontrer la non-pertinence et l'inadéquation de la notion de siège comme facteur déterminant au droit applicable, les règles applicables à la procédure arbitrale ne peuvent être que celles de l'institution choisie par les parties, en l'occurrence l'institution française. Il n'existe donc pas de droit national applicable à la procédure arbitrale. En effet, comme le soutient Valença Filho, toute loi nationale est étrangère à l'arbitre, puisqu'il n'appartient à aucun ordre juridique étatique, étant le juge du système de la *lex mercatoria*.[401] Les lois nationales d'arbitrage s'adressent au juge étatique et sont et applicables au contrôle de validité que leurs systèmes juridiques permettent d'exercer.

Si l'on adopte cette théorie comme prémisse pour ce deuxième exemple, peu importe les droits qui s'appliquent à notre cas – tant que le droit applicable à la question principale et aux questions préalables soient différents les uns des autres et qu'aucun d'entre eux ne soit la *lex mercatoria* – de sorte que les conditions relatives à la configuration de la question préalable soient réunies.

Par conséquent, une fois que l'existence d'une question préliminaire à l'arbitrage est établie, il nous reste à explorer la solution appropriée à ce problème. Si l'on applique les théories classiques du droit international privé, la question préalable sera réglée soit par le droit applicable à la question principale, soit par la *lex fori*. En absence de *lex fori*, la thèse d'un rattachement autonome est automatiquement écartée. Toutefois, il ne semble pas non plus judicieux ici d'appliquer la thèse du rattachement subordonné, surtout lorsqu'il s'agit du droit applicable à la procédure d'arbitrage. Il semble plus cohérent et plus efficace d'utiliser le troisième courant, qui préconise le choix du droit en fonction de la question juridique ou des règles de conflit en cause, afin de donner une solution plus appropriée à la situation. Il faut appliquer, comme l'enseigne Batista Machado, la loi qui veut être appliquée.[402]

---

401 VALENÇA FILHO, Clávio. *A Arbitragem em Juízo.* Thèse (doctorat) – Faculté de droit, Université de São Paulo, 2015.

402 MACHADO, João Baptista. *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis.* Limite das Leis e Conflito das Leis. Coimbra : Almedina, 1998, p. 36.

3.4. Approche transnationale de la détermination du droit applicable : une défense de la voie directe

La méthodologie des conflits de lois présuppose la division du monde en États souverains et en ordres juridiques nationaux. Son objectif principal, comme nous l'avons vu, est de localiser une question – qui par nature touche plus d'un ordre juridique – dans un ordre national donné, par la désignation d'un siège pour chaque rapport juridique. L'emplacement territorial fictif n'a pas sa place dans un monde où les frontières sont de moins en moins nombreuses.[403] La rupture de ces paradigmes exige que le conflit de lois soit également repensé, notamment lorsqu'il s'agit de son application pour la détermination du droit applicable à l'arbitrage.

Il est fondamental de comprendre que, historiquement, les traités sur l'arbitrage – comme la Convention de New York et le Protocole de Genève – ont été créés à une époque où le monde était défini par les frontières des États et que leur maintien était primordial dans le contexte de l'après-guerre. Et non seulement le monde a changé, mais aussi la façon dont nous comprenons l'arbitrage. Le monde économiquement globalisé exige que le droit le soit aussi, avec des solutions et des *loci* adéquats pour la résolution des nouveaux conflits qui surgissent.

La première question à laquelle nous devons répondre est donc de savoir si le droit applicable à l'arbitrage doit être déterminée en recourant aux différentes méthodes de conflit de lois revisitées tout au long de ce chapitre. D'emblée, la question est paradoxale, car pour appliquer les règles de conflit de lois, il faudrait d'abord déterminer quel ordre juridique fournira les règles de conflit de lois à utiliser par les arbitres afin de déterminer le droit applicable à la question posée. Cependant, pour le juge d'État, la question est sans appel ; le juge étatique appliquera toujours son propre ordre juridique comme source de

---

403 MOSS, Guiditta Cordeiro ; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. Private International Law and Commercial Arbitration – A Dialogue about the Usefulness and Awareness of the Former for the Latter. *in* ABOU-NIGM, Veronica R ; TAQUELA, María Blanca N. (eds.). *Diversity and Integration in Private International Law*. Edinburgh : Edinburgh University Press, 2019, p. 311. Disponible à l'adresse suivante : < http://diegofernandezarroyo.net/wp-content/uploads/2019/10/DPFA-18-Private-International-Law-andInternational-Commercial-Arbitration-Diego-Giuditta.pdf >. Accès le 07 juil. 2020.

règles de conflit. L'arbitre, en revanche, ne dispose pas d'un ordre juridique étatique de base ; il n'a pas ses propres règles de conflit. Cela impliquerait en soi un processus circulaire et artificiel de détermination du droit applicable.[404]

Il s'agirait également de déterminer, dans un premier moment, si un arbitrage est national ou international et de lui accorder un traitement différent en fonction du résultat.[405] Bien que plusieurs juridictions reconnaissent des différences entre les sentences arbitrales nationales et internationales, nous comprenons que toute sentence arbitrale intègre un système juridique différent de celui du juge national et lui est donc étrangère. La pratique et la doctrine sont cependant divisées entre les différents critères de détermination de la nationalité de l'arbitrage, en soulignant le critère territorial – accepté par l'ordre juridique brésilien,[406] ainsi que par la Loi Type de la CNUDCI[407] – et le critère économique – entériné par l'ordre juridique français.[408]

---

404 MOSS, Guiditta Cordeiro ; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. Private International Law and Commercial Arbitration – A Dialogue about the Usefulness and Awareness of the Former for the Latter. *in* ABOU-NIGM, Veronica R ; TAQUELA, María Blanca N. (eds.). *Diversity and Integration in Private International Law*. Edinburgh : Edinburgh University Press, 2019, p. 315. Disponible à l'adresse suivante : < http://diegofernandezarroyo.net/wp-content/uploads/2019/10/DPFA-18-Private-International-Law-andInternational-Commercial-Arbitration-Diego-Giuditta.pdf >. Accès le 07 juil. 2020.

405 Pour un débat sur l'internationalité de l'arbitrage et ses conséquences, voir : ZANELATO, Thiago del Pozzo. *A Internacionalidade da Arbitragem à Luz do Direito Brasileiro*. Mémoire (Master). Faculté de droit, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020 ; VERÇOSA, Fabiane. Arbitragem interna v. Arbitragem internacional : Breves contornos da distinção e sua repercussão no ordenamento jurídico brasileiro face ao princípio da autonomia da vontade, *in* BARROSO, Luís Roberto ; CÂMARA, Alexandre Freitas ; TIBÚRCIO, Carmen. *O direito comercial contemporâneo : estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro : Renovar, 2006, pp. 428-435 ; KULESZA, Gustavo Santos ; TRIPODI, Leandro. Noções Gerais sobre a Arbitragem Comercial Internacional, *in* BASSO, Maristela ; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (org.). *Arbitragem Comercial : Princípio, Instituições e Procedimentos – A prática no CAM-CCBC*. São Paulo : Marcial Pons, 2013, pp. 29-54.

406 BRÉSIL. Loi d'arbitrage de 1996, article 34, paragraphe unique (« Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional. »). Voir aussi : BRAGHETTA, Adriana. *A importância da sede da arbitragem : visão a partir do Brasil*. Rio de Janeiro : Renovar, 2010, pp. 342-345 ; LEE, João Bosco. A Lei n° 9.307/1996 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. Vol. 11, janvier/mars 2001, pp. 347-359 ; BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de Arbitragem – Nos Termos da Lei nº 9.307/96*. São Paulo : Atlas, 2014, pp. 32-33 ; CAHALI, José Francisco. *Curso de Arbitragem*. 5e éd. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015, pp. 446-447 ; FICHTNER, José Antonio ; MANNHEIMER, Sergio Nelson ; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro : Forense, 2019, pp. 96-100.

407 CNUDCI. Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985, avec les

Les critiques des approches multilocalisées et autonomes de l'arbitrage répètent à l'unisson : sans le droit international privé et ses règles de conflit, il n'y a pas de prévisibilité des solutions et un large pouvoir discrétionnaire est laissé au juge.[409] S'ajoutent au chœur ceux qui affirment que sans la prévisibilité apportée par le droit international privé, le droit au contradictoire ne peut être garanti, puisqu'il est impossible de se défendre sans connaître les règles du jeu ; cela ouvre également la voie à la discrétion totale des arbitres. Cependant, cette critique n'est pas fondée. Comme on l'a vu tout au long de cette étude, pratiquement toutes les méthodologies de conflit de lois sont critiquées précisément en raisons du manque d'uniformité de leurs résultats. En effet, seule une uniformité transnationale du conflit de lois – et peut-être de tout le droit privé – permettrait son application harmonieuse dans toute situation et selon toute loi applicable. De plus, le fait de privilégier les règles de conflit l'État de l'une des parties est également un facteur de disparité des armes entre les parties.

Les critiques oublient également une différence importante entre l'application des méthodes de conflit dans les affaires devant les juges étatiques et devant les arbitres.

---

amendements adoptés en 2006, article 1(3) :

« (3) Un arbitrage est international si :
a) Les parties à une convention d'arbitrage ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des États différents; ou
b) Un des lieux ci-après est situé hors de l'État dans lequel les parties ont leur établissement :
(i) Le lieu de l'arbitrage, s'il est stipulé dans la convention d'arbitrage ou déterminé en vertu de cette convention ;
(ii) Tout lieu où doit être exécutée une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du différend a le lien le plus étroit ;
c) Les parties sont convenues expressément que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays ».

408 FRANCE. Code de procédure civile, article 1.504 (« est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international »). Voir aussi : LEE, João Bosco. A Lei n° 9.307/1996 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. Vol. 11, jan./mar. 2001, p. 349 (« O critério econômico foi elaborado pela doutrina francesa a partir do parecer do Procurador-Geral francês Matter no célebre caso 'Péllissier du Besset' julgado pela Corte de Cassação francesa em 1927. Ele formulou o critério do 'fluxo e refluxo através das fronteiras'. Recentemente, na reforma de 1981, o artigo 1492 do CPC (LGL\1973\5) francês determina que a arbitragem é internacional quando 'os interesses do comércio internacional estão em jogo' »).

409 FRICK, Joachim G. *Arbitration and Complex International Contracts :* With special emphasis on the determination of the applicable substantive law and on the adaptation of contracts to changed circumstances. La Haye : Kluwer Law International, 2001, p. 86.

Dans le premier cas, les règles de conflit s'appliquent indépendamment de la demande des parties ; en arbitrage, elles dépendent de l'argumentation.

En tout état de cause, les concepts classiques du droit ne doivent pas être complètement écartés. A partir de leur adaptation, résultat de conversations systémiques entre le système du droit national et le système du droit transnational, il sera possible de créer des méthodes qui conviennent le mieux à l'arbitrage, en particulier à l'arbitrage international. Cela peut se faire en utilisant de concepts autonomes, dotés d'un caractère universel, qui permettent une application uniforme des droits applicables à l'arbitrage, en lui donnant le minimum de prévisibilité nécessaire pour assurer le respect des procédures.

À cette fin, le déliement par rapport au for – ou au siège, dans le jargon de l'arbitrage – du processus de détermination du droit applicable nous semble être la première étape. En effet, si l'arbitre n'a pas de for, il n'y a aucune raison pour que le droit et les règles du for s'appliquent ou même servent de référence.

Trois façons de déterminer le droit applicable découlent de l'éloignement des méthodologies du droit international privé : la première, par le recours à la voie directe ; la deuxième, par le recours à des principes généraux internationalement reconnus ; et la troisième, par le recours à des règles a-nationales. Les trois possibilités sont des solutions satisfaisantes et trouvent un écho dans la doctrine et la pratique.

En effet, plusieurs lois nationales régissant l'arbitrage dans leur ordre juridique permettent aux arbitres de déterminer le droit applicable de façon directe – non seulement par voie directe, mais aussi en autorisant la résolution de l'affaire par le recours à des principes généraux de droit et à des règles a-nationales[410] – sans avoir recours à des règles de conflit.[411] Comme c'est la cas en France,[412] les différentes lois permettent généralement

---

410 GAILLARD, Emmanuel ; SAVAGE, John. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration.* La Haye : Kluwer Law International, 1999, §§ 1552-1553. Pour un exemple d'application de la *lex mercatoria* par un tribunal arbitral voir l'affaire CCI n. 3540 (1980), *French Enterprise vs. Yugoslav Subcontractor*, *Journal du Droit International*, v. 4, 1981, pp. 914-921 ; *Yearbook Commercial Arbitration*, v, 7, 1982, p. 124.

411 GAILLARD, Emmanuel ; SAVAGE, John. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration.* La Haye : Kluwer Law International, 1999, § 1546. FRANCE. Code de procédure civile,

aux arbitres d'appliquer les règles de droit qu'ils jugent les **plus appropriées** à la résolution du litige.

Il en va de même dans de nombreux règlements des institutions d'arbitrage qui adoptent l'expression « les règles de droit les plus appropriées ».[413] La référence à une telle

---

article 1511 (« Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées. Il tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce ») ; ALLEMAGNE. Code de procédure civile (ZPO), article 1051, paragraphe 2 (« Where the parties to the dispute failed to determine which statutory provisions are to be applied, the arbitral tribunal is to apply the laws of that state to which the subject matter of the proceedings has the closest ties ») ; INDE. Loi d'arbitrage, section 28(1)(b)(iii) (« Rules applicable to substance of dispute […] where the place of arbitration is situate in India […] in international commercial arbitration […] failing any designation of the law under clause (a) by the parties, the arbitral tribunal shall apply the rules of law it considers to be appropriate given all the circumstances surrounding the dispute ») ; PAYS-BAS. Code de procédure civile, article 1054(2) (« If a choice of law is made by the parties, the arbitral tribunal shall make its award in accordance with the rules of law chosen by the parties. Failing such choice of law, the arbitral tribunal shall make its award in accordance with the rules of law which it considers appropriate ») ; SUISSE. Loi fédérale sur le droit international privé, article 187(1) (« Le tribunal arbitral statue selon les règles de droit choisies par les parties ou, à défaut de choix, selon les règles de droit avec lesquelles la cause présente les liens les plus étroits »). En prévoyant le recours aux règles de conflit : CNUDCI. Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985, avec les amendements adoptés en 2006.

412 FRANCE. Code de procédure civile, article 1496 ; PAYS-BAS. Code de procédure civile, article 1054, paragraphe 2. Certains juridictions, bien qu'inspirées de la Loi Type de la CNUDCI, apportent des modifications pour permettre la voie directe subjective : CANADA. Loi sur l'arbitrage commercial international de l'Ontario de 1990, article 6 (contraire à l'article 28(2) de la Loi Type) ; CANADA. Loi sur l'arbitrage commercial international de la Columbia-Britannique de 1986, article 28(3) ; INDE. Loi d'arbitrage de 1996, article 28(1)(b)(iii) ; KENYA. Loi d'arbitrage de 1995, article 29(3).

413 CRAIG, William Laurence ; PARK, William W. ; PAULSSON, Jan. *Craig, Park & Paulsson's Annotated Guide to the 1998 ICC Arbitration Rules : With Commentary*. New York : Oceana Publications ; Paris : International Chamber of Commerce, 1998, p. 329 ; DERAINS, Yves ; SCHWARTZ, Eric A. *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*. 2e éd. La Haye : Kluwer Law International, 2005, pp. 221-224. Plusieurs règles d'arbitrage reconnaissent la voie directe : CCI. Règlement d'arbitrage de 2021, article 17(1) ; INTERNATIONAL CENTRE FOR DISPUTE RESOLUTION (ICDR). Règlement d'arbitrage, article 28(1) ; CENTRE D'ARBITRAGE ET DE MÉDIATION DE L'OMPI, Règlement d'arbitrage article 61(a) (« Le tribunal statue sur le fond du litige conformément au droit ou aux règles de droit choisies par les parties. Toute désignation du droit d'un État donné est interprétée, sauf avis contraire, comme se référant au fond et non à la règle de conflit de lois de cet État. À défaut de choix des parties, le tribunal applique le droit ou les règles de droit qu'il juge appropriées. Dans tous les cas, le tribunal statue eu égard aux stipulations de tout contrat pertinent et des usages du commerce applicables. Le tribunal ne peut statuer en qualité d'amiable compositeur ou ex aequo et bono que si les parties l'ont expressément autorisé à le faire ») ; ASSOCIATION ITALIENNE POUR L'ARBITRAGE (AIA). Règlement d'arbitrage, article 20(2) ; INSTITUT D'ARBITRAGE DE LA CHAMBRE DE COMMERCE DE STOCKHOLM (CCS). Règlement d'arbitrage, article 24(1) ; LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION (LCIA). Règlement d'arbitrage, article 22(3).

expression peut être considérée comme résultant d'une influence de la *better law approach*.[414]

Certaines législations prévoient une version atténuée de la voie directe, en la conditionnant à certains tests. Le droit suisse régissant le droit international privé, par exemple, permet l'application directe des règles de droit les plus étroitement liées à l'affaire, une ressource connue sous le nom de voie directe objective.[415] Le droit allemand, à son tour, limite le pouvoir des arbitres à l'application directe des lois nationales, interdisant l'application de principes ou de règles a-nationales.[416]

Le pouvoir des arbitres de déterminer le droit applicable au fond par la voie directe a également été reconnu par les cours françaises dans un jugement de 1989. À cette occasion, la Cour d'appel de Paris a décidé que « pour déterminer la loi applicable au fond du litige, l'arbitre n'est pas tenu d'appliquer une règle de conflit relevant d'une législation déterminée; il peut se référer aux principes régissant la matière ».[417]

En cas de doute quant au droit le plus approprié en l'espèce, de nombreux tribunaux finissent par recourir au test du faux conflit ou désignent le droit qui a pour

---

414 LEW, Julian D. M. ; MISTELIS, Loukas A. ; KRÖLL, Stefan Michael. *Comparative International Commercial Arbitration*. La Haye : Kluwer Law International, 2003, p. 435, en faisant référence à l'affaire CCI n. 4132 (1983), *Italian Company vs. Korean Company*, *Journal du Droit International* (Clunet), v. 110, 1983, p. 891 et *Yearbook Commercial Arbitration*, v. 10, 1986, p. 44 : « the Agreement is for an important part to be performed within the territory of the Republic of Korea ».

415 SUISSE. Loi fédérale sur le droit international privé, article 187(1). Voir aussi : MEXIQUE. Code commercial de 1993, article 1445 : « El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un país determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese país y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indicaren la ley que debe regir el fondo de litigio, el tribunal arbitral, tomando en cuenta las características y conexiones del caso, determinará el derecho aplicable. El tribunal arbitral decidirá como amigable componedor o en conciencia, sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del convenio y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso ».

416 ALLEMAGNE. Code de procédure civile (ZPO), section 1051(2). Dans le même : INSTITUT ALLEMAND D'ARBITRAGE (DIS). Règlement d'arbitrage, section 23(2) ; TUNISIE. Code d'arbitrage, article 75(2).

417 FRANCE. Cour d'appel de Paris, 13 juil. 1989, *Compania Valenciana de Cementos Portaland SA vs. Primary Coal Inc*., *Journal du Droit International*, 1990, p. 430 et *Yearbook Commercial Arbitration*, v. 16, 1991, pp. 142-144. Pour des commentaires, voir : GOLDMAN, Berthold. *Revue Critique de Droit International Privé*, v. 79, 1990, p. 304.

résultat de **donner un effet utile aux dispositions contractuelles et commerciales convenues entre les parties**. Il est également courant que les arbitres s'appuient sur des principes généraux de droit pour confirmer si la solution offerte par le droit qu'ils entendent appliquer serait ou non appropriée à une relation transnationale[418] ou pour appliquer directement la *lex mercatoria* ou d'autres règles a-nationales.

Le fait que les arbitrages se déroulent dans des *loci* détachés des États nationaux encourage à s'éloigner des méthodologies classiques du droit international privé.[419] Certains osent même à affirmer que la promotion de moyens directs de détermination du droit applicable serait à l'origine de la création d'un système autonome du droit de l'arbitrage, véritablement international, consacrant les anciens désirs de Goldman.[420] Ce serait la bataille finale entre les internationalistes – défenseurs de la voie directe, représentés par Goldman – et les conflictualistes – qui, menés par Mann, continuent de nourrir leur attachement à la *lex fori*.[421]

---

418 CRAIG, William Laurence ; PARK, William W. ; PAULSSON, Jan. *Craig, Park & Paulsson's Annotated Guide to the 1998 ICC Arbitration Rules : With Commentary*. New York : Oceana Publications ; Paris : International Chamber of Commerce, 1998, p. 327, en référence à l'affaire CCI n. 1525 (1969), dans laquelle les arbitres ont décidé qu'il n'était pas nécessaire de déterminer si le délai de prescription était régi par le droit turc ou tchécoslovaque (respectivement d'un et de trois ans), puisque, dans les deux cas, l'arbitrage avait été engagé dans un délai plus court.

419 Cependant, certaines questions, comme le statut personnel, ne peuvent faire l'objet d'une dérogation et dépendront donc toujours de la mèthode des conflits. Cela s'explique par le fait que les individus sont toujours classés par catégories territoriales. Il convient toutefois de souligner que la règle de conflit actuellement la plus appliquée au statut personnel – le lieu de domicile – s'adapte à une vision plus globale du monde, permettant au droit régissant la capacité d'être souple, évoluant en fonction des changements dans la vie de l'individu et non strictement liée à sa nationalité, un fait juridique plus pérenne.

420 GOLDMAN, Berthold. Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 109, 1963, p. 351.

421 JUENGER, Friedrich K. The lex mercatoria and private international law. *Louisiana Law Review*, v. 60, n. 4, 2000, p. 1133.

CHAPITRE 3. L'ARBITRAGE EN DIALOGUE AVEC LE SYSTEME DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE : LA NON APPLICABILITE DES REGLES DE CONFLIT DE LOIS

CHAPITRE 4. LIMITES DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ DES PARTIES À L'ARBITRAGE

« *Il n'existe qu'un seul conflit moderne : celui entre l'État et la liberté* »
Gottfried Benn[422]

L'arbitrage n'existe que parce que les États reconnaissent à leurs ressortissants le pouvoir d'exercer leur autonomie de la volonté.[423] Et, en même temps, ils le limitent en fonction des intérêts de leurs politiques législatives respectives. En matière d'arbitrage, l'autonomie de la volonté est un principe général largement reconnu.[424]

Habituellement, lorsqu'on dit que l'autonomie de la volonté est la pierre angulaire de l'arbitrage, référence est faite au droit des parties de s'engager dans un arbitrage et d'accorder à un tribunal arbitral la juridiction pour la résolution de leurs futurs litiges, choix qui sont faits à partir de l'expression valide du consentement. C'est l'autonomie de la volonté dans sa dimension procédurale.[425] Cependant, c'est sa dimension substantive (ou matérielle) – tout aussi importante – qui fera l'objet d'une analyse dans ce

---

422 BENN, Gottfried. Der Ptolemäer. Berliner Novelle 1947, *in* SCHUSTER, Gerhard (ed). Sämtliche Werke. Stuttgart : Klett-Cotta, 1991, p. 33, 5 v, *apud* KOHLER, Christian. *L'autonomie de la volonté en droit international privé* : un principe universel entre libéralisme et étatisme. Leiden : Brill – Nijhof, 2013.

423 LEE, João Bosco ; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *A Arbitragem no Brasil*. Programa CACB-BID de fortalecimento da arbitragem e da mediação comercial no Brasil. Brasília : Confederação das Associações Comerciais do Brasil, 2001, p. 21 ; LEW, Julian D. M. ; MISTELIS, Loukas A. ; KRÖLL, Stefan Michael. *Comparative International Commercial Arbitration*. La Haye : Kluwer Law International, 2003, p. 4 ; BLACKABY, Nigel ; HUNTER, Martin ; PARTASIDES, Constantine ; REDFERN, Alan. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6e éd. Oxford : Oxford University Press, 2015, p. 355.

424 LEE, João Bosco. A especificidade da Arbitragem Comercial Internacional, *in* CASELLA, Paulo Borba (coord.). *Arbitragem : Lei Brasileira e Praxe Internacional*. 2e éd. São Paulo : LTR, 1999, p. 179.

425 KLEINHEISTERKAMP, Jan. Legal Certainty, Proportionality and Pragmatism : overriding mandatory laws in international arbitration. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 67, n. 4, 2018, pp. 903-930.

chapitre.[426] L'autonomie de la volonté, dans sa dimension matérielle, représente le pouvoir accordé aux parties de déterminer le droit qui régira leurs relations privées. Après tout, c'est le sens premier du mot autonomie, dont la racine grecque signifie « se donner une loi ».[427] De même, ce n'est pas sans raison que Bobbio explique l'autonomie comme le « pouvoir de se donner à soi même des lois ».[428]

En rendant justice au sens littéral de l'autonomie, nous examinerons dans un premier temps l'étendue de la capacité des parties de se donner des lois ou, en d'autres termes, l'étendue de l'autonomie de la volonté des parties pour déterminer les droits applicables aux différentes questions soulevées dans un arbitrage (**4.1**), puis nous démontrerons dans quelle mesure la liberté individuelle n'existe que dans les limites permises par l'État, également en ce qui concerne le pouvoir de déterminer le droit applicable à leurs rapports juridiques privées (**4.2**).[429]

4.1. L'étendue de l'autonomie de la volonté des parties à l'arbitrage

Les contrats privés, et plus particulièrement les contrats internationaux, sont rédigés de manière à réglementer autant que possible les relations entre les parties contractantes. Dans cette mesure, les contrats visent à rendre le droit national dispensable. La disposition relative à l'arbitrage – et l'exclusion de la juridiction étatique qui en découle – renforce cet objectif.[430] Toutefois, un contrat ne sera autosuffisant que dans la mesure où

---

426 Les références faites tout au long de ce chapitre – et de cette thèse en général – exclusivement à l'autonomie de la volonté impliqueront toujours une référence à sa dimension substantive. Pour ce qui est de sa dimension objective, il y sera fait expressément référence.

427 *Webster's Third New International Dictionary*. 8e éd. Springfield : Merriam-Webster, 2002.

428 BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emmanuel Kant.* 4e éd. Brasília : Editora UnB, 1997, p. 62.

429 LEHMANN, Matthias. Liberating the Individual from Battles between States : Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 41, n. 2, 2008, p. 419.

430 CORDERO-MOSS, Giuditta. Limits on Party Autonomy in International Commercial Arbitration. *Penn State Journal of Law & International Affairs*, v. 4, n. 1, 2015, p. 186. Disponible dans l'adresse suivante : <http://elibrary.law.psu.edu/jlia/vol4/iss1/11>. Accès le 31 juil. 2018.

il ne porte pas atteinte aux droits des tiers non contractants ou à l'intérêt public, ce qui peut, dans certaines circonstances, constituer une limite à l'autonomie de la volonté.[431]

Comme nous l'avons vu, l'autonomie de la volonté est inhérente au concept d'arbitrage. L'arbitrage (et ici nous nous référons exclusivement à l'arbitrage volontaire) n'existe que parce qu'il y a une autonomie de la volonté. Et l'étendue de l'autonomie de la volonté dans chacune des théories juridiques analysées dans les chapitres précédents affecte de manière significative la façon dont nous comprenons l'arbitrage, en plus de la façon dont nous déterminons les droits qui lui sont applicables.

Puisqu'il s'agit d'un principe largement reconnu, comme nous le verrons dans la suite, un renversement dans la manière dont nous avons présenté les théories étudiées tout au long de cette thèse est justifié. C'est pourquoi, avant de vérifier comment les règles de conflit peuvent limiter la portée de l'autonomie de la volonté (**4.1.4**) et d'étudier les théories qui préconisent une reconnaissance absolue (**4.1.2**) ou mitigée de l'autonomie de la volonté dans sa manifestation matérielle (**4.1.3**), nous analyserons comment elle a atteint la catégorie de principe général internationalement reconnu (**4.1.1**).

4.1.1. L'autonomie de la volonté élevée au rang de principe général du droit international

La reconnaissance de l'autonomie de la volonté, bien que relativement récente dans la théorie du droit international privé, est si large – compte tenu des branches du droit et des pays qui en reconnaissent sa validité[432] – qu'elle a été rapidement élevée au rang de

---

431 CORDERO-MOSS, Giuditta. Limits on Party Autonomy in International Commercial Arbitration. *Penn State Journal of Law & International Affairs*, v. 4, n. 1, 2015, p. 187. Disponible dans l'adresse suivante : <http://elibrary.law.psu.edu/jlia/vol4/iss1/11>. Accès le 31 juil. 2018.

432 Même les pays qui ont toujours résisté à l'adoption de ce principe ont promulgué des lois reconnaissant leur validité. Prenons l'exemple de la Chine, dont la législation de 2010 permet aux parties de choisir en commun accord la loi applicable au contrat. CHINE. Loi chinoise de droit international privé de 2010, article 41. Traduction au français de WEIZUO, Chen ; BERTRAND, Lyvia ; NORD, Nicola. La Nouvelle Loi Chinoise de Droit International Privé du 28 Octobre 2010. Contexte Législatif, Principales Nouveautés et Critiques. *Journal du Droit International,* 2011, p. 189. Plus récemment, l'Uruguay a promulgué une nouvelle loi générale de droit international privé, dont le processus législatif a duré plus de 10 ans. URUGUAY. Ley General de Derecho Internacional Privado, approuvée le 17 novembre

principe général internationalement reconnu.[433] En effet, rares sont les juridictions qui ne permettent pas aux parties de désigner librement le droit applicable à leurs relations.[434] Kholer, dans une étude sur le sujet, explique que les systèmes contemporains de droit international privé réservent une place de plus en plus importante à l'autonomie de la volonté.[435]

En matière de conflit de lois, cependant, la question n'est pas dépourvue d'importantes exceptions. Certes, le principe de l'autonomie de la volonté n'est pas le seul et n'est pas toujours considéré comme le plus important. Son importance est définie par le cas concret et par la question principale à réglementer. Par exemple, lorsqu'il s'agit de questions de droit de la famille ou de relations commerciales impliquant une partie faible,

---

2020.

433 INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW. Session of Basel 1991. Resolution on the Autonomy of the Parties in International Contracts Between Private Persons or Entities. *Yearbook,* v. 64-II, 1992, p. 383.

434 SYMEONIDES, Symeon C. General Report, *in Private International Law at the End of the 20th Century* : Progress or Regress ? La Haye : Kluwer Law International, 1999, pp. 38-40.

435 KOHLER, Christian. *L'autonomie de la volonté en droit international privé* : un principe universel entre libéralisme et étatisme. Leiden : Brill - Nijhof, 2013, p. 21. Dans le même sens : LEE, João Bosco. A Especificidade da Arbitragem Comercial Internacional, *in* CASELLA, Paulo Borba (coord.). *Arbitragem : Lei Brasileira e Praxe Internacional*. São Paulo : LTR, 1999, p. 179 ; VICENTE, Dário Moura. *Da Arbitragem Comercial Internacional. Direito Aplicável ao Mérito da Causa.* Coimbra : Coimbra Editora, 1990, p. 104 : « [p]ode afirmar-se que a autonomia da vontade constitui hoje um princípio de aceitação generalizada no que respeita à determinação do direito substantivo aplicável nas arbitragens relativas à determinação do direito substantivo aplicável nas arbitragens relativas a litígios emergentes de relações comerciais internacionais » ; RUHL, Gisela. Party Autonomy in the Private International Law of Contracts : Transatlantic Convergence and Economic Efficiency, *in* GOTTSCHALK, Eckart ; MICHAELS, Ralf ; RUHL, Gisela ; HEIN, Jan von. *Conflict of Laws in a Globalized World*. Cambridge : Cambridge University Press, 2007, pp. 157-158: « party autonomy - today – is not seriously called into question on either side of the Atlantic » ; LANDO, Ole. The Conflict of Laws of Contracts. General Principles. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 189, 1984, p. 284 : « the parties' freedom to choose the law which governs their contract seems to be so widely accepted that it must be said to be a 'general principle of law recognized by civilized nations' » ; VISCHER, Frank. General Course on Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 232, 1992, p. 139 : « [a]utonomy of choice of law in contractual matters has become one of the spontaneous uniform solutions in private international law » ; CORREIA, António Ferrer. Algumas Considerações acerca da Convenção de Roma de 19 de Junho de 1980 sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, v. 122, n. 3787, 1990, p. 291 : « [a] autonomia da vontade em matéria de contratos é hoje regra de DIP geralmente reconhecida (e não só nos Estados da CEE) » .

il est entendu que l'autonomie de la volonté ne s'applique que lorsque les lois de police du for le permettent – ou ne l'interdisent pas.[436]

Dans les relations commerciales entre des parties de même niveau de sophistication, il existe un consensus théorique – tant dans les doctrines européennes que dans celles issues de la Révolution Américaine[437] - selon lequel l'autonomie de la volonté s'applique comme une règle générale et toutes les autres règles lui sont subsidiaires. En d'autres termes, ce n'est qu'en cas d'absence de choix par les parties que les autres règles potentiellement applicables auront un rôle prioritaire.[438] Lorsqu'il s'agit de la conception la plus moderne et la plus flexible de la théorie du conflit de lois, l'autonomie de la volonté a la priorité et prévaut sur toute autre règle de conflit.[439] Toutes les autres règles deviennent des règles par défaut, c'est-à-dire qu'elles ne s'appliquent que lorsque les parties n'ont pas fait un choix exprès de la loi qu'elles souhaitent voir s'appliquer.

Pour illustrer la large portée actuellement reconnue au principe de l'autonomie de la volonté,[440] on peut citer les principes relatifs au choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux, élaborés par la Conférence de La Haye de Droit International

---

436 RUHL, Gisela. Party Autonomy in the Private International Law of Contracts : Transatlantic Convergence and Economic Efficiency, *in* GOTTSCHALK, Eckart ; MICHAELS, Ralf ; RUHL, Gisela ; HEIN, Jan von. *Conflict of Laws in a Globalized World*. Cambridge : Cambridge University Press, 2007, pp. 167-175.

437 En 2001, aux Etats-Unis, la Conférence Nationale des Commissaires sur les Lois Uniformes des États a adopté un nouvel article 1 (dispositions générales) du UCC, y compris un nouveau §1-301 destiné à remplacer le §1-105 du UCC. Celle-ci était sa dernière révision. Depuis lors, seules quelques modifications mineures ont été apportées afin d'harmoniser avec les changements les plus récents apportés à d'autres articles de l'UCC. Actuellement, tous les États ont promulgué de nouvelles lois pour son adoption.

438 KOHLER, Christian. *L'autonomie de la volonté en droit international privé :* un principe universel entre libéralisme et étatisme. Leiden : Brill – Nijhof, 2013, pp. 22-23.

439 Sur le caractère différencié de l'autonomie de la volonté, Jean-Michel Jacquet explique : « La règle de conflit qui permet aux parties de désigner la loi de leur contrat n'a jamais été une règle de conflit comme les autres ». JACQUET, Jean-Michel. Le Principe d'Autonomie entre Consolidation et Évolution, *in Vers de Nouveaux Équilibres entre Ordres Juridiques : Liber Amicorum. Mélanges en l'Honneur de Hélène Gaudement-Tallon*. Paris : Dalloz, 2008, p. 728. Voir aussi : ÉTATS-UNIS. American Law Institute, *Restatement (Second) of Conflict of Laws*. Philadelphia, 1971, § 187.

440 ARAÚJO, Nádia de ; GAMA JÚNIOR, Lauro. A Escolha da Lei Aplicável aos Contratos do Comércio Internacional : Os Futuros Princípios da Haia e Perspectivas para o Brasil Escritório Permanente da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 34, 2012, p. 11.

Privé – une organisation intergouvernementale qui a joué un rôle prépondérant dans l'uniformisation du droit international privé.[441] En ce qui concerne plus particulièrement la détermination du droit applicable en matière d'arbitrage, il convient de mentionner le rapport du dix-huitième comité d'arbitrage de l'Institut de Droit International, adopté à Saint-Jacques-de-Compostelle en 1989, dont le rapporteur était von Mehren.[442] Le document reconnaît aux parties un pouvoir étendu pour déterminer le droit qui s'appliquera à elles et une grande discrétion aux arbitres pour le faire à défaut de détermination par les parties.[443]

Toutefois, le droit des parties de se donner des lois n'a pas toujours été perçu de manière positive ; la reconnaissance du pouvoir des parties de choisir le droit applicable à leurs rapports privées est relativement récente.[444] Car en effet, les théories classiques du

---

441 CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE. Principes concernant le choix de la loi applicable aux contrats du commerce international, article 2 :

« *Article 2. Liberté de choix*
1. Un contrat est régi par la loi choisie par les parties.
2. Les parties peuvent choisir :
a) la loi applicable à la totalité ou à une partie du contrat ;
b) différentes lois pour différentes parties du contrat.
3. Le choix peut être fait ou modifié à tout moment. Les choix ou modifications opérés après la conclusion du contrat ne portent pas atteinte à sa validité formelle ni aux droits des tiers.
4. Aucun lien n'est requis entre la loi choisie et les parties ou leur transaction ».

442 INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. *Annuaire*, Session de Saint-Jacques de Compostelle 1989. Arbitration Between States, State Enterprises, or State Entities, and Foreign Enterprises. *Yearbook*, v. 63-II, 1989/90, pp. 31-201.

443 *Ibidem*. « The parties have full autonomy to determine the procedural and substantive rules and principles that are to apply in the arbitration. In particular, (1) a different source may be chosen for the rules and principles applicable to each issue that arises and (2) these rules and principles may be derived from different national legal systems as well as from non-national sources such as principles of international law, general principles of law, and the usages of international commerce. To the extent that the parties have left such issues open, the tribunal shall supply the necessary rules and principles drawing on the sources indicated in Article 4 ».

L'article 4, quant à lui, prévoit :

« Where the validity of the agreement to arbitrate is challenged, the tribunal shall resolve the issue by applying one or more of the following: the law chosen by the parties, the law indicated by the system of private international law stipulated by the parties, general principles of public or private international law, general principles of international arbitration, or the law that would be applied by the courts of the territory in which the tribunal has its seat. In making this selection, the tribunal shall be guided in every case by the principle in *favorem validitatis* ».

444 La reconnaissance de l'autonomie de la volonté s'est renforcée au XXe siècle avec l'augmentation du commerce international. Pour les textes de base sur le changement de logique, voir : NIBOYET, Jean-

droit international privé – trop centrées sur l'État – considéraient avec pessimisme l'octroi d'un pouvoir aussi large aux acteurs privés, leur étendant presque l'exercice de la fonction législative, au mépris de la souveraineté étatique.[445] Comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent, la discipline du droit international privé, telle qu'elle est conçue à l'origine, est publique et nationale, axée sur la garantie de l'application du pouvoir souverain dans les limites de son territoire.[446] Lehmann affirme à juste titre que la véritable révolution du droit international privé n'a pas été celle qui s'est produite aux États-Unis dans les années 1960,[447] mais plutôt l'acceptation croissante du principe de l'autonomie de la volonté comme moyen de déterminer le droit applicable.[448] Selon l'auteur, les théories centrées sur l'État ne peuvent pas concilier la portée du concept de souveraineté avec le pouvoir accordé aux parties par la reconnaissance de leur autonomie de volonté.

Si pour la méthodologie classique des conflits l'autonomie de la volonté était considérée comme un élément de rattachement, soumis aux règles de conflit de la *lex fori*, son émancipation ultérieure de la catégorie de principe autonome et indépendant fait qu'elle ne soit plus considérée comme un simple élément à considérer dans le processus de détermination du droit applicable mais plutôt comme une règle propre, comme méthode de détermination du droit applicable en soi, un vrai choix à observer.

La consécration de l'autonomie de la volonté comme principe général s'est faite progressivement. Dans un premier temps, il a été reconnu que les parties pouvaient exercer leur autonomie de la volonté dans les relations internes privées, puis le même pouvoir a été accordé dans les relations internationales. Cette progression en deux phases est précisément due à la volonté des États-nations de protéger sa souveraineté sur leur

---

Pierre. La Théorie de l'Autonomie de la Volonté. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 16, 1927, pp. 5-116 ; CALEB, Marcel. *Essai sur le Principe de l'Autonomie de la Volonté en Droit International Privé*. Paris : Recueil Sirey, 1927.

445 BEALE, Joseph H. *A Treatise on the Conflict of Laws*. New York : Baker, Voorhis & Co., 1935, p. 1080.

446 Voir Chapitre 3, sous-section 3.1.1, *supra*.

447 Voir Chapitre 3, section 3.2, *supra*.

448 LEHMANN, Matthias. Liberating the Individual from Battles between States : Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 41, 2008, p. 381.

territoire, en évitant l'application de lois étrangères pour régir des relations qui seraient en principe régies par leur droit interne. Il est curieux de constater que le Brésil a suivi le chemin inverse. Partisan reconnu du courant territorialiste, le législateur brésilien a d'abord reconnu le pouvoir des parties de déterminer le droit applicable à leurs rapports juridiques lorsqu'il y avait une stipulation dans le contrat pour la résolution des litiges par arbitrage en vertu de l'article 2 de la Loi brésilienne d'arbitrage. Cela signifie, selon la théorie adoptée dans cette thèse, dans les affaires étrangères par rapport au droit interne. Dans tous les autres cas, les règles énoncées dans la LINDB pour déterminer le droit applicable prévalent.[449]

En tout état de cause, le pouvoir de chaque État de limiter l'expression de l'autonomie de la volonté sur son territoire semble incontestable, même s'il s'agit de restreindre la reconnaissance de la validité et des effets des actes juridiques étrangers, tels que les sentences arbitrales. Cela ne veut pas dire, comme nous le verrons ultérieurement, que les arbitres ne peuvent pas – ou ne doivent pas – reconnaître largement le pouvoir des parties de déterminer le droit applicable à leurs rapports privés.

Il faut souligner que l'autonomie de la volonté accordée aux parties n'a en aucun cas la capacité d'interférer dans le processus législatif d'un État souverain donné. Au contraire, l'autonomie de la volonté a le pouvoir de modifier uniquement l'application du droit naturellement applicable dans le cas concret et non la règle générale de conflit de lois qui résulte de l'activité législative. L'autorité du législateur demeure inviolée.

En outre, bien qu'il semble y avoir un consensus de la doctrine concernant le droit des parties de déterminer le droit applicable au fond du litige, il n'en va pas de même pour les questions de procédure et les questions connexes, qui nous intéressent particulièrement. Pour Radicati di Brozolo, les règles régissant le droit applicable en matière d'arbitrage – qu'il définit comme des règles de conflit arbitrales – sont

---

449 Certains pensent que l'article 190 du Code de procédure civile brésilien de 2015 permet le choix du droit applicable à la procédure judiciaire. Voir, dans ce sens, DIDIER JR, Fredie. Negócios Jurídicos Processuais Atípicos no CPC-2015, *in Ensaios sobre os Negócios Jurídicos Processuais*. São Paulo : Juspodivm, 2018, pp. 30-31.

suffisamment larges pour comprendre que l'autonomie de la volonté des parties couvre non seulement le droit applicable aux questions contractuelles, mais aussi toutes les autres qui relèvent de la juridiction des arbitres (c'est-à-dire y compris les questions extracontractuelles), à l'exception toutefois des questions de procédure.[450]

Une telle compréhension serait conforme aux théories modernes du droit international privé, qui reconnaissent un rôle croissant à l'autonomie de la volonté,[451] bien qu'elles maintiennent un attachement à la théorie classique qui lie la loi du for à la réglementation des questions de procédure,[452] ce qui, à notre avis, ne devrait pas se refléter dans la théorie contemporaine de l'arbitrage.[453]

---

450 RADICATI DI BROZOLO, Luca G. The Rules Governing the Merits in International Commercial Arbitration : What Scope for Party Autonomy ? *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 15, n. 58, 2018, pp. 247-276.

451 NIBOYET, Marie-Laure. De l'optimisation juridique dans les relations internationales, *in* HEUZÉ, Vincent ; LIBCHABER, Rémy ; VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de (org.). *Mélanges en l'Honneur du Professeur Pierre Mayer : Liber Amicorum*. Issy-les-Moulineaux : LGDJ Lextenso Éditions, 2015, p. 629.

452 CIRLIG, Ramona Elisabeta. Party Autonomy in Determining the Law Applicable in International Commercial Arbitration and its Limits Derived from the New York Convention. *Revista del Club Español del Arbitraje*, v. 34, 2019, p. 51. Contre : BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*, 2e éd. La Haye : Kluwer Law International, 2014, pp. 2130-2131, en citant les articles II et V(1)(d) de la Convention de New York comme source de reconnaissance du pouvoir accordé aux parties de choisir librement le droit applicable à la procédure ; le premier s'applique à l'exécution de la convention d'arbitrage, le second à l'exécution de la sentence arbitrale. L'auteur se réfère également à l'article IV(1)(b), de la Convention Européenne et aux articles 2 et 3 de la Convention Interaméricaine, qui reconnaissent également l'autonomie de la volonté des parties dans la détermination des règles de procédure. Dans le même sens : PETROCHILOS, George. *Procedural Law in International Arbitration*. Oxford Private International Law Series. Oxford : Oxford University Press, 2004, p. 355 : « Article V(1)(d) simply makes party autonomy the sole determinant in matters procedural, the only limit to such autonomy at the enforcement stage being subparagraph [V(1)(b)], which reflects the principles of natural justice ».

453 Les théories contemporaines du droit international privé remettent également le paradigme en question. Marie Laure Niboyet explique que l'application des lois du for à toutes les questions de procédure est intimement liée au caractère de service public de la justice, imposant la primauté de ses lois sur toute question qui touche à la souveraineté étatique. Le juge reçoit une délégation du pouvoir souverain, en contrepartie du respect des règles de procédure de son for. Le juge qui n'agit pas de cette manière agira en dehors de ses fonctions ; il n'agira plus en tant que juge. L'auteur s'interroge cependant sur la manière dont l'application d'un droit procédural étranger pourrait affecter la souveraineté d'un État et les fonctions de ses juges. NIBOYET, Marie-Laure. Contre le Dogme de la *Lex Fori* en Matière de Procédure, *in Vers de Nouveaux Équilibres entre Ordres Juridiques : Liber Amicorum. Mélanges en l'Honneur de Hélène Gaudement-Tallon*. Paris : Dalloz, 2008, pp. 366-369.

4.1.2. La pleine reconnaissance de l'autonomie de la volonté

Si l'on considère l'arbitrage comme un système autonome, déconnecté des systèmes de droit national, l'autonomie de la volonté gagne encore en importance et devient la pierre angulaire de tout exercice de détermination du droit applicable (que ce soit sur le fond, la procédure ou les questions incidentes).

La pleine reconnaissance de l'autonomie de la volonté implique, en même temps, un écart des limites imposées par les ordres juridiques nationales (**4.1.2.1**) et l'acceptation de normes a-nationales pour la résolution des litiges soumis à l'arbitrage (**4.1.2.2**).

4.1.2.1. La primauté de l'autonomie de la volonté

Si les parties choisissent le droit applicable pour la résolution de leurs litiges, et que ce choix n'affecte pas les droits des tiers, il semble injustifié que les arbitres ne reconnaissent pas la validité d'un tel choix. Dans ce cas, les normes d'application immédiate ou l'ordre public du for, ainsi que celles du droit applicable au fond, ne doivent pas faire obstacle au respect de la volonté des parties.[454]

Ainsi, comme présenté dans le chapitre précédent, le choix d'un droit étatique pour régir les obligations contractuelles consiste, en règle générale, dans le choix direct du droit matériel applicable dans cet ordre juridique national et non dans le choix de ses règles de conflit pour déterminer quel droit sera applicable.[455] En conséquence, le droit qui serait « naturellement » appliqué est écarté en raison du choix des parties. Toutefois, la large reconnaissance de l'étendue de l'autonomie de la volonté donne la possibilité d'écarter non seulement les règles supplétives qui s'appliqueraient « naturellement » et dont le refus par les parties est autorisé, mais aussi les règles impératives qui s'appliqueraient aussi

---

454 RADICATI DI BROZOLO, Luca G. The Rules Governing the Merits in International Commercial Arbitration : What Scope for Party Autonomy ? *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 15, n. 58, 2018, pp. 247-276.

455 KOHLER, Christian. *L'Autonomie de la Volonté en Droit International Privé* : un principe universel entre libéralisme et étatisme. Leiden : Brill – Nijhof, 2013, p. 38.

« naturellement ».[456] Pour Lehmann, la caractéristique la plus importante de l'autonomie de la volonté est la possibilité accordée aux parties d'écarter même les règles impératives d'un ordre juridique donné.[457]

Pour défendre la primauté de la volonté des parties, von Mehren déclare que « le seul corps de règles et de principes ayant pour but clair de guider et de discipliner la décision des arbitres est celui fourni par les parties ».[458] Pour l'auteur, outre le fait que les parties sont libres de choisir tout type de règles, la seule limite à leur choix devrait être l'ordre public transnational, c'est-à-dire celui qui fait l'objet d'un large consensus au sein de la communauté internationale.[459] Teubner et Fischer-Lescano défendent également une distanciation des arbitres par rapport aux droits étatiques, en prétendant que les arbitres n'appliquent que leur propre ordre public, un ordre public transnational.[460] Pour Berger estime que de l'acceptation universelle du principe de l'autonomie de la volonté, en tant que partie intégrante de l'ordre public transnational, découle la légitimité de l'autorité

---

456 NISHITANI, Yuko. Party Autonomy in Contemporary Private International Law : The Hague Principles on Choice of Law and East Asia. *Japanese Yearbook of International Law*, v. 59, 2016, p. 6 : « Party autonomy is arguably the most enigmatic principle in private international law. Unlike other conflicts rules grounded in objective connecting factors, party autonomy points to the parties' intent to determine the applicable law. The parties are entitled to select the law which governs the legal relationship concerned, including the mandatory rules of the chosen law. As a corollary, mandatory rules of the *lex fori*, the law which would otherwise govern the legal relationship or any other law, are excluded by the parties' simple designation of the applicable law in principle. »

457 LEHMANN, Matthias. Liberating the Individual from Battles between States : Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws. *Vanderbilt Journal of Transnational Law,* v. 41, n. 2, 2008.

458 MEHREN, Arthur von. *Limitations on Party Choice of the Governing Law* : Do they Exist for International Commercial Arbitration ? The Mortimer and Raymond Sackler Institute of Advanced Studies, Tel Aviv University, 1986, p. 21. Traduction libre de l'original : « The only body of rules and principles with a clear claim to guide and discipline the arbitrator's decision is that provided by the parties […] ».

459 Voser soutient également que l'ordre public transnational, ou véritablement international, est une limite à l'autonomie de la volonté. L'auteur estime qu'en raison du caractère transnational de ces normes, il n'est pas nécessaire d'avoir un lien entre le litige et l'ordre juridique qui contient les normes d'application immédiate en question. VOSER, Nathalie. Mandatory Rules of Law as a Limitation on the Law Applicable in International Commercial Arbitration. *American Review of International Arbitration*, v. 7, n. 3-4, 1996, pp. 349-350.

460 FISCHER-LESCANO, Andreas ; TEUBNER, Gunther. Regime-Collisions : The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, n. 4, 2004, p. 1038 : « courts of arbitration must apply their own *ordre public* ».

juridictionnelle du tribunal arbitral, indépendant des ordres juridiques nationaux.[461] C'est l'expression de la rationalité spécifique de l'arbitrage, en termes de la théorie juridique autopoïétique.[462] Weller, pour sa part, critique le traitement réservé à l'ordre public transnational dans le système autonome de l'arbitrage, voyant avec difficulté la montée d'un large consensus à la catégorie de source de droit.[463]

Cela ne signifie pas pour autant que l'application des normes impératives ou d'ordre public ne puisse intégrer la fonction de l'arbitre, dans l'accomplissement fidèle de la mission qui lui a été confiée par les parties, respectant ainsi leurs attentes légitimes et assurant l'exécution de la future sentence arbitrale. Bien que ce soit l'approche adoptée par les arbitres, il convient de remarquer que l'accent reste mis sur l'exécution, puisque c'est l'analyse qui incombe à la juridiction de la réception de la sentence arbitrale.

4.1.2.2. L'applicabilité des règles a-nationales en matière d'arbitrage

Une des manifestations de la pleine reconnaissance de l'autonomie de la volonté est l'autorisation accordée aux parties et aux arbitres de désigner, pour la solution du litige, des règles a-nationales.

Deux courants tentent d'expliquer le droit des parties à choisir des règles non étatiques, ou a-nationales – telles que la *lex mercatoria*, la *lex esportiva*, la *lex constructionis*, les principes UNIDROIT, les usages et coutumes, etc. – pour régir la résolution de leurs controverses. Le premier estime qu'il existe une règle de conflit spécifique pour les arbitrages, prévue par les lois nationales d'arbitrage, qui permet le choix par des corps de règles a-nationales ; selon ce courant, le droit des parties est

---

461 BERGER, Klaus-Peter, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit : Verfahrens-Und Materiellrechtliche Grundprobleme Im Spiegel Moderner Schiedsgesetze Und Schiedspraxis. Berlin : W. de Gruyter, 1992, pp. 368 et ss.

462 WELLER, Matthias. Mandatory Elements of the Choice-of-Law Process in International Arbitration : some reflection on teubnerian and kelsenian legal theory, *in* GOTTSCHALK, Eckart ; MICHAELS, Ralf ; RUHL, Gisela ; HEIN, Jan von. *Conflict of Laws in a Globalized World.* Cambridge : Cambridge University Press, 2007, p. 252.

463 *Ibidem*, p. 249.

conditionné aux dispositions de la *lex arbitri*, c'est-à-dire, qu'il a pour source l'ordre juridique national respectif.[464] Le second courant, en revanche considére que le droit des parties de choisir de telles règles ne résulte pas d'une autorisation législative nationale, mais d'une absence de lien entre un arbitrage et un quelconque État-nation ; la source du droit ne serait donc pas nationale, mais proviendrait du système autonome d'arbitrage lui-même, dont le système juridique est composé de règles a-nationales.[465]

Le droit de choisir des règles non étatiques est reconnu par les principaux corps normatifs – nationaux et internationaux – qui réglementent l'arbitrage. La Loi Type de la CNUDCI – qui a inspiré plus de 83 États sur un total de 116 juridictions[466] – prévoit à l'article 28, paragraphe 1, que « [le] tribunal arbitral tranche le différend conformément aux **règles de droit** choisies par les parties comme étant applicables au fond du différend ».[467]

La même expression se retrouve dans plusieurs législations nationales (comme les législations brésilienne,[468] française,[469] suisse,[470] allemande,[471] espagnole[472]) et dans

---

464 RADICATI DI BROZOLO, Luca G. The Rules Governing the Merits in International Commercial Arbitration : What Scope for Party Autonomy ? *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 15, n. 58, 2018, pp. 247-276.

465 MEHREN, Arthur von. Arbitration between States and Foreign Enterprises : The Significance of the Institute of International Law's Santiago de Compostela Resolution. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, v. 5, n. 1, 1900, pp. 54-57 : « juridically speaking, the adjudicatory authority of arbitrators does not emanate from a discrete sovereign but rather from an international order […] that exists and operates independently of national legal orders ».

466 La liste complète des États et des juridictions qui ont adopté la Loi type est disponible sur le site de la CNUDCI : < https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status >. Accès le 09 oct. 2020.

467 CNUDCI. Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985, avec les amendements adoptés en 2006, article 28(1) (soulignement ajouté).

468 BRÉSIL. Loi d'arbitrage de 1996, article 2, § 1 : « Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública ».

469 FRANCE. Code de procédure civile, article 1511(1) : « Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées ».

470 SUISSE. Loi fédérale sur le droit international privé, article 187(1), cité dans le Chapitre 3 *supra*.

471 ALLEMAGNE. Code de procédure civile (ZPO), article 1051(1) : « The arbitral tribunal is to decide on the matter in dispute in accordance with the legal provisions that the parties have designated as being

plusieurs règlements d'institutions arbitrales (par exemple, voir les règlements d'arbitrage de la CCI,[473] de la CNUDCI,[474] de la CPA,[475] de la LCIA,[476] du CAM-CCBC,[477] de l'Institut d'arbitrage de la chambre de commerce de Stockholm (la « CCS »),[478] de l'ICDR,[479] de la SIAC[480] et de la Cour Internationale d'Arbitrage de Madrid[481]).

---

applicable to the content of the legal dispute ».

472 ESPAGNE. Loi d'arbitrage, article 34(2) : « Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el arbitraje sea internacional, los árbitros decidirán la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, los árbitros aplicarán las que estimen apropiadas ».

473 CCI. Règlement d'arbitrage de 2021, article 21(1) : « Les parties sont libres de choisir les règles de droit que le tribunal arbitral devra appliquer au fond du litige. À défaut de choix par les parties des règles de droit applicables, l'arbitre appliquera les règles de droit qu'il juge appropriées ».

474 CNUDCI. Règlement d'arbitrage de 2014 article 35(1) : « Le tribunal arbitral applique les règles de droit désignées par les parties comme étant celles applicables au fond du litige. À défaut d'une telle désignation par les parties, il applique la loi qu'il juge appropriée ».

475 COUR PERMANENTE D'ARBITRAGE (CPA). Règlement d'Arbitrage, article 35(1) : « Le tribunal arbitral applique les règles de droit désignées par les parties comme étant celles applicables au fond du litige. À défaut d'une telle indication par les parties, le tribunal arbitral : [...] d) Dans toutes les autres affaires, applique la loi qu'il juge applicable en l'espèce. Dans de telles affaires, le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations de l'accord et tient compte des usages du commerce pertinents ».

476 LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION (LCIA). Règlement d'arbitrage, article 22(3) : « The arbitral tribunal shall decide the parties' dispute in accordance with the law(s) or rules of law chosen by the parties as applicable to the merits of their dispute ».

477 CENTRE D'ARBITRAGE ET MEDIATION DE LA CHAMBRE DE COMMERCE BRÉSIL-CANADÁ (CAM-CCBC). Règlement d'arbitrage, article 9(4) : « As partes poderão escolher as regras de direito a serem aplicadas pelo Tribunal Arbitral ao deslinde da disputa. Em caso de omissão ou divergência, caberá ao Tribunal Arbitral decidir a esse respeito ».

478 INSTITUT D'ARBITRAGE DE LA CHAMBRE DE COMMERCE DE STOCKHOLM (CCS). Règlement d'arbitrage, article 22(1) : « The Arbitral Tribunal shall decide the merits of the dispute on the basis of the law(s) or rules of law agreed upon by the parties ».

479 INTERNATIONAL CENTRE FOR DISPUTE RESOLUTION (ICDR). Règlement d'arbitrage, article 31(1) : « The arbitral tribunal shall apply the substantive law(s) or rules of law agreed by the parties as applicable to the dispute ».

480 SINGAPORE INTERNATIONAL ARBITRATION CENTRE (SIAC). Règlement d'arbitrage, règle 31(1) : « The Tribunal shall apply the law or rules of law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute ».

481 COUR INTERNATIONALE D'ARBITRAGE DE MADRID. Règlement d'arbitrage de 2020, article 22(1) : « Los árbitros resolverán con arreglo a las normas jurídicas que las partes hayan elegido, o, en su defecto, con arreglo a las normas jurídicas que consideren apropiadas ».

Bien que d'autres législations nationales, comme la loi anglaise, n'adoptent pas la même expression, limitant la portée de l'autonomie de la volonté, elles reconnaissent le pouvoir des arbitres de trancher le litige « conformément à d'autres considérations convenues par les parties ou déterminées par le tribunal », comme les usages et la coutume.[482] Cette expression est comprise par la doctrine – même s'il n'y a pas de consensus – comme équivalente à la permission de juger sur la base de règles de droit.[483] Plusieurs règlements indiquent également la nécessité de tenir compte des usages et coutumes.[484]

---

482 ANGLATERRE. Arbitration Act 1996, articles 46(1)(a) et (b) : « The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with the law chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute, or if the parties so agree, in accordance with such other considerations as are agreed by them or determined by the tribunal. ». Pour une référence explicite à « the law », voir aussi : UNION EUROPÉENNE. Convention européenne sur l'arbitrage commercial international de 1961 (Convention de Genève), article VII(1) : « Les parties sont libres de déterminer **le droit** que les arbitres devront appliquer au fond du litige. A défaut d'indication par les parties du droit applicable, les arbitres appliqueront **la loi désignée** par la règle de conflit que les arbitres jugeront appropriée en l'espèce. Dans les deux cas, les arbitres tiendront compte des stipulations du contrat et des usages du commerce » (soulignement ajouté).

483 SHEPPARD, Audley W. Applicable Substantive Law, *in* BOR, Harris ; FULLELOVE, Gregory ; GREENAWAY, Joanne ; LEW, Julian D. M (eds.). Arbitrage en Angleterre avec des chapitres sur l'Écosse et l'Irlande. La Haye : Kluwer Law International, 2013, p. 229.

484 CNUDCI. Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985, avec les amendements adoptés en 2006, article 28(4) : « Dans tous les cas, le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations du contrat et tient compte des usages du commerce applicables à la transaction ». Voir aussi : UNION EUROPÉENNE. Convention européenne sur l'arbitrage commercial international de 1961 (Convention de Genève), article VII(1) (« Les parties sont libres de déterminer le droit que les arbitres devront appliquer au fond du litige .A défaut d'indication par les parties du droit applicable, les arbitres appliqueront la loi désignée par la règle de conflit que les arbitres jugeront appropriée en l'espèce. Dans les deux cas, les arbitres tiendront compte des stipulations du contrat et des usages du commerce ») ; SUISSE. Loi fédérale sur le droit international privé, article 187(1), cité dans le Chapitre 3 supra ; FRANCE. Code de procédure civile, article 1511(2), qui fait des références aux usages du commerce, mais pas aux stipulations du contrat (« [le tribunal] tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce ») ; CCI. Règlement d'arbitrage de 2021, article 21(2) (« Le tribunal arbitral tient compte des dispositions du contrat entre les parties, le cas échéant, et de tous les usages du commerce pertinentes ») ; CNUDCI. Règlement d'arbitrage, article 35(3) (« Dans tous les cas, le tribunal arbitral statue conformément aux stipulations du contrat, le cas échéant, et tient compte de tout usage du commerce applicable à l'opération » ; INTERNATIONAL CENTRE FOR DISPUTE RESOLUTION (ICDR). Règlement d'arbitrage, article 31(2) (« In arbitrations involving the application of contracts, the tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account usages of the trade applicable to the contract ») ; SINGAPORE INTERNATIONAL ARBITRATION CENTRE (SIAC). Règlement d'arbitrage, règle 31(3) (« In all cases, the Tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract, if any, and shall take into account any applicable usage of trade »).

Comme noté dans le chapitre précédent, ces expressions peuvent être considérées comme des règles de conflit arbitrales.[485] Leur formulation large doit être interprétée comme une autorisation tout aussi large pour les parties de choisir un droit national spécifique, un ensemble de droits nationaux (à partir du recours à la méthode du dépeçage[486]) ou des règles a-nationales pour régir la résolution de leurs différends.[487] Son champ d'application est tel qu'il ne semble même pas y avoir de raison d'exclure aux arbitres le pouvoir de désigner des règles a-nationales, même en l'absence d'un choix exprès par les parties.[488] Le règlement d'arbitrage de la CCI, par exemple, reconnaît expressément le pouvoir des arbitres de désigner, à défaut de choix des parties, les règles de droit qu'ils jugent les plus appropriées, y compris les règles a-nationales.[489] La reconnaissance d'un pouvoir aussi étendu aux arbitres n'est cependant pas unanime. La Loi Type de la CNUDCI stipule que si les parties n'ont pas désigné les règles de droit applicables, les arbitres doivent se contenter de désigner le droit (ici entendu comme droit national) qu'ils jugent applicable.[490]

---

485 Voir le Chapitre 3 *supra*.

486 *Merriam-Webster.com Legal Dictionary*, Merriam-Webster, « Dépecage ». Disponible à l'adresse suivante : < https://www.merriam-webster.com/legal/depecage >. Accès le 29 jan. 2021. « A rule in conflicts of law: the laws of different states may be applied to different issues in the same dispute ».

487 RADICATI DI BROZOLO, Luca G. The Rules Governing the Merits in International Commercial Arbitration : What Scope for Party Autonomy ? *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 15, n. 58, 2018, pp. 247-276.

488 *Ibidem*.

489 Voir aussi : SUISSE. Loi fédérale sur le droit international privé, article 187(1) ; CCI. Règlement d'arbitrage de 2021, article 21(1) ; FRANCE. Code de procédure civile, article 1511(1) ; INSTITUTION D'ARBITRAGE DE LA CHAMBRE SUISSE (SCAI). Règlement suisse d'arbitrage international, article 33, paragraphe 1 (« Le tribunal arbitral statue conformément aux règles de droit convenues entre les parties, ou, à défaut d'élection de droit, en appliquant les règles de droit avec lesquelles le litige présente le lien le plus étroit ») ; INSTITUT D'ARBITRAGE DE LA CHAMBRE DE COMMERCE DE STOCKHOLM (CCS). Règlement d'arbitrage, article 22, paragraphe 1 ; INTERNATIONAL CENTRE FOR DISPUTE RESOLUTION (ICDR). Règlement d'arbitrage, article 31, paragraphe 1 ; CHAMBRE D'ARBITRAGE DE MILAN. Règlement d'arbitrage, article 3, paragraphe 3 (« In the absence of any agreement […], the Arbitral Tribunal shall apply the rules it determines to be appropriate, taking into account the nature of the relationship, the qualities of the parties and any other relevant circumstance »).

490 CNUDCI. Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985, avec les amendements adoptés en 2006, article 28(2), cité dans le Chapitre 3 *supra*. Dans le même sens, voir : CNUDCI. Règlement d'arbitrage, article 35(1) ; DANEMARK. Loi danoise sur l'arbitrage de 2005, section 28(2) (« Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law

S'il y a un choix des parties, ce n'est qu'en cas d'interdiction expresse de la *lex arbitri* par le choix de règles a-nationales que l'arbitre serait empêché de l'appliquer. Les principes de la Conférence de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux sont des exemples de reconnaissance du droit de choisir des règles a-nationales soumises au droit du for.[491] Radicati di Brozolo suggère que, pour contourner cette limitation, il suffirait que les parties désignent un autre siège pour leur arbitrage.[492] La solution semble simpliste et encourage le *forum shopping* arbitral.

Les statuts qui limitent le droit des parties à indiquer des règles a-nationales semblent avoir leurs jours comptés. En Europe, par exemple, la Convention de Rome – qui, en délimitant son champ d'application, faisait référence expresse au droit de différents pays et se référait dans son article 3, aux lois d'un pays[493] – a été remplacée par

---

determined by the conflict of laws rules which it considers applicable ») ; INSTITUT ALLEMAND D'ARBITRAGE (DIS). Règlement d'arbitrage, article 24(2) (« If the parties have not agreed upon the rules of law to be applied to the merits of the dispute, the arbitral tribunal shall apply the rules of law that it deems to be appropriate ») ; SINGAPORE INTERNATIONAL ARBITRATION CENTRE (SIAC). Règlement d'arbitrage, règle 31(1) (« […] Failing such designation by the parties, the Tribunal shall apply the law or rules of law which it determines to be appropriate ») ; ANGLATERRE. Loi anglaise sur l'arbitrage de 1996, article 46(3).

491 CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE. Principes concernant le choix de la loi applicable aux contrats du commerce international, article 3 :

« Article 3. *Règles de droit*
Les parties peuvent choisir, comme loi applicable au contrat, des règles de droit généralement acceptées au niveau régional, supranational ou international comme un ensemble de règles neutre et équilibré, à moins que la loi du for n'en dispose autrement ».

492 RADICATI DI BROZOLO, Luca G. The Rules Governing the Merits in International Commercial Arbitration : What Scope for Party Autonomy ? *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 15, n. 58, 2018, pp. 247-276.

493 COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE. Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, article 2 et 3 :

« Article 2 Caractère universel. La loi désignée par la présente convention s'applique même si cette loi est celle d'un État non contractant ».

« Article 3 Liberté de choix
1. Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat.
2. Les parties peuvent convenir, à tout moment, de faire régir le contrat par une loi autre que celle qui le régissait auparavant soit en vertu d'un choix antérieur selon le présent article, soit en vertu d'autres dispositions de la présente convention. Toute modification quant à la détermination de la loi applicable, intervenue postérieurement à la conclusion du contrat, n'affecte pas la validité formelle du contrat au sens de l'article 9 et ne porte pas atteinte aux droits des tiers.

le Règlement Rome I, qui reconnaît le droit des parties d'opter pour des règles non étatiques. Aux États-Unis, la situation est similaire à l'ancienne réglementation européenne. Le *Restatement (Second)* et l'UCC prévoient tous deux l'application des lois des États, qu'elles soient des États de la fédération ou des États nationales. Cela étant, la doctrine comprend qu'il est possible de désigner des règles a-nationales, qui sont désormais comprises comme étant incorporées par référence aux contrats, en valorisant la liberté contractuelle des parties.[494] Aux États-Unis également, il est possible de voir l'arrivée d'un vent de changement, avec la promulgation de lois dans les États de l'Oregon et de la Louisiane qui permettent le choix de règles non étatiques.[495]

Le second courant, en revanche, estime que les règles a-nationales font partie du système juridique qui intègre le système autonome de l'arbitrage, système dans lequel l'arbitre est l'autorité juridictionnelle naturelle. C'est-à-dire qu'en appliquant des règles a-nationales, l'arbitre appliquerait le droit de son propre système. En établissant un parallèle, on pourrait dire que le règle anationales sont à l'arbitre ce que la *lex fori* est au juge étatique. Et, tout comme beaucoup soutiennent que le juge étatique devrait toujours protéger le droit du for et appliquer le droit qui lui est naturel, on pourrait en dire autant de l'arbitre par rapport aux règles a-nationales.

Dans tous les cas, de nombreux auteurs se demandent si le choix des règles a-nationales serait conseillé ou même prudent. Les critiques portent sur le contenu

---

3. Le choix par les parties d'une loi étrangère, assorti ou non de celui d'un tribunal étranger, ne peut, lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un seul pays, porter atteinte aux dispositions auxquelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger par contrat, ci-après dénommées «dispositions impératives».
4. L'existence et la validité du consentement des parties quant au choix de la loi applicable sont régies par les dispositions établies aux articles 8, 9 et 11 ».

494 ETATS-UNIS. American Law Institute, *Restatement (Second) of Conflict of Laws*, Philadelphia, 1971, § 187, commentaire « c » : « The parties, generally speaking, have power to determine the terms of their contractual engagement. They may spell out these terms in the contract. In the alternative, they may incorporate into the contract by reference extrinsic material which, among other things, may be the provisions of some foreign law ». Voir aussi, note du rapporteur sur la sous-section 1 : « the parties may also stipulate for the application of trade association rules or well-known commercial customs ».

495 RUHL, Gisela. Party Autonomy in the Private International Law of Contracts : Transatlantic Convergence and Economic Efficiency, *in* GOTTSCHALK, Eckart ; MICHAELS, Ralf ; RUHL, Gisela ; HEIN, Jan von. *Conflict of Laws in a Globalized World.* Cambridge : Cambridge University Press, 2007, p. 163.

prétendument limité des règles a-nationales, qui n'auraient pas la capacité de prévoir autant de variables que celles prévues par le droit national, ce qui donnerait en fin de compte aux arbitres une trop grande discrétion pour résoudre le litige.[496] Nous estimons toutefois que les règles a-nationales applicables au commerce et aux affaires internationales ont une portée suffisante – et surtout une sophistication – pour être considérées comme adéquates pour la résolution des litiges soumis communément à l'arbitrage. Il va sans dire que dans plusieurs secteurs commerciaux, les règles a-nationales sont généralement appliquées en tant que règle générale.[497]

4.1.3. La reconnaissance atténuée de l'autonomie de la volonté

L'acceptation de l'indépendance de l'autonomie de la volonté par rapport aux règles de conflit du for implique la reconnaissance du fait que l'arbitrage ne peut être localisé. Évidement, les deux définitions sont incompatibles. Même si tel est le cas, la majorité de la doctrine estime que l'autonomie de la volonté ne suffit pas à elle seule à justifier le libre droit des parties à déterminer le droit applicable à leurs rapports privés ; les systèmes juridiques étatiques doivent reconnaître que les parties – en reprenant l'étymologie du mot – ont le pouvoir de se donner la loi. Selon Paulsson, « l'idéal de l'arbitrage est la liberté conciliée avec le droit ».[498] Cela constitue un autre des grands paradoxes de l'arbitrage : la liberté de se comporter en dehors des limites de l'État – et conformément aux règles étrangères – dépend de l'autorisation de l'État lui-même.

La principale facette d'une telle prémisse est la reconnaissance du pouvoir des États non seulement de permettre l'autonomie de la volonté, mais surtout de la limiter.

---

496 RADICATI DI BROZOLO, Luca G. The Rules Governing the Merits in International Commercial Arbitration : What Scope for Party Autonomy ? *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 15, n. 58, 2018, pp. 247-276.

497 À titre d'exemple, nous pouvons citer les contrats types élaborés par la Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils – FIDIC, largement utilisés dans le secteur international de la construction.

498 PAULSSON, Jan. *The Idea of Arbitration.* Oxford : Oxford University Press, 2013, p. 1. Traduction libre de l'original : « The ideal of arbitration is freedom reconciled with law ».

Dans la plupart des cas, cette limite est exercée au moyen des règles d'application immédiate et d'ordre public, comme nous le verrons plus en détail par la suite.[499]

Toutefois, avant de la limiter, les États peuvent imposer certaines conditions afin de définir son champ d'application. Il existe deux conditions les plus courantes pour que l'autonomie de la volonté permette de choisir une loi étrangère pour produire des effets valables. Premièrement, l'affaire doit présenter des éléments d'extranéité, c'est-à-dire qu'elle doit être internationale. Cette exigence ne semble pas créer de réels obstacles dans la pratique, étant donné que le concept d'internationalité est actuellement très étendu. Il suffit donc qu'il y ait un élément minimum d'extranéité (qui peut être le domicile d'une des parties ou même le lieu de signature du contrat, par exemple) pour que l'affaire soit considérée comme internationale.[500] Deuxièmement, comme l'exige par exemple le *Restatement (Second)*, malgré la flexibilité garantie par la pratique judiciaire, le droit désigné doit avoir un rapport significatif avec la relation juridique en question. Cette exigence, qui vise à sauvegarder l'application des normes impératives de la règle naturellement applicable dans les cas où il n'existe pas de lien substantiel entre l'affaire et le droit choisi, est également interprétée de manière si large (en reconnaissant la validité du moindre lien, et en permettant de remédier à l'absence de lien en fonction du caractère raisonnable du choix) qu'elle ne représente pas un obstacle réel à l'autonomie de la volonté.[501]

L'argument qui explique peut-être le mieux les avantages de la valorisation de l'autonomie de la volonté est celui de la prévisibilité. En permettant aux parties d'opter pour le droit qui régira leurs litiges, elles sont également autorisées à inclure les conséquences possibles d'un tel choix dans l'analyse des coûts de transaction et de

---

499 BATIFFOL, Henri. *Aspects Philosophiques du Droit International Privé*. Paris : Dalloz, 2002, p. 66 (« aucun juriste ne doute que le législateur ne puisse édicter des prescriptions impératives qui s'imposeront aux parties »).

500 RUHL, Gisela. Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency, *in* GOTTSCHALK, Eckart ; MICHAELS, Ralf ; RUHL, Gisela ; HEIN, Jan von. *Conflict of Laws in a Globalized World*. Cambridge : Cambridge University Press, 2007, p. 249.

501 *Ibidem*, p. 249.

l'équilibre économico-financier du contrat. Cela permet également aux parties de calculer les charges et les primes liées à leur choix et de vérifier leur compatibilité avec le choix du mécanisme de règlement des litiges. Du point de vue de l'autorité juridictionnelle, elle facilite le processus cognitif en éliminant la nécessité de mener en plus un processus de conflit pour déterminer le droit applicable. Enfin, elle contribue à l'uniformisation du droit dans certains secteurs, où le choix de certains droits est devenu un standard international (à titre d'exemple, le droit anglais peut être cité pour les affaires concernant les assurances ou les litiges relatifs aux *commodities*).

Le Règlement européen Rome I est peut-être l'un des plus grands exemples contemporains de la reconnaissance mitigée de l'autonomie de la volonté. Bien qu'il consacre ce principe comme l'une des pierres angulaires du système de règles de conflit de lois en matière contractuelle[502] et qu'il établisse expressément à l'article 3, paragraphe 1, la validité du choix des parties,[503] le règlement soumet sa validité et son champ d'application au droit étatique choisi par les parties, tout en reconnaissant la primauté des règles d'application immédiate du for.[504]

4.1.4. L'autonomie de la volonté conditionnée à l'épreuve des règles de conflit du for

En adoptant une conception localisée de l'arbitrage, et en partant d'une perspective conflictualiste, l'autonomie de la volonté peut être considérée comme une

---

502 UNION EUROPÉENNE. Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement Européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), considérant 11 : « La liberté des parties de choisir le droit applicable devrait constituer l'une des pierres angulaires du système de règles de conflit de lois en matière d'obligations contractuelles ».

503 UNION EUROPÉENNE. Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), article 3(1) : « Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat ».

504 UNION EUROPÉENNE. Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), article 3(3) : « Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un pays autre que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord ».

règle de conflit – dont l'élément de rattachement serait la volonté des parties, indiquant ainsi la *lex voluntatis* – ou comme un élément de rattachement autonome.[505] Dans le premier cas, face à un choix par les parties d'un certain droit applicable à leurs litiges, les arbitres peuvent soumettre la vérification de l'étendue de l'autonomie de la volonté aux règles de conflit du for. Ces règles déterminent la validité et la portée du choix des parties.

Dans le second cas, le choix par les parties d'un certain droit est considéré non pas comme une détermination directe du droit applicable, mais comme un facteur de rattachement dont la prévalence dépendra des règles de droit international du for. Si le choix des parties est reconnu comme étant plus étroitement lié au litige, il sera perçu comme valable et le droit applicable au cas concret sera désigné. Cette désignation implique l'adoption du droit dans son ensemble, y compris ses règles de conflit, ses règles d'application immédiate et les limites éventuelles à l'autonomie de la volonté.[506]

Pour certains, la question n'a qu'une importance pratique limitée car ils estiment que quasiment tous les systèmes de droit international privé reconnaissent le principe de l'autonomie de la volonté sans limitations majeures.[507] Pour d'autres, les limitations éventuelles d'un système donné sont de moindre importance, étant donné que les parties ne s'attendront guère à ce que soit reconnu un champ de liberté de la volonté plus étendu que celui reconnu par la plupart des systèmes juridiques.

Comme l'explique Croff, ces deux hypothèses sont fausses. Premièrement, parce que plusieurs juridictions imposent encore des limites restrictives à l'autonomie de la volonté. Deuxièmement, parce que, dans ce cas, les limites du droit du for ne permettront

---

505 JACQUET, Jean-Michel. Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution, *in Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques* : Liber Amicorum. Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudement-Tallon. Paris : Dalloz, 2008, p. 728.

506 RADICATI DI BROZOLO, Luca G. The Rules Governing the Merits in International Commercial Arbitration : What Scope for Party Autonomy ? *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 15, n. 58, 2018, pp. 247-276.

507 VIGNANO, Tomaso Tommasi di. Arbitrato Commerciale Internazionale e Diritto Sostanziale Applicabile. *Rassegna dell'Arbitrato* : Bollettino dell'Associazione Italiana per l'Arbitrato, v. 17, 1977, p. 130.

pas à l'arbitre de reconnaître à l'autonomie de la volonté la portée qui est observée dans les juridictions plus permissives.[508]

En prenant comme exemple les ordres juridiques latino-américains, il est possible de vérifier une manifestation pratique de ce que nous avons vu d'un point de vue théorique. La plupart des lois, comme celle du Brésil, ont une forte tendance territorialiste et prévoient que la loi du lieu où ils sont conclues sera applicable aux contrats,[509] sauf dans les cas où il existe une option contractuelle pour résoudre les conflits par l'arbitrage.[510] Il est également important de sensibiliser les partisans des théories localisatrices de leurs implications pratiques.

Bien que la tendance territorialiste soit majoritaire dans la région, il commence à y avoir des signes de changement a partir de la célébration en 1994 de la Convention interaméricaine sur la Loi applicable aux contrats internationaux, qui contient un article similaire à l'article 3(1), du Règlement Rome I.[511] Cependant, la convention n'a été ratifiée que par le Mexique et le Venezuela ; au Brésil, elle n'a même pas été envoyée au congrès national.[512] Toutefois, son texte renforce la tendance du droit international à garantir une large reconnaissance de l'autonomie de la volonté, qui devrait également être acceptée à

---

508 CROFF, Carlo. The Applicable Law in an International Commercial Arbitration : Is It Still a Conflict of Laws Problem ? *The International Lawyer*, v. 16, n. 4, 1982, pp. 613-645.

509 BRÉSIL. Loi d'introduction aux règles du droit brésilien, article 9 : « Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituirem. § 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato. § 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente ».

510 BRÉSIL. Loi d'arbitrage de 1996, article 2.

511 CIDIP. Convention interaméricaine sur la Loi applicable aux contrats internationaux (Adoptée à la troisième séance plénière), article 7 : « Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le consentement des parties à ce choix doit être exprès ou, en l'absense d'un tel consentement, ce choix doit découler, d'une façon évidente, du comportement des parties et des clauses contractuelles considérées dans leur ensemble. Ce choix pourra régir la totalité du contrat ou une partie de celui-ci. Le choix d'un for déterminé par les parties n'entraine pas nécessairement l'adoption de la loi applicable ».

512 ARAÚJO, Nádia de ; GAMA JR, Lauro. A Escolha da Lei Aplicável aos Contratos do Comércio Internacional: Os Futuros Princípios da Haia e Perspectivas para o Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 34, 2012, p. 11.

l'avenir dans les pays d'Amérique latine, à l'instar du récent changement législatif en Uruguay.[513]

En outre, pour la doctrine localisatrice, les parties n'ont pas de réelle autonomie pour déterminer le droit applicable car cette autonomie est conditionnée à une analyse préalable par l'arbitre des règles de conflit applicables au siège de l'arbitrage. Et, bien que cette doctrine semble obsolète au vu de l'acceptation générale du principe de l'autonomie de la volonté, il y a encore ceux qui reproduisent les idéaux de ses principaux défenseurs, tels que Sauser-Hall, Mann et Lalive. Sauser-Hall considérait que les parties n'avaient pas une liberté illimitée de choisir le droit applicable et qu'elles devaient se soumettre aux règles de conflit du for (ou du siège).[514] Mann défendait également la primauté des règles de conflit de siège et, assimilant l'arbitre au juge national, comprenait que s'imposait pour les deux de manière égale la loi nationale.[515] Lalive, pour sa part, défendait dans ses premiers travaux que le choix des parties ne produisait pas d'effets automatiques, mais était conditionné par une analyse des qualifications et des limites imposées par les différentes juridictions.[516] L'auteur a adopté une position plus souple dans ses travaux les plus récents, comprenant que certains choix des parties (par ordres juridiques développés ou considérés comme neutres) peuvent être considérés comme adéquats dans le cas des relations internationales, soutenant toutefois qu'ils doivent être exercés dans des limites raisonnables.[517]

---

513 La récente promulgation en Uruguay de la Loi générale de droit international privé reconnaît enfin l'autonomie de la volonté des parties de choisir le droit applicable à leurs contrats internationaux (permettant, notamment, le choix de règles a-nationales, à condition qu'elles émanent d'organismes internationaux dont l'Uruguay est membre), même si l'arbitrage n'est pas prévu comme moyen de règlement des différends. Comme le Brésil, l'Uruguay limitait auparavant le pouvoir de choix aux contrats comportant des clauses compromissoires. URUGUAY. Ley General de Derecho Internacional Privado, approuvée le 17 novembre 2020.

514 SAUSER-HALL, Georges. *Annuaire de l'Institut de Droit International*, v. 394. Paris : Éditions A. Pedone, 1957.

515 MANN, Frederick Alexander. Lex Facit Arbitrum. *Arbitration International,* v. 2, n. 3, 1986.

516 LALIVE, Pierre. Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse. *Revue de l'Arbitrage*, v. 3, 1976, pp. 155-185 ; *Idem.* Problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 120, 1967.

517 LALIVE, Pierre. Le droit applicable au fond du litige en matière d'arbitrage. *Rassegna dell'Arbitrato* : Bollettino dell'Associazione Italiana per l'Arbitrato, v. 17, 1977, pp. 1-19.

4.2. Facteurs limitant l'autonomie de la volonté des parties

Il existe un consensus doctrinal apparent selon lequel il existe deux causes limitatives à l'exercice de l'autonomie de la volonté : les normes d'application immédiate[518] (**4.2.1**) et celles qui constituent l'ordre public (**4.2.2**). Les premières opèrent de manière affirmative et sont considérées, par l'ordre juridique qui les contient, comme étant indérogeables ; les secondes opèrent de manière négative, empêchant la sentence arbitrale de produire ses effets, soit dans le cadre d'un recours en annulation, soit dans le cadre de la procédure d'homologation et de reconnaissance des sentences arbitrales étrangères.[519]

La différenciation est d'une importance primordiale. Beaucoup confondent la nécessité de la prise en compte par l'arbitre des règles d'application immédiate (également appelées lois de police) avec la nécessité de sauvegarder l'intérêt public et collectif du souverain. Toutefois, lorsqu'il s'agit de la sphère internationale, c'est l'ordre public international qui joue ce rôle et non par les normes d'application immédiate. C'est par l'ordre public qu'un État souverain a le pouvoir d'empêcher une sentence arbitrale de produire des effets sur son territoire, en lui refusant la reconnaissance.

À la base d'une telle compréhension se trouve la hiérarchie entre ces règles et le pouvoir juridictionnel du juge. Bien que la hiérarchie entre la norme et le juge soit reconnue au sein d'une structure de souveraineté étatique, dans laquelle le juge étatique est subordonné à la loi, il n'en va pas de même dans les arbitrages. L'arbitre n'est pas

---

518 Les règles d'application immédiate seront également désignées tout au long de ce travail comme des règles impératives ou des lois de police, de manière indistincte, sans que cela n'implique aucune conséquence conceptuelle.

519 BERMANN, George A. International Arbitration and Private International Law : General Course on Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law,* v. 381, 2016, p. 393. Dans le même sens : LALIVE, Pierre. Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration, *in* SANDERS, Pieter (ed.). Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration. *ICCA Congress Series*, v. 3. New York : Kluwer Law International, 1987, pp. 261-262 : « Public policy exercises therefore a *negative function* (depriving the foreign law of its normal title of application or the foreign act of its faculty to be recognized). And it constitutes a *limit* to the functioning of the rules of private international law when the latter command either the application of foreign law or the recognition of a foreign act ».

subordonné de la même manière à la loi, mais à la volonté et aux intérêts légitimes des parties. Il est vrai qu'une telle subordination n'est pas – et ne devrait pas être – sans limites. Les questions qui se posent, et auxquelles ce chapitre se propose de répondre, sont de savoir quelles devraient être ces limites et quelles sont leurs sources.

4.2.1. Les règles d'application immédiate comme limite à l'autonomie de la volonté des parties

L'article 9, paragraphe 1, du Règlement Rome I définit les normes d'application immédiate comme étant celles dont le respect est considéré par un pays comme fondamental pour la sauvegarde de l'intérêt public, en particulier de son organisation politique, sociale ou économique, dans la mesure où il requiert son application dans toute situation relevant de son champ d'application, quelle que soit la loi autrement applicable au contrat en vertu du règlement.[520] Francescakis, considéré comme le père des lois de police, les définit comme les règles « dont l'observation est nécessaire pour sauvegarder l'organisation politique, sociale et économique d'un pays ».[521]

L'une des principales conséquences de la reconnaissance du principe de l'autonomie de la volonté pour la détermination du droit applicable – même sous sa forme atténuée – est l'octroi de pouvoirs aux parties, lorsqu'elles choisissent un droit qu'elles souhaitent appliquer à leurs relations de droit privé, de pouvoirs pour écarter le droit qui serait « naturellement » appliqué par suite des méthodes classiques de conflit de lois. Conformément à la position adoptée dans ce travail, nous pensons que cet écart fonctionne

---

520 UNION EUROPÉENNE. Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), article 9, paragraphe 1. Voir aussi : UNION EUROPÉENNE. Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), article 16. Le règlement Rome II, pour sa part, règle la question de manière plus vague, en stipulant seulement que « Les dispositions du présent règlement ne portent pas atteinte à l'application des dispositions de la loi du for qui régissent impérativement la situation, quelle que soit la loi applicable à l'obligation non contractuelle ».

521 FRANCESCAKIS, Phocion. Conflits des Lois. Principes Généraux. *Répertoire de Droit International,* v. 131. Paris : Dalloz, 1968. Pour des notions approfondies sur ce sujet, voir, du même auteur : Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports aves les règles de conflit de lois. *Revue Critique de Droit International Privé*, 1966, pp. 1-18 ; *Idem. La Théorie du Renvoi et les Conflits de Systèmes en Droit International Privé*. Paris : Sirey, 1958.

de manière globale, en s'appliquant également aux règles d'application immédiate du droit qui serait « naturellement » appliqué si ce n'était du choix des parties, à l'exception des seules règles d'ordre public transnational.

Toujours en ce qui concerne la prise en compte par les arbitres des règles d'application immédiate – qu'elles intègrent l'ordre juridique du for, du lieu d'exécution de la sentence ou celui applicable selon le choix des parties – on identifie au moins trois courants qui, suivant la tonalité de ce travail, se différencient selon une plus grande proximité avec le principe de territorialité, d'un côté, et l'autonomie de l'arbitrage, de l'autre.

Pour les territorialistes, il ne fait aucun doute que l'application des règles d'application immédiate, y compris celles appartenant au système juridique du siège de l'arbitrage, intègre la mission de l'arbitre (**4.2.1.1**). Pour les autonomistes, la volonté spécifique des parties doit toujours prévaloir, y compris sur les règles d'application immédiate qui font partie du système juridique de leur choix (**4.2.1.3**). Dans le champ intermédiaire, se trouvent ceux qui préconisent une application souple de ces règles – à l'exception de celles du for – en les qualifiant de faits de l'espèce qui doivent être pris en compte par les arbitres afin de privilégier les attentes légitimes des parties (**4.2.1.2**).

4.2.1.1. Prise en considération des normes d'application immédiate par l'arbitre monolocalisé

Inspirés par les procédures devant les tribunaux étatiques, les défenseurs du courant terriotorialiste comprennent que les règles d'application immédiate en vigueur au siège de l'arbitrage s'appliquent de manière contraignante aux arbitres qui mènent leur arbitrage sur ce territoire. C'est également ce que prévoit le Règlement Rome I (applicable uniquement aux affaires portées devant les juridictions étatiques) en établissant que ses dispositions « ne pourront porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi ».[522]

---

522 UNION EUROPÉENNE, Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), article 9(2).

La définition traditionnelle des normes d'application immédiate soutient cette position. Au sein de l'Union européenne, la Cour de justice a donné une définition plus précise dans l'affaire *Arblade*, établissant que ces règles constituent, dans la logique du droit communautaire, les dispositions nationales dont l'observation est jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'État au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci.[523] L'accent mis sur l'application spatiale des normes impératives attire l'attention, renforçant son objectif de protection de la souveraineté nationale sur le territoire de chaque État souverain.

Une question d'une extrême pertinence pour le débat échappe pourtant à la définition : les règles d'application immédiate ne sont pas faciles à identifier.[524] Audit affirme à juste titre qu'« en définitive, les lois de police ne se découvrent pas par la simple mise en œuvre d'un critère synthétique et elles ne s'appliquent pas par le seul effet d'une définition abstraite. ».[525] Pour Lequette, une loi de police ne peut être identifiée qu'après que le juge national l'ait déclarée en tant que telle.[526] Comme ce pouvoir ne fait pas partie de la liste des pouvoirs confiés à l'arbitre, il ne reste à celui-ci que la possibilité de

---

523 UNION EUROPEENNE. Tribunal de justice de l'Union européenne, Décision du 23 novembre 1999, procédures pénales contre Jean-Claude Arblade et Arblade & Fils SARL (C-369/96) et Bernard Leloup, Serge Leloup et Sofrage SARL (C-376/96). Voir aussi, *Revue Critique de Droit International Privé*, 2000.710 ; FALLON, Marc. *Journal du Droit International*, Clunet, 2000.433 : « constitue, au sens du droit communautaire, une loi de police la disposition nationale dont l'observation est jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'État au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci » ; BUREAU, Dominique ; WATT, Horatia Muir. *Droit International Privé.* Partie Générale. 3e éd. Paris : Presses Universitaires de France, 2014, p. 650 (« Sont ainsi d'application immédiate les lois qui, assorties explicitement ou implicitement de critères d'applicabilité spatiale propres, revendiquent un champs d'application sans tolérer l'intermédiation de la règle de conflit de lois ») et note de bas de page n. 3 (« Et tout particulièrement la loi d'autonomie à laquelle elles ont eu pour fonction d'apporter un contrepoids »).

524 MAYER, Pierre ; HEUZÉ, Vincent. *Droit International Privé.* 10e éd. Paris : LGDJ, 2010, pp. 90 et ss. Dans le même sens : LOUSSOUARN, Yvon ; BOUREL, Pierre ; VAREILLES-SOMMIERES, Pascal de. *Droit international privé*. 10e éd. Paris : Dalloz, 2013, p. 154 ; PATAUT, Étienne. *Principe de Souveraineté et Conflits de Juridictions* : Étude de Droit International Privé. Paris : LGDJ, 1999. p. 48 : « l'introuvable critère des lois de police ».

525 AUDIT, Bernard; D'AVOUT, Louis. *Droit International Privé*. 6e éd. Paris : LGDJ, 2010, p. 114.

526 LEQUETTE, Yves. Protection Familiale et Protection Étatique des Incapables. Paris : Dalloz, 1976, p. 212.

n'appliquer que les règles d'application immédiate déjà identifiées par le juge étatique, ce qui rend cet exercice incomplet – et peut-être imparfait – dans son fondement.

La principale justification de la prise en compte par l'arbitre des normes d'application immédiate réside dans le pouvoir juridictionnel du juge étatique du siège pour l'annulation des sentences arbitrales qui y sont rendues. Cette crainte ne devrait toutefois pas suffire pour que les arbitres appliquent, sans autre considération, les règles d'application immédiate en vigueur au siège de l'arbitrage.[527] Les arbitres doivent tout d'abord vérifier les choix – explicites ou tacites – que les parties ont faits en ce qui concerne les droits applicables à leur rapport contractuel. En effet, garantir l'application de telles règles sur un territoire donné n'est rien d'autre qu'une manifestation de la souveraineté de l'État, qui vise à protéger l'intérêt collectif défini par ses politiques législatives.

Une très petite minorité de la doctrine continue de croire que la désignation d'un siège pour l'arbitrage implique – ou devrait d'une certaine manière influencer – également le choix du droit applicable au fond du litige[528] (bien que beaucoup pensent qu'elle implique le choix de la *lex arbitri*, c'est-à-dire la loi applicable à la procédure arbitrale).[529] Dans ce sens, pour Mendes, il ne semble pas y avoir de raisons particulières pour accorder un traitement spécial aux règles impératives de l'ordre juridique du lieu d'arbitrage.[530] Radicati di Brozolo estime que les lois d'application immédiate de la *lex*

---

527 BERMANN, George A. International Arbitration and Private International Law : General Course on Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law,* v. 381, 2016, p. 399 : « rendition of an award vulnerable to annulment in the place of arbitration is not necessarily an exercise in futility ».

528 L'équivalence entre le choix du siège et de la clause de désignation de droit applicable n'est plus valable. La Convention Interaméricaine sur la loi applicable aux contrats de 1994 inclut dans la deuxième partie de l'article 7 la disposition suivante : « Le choix d'un for déterminé par les parties n'entraîne pas nécessairement l'adoption de la loi applicable ». Appliqué à notre thèse, cela signifie que le choix d'un « siège » pour l'arbitrage n'entraîne pas non plus que le droit de ce lieu – ni ses règles de conflit – s'appliqueront automatiquement.

529 BARRACLOUGH, Andrew ; WAINCYMER, Jeff. Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration. *Melbourne Journal of International Law*, v. 6, 2005, pp. 205 et ss.

530 MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. Regras Imperativas e Arbitragem Internacional: Por um Direito Transnacional Privado? *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 19, 2008, pp. 31-49.

arbitri ne sont pas appropriées, car leur rapport avec le fond du litige est souvent ténu et accidentel.[531]

4.2.1.2. Prise en considération des normes d'application immédiate par l'arbitre plurilocalisé

Les défenseurs de l'arbitrage plurilocalisé – qui occupent actuellement la position majoritaire de la doctrine – comprennent que l'arbitrage, même s'il se déroule avec une certaine indépendance par rapport aux États souverains, dépend d'eux pour produire des effets valables. C'est une position dotée d'un pragmatisme remarquable, mais qui reste fondée sur l'un des paradoxes qui imprègnent l'institution juridique de l'arbitrage : alors que l'arbitrage cherche son autonomie par rapport aux systèmes étatiques, il dépend de ceux-ci pour exister et doit donc respecter les limites qu'ils imposent pour sa validité. Selon ce courant, la validité et l'efficacité de l'arbitrage dépendent d'une coexistence harmonieuse entre les tribunaux arbitraux et les États-nations. Comme l'explique Mendes, si l'autonomie de l'arbitrage implique une rupture de tout lien avec le territoire, c'est-à-dire avec l'État souverain, elle n'implique pas l'absence totale de toute influence étatique.[532]

La reconnaissance d'une certaine indépendance de l'arbitrage par rapport aux États ne signifie donc pas que les parties ont le pouvoir d'exclure l'application de toute règle impérative (qui, par définition, sont toutes étrangères aux arbitres, puisque l'arbitre n'a pas de for) qui pourrait avoir un lien avec la question en litige. Au cours des arbitrages internationaux, il est fréquent que les arbitres soient confrontés à la nécessité d'examiner les règles d'application immédiate des systèmes juridiques effectivement liés au litige. Et, par lien effectif, il faut comprendre la nécessité d'établir un lien substantiel, le siège de l'arbitrage étant par exemple considéré comme un lien de faible pertinence.

---

531 RADICATI DI BROZOLO, Luca G. The Rules Governing the Merits in International Commercial Arbitration : What Scope for Party Autonomy ? *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 15, n. 58, 2018, pp. 247-276.

532 MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. Regras Imperativas e Arbitragem Internacional : Por um Direito Transnacional Privado ? *Revista de Arbitragem e Mediação,* v. 19, 2008, pp. 31-49.

Les règles d'application immédiate constituent une limite à l'étendue de l'autonomie des parties et sont extérieurs à la *lex contractus.*[533] Leur contenu et leur portée dépendront toujours des politiques législatives de l'État-nation. Leur marque caractéristique est l'exigence d'un champ d'application spatial impératif, dicté par l'objectif de la politique législative qu'ils cherchent à garantir.[534] Elles sont considérées comme extérieures au champ d'application des accords entre les parties sur le droit applicable, puisqu'ils ont pour source la souveraineté nationale et assurent la consécration de l'intérêt public.[535]

On s'interroge donc quelle est la relation entre des règles si étroitement liées à un territoire souverain avec des arbitrages qui sont compris comme appartenant à une sphère juridique internationale, sans liens majeur avec un territoire national donné. La réponse n'est pas simple, mais le principal argument en défense semble être que, précisément parce qu'elles protègent des intérêts collectifs, il ne serait pas logique d'accorder aux individus le pouvoir de décider de l'applicabilité ou non de ces règles.[536]

Comme nous le verrons dans la deuxième partie de cette thèse, il existe plusieurs droits qui ont vocation à s'appliquer dans un même litige transnational. Bien que les règles d'application immédiate fassent généralement référence au fond du litige et, à ce titre, accompagnent la *lex contractus* (bien qu'elles lui soient extérieures), elles peuvent également jouer un rôle fondamental dans la réglementation de la procédure arbitrale et des questions incidentes, précisément parce que ce sont ces questions qui peuvent le plus souvent conduire à l'annulation de la sentence arbitrale. Ainsi, si la question est régie par

---

533 DEBOURG, Claire. Normas Imperativas e Arbitragem Internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 40, 2014, p. 291.

534 BOLLÉE, Sylvain ; PÉRÈS, Cécile. Le caractère impératif ou supplétif des nouvelles règles du droit des contrats devant l'arbitre. *Revue de l'Arbitrage*, v. 2017, n. 1, 2017, pp. 93-114.

535 MANIRUZZAMAN, A. F. Munir. International Arbitrator and Mandatory Public Law Rules in the Context of State Contracts : An Overview. *Journal of International Arbitration*, v. 7, n. 3, 1990, pp. 53-64.

536 RADICATI DI BROZOLO, Luca G. The Rules Governing the Merits in International Commercial Arbitration : What Scope for Party Autonomy ? *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 15, n. 58, 2018, pp. 247-276.

un droit autre que ce qui régit le fond du litige, ses normes d'application immédiate peuvent également prétendre s'appliquer.[537]

Le fait de ne pas tenir compte des normes impératives du lieu d'exécution de la sentence arbitrale peut constituer un obstacle à sa reconnaissance et à son exécution.[538] Bien que cela ne soit pas considéré comme une exigence, il est devenu courant parmi les tribunaux arbitraux d'envisager des règles d'application immédiate d'autres juridictions dans le seul but de préserver – ou de promouvoir – l'efficacité de leur sentence, ce qui finit par générer un inconscient collectif élevant la pratique au rang de banalité.[539] La question, cependant, n'est pas sans opposition. Si l'on accorde peu d'importance aux normes d'application immédiate des États tiers dans les affaires portées devant les tribunaux étatique, ce sera à plus forte raison dans le cas où la résolution du litige ait été soumise à l'arbitrage.[540]

Toutefois, certains jugements paradigmatiques, comme ceux rendus dans les affaires *Mitsubishi* et *Eco Swiss,* ont décidé de l'application obligatoire de certaines règles impératives par les arbitres, en particulier lorsque la question en litige concerne le droit de la concurrence. Dans le premier cas, la Cour suprême des États-Unis a estimé que les litiges portant sur des questions d'antitrust étaient arbitrables, mais le tribunal japonais a été tenu de respecter les règles du droit antitrust américain car considérés comme des

---

537 BERMANN, George A. International Arbitration and Private International Law : General Course on Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law,* v. 381, 2016, p. 407.

538 GRIGERA NAÓN Horacio A. Choice of Law problems in international commercial arbitrations. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 289, 2001, p. 187 (« not applying lois de police [...] might lead to the nullity or non-enforcement of the arbitral award in national jurisdictions having enacted such rules ») ; CCI n. 8626, *ICC Court Bulletin*, v. 14, 2003, p. 56 (« we are of the opinion that an arbitral tribunal should always be concerned with the effectiveness of its decisions […]. Accordingly we consider that we are bound to consider the applicability of Articles 85 of the Treaty of Rome »).

539 BERMANN, George A. International Arbitration and Private International Law : General Course on Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law,* v. 381, 2016, p. 410.

540 KLEINHEISTERKAMP, Jan. Legal Certainty, Proportionality and Pragmatism : Overriding Mandatory Laws in International Arbitration. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 67, n. 4, 2018, pp. 903-930.

normes d'application immédiate, c'est-à-dire non dérogeables.[541] Dans le second cas, la Cour de justice de l'Union européenne a décidé que les cours étatiques des États ressortissants pouvaient annuler les sentences arbitrales lorsqu'ils constatent que les arbitres n'ont pas respecté les interdictions prévues par les lois sur la concurrence de ces pays.[542] « Ces décisions indiquent que les tribunaux, du moins en Europe et aux États-Unis, s'attendent à ce que les obligations de l'arbitre aillent au-delà de la simple résolution d'un litige privé entre les parties ».[543]

En outre, il semble y avoir un consensus sur le fait que le respect par les arbitres des lois d'application immédiate est l'une des principales garanties de l'efficacité de l'arbitrage dans son ensemble. Les arbitres doivent veiller à ce que l'arbitrage ne devienne pas une zone de non-droit auquel les parties ont recours pour échapper à l'application de règles qui ne leur conviennent pas. Comme l'explique Debourg, le respect par les arbitres des règles d'application immédiate est la contrepartie de l'acceptation générale par les États-nations du recours à l'arbitrage par leurs ressortissants. Après tout, « le recours généralisé à l'arbitrage n'existe que parce que les États l'ont toléré ». Selon le Professeur, « l'application des lois d'application immédiate est fondamentale pour que l'arbitrage respecte la confiance que lui accordent les Etats ».[544]

Dans le même sens, Radicati di Brozolo suggère que la prise en compte des normes d'application immédiate devrait provenir d'une sorte de *comity* arbitral, ou d'une rétribution du fait que les États acceptent de renoncer à une partie de leur souveraineté et de leur juridiction naturelle en faveur de l'arbitrage.[545]

---

541 ETATS-UNIS. Cour suprême, *Mitsubishi Motors vs. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 US 614, 1985.

542 UNION EUROPÉENNE. Cour de justice de l'Union européenne, affaire n° C-126/97, Rec. I-3055, 1999, *Eco Swiss China Time vs. Benetton International*.

543 MOSES, Margaret L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. 2e éd. Cambridge : Cambridge University Press, 2012, p. 85.

544 DEBOURG, Claire. Normas Imperativas e Arbitragem Internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 40, 2014, p. 297.

545 RADICATO DI BROZOLO, Luca G. Arbitration and Competition Law : The Position of the Courts and of Arbitrators. *Arbitration International*, v. 27, n. 1, 2011, pp. 1–26.

Parmi les spécialistes, certains préconisent l'application de l'analyse des intérêts gouvernementaux pour déterminer les normes d'application immédiate qui doivent être appliquées par les arbitres. Pour Greenawalt, les arbitres devraient appliquer un test qui considère la force de l'intérêt d'un État particulier à voir ses règles d'application immédiate appliquées, en prenant comme point de départ la nature de la règle et son lien avec le rapport juridique en cause.[546] À notre avis, cependant, la décision des arbitres quant a l'application ou non des règles d'application immédiate ne devrait pas se concentrer sur l'intérêt des États à voir leurs lois appliquées, mais sur les attentes légitimes des parties à les voir appliquées à la résolution de leur différend. Les attentes légitimes ne doivent pas être comprises comme synonymes de la volonté exprimée par les parties. Comme nous l'avons vu, conformément aux courants qui privilégient une application conditionnelle du principe d'autonomie, les règles d'application immédiate imposent une limite à l'autonomie de la volonté. C'est la limite fixée par les États pour la préservation de leur politique législative et, à ce titre, elle ne peut être écartée par des intérêts privés.

En tout état de cause, une analyse détaillée de son contenu et de son objectif doit précéder la prise en compte par l'arbitre des règles d'application immédiate. Plusieurs de ces règles ne visent qu'à réglementer les rapports internes et seraient inadaptées aux rapports transnationaux.[547] D'ailleurs, dans certains cas, la reconnaissance de normes d'application immédiate peut rendre le litige non arbitrable et conduire à une situation de conflit avec la volonté des parties. Les arbitres devraient avoir la discrétion, par exemple, d'écarter les normes d'application immédiate qui invalident les choix exprès des parties ou qui affectent la juridiction arbitrale.[548] Ainsi, il nous semble qu'il ne devrait faire aucun doute que, sur une échelle hiérarchique, l'autonomie de la volonté prime sur les normes d'application immédiate des ordres juridiques tiers, et les arbitres devraient toujours veiller

---

546 GREENAWALT, Alexander K. A. Does International Arbitration Need a Mandatory Rules Method ? *American Review of International Arbitration*, v. 18, 2008, pp. 103-119.

547 BERMANN, George A. International Arbitration and Private International Law : General Course on Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law,* v. 381, p. 413.

548 MAYER, Pierre. Mandatory Rules of Law in International Arbitration. *Arbitration International*, v. 2, n. 4, 1986, pp. 274-293.

à ne pas méconnaître la volonté des parties en privilégiant une acceptation plus large de leur sentence.[549]

Un exemple pratique de ce paradoxe est la situation dans laquelle les parties ont choisi une loi applicable à leur rapport juridique qui invalide des clauses du contrat signé entre elles. L'arbitre doit concilier deux expressions contradictoires de la volonté qui n'auront pas nécessairement le même poids. Pour Bollée et Pérès, la solution la plus respectueuse de la volonté des parties est d'appliquer la clause contractuelle, en l'entendant comme une renonciation tacite à la règle qui l'invaliderait.[550] Toutefois, la question sera différente lorsque la norme est d'application immédiate ou d'ordre public. Dans ce cas, celles-ci l'emportent sur la volonté manifeste des parties et, en conséquence, invalident la clause contractuelle en sens contraire.[551]

La question est complexe, même du point de vue du juge étatique. En effet, c'est lui le gardien du système juridique en vigueur dans son for. En ce qui concerne l'application des normes impératives de son for, lorsque l'affaire est portée devant le juge étatique, il n'y a aucun doute qu'il les appliquera, même *ex officio*. La question demeure cependant de savoir si, si la loi applicable est étrangère, le juge étatique appliquera également les lois immédiatement applicables du système étranger (qu'elles soient invoquées par les parties ou non).

C'est dans le même article 9 du Règlement Rome I que les partisans de ce courant cherchent également un soutien.[552] Son alinéa 3 apporte une réponse aux affaires portées devant les tribunaux étatiques. Cette disposition prévoit que les règles impératives du pays où les obligations du contrat doivent être ou ont été exécutées peuvent prévaloir si,,

---

549 BERMANN, George A. *Op. Cit*., p. 412.

550 BOLLÉE, Sylvain ; PÉRÈS, Cécile. Le caractère impératif ou supplétif des nouvelles règles du droit des contrats devant l'arbitre. *Revue de l'Arbitrage*, v. 2017, n. 1, 2017, pp. 93-114.

551 BOLLÉE, Sylvain ; PÉRÈS, Cécile. Le caractère impératif ou supplétif des nouvelles règles du droit des contrats devant l'arbitre. *Revue de l'Arbitrage*, v. 2017, n. 1, 2017, pp. 93-114 ; BOLLÉE, Sylvain. L'impérativité du droit choisi par les parties devant l'arbitre international. *Revue de l'Arbitrage*, v. 2016, n. 3, 2016, pp. 675-705.

552 Comme on l'a vu à la sous-section 4.2.1.1 *supra*, son alinéa 1 soutient le courant territorialiste.

selon ces règles d'application immédiate, l'exécution du contrat est illégale. Pour décider si ces normes doivent prévaloir, il faut tenir compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou non.[553] C'est-à-dire que le Règlement, en plus de privilégier une analyse au cas par cas, privilégierait le lieu d'exécution des obligations, c'est-à-dire le lieu où les effets du contrat prennent effet. En établissant un parallèle avec l'arbitrage, on pourrait dire que le droit – ou du moins les règles d'application immédiate – du lieu d'exécution de la future sentence arbitrale devrait être privilégié par rapport au droit du siège de l'arbitrage.

Certains critères d'exclusion peuvent servir de guide à la tâche des arbitres. La première est que les normes d'application immédiate ne doivent pas être reconnues lorsqu'elles sont en conflit avec des normes d'ordre public que les arbitres doivent respecter afin de garantir la validité de la procédure arbitrale et de la future sentence. En outre, compte tenu de la pluralité des systèmes juridiques qui ont vocation à être appliqués ou qui doivent être observés parce qu'ils contrôleront à terme la validité de la sentence arbitrale, il incombera aux arbitres de vérifier les potentiels conflits ou concurrence entre les différentes normes d'application immédiate. La première étape de ce processus consiste à vérifier le résultat pratique de l'application des différentes normes à la même question. S'ils sont identiques, l'arbitre peut simplement vérifier le résultat, en se référant aux normes concurrentes qui l'ont amené à prendre cette décision. En revanche, s'ils sont contradictoires, l'arbitre doit procéder à une analyse des attentes légitimes des parties afin de vérifier lequel des ordres juridiques en question doit être appliqué.

Certains affirment que cette tâche est trop lourde pour l'arbitre, qui sera chargé de vérifier – dans des cas plus complexes – des dizaines d'ordres juridiques potentiellement applicables. En pratique, cette affirmation n'est pas tout à fait vérifiée. D'une part, parce que rares sont les cas où autant d'ordres distincts sont réellement impliqués ; d'autre part, parce que l'arbitre doit s'en tenir à un exercice de vérification raisonnable et non exhaustif, en se fondant principalement sur les informations fournies par

---

553 UNION EUROPÉENNE. Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), article 9(3).

les parties par rapport aux lieux où la sentence pourra éventuellement être exécutée et sur les droits qu'elles souhaitent voir appliqués pour la résolution de leurs conflits.

4.2.1.3. Prise en considération des normes d'application immédiate par l'arbitre délocalisé

Si, d'une part, en reconnaissant la validité des règles d'application immédiate, les arbitres risquent de contredire la volonté exprimée et les attentes légitimes des parties, d'autre part, en les ignorant, ils risquent de voir leur future sentence annulée par les juges étatiques.[554] La question est d'établir quelles règles les arbitres peuvent – et doivent – appliquer et comment ils doivent déterminer leur contenu.

En exerçant l'autonomie de leurs volontés dans leur aspect procédural, c'est-à-dire en choisissant la voie de l'arbitrage, les parties investissent les arbitres du pouvoir juridictionnel pour une mission spécifique. En contrepartie, les arbitres respectent la mission qui leur a été confiée par les parties, y compris les limitations imposées par le choix d'un droit applicable donné. Comme l'explique Bermann, les arbitres sont autorisés à donner effet au droit désigné par les parties et à aucun autre, telle est leur mission.[555] Certes, l'arbitre n'a pas pour fonction de garantir la préservation des usages et coutumes d'un État donné ou de protéger son système juridique[556] ; même lorsqu'il reconnaît la validité de règles d'application immédiate, l'arbitre ne peut pas usurper le rôle de gardien de l'ordre public qui incombe au juge étatique et doit donc se limiter à sa fonction ordinaire d'application du droit pour résoudre avec finalité les crises juridiques entre les parties.[557]

---

554 MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. Regras Imperativas e Arbitragem Internacional : Por um Direito Transnacional Privado ? *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 19, 2008, pp. 31-49.

555 BERMANN, George A. International Arbitration and Private International Law : General Course on Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 381, 2016, p. 402.

556 DEBOURG, Claire. Normas Imperativas e Arbitragem Internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 40, 2014, p. 291.

557 MAYER, Pierre. Mandatory Rules of Law in International Arbitration. *Arbitration International*, v. 2,

En reprenant le même exemple pratique vu dans le point précédent, mais en appliquant les conséquences de la théorie de la délocalisation, on constate qu'en cas de conflit entre le droit applicable choisie par les parties et les clauses du contrat signé entre elles, la disposition contractuelle prévaudra toujours, même si la règle juridique en question est d'application immédiate. Or, une clause de choix de droit n'est rien d'autre qu'une clause contractuelle et, en tant que telle, tout éventuel conflit avec d'autres clauses contractuelles doit être résolu sur la base des principes d'interprétation contractuelle. Face à un conflit entre une clause de choix de droit applicable et une clause spécifique à ce rapport contractuelle, qui normalement fait l'objet d'une large négociation entre les parties, il n'y a aucun sens à faire prévaloir la clause de choix de droit applicable.

Une indication claire que les arbitres peuvent décider de ne pas tenir compte des normes d'application immédiate est le fait que plusieurs lois régissant l'arbitrage permettent aux parties de choisir non seulement des lois nationales pour régir la résolution de leurs litiges, mais aussi des règles a-nationales.[558] Ainsi, compte tenu du large pouvoir accordé aux parties de déterminer le droit applicable à leurs rapports juridiques – y compris le pouvoir de désigner un ensemble de droits (dépeçage) ou des règles a-nationales – il ne serait pas logique d'empêcher les parties de choisir quelle partie d'un droit donné elles veulent voir appliquer et quelle partie (y compris les règles d'application immédiate) elles veulent exclure.[559] Dans l'exercice de cette liberté, garantie par ces lois nationales, il semble raisonnable que les parties puissent non seulement opter pour des corps de règles a-nationales, mais aussi pour l'application partielle des systèmes juridiques nationaux, en excluant, par exemple, certaines règles d'application immédiate.

Corrobore également cette conception selon laquelle l'application erronée du droit – y compris le non-respect des normes d'application immédiate – n'est pas une cause

---

n. 4, 1986, pp. 274-293.

558 BOLLÉE, Sylvain. L'impérativité du droit choisi par les parties devant l'arbitre international. *Revue de l'Arbitrage*, v. 2016, n. 3, pp. 675-705, 2016.

559 RADICATI DI BROZOLO, Luca G. The Rules Governing the Merits in International Commercial Arbitration : What Scope for Party Autonomy ? *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 15, n. 58, 2018, pp. 247-276.

d'annulation de la sentence arbitrale. Cette position vienne en défense de la large portée du pouvoir juridictionnelle accordé à l'arbitre par la clause compromissoire.[560] Bollé explique qu'en reconnaissant aux arbitres cette liberté accordée aux parties, la décision fera partie du fond de leurs sentences et sera donc soumise au principe de non-révision, à l'exclusion des seules décisions qui pourraient être contraires à l'ordre public véritablement international.[561] En revanche, la méconnaissance de la volonté des parties lors de la désignation d'un droit applicable par l'arbitre peut être comprise comme une violation de sa mission et même du procès équitable. Ainsi, seule la mise à l'écart totale par l'arbitre du droit désigné par les parties, au lieu de son application partielle et justifiée, entraînerait l'annulabilité de la sentence arbitrale. De l'autre côté du même spectre, Guzman fait une proposition curieuse – et peut-être extrême – pour que les arbitres soient civilement responsables de ne pas avoir tenu compte des normes d'application immédiate dans leurs décisions. Selon l'auteur, non seulement il est courant que les arbitres respectent la volonté des parties d'exclure les normes d'application immédiate, mais ils ne sont soumis à aucune sanction pour leur non-respect.[562]

Beaucoup soutiennent que ce n'est pas le rôle de l'arbitre d'être le gardien du système juridique du siège, notamment parce que l'arbitre n'a pas de siège, bien que ce ne soit pas la seule raison. L'arbitre est un agent privé qui n'est ni représentant de l'État ni tenu de se conformer à ses politiques législatives.[563] Au contraire, l'arbitre n'est tenu de se conformer fidèlement qu'à la mission qui lui a été confiée par les parties, dans les limites de la légalité. Il faut veiller à ne pas accorder à l'arbitre – agent privé et autorité

---

560 PAULSSON, Jan. *The Idea of Arbitration*. Oxford : Oxford University Press, 2013, p. 133 ; BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*, 2e éd. La Haye : Kluwer Law International, 2014, p. 2705.

561 BOLLÉE, Sylvain. L'impérativité du droit choisi par les parties devant l'arbitre international. *Revue de l'Arbitrage*, v. 2016, n. 3, 2016, pp. 675-705.

562 GUZMAN, Andrew T. Arbitrator Liability : Reconciling Arbitration and Mandatory Rules. *Duke Law Journal*, v. 49, n. 5, 2000, p. 1282.

563 Au Brésil, parmi les spécialistes, certains affirment qu'en prévoyant que « l'arbitre est un juge en fait et en droit » la Loi d'arbitrage lui a assimilé aux juges étatiques, comme une façon de lui intégrer dans le système de droit national. Cette affirmation nous semble imprécise. Nous constatons que l'expression « juge en faits et en droit » signifie principalement que l'arbitre a juridiction pour connaître les faits et pour appliquer le droit. Il s'agit de l'exclusion de ce que l'on pourrait appeler un arbitre d'instruction. A propos de la discussion, voir : CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo : um Comentário à Lei 9.307/96*. 3e éd. São Paulo : Atlas, 2009, pp. 268-269.

juridictionnelle de son propre système, non soumis aux contrôles de poids et contrepoids propres à un État-nation – un pouvoir supérieur à celui qu'il devrait avoir.[564]

4.2.2. L'ordre public comme limite à l'autonomie de la volonté des parties

De nature négative, voire défensive, l'ordre public a le pouvoir d'empêcher un acte juridique – en l'occurrence une sentence arbitrale – de produire des effets sur un territoire donné.[565] Elle est la plus haute manifestation de la souveraineté de l'État et vise à protéger ce qu'une nation considère comme ses valeurs les plus élevés, celles qui ne peuvent être violées même par des actes constitués ailleurs (parmi lesquels, le droit à un procès équitable en tant que manifestation de l'ordre public dans sa dimension procédurale constitutionnelle, par exemple).

Ferrer Correia explique que, si Savigny et Mancini considéraient les normes d'ordre public « comme une limite ou une exception à la communauté de droit et au principe de reconnaissance et d'application des normes juridiques étrangères », Pillet les considère comme un « élément à part entière de cette communauté de droit et comme des lois de compétence absolument normale ».[566]

En raison de ce caractère défensif, toute remise en cause d'une violation de l'ordre public doit être présentée *ex post*, c'est-à-dire après que l'acte mis en cause ait été

---

564 SWEET, Alec Stone. The New Lex Mercatoria and Transnational Governance. *Journal of European Public Policy*, v. 13, 2006, p. 641 : « arbitrators are becoming – if with some hand-wriggling and reluctance – default law makers for international traders ». Dans le même sens : KLEINHEISTERKAMP, Jan. Legal certainty, proportionality and pragmatism : overriding mandatory laws in international arbitration. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 67, n. 4, 2018, pp. 903-930 : « Arbitrators cannot possibly (want or be wanted to) fill the void of the absence a global regulator, which states are not willing or able to create. Conflict of laws remain the uncomfortable but unavoidable reality ».

565 LALIVE, Pierre. Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration, *in* SANDERS, Pieter (ed.). Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration. *ICCA Congress Series*, v. 3. New York : Kluwer Law International, 1987, pp. 258-318. Voir note n. 519 *supra*.

566 CORREIA, Antonio Ferrer. *Lições de Direito Internacional Privado I*. Coimbra : Almedina, 2000, p. 127. Traduction libre de l'original : « como um limite ou uma exceção à comunidade de direito e ao princípio do reconhecimento e aplicação de normas jurídicas estrangeiras », et « elemento integrante dessa comunidade de direito e como leis de competência absolutamente normal ».

constitué, sous la forme d'une exception. Comme on l'a vu, un État-nation peut choisir de renoncer à une partie de sa souveraineté pour permettre à ses ressortissants de résoudre ses différends privés dans un « for » autre que le sien. Ainsi, les parties sont autorisées à s'engager dans un arbitrage et à obtenir, en conséquence, une sentence arbitrale. Les parties peuvent s'en acquitter librement – comme tout autre acte juridique de droit privé – ou peuvent exiger la force de l'État pour une exécution forcée. C'est donc à ce moment que l'État-nation a le pouvoir de vérifier si les limites – formées précisément par l'ordre public – qu'il impose pour sauvegarder une partie de sa souveraineté ont été dûment respectées par l'arbitre. Ainsi, en ce qui concerne l'application de l'ordre public par l'arbitre, il semble qu'il y ait un consensus doctrinal pour considérer, dans les limites du raisonnable, ceux (i) qui affectent nécessairement l'exécution du contrat, en plus de ceux (ii) qui font partie du système juridique du lieu – ou même des lieux – d'exécution de la sentence arbitrale.

Comme toute sentence arbitrale est extérieure au système du droit national, l'exception d'ordre public peut être présentée à deux niveaux différents : celui du recours en annulation – pour les sentences rendues sur le territoire d'exécution, parce qu'elles y ont une plus grande présomption de validité – ou via l'homologation d'une sentence étrangère – pour les sentences rendues sur d'autres territoires.

Les défenseurs de la théorie dite du lien spatial plaident également pour le respect par les arbitres des normes d'ordre public qui intègrent les ordres juridiques ayant un lien étroit avec le litige.[567] Toutefois, exiger un tel engagement de la part de l'arbitre est non seulement disproportionné, mais aussi inutile. La question est sans importance, puisque l'ordre public pertinent sera celui – ou ceux – du lieu où la sentence doit être exécutée.

---

[567] Selon cette théorie, les règles d'ordre public de tous les États concernés devraient être appliquées, par opposition à une application exclusive du droit lieu d'exécution des obligations ou de l'exécution de la sentence, évitant ainsi la primauté d'un État sur un autre. BRUNNER, Christoph. *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles :* Exemption for Non-Performance in International Arbitration. La Haye : Kluwer Law International, 2008, pp. 263-320.

Cela inclut également l'ordre public du siège de l'arbitrage, qui ne pourrait être écarté qu'en raison de son faible lien avec le litige.[568] C'est précisément au siège qu'elle a le moins d'importance, étant donné que dans le scénario du respect volontaire, elle ne sera même pas soumise au processus d'homologation auquel sont soumis les autres sentences et dans lequel la vérification du respect de l'ordre public peut se faire d'office – même si l'homologation est sans opposition et faite à des fins purement bureaucratiques. Brunner, défenseur de la théorie du lien spatial, estime que les règles d'ordre public du siège de l'arbitrage ne devraient pas être privilégiées de manière particulière, mais devraient recevoir la même considération que les normes d'ordre public étrangères qui sont également étroitement liées au litige.[569]

Nous comprennons que lorsque nous parlons de l'ordre public comme limite à la liberté de choix des partis, nous parlons de l'ordre public dans sa dimension transnationale, également appelée véritablement internationale.[570] Il est formé à partir de l'ensemble des normes reconnues comme faisant partie de l'ordre public des différents systèmes. Ce sont les normes sur lesquelles il existe un consensus selon lequel elles doivent être observées indépendamment des politiques législatives de chaque État.[571] Bien que certains auteurs soutiennent que la dimension internationale de l'ordre public – qui

---

568 BERMANN, George A. International Arbitration and Private International Law : General Course on Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 381, 2016, p. 418.

569 BRUNNER, Christoph. *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles* : Exemption for Non-Performance in International Arbitration. La Haye : Kluwer Law International, 2008, pp. 263-320.

570 RACINE, Jean-Baptiste. L'arbitrage commercial international et les mesures d'embargo. A propos de l'arrêt de la Cour d'appel du Québec du 31 mars 2003. *Journal du Droit International*, Clunet, v. 131, 2004, pp. 89-107 : « Un arbitre international aura le plus souvent tendance à privilégier un raisonnement en termes d'ordre public transnational, qui répond le mieux à la nature délocalisée de l'arbitrage international et assure le plus largement l'efficacité de la sentence arbitrale. Mais un arbitre est généralement soucieux d'assurer cumulativement le respect de l'ordre public transnational et des lois de police toutes les fois où ce cas de figure est susceptible de se présenter ».

571 INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. *Annuaire*, Session de Saint-Jacques-de-Compostelle de 1989. Arbitration Between States, State Enterprises, or State Entities, and Foreign Enterprises, *Yearbook of the Institute of International Law,* v. 634, 1989, pp. 31-201, article 2 : « In no case shall an arbitrator violate principles of international public policy as to which a broad consensus bas emerged in the international community ».

intègre l'ordre public interne des États[572] – devrait être prise en compte, la position comporte un degré de complexité peu pris en compte par la doctrine : tous les systèmes ne séparent pas leur ordre public interne et international.[573] En outre, la prise en compte de la dimension transnationale de l'ordre public permet une véritable harmonisation des solutions et confère à la fonction arbitrale d'une plus grande prévisibilité et efficacité. De plus, dans de nombreuses juridictions, les règles d'ordre public sont difficiles à identifier, étant généralement déclarées comme telles par l'autorité judiciaire.

Bien que certains soutiennent l'idée que la mission de l'arbitre n'est pas de défendre l'intérêt général, la conscience du sort de la sentence arbitrale et même de la pérennité de l'institution de l'arbitrage font partie de sa mission – c'est pourquoi il doit veiller à la bonne exécution et à la reconnaissance d'une future sentence. Selon Pierre Mayer, les arbitres doivent prendre en considération le fait que la violation de l'ordre public entraînera une forte probabilité de refus d'*exequatur* de leurs sentences.[574] En effet, l'une des hypothèses de refus de reconnaissance des jugements étrangers reconnus par la

---

572 VAN DEN BERG, Albert Jan. *The New York Convention of 1958 :* Towards a Uniform Judicial Interpretation. Alphen aan den Rijn : Kluwer Law International, 1981, p. 360.

573 Comme dans l'exemple du Royaume-Uni, où la pénétration d'une norme internationale dans l'ordre juridique interne obéit à une procédure d'accueil, avec la vision dite moniste qui prédomine : « [a treaty] has no effect in municipal law until an Act of Parliament is passed to give effect to it ». ROYAUME-UNI. Committee Office and House of Commons. *The EU Bill and Parliament Sovereignty – European Scrutiny Committee*. Disponible à l'adresse suivante : <https://publications.parliament.uk/pa/cm201011/cmselect/cmeuleg/633/63302.htm>. A titre d'exemple du courant dualiste, la France se distingue, où les traités et accords régulièrement ratifiés ou approuvés sont applicables dès leur publication, sans qu'un acte normatif spécifique soit nécessaire pour leur réception : « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie » ; FRANCE. Constitution du 4 octobre 1958, article 55 ; BERMANN, George A. International Arbitration and Private International Law : General Course on Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law,* v. 381, 2016, p. 416 : « Whether a legal system has a unitary public policy (applicable to domestic and international cases alike) or, like France, a dual public policy (domestic for domestic cases and international for international cases), public policy is generally fashioned at the national level ».

574 MAYER, Pierre. Mandatory Rules of Law in International Arbitration. *Arbitration International*, v. 2, n. 4, 1986, pp. 274-293 ; MANIRUZZAMAN, A. F. Munir. International Arbitrator and Mandatory Public Law Rules in the Context of State Contracts: An Overview. *Journal of International Arbitration*, v. 7, n. 3, 1990 ; CREMADES, Bernardo ; CAIRNS, David. El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores. *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2002, p. 60.

Convention de New York est précisément celle de la violation de l'ordre public de la juridiction qui reçoit la sentence.[575]

Bien que l'ordre public ne lie pas l'arbitre,[576] lie le juge, qui examinera la validité de la sentence et sera tenu d'appliquer son propre ordre public.[577] Par conséquent, afin d'assurer la validité et l'exécution de la sentence, il est conseillé aux arbitres de respecter l'ordre public des ordres dans lesquels elle peut soumis à l'*exequatur*.[578] Cela permet la reconnaissance de ce qui semble être un devoir général de l'arbitre : agir en tant que **gardien non pas de l'ordre public des ordres juridiques étatiques, mais de la future sentence arbitrale.**

Il est donc clair que l'arbitre n'est pas investi du pouvoir d'agir comme le gardien des ordres juridiques étatiques, et qu'il n'est pas non plus un organe juridictionnel de l'État.[579] Cela ne signifie pas pour autant que l'arbitre ne doit pas tenir compte de son devoir fonctionnel d'assurer la survie de l'arbitrage international en tant qu'institution de

---

575 CNUDCI. Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York), article V(2) : « 2. La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate: a) Que, d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage; ou b) Que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays ».

576 BERMANN, George A. International Arbitration and Private International Law : General Course on Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law,* v. 381, 2016, p. 417.

577 *Ibidem*, p. 415.

578 Dans ce sens, APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e Processo* : O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Processual Civil. São Paulo : Atlas, 2011, pp. 44-45 : « se o árbitro deixa de levar em conta preceitos de ordem pública ou o faz sem a devida fundamentação, a decisão arbitral padecera do vício de falta ou deficiência de fundamentação, que poderá determinar a anulação da sentença nacional (Artigo 32, III, da LA) ou a recusa na homologação da sentença estrangeira, eis que este requisito é considerado integrante da ordem pública nacional, na esteira dos precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça ».

579 BRUNNER, Christoph. *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles* : Exemption for Non-Performance in International Arbitration. La Haye : Kluwer Law International, 2008, pp. 263-320.

droit privé. L'arbitre doit également veiller à l'ordre public transnational, puisqu'il fait partie du système juridique dont il est l'autorité juridictionnelle.[580]

4.2.2.1. L'arbitrage comme moyen de construction (ou de consolidation) d'un ordre public transnational

La doctrine systémique et les défenseurs du droit mondial soulignent une facette positive particulière qui découle du respect par les arbitres de l'ordre public : en l'appliquant, ils agissent comme un organe normatif de ce même ordre public transnational. Ainsi, en conséquence de l'autonomie du système de l'arbitrage, son application par l'arbitre découle de l'application des normes juridiques qui lui sont propres.

D'autre part, la création d'un ordre public transnational à partir du système autonome de l'arbitrage est le reflet de l'auto-constitutionnalisation des systèmes autopoïétiques. L'ensemble de règles qui en résulte constituera le niveau hiérarchique le plus élevé de l'ordre juridique arbitral. Les autres normes appartenant au système – règles de procédure, lignes directrices, principes et toute autre règle de *soft law* – seront toujours conditionnées, comme c'est le cas dans les systèmes nationaux, à leur propre ordre public. Pour Teubner et Lescano, l'auto-constitutionnalisation consiste à générer « des dispositions relatives à l'établissement et l'exercice de la protection juridictionnelle (règles de procédure et d'organisation) d'une part, [et] à la définition des libertés individuelles et des autonomies sociales (droits fondamentaux) d'autre part ».[581]

Ainsi, le système de l'arbitrage commence à ressembler aux systèmes nationaux, à l'exception d'une différence importante : l'absence de liens avec le

---

580 GAILLARD, Emmanuel. Souveraineté et autonomie : réflexions sur les représentations de l'arbitrage international. *Journal du Droit International*, Clunet, v. 134, n. 4, 2007; *Id. aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international.* Leiden-Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

581 FISCHER-LESCANO, Andreas ; TEUBNER, Gunther. Regime-Collisions : The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, n. 4, 2004, p. 1016. Traduction libre de l'original : « provisions on the establishment and exercise of decision making (organizational and procedural rules) on the one hand, the definition of individual freedoms and societal autonomies (fundamental rights) on the other ».

territoire.[582] C'est une expression de la fragmentation sectorielle du droit mondial, prévue par Luhmann.[583] Les attentes cognitives résultant des secteurs de l'économie, de la science et de la technologie, pour n'en citer que quelques-uns, deviennent le point de départ de la normalisation, par opposition au système normatif traditionnel axé sur la politique, la morale et le droit.

D'autre part, et paradoxalement, à mesure que l'arbitrage devient auto-constitutionnel, l'autonomie perd son rôle de source principale du pouvoir juridictionnel des arbitres, qui agissent alors en tant que gouverneurs de la gouvernance mondiale.[584] La source de leur pouvoir devient donc l'ordre public transnational lui-même.

---

582 WELLER, Matthias. Mandatory Elements of the Choice-of-Law Process in International Arbitration: Some reflection on teubnerian and kelsenian legal theory, *in* GOTTSCHALK, Eckart ; MICHAELS, Ralf ; RUHL, Gisela ; HEIN, Jan von. *Conflict of Laws in a Globalized World.* Cambridge : Cambridge University Press, 2007, p. 253.

583 LUHMANN, Niklas. Die Weltgesellschaft, *Archiv for Rechts und Sozialphilosophie*, v. 57, n. 1, 1971, p. 21, réimprimé dans LUHMANN, Niklas. *Soziologische Aufklxrung 2* : Aufsxtze zur Theorie der Gesellschaft. 3e éd. Opladen : Springer, 1986, p. 5163. *apud* FISCHER-LESCANO, Andreas ; TEUBNER, Gunther. Collisions de régimes : The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, n. 4, 2004, p. 1000 : « At the level of global society, this means that norms (in the form of values, stipulations, goals) will no longer pre-programme recognition patterns; rather, and in stark contrast, the problem of learning adaptation will gain structural primacy, so that the structural conditions for learning within each social system must be supported through normatisation ».

584 WELLER, Matthias. Mandatory Elements of the Choice-of-Law Process in International Arbitration : Some reflection on teubnerian and kelsenian legal theory, *in* GOTTSCHALK, Eckart ; MICHAELS, Ralf ; RUHL, Gisela ; HEIN, Jan von. *Conflict of Laws in a Globalized World*. Cambridge : Cambridge University Press, 2007, p. 257 : « It is no longer party autonomy from which adjudicatory bodies primarily draw their legitimacy but more and more from their role as the governors of a "Global Governance" constituted by the numerous functionally distinguishable global civic regimes that all are supposed to strive for common global welfare ».

DEUXIÈME PARTIE

INTRODUCTION À LA DEUXIÈME PARTIE

La deuxième partie de cette thèse est consacrée à la vérification des conséquences pratiques de la détermination du droit applicable ***à*** l'arbitrage après avoir établi, dans la première partie, ses prémisses théoriques. Cette vérification suit les principales étapes d'un arbitrage : de sa stipulation par les parties au moyen d'une convention d'arbitrage, en passant par le déroulement de la procédure arbitrale, pour aboutir au prononcé de la sentence arbitrale.

Chacune de ces questions à son propre droit applicable, qui, à défaut de choix par les parties – règle de détermination du droit applicable qui, dans l'arbitrage, prévaudra toujours sur les autres – est déterminée par l'arbitre. Et le processus de sa détermination doit être adapté à leurs spécificités. Par conséquent, il est habituel que plusieurs droits différents s'appliquent à l'arbitrage, dans une manifestation d'une technique connue sous le nom de *dépeçage.*

En suivant les étapes de l'arbitrage, le **cinquième chapitre** de cette thèse – le premier de cette deuxième partie – examine la détermination du droit applicable à la convention d'arbitrage. Le droit applicable à la convention d'arbitrage régit toutes les questions relatives à sa trichotomie (c'est-à-dire son existence, son efficacité, sa validité) et, par conséquent, à la juridiction accordée aux arbitres. Elle régule également la vérification de la validité de l'expression de la volonté de la stipuler, la présence de vices du consentement, l'existence – et les conséquences – de conditions ou de délais, ainsi que l'étendue de son champ d'application, y compris la possibilité d'étendre ses effets aux tiers non signataires.

La question est d'une importance capitale non seulement pour la portée du droit applicable à la convention, mais aussi parce que c'est sa stipulation valide qui permet d'accorder un pouvoir juridictionnel aux arbitres. Il est donc fréquent de voir des parties récalcitrantes remettre en cause l'existence, la validité ou l'efficacité de la convention d'arbitrage afin d'éviter l'obligation d'arbitrer. Ainsi, ils judiciarisent la formation même du consentement, exigeant que les tribunaux étatiques se prononcent sur la question avant même le début de la procédure arbitrale.

Ce chapitre – tout comme cette thèse de manière générale – part de la prémisse d'un rejet nécessaire de la corrélation erronée faite entre le droit du siège de l'arbitrage, d'une part, et le droit applicable à la clause compromissoire, d'autre part. Vestige des règles de conflit applicables au droit procédural étatique, ces règles n'ont pas leur place dans l'arbitrage, inadéquates pour régler une relation à un niveau systémique, dans laquelle le choix du siège est réduit à un simple choix de convenance. Elle ne peut donc pas avoir la capacité de créer des conséquences aussi importantes pour l'institution de l'arbitrage dans son ensemble.

Afin de démontrer cette prémisse, nous présenterons les quatre méthodologies les plus couramment appliquées pour déterminer le droit applicable à la clause compromissoire : le choix fait directement par les parties, en validation du principe de l'autonomie de la volonté ; la détermination du droit applicable par l'application de règles de conflit, soit par le juge étatique, soit par l'arbitre ; la détermination du droit applicable par la vérification des éléments de connexion les plus étroitement liés à la convention d'arbitrage ; et la détermination du droit applicable par l'application de règles transnationales, qui seraient plus appropriées pour la détermination du droit applicable à l'arbitrage. Ensuite, nous examinerons la manifestation pratique de ces méthodologies.

Après avoir résolu la question de la réglementation de la convention d'arbitrage, nous passons dans le **sixième chapitre** à la réglementation de la procédure arbitrale. Certes, le bon déroulement de la procédure arbitrale, comme de toute autre procédure, dépend des règles qui aident les parties et les arbitres à la conduire de la meilleure façon possible, en préservant le respect des principes internationaux et constitutionnels qui garantissent aux parties le respect du procès équitable. Contrairement au procès judiciaire étatique, qui est hyper-réglementé, la procédure arbitrale ne dispose pas d'un corps de règles exhaustif et rigide ; la flexibilité est l'une de ses caractéristiques naturelles, tout comme le respect de l'autonomie de la volonté.

Le droit procédural arbitral se comprend mieux en vertu de ses fonctions : une interne et une externe. La fonction interne concerne principalement les règles de procédure de l'arbitrage ; son règlement est exclusivement destiné aux parties et aux arbitres. Elle doit être analysée du point de vue des parties, pour lesquelles le droit applicable à la

fonction interne sera le principal corps normatif régissant la procédure arbitrale. En règle générale, les règles choisies par les parties, les corps de règles créés par elles ou les instruments de « soft law » s'appliquent aux questions internes, en plus des principes du droit international. La fonction externe, quant à elle, régit la relation entre l'arbitrage et les tribunaux étatiques, afin d'apporter un soutien à l'arbitrage, mais aussi de superviser la procédure arbitrale. Pour les questions externes, dont le juge étatique est le destinataire de la règle et qui doivent être analysées de son point de vue, la législation procédurale en vigueur dans son for s'applique.

Toujours en ce qui concerne la procédure arbitrale, le droit du siège a été appliqué de manière quasi automatique, dans une reproduction inconsciente du principe en vigueur en matière de conflit de lois, selon lequel le droit applicable au procès judiciaire est toujours celui du lieu où la procédure a lieu (*lex fori regit processum*). Cependant, la loi du for n'étant pas la loi naturelle de l'arbitre, cette transplantation juridique est inadéquate. En effet, l'arbitre n'a pas de for. Il n'a pas non plus, comme corollaire logique, le droit du for qui s'applique de manière impérative et automatique.

La procédure arbitrale se termine par le prononcé de la sentence arbitrale finale, dont la validité et l'efficacité font l'objet du **septième chapitre**, le dernier de cette thèse. Cet acte marque la fin du pouvoir juridictionnel des arbitres et rend la juridiction d'origine aux juges étatiques. La sentence arbitrale valable a les mêmes effets que ceux des autres actes juridictionnels du type sentence. Du point de vue de l'arbitre et dans le cadre de son système, la sentence est valable et effective dès son prononcé. Pour les ordres juridiques nationaux, cependant, la validité de la sentence arbitrale dépendra du contrôle d'adéquation effectué par ses tribunaux afin de permettre son internalisation dans le système juridique du droit national. C'est le moment le plus pertinent de la conversation systémique pour la survie de façon autonome de l'institution de l'arbitrage. Les procédures de reconnaissance sont les ponts de transition qui permettent cette conversation. Pour le contrôle de la validité, la juridiction est rendue au juge étatique, qui se voit reconnaître le droit de vérifier la validité de l'acte étranger afin de lui reconnaître (ou de lui nier) la production des effets sur son territoire. Cette vérification exige la détermination du droit qui doit être appliqué pour le contrôle de la validité et de l'efficacité. Mais si la technique du *dépeçage* joue un rôle important dans la réglementation du droit applicable à l'arbitrage, de manière générale, il

ne peut en être autrement en ce qui concerne la sentence arbitrale. Chaque cause d'annulation ou de refus d'homologation doit être examinée conformément au droit qui a régi la question lors de l'arbitrage, en préservant le droit du for d'appliquer son propre droit aux questions qu'il juge fondamentales.

Bien qu'il appartienne à l'ordre juridique étatique d'accueil de définir les limites du contrôle auquel sont soumises les sentences arbitrales, seul un contrôle minimal peut être compatible avec l'option législative consistant à renoncer à une partie de son pouvoir juridictionnel en faveur de l'arbitre et avec l'idée que l'arbitre est l'autorité juridictionnelle d'un système autonome, n'étant soumis ni au contrôle ni à la hiérarchie judiciaire en vigueur dans les ordres judiciaires étatiques. L'autorité juridictionnelle d'un système n'a donc pas le pouvoir de contrôler l'acte juridictionnel du type sentence d'une autorité qui appartient à un système différent. C'est également pour cette raison que les sentences arbitrales annulées dans un ordre juridique étatique peuvent voir leur validité et leur efficacité pleinement reconnues dans un autre. Il serait incohérent de soumettre la sentence arbitrale rendue par l'arbitre – une véritable décision de justice internationale – à l'approbation d'une seule autorité juridictionnelle étatique qui n'a que peu, voire pas, de rapport substantiel avec la crise juridique protégée par le biais de l'arbitrage. Ainsi, la relation d'autonomie systémique qui existe entre l'arbitrage et le droit national est respectée.

CHAPITRE 5. LA DÉTERMINATION DU DROIT APPLICABLE À LA CONVENTION D'ARBITRAGE

Lorsqu'il est question de déterminer le droit applicable *à* l'arbitrage en l'absence de choix des parties, la première question à se poser est celle de la détermination du droit applicable à la convention d'arbitrage.[585] Certes, le droit applicable à la convention d'arbitrage régit toutes les questions relatives à son existence, son efficacité et sa validité et, par conséquent, à la juridiction compétence accordée aux arbitres. Elle régit également la vérification de la validité de l'expression de la volonté de la stipuler, la présence de vices de consentement, l'existence – et les conséquences – de conditions ou de délais, ainsi que l'étendue de sa portée, y compris la possibilité d'étendre ses effets aux tiers non signataires.[586] Il est donc essentiel de la déterminer lorsqu'aucune disposition explicite n'est prise par les parties.

La principale discussion qui se pose sur le droit applicable à la convention d'arbitrage,[587] avant toute autre, concerne sa nature. Bien qu'en pratique une telle discussion ne soit pas si pertinente, l'une de ses conséquences est particulièrement importante pour la

---

585 Certaines des questions sur lesquelles se fondent les conclusions de ce chapitre ont déjà été exposées dans un article du même auteur. Voir : LACRETA, Isabela. Aspectos Contratuais da Cláusula Compromissória. *Revista de Direito Empresarial*, v. 20, 2016, pp. 243-276.

586 BERGER, Klaus Peter. Re-examining the Arbitration Agreement : Applicable Law – Consensus or Confusion ? *in* VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.). International Arbitration 2006 : Back to Basics ? *ICCA Congress Series*, v. 13. Montreal : Kluwer Law International, 2007, p. 322 : « The law determined according to the conflict of laws rule explained above governs all issues that relate to the substantive validity of the arbitration agreement. This includes the conclusion of the arbitration agreement, i.e., the validity of offer and acceptance and the determination of the moment of conclusion of contract, as well as errors of consent such as fraud, error, coercion, undue force, etc., and the execution and termination of the arbitration agreement, e.g., duration, impossibility, the prerequisites and consequences of cancellation and the application of the rule *exceptio non adimpleti contractus*. Finally, this law governs all questions that relate to the scope of the arbitration agreement, including the extension of the arbitration agreement to third parties. Typically, this latter issue must be determined by applying the rules of contract interpretation of that law, including the principle of *in favorem validitatis* dealt with above ».

587 La majorité de la doctrine ne traite que du droit applicable à la clause compromissoire car, en règle générale, considérant que le compromis arbitral est fait dans un document séparé, les parties tendent à déterminer expressément le droit applicable à cet acte. Dans cette étude, nous parlerons de convention d'arbitrage de manière générique, en faisant les distinctions nécessaires entre ses modalités lorsque c'est le cas.

détermination du droit qui lui est applicable en l'absence de choix par les parties : d'une part, si elle est considérée comme un accord procédural, la convention tend à suivre les règles de procédure établies et peut – selon les territorialistes – faire en sorte que la *lex arbitri* s'applique également à la convention ; d'autre part, si elle est considérée comme un accord matériel, un contrat en soi, la convention suivrait les règles matérielles du contrat auquel elle appartient.

La solution semble toutefois simpliste pour une question très complexe. Cette complexité résulte principalement du fait qu'il est très rare que les parties déterminent expressément le droit applicable à la clause d'arbitrage (bien que les données les plus récentes indiquent que les parties ont indiqué le droit applicable *dans* l'arbitrage – c'est-à-dire, au fond – dans 88 % des cas administrés par la CCI en 2019[588]).

Tout aussi simpliste est la proposition de certains auteurs de résoudre la question en encourageant la détermination expresse du droit applicable par les parties. La simplicité de cette solution permet non seulement de masquer la complexité intrinsèque du débat, mais aussi d'ignorer complètement l'analyse des coûts de transaction effectuée par les parties lors de la négociation de leurs contrats. C'est précisément l'absence d'une telle disposition expresse dans la pratique qui exige l'établissement d'une méthodologie pour déterminer le droit applicable à la convention d'arbitrage.

Il n'est pas rare que des parties récalcitrantes soulèvent des questions concernant l'existence, la validité ou l'efficacité de la convention d'arbitrage comme moyen de se soustraire à l'obligation d'arbitrer. Par conséquent, la détermination du droit applicable à la convention d'arbitrage précède souvent le débat de la procédure arbitrale et incombe aux tribunaux étatiques.

Selon Barceló III, dans cette phase préliminaire, il est courant que les parties demandent l'assistence d'un juge pour résoudre les questions préliminaires qui conduiraient à la reconnaissance de l'absence de juridiction arbitrale, comme par exemple

---

588 CCI. *2019 ICC Dispute Resolution Statistics*, p. 15. Disponible à l'adresse suivante : <https://iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics/>. Accès le 28 déc. 2020.

(i) l'inexistence d'un accord pour arbitrer; (ii) l'invalidité formelle (absence de signature, par exemple) ou matérielle (violation d'une loi d'application immédiate) de la convention ; (iii) l'inarbitrabilité de la question litigieuse ; (iv) l'absence de vérification d'une condition nécessaire pour permettre à la convention de produire ses effets ; (v) la renonciation par la partie à la convention d'arbitrage ou l'empêchement de revendiquer son existence.[589] Compte tenu de la tendance des juges étatiques à appliquer les règles de conflit de leur for, la question peut alors avoir une solution très différente de celle qui aurait été directement déterminée par l'arbitre.

A partir de cette brève introduction – et comme nous le démontrerons en profondeur tout au long de ce chapitre – on peut facilement percevoir l'importance de la question du conflit de lois et de la détermination consécutive du droit applicable pour la pratique de l'arbitrage. Comme le dit Graffi, « bien que le conflit de lois soit perçu par les hommes d'affaires comme un simple exercice académique, la sagesse conventionnelle suggère que sa résolution devient souvent cruciale pour déterminer l'issue d'un litige sur la validité d'une clause compromissoire ».[590]

Avant d'examiner chacune des méthodologies de détermination du droit applicable à la convention d'arbitrage (**5.2**) et leurs différentes applications pratiques (**5.3**), une présentation des notions préliminaires concernant la convention est nécessaire (**5.1**).

5.1. Notions préliminaires concernant la convention d'arbitrage

L'importance de la détermination du droit applicable à la clause d'arbitrage concerne principalement à l'identification de ses éléments d'existence, de ses conditions de

---

589 BARCELÓ III, John J. Who Decides the Arbitrators' Jurisdiction ? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 36, n. 4, 2003, pp. 1118-1119.

590 GRAFFI, Leonardo. The law applicable to the validity of the arbitration agreement : A practitioner's view. *in* FERRARI, Franco ; KROLL, Stefan (ed.). *Conflict of Laws in International Arbitration*. Munique : European Law Publishers GmbH, 2011, p. 22. Traduction libre de l'original : « while conflict of laws issues are often perceived by business people as a mere academic exercise, conventional wisdom suggests that their resolution often becomes crucial to determine the outcome of a dispute over the validity of the arbitration clause ».

validité et de ses facteurs d'efficacité – ce que l'on appelle la *trichotomie* des actes juridiques.[591] Sur la base des enseignements de Junqueira de Azevedo, l'activité juridique doit être examinée selon trois plans de projection successifs (existence, validité et efficacité). Examinée sur le plan de l'existence, elle a besoin d'éléments pour exister ; sur le plan de la validité, de conditions pour être valide ; et, sur le plan de l'efficacité, de facteurs d'efficacité pour être efficace.[592]

La clause compromissoire existante, valide et efficace, a le pouvoir d'accorder à l'arbitre la juridiction qui appartenait à l'origine au juge étatique. Tout vice qui ternit l'un de ces éléments peut par conséquent empêcher la résolution du litige par les arbitres, car ils ne recevront pas la juridiction extraordinaire par des moyens valables. A la convention d'arbitrage « s'applique le régime général des actes juridiques, avec les particularités dictées par sa nature et par l'existence d'une réglementation légale spécifique, d'origine nationale ou internationale ».[593]

L'existence de la clause compromissoire repose principalement sur le consentement des parties.[594] Comme nous l'avons vu au Chapitre 4 *supra*, la volonté est le

---

591 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. Plano de Existência. 14 éd. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 66 ; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 4e éd. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1974, 3 v, p. 15. Au Brésil, référence est fait aussi à la terminologie « *escada ponteana* ».

592 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, 4e éd. São Paulo : Saraiva, 2002.

593 BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. Coimbra : Almedina, 2013, p. 144. Traduction libre de l'original : « se aplica o regime geral dos negócios jurídicos, com as especialidades ditadas pela sua natureza e pela existência de uma regulamentação legal especial, de origem nacional ou internacional. » Dans le même sens : LARROUMET, Christian. A propósito de la naturaleza contractual del acuerdo de arbitraje en materia internacional y de su autonomía, *in* SILVA ROMERO, Eduardo ; MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (org.). *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá : Legis, 2005, p. 14 : « El objetivo del acuerdo de arbitraje es excluir la competencia de los jueces estatales, cualesquiera que sean estos jueces. Este acuerdo es un contrato en virtud del cual las partes se comprometen recíprocamente, lo que permite que él sea de naturaleza sinalagmática. Por eso, el acuerdo debería cumplir con los requisitos de validez de los contratos y producir los efectos de los mismos. Sin embargo, es un contrato muy particular que tiene como objeto un acto jurisdiccional ».

594 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil : Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 3 éd. São Paulo : Altas, 2003, 2 v, pp. 432-433 : « Na teoria geral dos negócios jurídicos, foi assinalado o papel da vontade. Muito antes de ser exclusivamente um elemento do negócio jurídico, é questão antecedente, é um pressuposto do próprio negócio, que ora interferirá em sua validade ora em sua eficácia, quando não na própria existência, se a vontade não houver sequer existido. Um contrato no

pilier fondateur de l'arbitrage. Ainsi, la doctrine civiliste soutient que l'absence d'une manifestation valable de la volonté représente l'inexistence de la clause compromissoire.[595] Et il ne suffit pas qu'il y ait une volonté, il faut qu'elle soit valablement déclarée. La déclaration de volonté – plus que la volonté elle-même – est un élément essentiel de l'acte juridique du type contrat. La déclaration de la volonté devient encore plus indispensable à la convention d'arbitrage, puisque sa stipulation implique un élément de renonciation à la juridiction de l'État.

En cas d'**anomalie extrême** – c'est-à-dire en l'absence de déclaration de volonté – l'effet négatif de la convention d'arbitrage (la dérogation à la juridiction de l'État) n'intervient pas, et par conséquent le principe de compétence-compétence n'intervient pas non plus, les tribunaux étatiques – et non pas les arbitres – vérifiant l'inexistence de la convention. C'est ce que prévoit également l'article II, paragraphe 3, de la Convention de New York.[596]

Si la convention existe, on peut passer à l'analyse de ses conditions de validité ; à ce stade, la compétence appartient aux arbitres, même si c'est pour en déclarer l'invalidité. En droit brésilien – emprunté ici en tant que référence d'un ordre juridique issue de la tradition romano-germanique –, l'article 104 du Code Civil prévoit trois conditions pour la validité des actes juridiques du type contrat[597] : (i) agent capable ; (ii) objet licite, possible, déterminé ou déterminable ; et (iii) forme prescrite ou non défendue par la loi. Avant de les appliquer au contrat d'arbitrage, la règle générale du droit civil doit être adaptée à ses spécificités.

---

qual a vontade não se manifestou gera, quando muito, mera aparência de negócio, porque terá havido, quiçá, simples aparência de vontade ».

595 Dans ce sens, voir : PLANIOL, Marcel. *Traité Élémentaire de Droit Civil*. 3 éd. Paris : LGDL, 1946, 1 v, p. 148 : « l'absence complète du consentement est donc un premier cas d'inexistence ».

596 CNUDCI. Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York), article II(3) : « Le tribunal d'un État contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée ».

597 BRÉSIL. Code civil, article 104 : « A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei ».

La première condition, par exemple, qui exige que le contractant soit un agent capable, est plus stricte lorsqu'elle est appliquée à la convention d'arbitrage qu'aux transactions juridiques soumises à la règle générale du droit civil.[598] En effet, l'article 1, de la Loi brésilienne d'arbitrage prévoit que « les personnes capables de contracter peuvent recourir à l'arbitrage pour régler les litiges concernant les droits patrimoniaux disponibles ».[599]

La capacité des personnes physiques est régie par le droit applicable à leur statut personnel, c'est-à-dire – normalement et selon chaque ordre juridique – par la loi du lieu de leur domicile ou de leur nationalité ; celle des personnes morales par la loi du lieu de leur constitution.[600]

La deuxième condition prévue par l'article 104, du Code Civil précité, exige que les actes juridiques, pour être valables, aient un objet licite, possible, déterminé ou déterminable. Ainsi, l'objet de la clause d'arbitrage, c'est-à-dire l'obligation de recourir à l'arbitrage en cas de litige lié au rapport juridique dans lequel elle est placée, doit respecter les limites de l'arbitrabilité objective prévues par le droit applicable à ces questions.[601]

---

598 La capacité est divisée, au niveau matériel, en capacité de jouissance, ou capacité d'exercice des droits, et capacité de fait. Ceux qui n'ont qu'une capacité de jouissance doivent être représentés afin de remplir l'exigence de capacité d'exercice. Les caractéristiques spécifiques de l'arbitrage, qui impliquent la renonciation à la juridiction étatique, exigent que les parties aient la pleine capacité d'exercer ses droits et la possibilité de disposer librement de leur patrimoine, afin qu'elles puissent l'inclure dans leurs contrats. Cela empêche que les incapables, les mineurs, etc. même s'ils sont représentés, de le stipuler dans leurs contrats. Voir : LACRETA, Isabela. Aspectos contratuais da cláusula compromissória. *Revista de Direito Empresarial*, v. 20,2016, pp. 243-276. Dans le même sens : CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo : um Comentário à Lei 9.307/96*. 3 éd. São Paulo : Atlas, 2009, p. 37 : « Considerando-se que a instituição de juízo arbitral pressupõe a disponibilidade do direito, não podem instaurar processo arbitral aqueles que tenham apenas poderes de administração, bem como os incapazes (ainda que representados ou assistidos) ».

599 BRÉSIL. Loi brésilienne d'arbitrage, article 1. Traduction libre de l'original : « [a]s pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis ».

600 RAMOS, André de Carvalho ; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 2016. Voir les commentaires des articles 7 et 11 de la Loi d'introduction aux règles du droit brésilien. Pour une analyse détaillée de la loi applicable à la capacité et à l'arbitrabilité subjective, voir la sous-section 5.3.2.2 *infra*.

601 Pour une analyse détaillée du droit applicable à l'arbitrabilité objective, voir la sous-section 5.3.2.1 *infra*.

La troisième condition exige que les contrats d'arbitrage satisfassent aux exigences de forme prescrites par la loi. Pour l'arbitrage, la jurisprudence brésilienne (comme d'autres) a établi la nécessité de la forme écrite, bien qu'il n'existe aucune disposition légale à cet effet, comme nous le verrons plus loin.[602]

Enfin, les effets du contrat d'arbitrage, c'est-à-dire son efficacité, doivent être vérifiés. Si, d'une part, le contrat d'arbitrage est un contrat plus efficace, puisque les problèmes de nullité liés au contrat « principal » n'affectent pas nécessairement la clause compromissoire en raison de son autonomie[603] ; d'autre part, la clause d'arbitrage a une inefficacité suspendue, puisqu'elle dépend d'une situation future qui se présente – c'est-à-dire l'apparition du litige – pour produire ses effets. Il existe une condition suspensive d'efficacité, qui subordonne la production de ses effets à un événement futur et incertain.[604]

En conclusion, il est essentiel d'établir si la convention d'arbitrage doit être considérée comme un acte juridique procédural ou matériel (**5.1.1**), en plus de l'étendue de son autonomie (**5.1.2**).

5.1.1. La convention d'arbitrage : acte juridique procédural ou matériel ?

Si, dans la seconde moitié du XXe siècle, la grande controverse qui divisait les spécialistes du droit de l'arbitrage était la nature juridique de l'institution – dans un premier temps, divisée entre ceux qui défendaient qu'il serait contractuel et ceux qui croyaient qu'il serait juridictionnel ; dans un second temps, entre ceux qui défendaient son origine

---

602 Pour une analyse détaillée du droit applicable à la validité formelle de la convention d'arbitrage, voir la sous-section 5.3.1 *infra*.

603 Selon Aprigliano, sa plus grande efficacité est également due au fait que sa célébration a des effets qui touchent non seulement les parties contractantes, mais aussi les organes judiciaires de l'État. APRIGLIANO, Ricardo. Cláusula Compromissória : Aspectos Contratuais. *Revista do Advogado*, v. 116, 2012, p. 178.

604 NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula Compromissória como Negócio Jurídico : análise de sua existência, validade e eficácia, *in* NANNI, Giovanni Ettore. *Direito Civil e Arbitragem*. São Paulo : Altas, 2014, p. 58. Em sentido contrário : CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo : um Comentário à Lei 9.307/96*. 3 éd. São Paulo : Atlas, 2009, p. 79. Carmona considère que la clause compromissoire produit immédiatement son effet négatif, puisque le pouvoir judiciaire étatique est empêché de connaître tout litige découlant de cette relation juridique dès le moment où elle est stipulée. Il ne serait donc pas nécessaire d'attendre l'apparition du litige pour que l'effet négatif se fasse sentir.

contractuelle et ceux qui comprenaient que son origine découlait de la loi – au début du XXIe siècle, la discussion s'est concentrée sur la nature juridique de la clause d'arbitrage. Bien qu'il y ait un consensus sur le fait qu'il s'agit d'un contrat en soi, donc d'un acte juridique, ceux qui le comprennent comme un acte juridique matériel et ceux qui le qualifient d'acte juridique procédural s'y opposent.[605]

Ce consensus s'est toutefois construit au fil des ans grâce à l'ensemble des législations modernes et des tribunaux étatiques qui partagent une vision favorisant l'arbitrage, en plus d'intenses débats doctrinaux, qui considèrent actuellement l'arbitrage comme la méthode appropriée de résolution des litiges commerciaux, en particulier internationaux, et non plus comme une voie alternative.[606]

Il était entendu, à l'instar du Code de procédure civile brésilien de 1973, que la clause compromissoire n'était qu'une simple promesse de contrat, la conclusion d'un engagement ultérieur étant nécessaire pour qu'elle devienne efficace.[607] Sa défaillance entraînait des dommages et des intérêts.[608] Selon la législation en vigueur à l'époque, la clause compromissoire n'était pas suffisamment efficace pour obliger, à elle seule, les parties à porter leurs litiges devant un tribunal arbitral, avec la renonciation qui en découle pour la juridiction étatique. La qualification de la clause d'arbitrage comme simple contrat

---

605 Au Brésil, le débat – bien qu'il ne soit pas nouveau – s'est renforcé avec la promulgation du nouveau Code de Procédure Civile, qui a introduit comme nouveauté l'article 190, par lequel les parties sont pleinement capables de conclure des transactions juridiques procédurales lorsque l'affaire portée devant le juge étatique concerne des droits qui admettent l'auto-composition. BRÉSIL. Code de procédure civile de 1973, article 190 : « Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo ».

606 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo : um Comentário à Lei 9.307/96.* 3e éd. São Paulo : Atlas, 2009, pp. 32-33 ; PAULSSON, Jan. *Arbitration in Three Dimensions*. LSE Legal Studies Working Paper n. 2/2010. Disponible à l'adresse suivante : <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1536093>. Accès le 21 mai 2015, p. 21 (« Today, ICC arbitrations – and other similar types of arbitration – provide the normal method by which international commercial disputes are resolved, and an overwhelming proportion of such disputes are so resolved without any need to refer to state authorities of any kind »).

607 BRÉSIL. Code de procédure civile de 1973, article 1073 : « O compromisso é judicial ou extrajudicial. O primeiro celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal por onde correr a demanda; o segundo, por escrito público ou particular, assinado pelas partes e por duas testemunhas ».

608 BRÉSIL. Code de procédure civile de 1973, article 1.082 : « Responde por perdas e danos o árbitro que: I - no prazo, não proferir o laudo, acarretando a extinção do compromisso ».

préliminaire obligeait les parties à signer un compromis lorsque le litige survenait, ce qui nécessitait un nouvel accord.[609] Toutefois, cette exigence s'est avérée irréalisable, rendant impossible le recours à l'arbitrage ; une fois le litige survenu, les parties sont peu enclines à négocier.

Au Brésil, la promulgation de la Loi d'Arbitrage a radicalement changé ce scénario. La clause d'arbitrage est devenue un acte juridique contraignant, permettant une exécution spécifique.[610] Dès lors, l'obligation qui en découle devient l'obligation d'engager un arbitrage, sans qu'il soit nécessaire de signer un compromis ultérieur.[611]

De même, la Loi Espagnole sur l'Arbitrage de 1953 a qualifié la clause compromissoire de contrat préliminaire, démontrant ainsi la volonté du législateur de ne pas lui donner un effet contraignant.[612] L'expression a disparu lors de la réforme législative de 1988.[613] Dans la législation actuelle de 2003, la clause d'arbitrage est dotée d'une pleine efficacité et soumise à une exécution spécifique.[614]

---

609 APRIGLIANO, Ricardo. Clausula Compromissória: Aspectos Contratuais. *Revista do Advogado*, v. 116, 2012, p. 176.

610 BRÉSIL. Loi d'arbitrage de 1996, article 4 : « A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato ». Voir également l'article 31 : « A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo ».

611 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo : um Comentário à Lei 9.307/96*. 3 éd. São Paulo : Atlas, 2009, pp. 4-5.

612 ESPAGNE. Loi d'arbitrage et de droit privé de 1953, article 7 : « El contrato preliminar de arbitraje no estará sujeto a los requisitos de capacidad, objeto y forma que para el compromiso se establecen especialmente por la Ley, sino a los generales que acerca de estas materias, rigen en el Derecho Privado de la contratación ».

613 ESPAGNE. Loi d'arbitrage de 1988, article 3 : « 1. El arbitraje para ser válido deberá ajustarse a las prescripciones de esta Ley. 2. Cuando en forma distinta de la prescrita en esta Ley dos o más personas, pacten la intervención dirimente de uno o más terceros y acepten expresa o tácitamente su decisión, después de emitida, el acuerdo será válido y obligatorio para las partes si en el concurren los requisitos necesarios para la validez de un contrato ».

614 ESPAGNE. Loi d'arbitrage de 2003, article 11 : « 1. El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria. El plazo para la proposición de la declinatoria será dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda » ; et article 44 : « La ejecución forzosa de los laudos se regirá por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en este título ».

Actuellement, il est difficile de trouver une législation comportant des dispositions similaires aux anciennes législations brésilienne et espagnole, notamment parce que, depuis la signature du Protocole de Genève de 1923, il était déjà prévu qu'il serait possible d'engager une procédure d'arbitrage sur la base d'une clause d'arbitrage stipulée dans un contrat, sans signature ultérieure d'un compromis.[615]

En outre, la Convention de New York – qui compte encore plus de pays signataires que la convention qui l'a précédé – stipule dans son article II, paragraphe 1, que

> Chacun des États contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage.[616]

Et bien que ce soit le cas depuis 1923, nous ne connaissons au Brésil qu'un seul cas antérieur à la promulgation de la Loi d'arbitrage dans lequel la Cour supérieure de justice a reconnu, en 1990, l'applicabilité de l'article 4 du Protocole de Genève[617] en déclarant que « dans les contrats internationaux soumis au protocole, la clause d'arbitrage

---

615 Protocole relatif aux clauses d'arbitrage (Protocole de Genève), article 1 : « Chacun des Etats contractants reconnaît la validité, entre parties soumises respectivement à la juridiction d'Etats contractants différents, du compromis ainsi que de la clause compromissoire par laquelle les parties à un contrat s'obligent, en matière commerciale ou en toute autre matière susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage par compromis, à soumettre en tout ou partie les différends qui peuvent surgir dudit contrat, à un arbitrage, même si ledit arbitrage doit avoir lieu dans un pays autre que celui à la juridiction duquel est soumise chacune des parties au contrat ».

616 CNUDCI. Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York).

617 Protocole relatif aux clauses d'arbitrage (Protocole de Genève), article 4 : « Les tribunaux des Etats contractants, saisis d'un litige relatif à un contrat conclu entre personnes visées à l'article premier et comportant un compromis ou une clause compromissoire valable en vertu dudit article et susceptible d'être mis en application, renverront les intéressés, à la demande de l'un d'eux, au jugement des arbitres. Ce renvoi ne préjudicie pas à la compétence des tribunaux au cas où, pour un motif quelconque, le compromis, la clause compromissoire ou l'arbitrage sont devenus caducs ou inopérants ».

renonce à l'acte ultérieur de compromis et, par elle-même, est apte pour constituer le tribunal arbitral ».[618]

Bien que la discussion elle-même soit secondaire par rapport au thème de cet ouvrage, cette classification entraîne une conséquence importante pour la détermination du droit à la convention d'arbitrage. En effet, sa nature juridique permet d'identifier les éléments de rattachement qui en sont les plus étroits : s'il s'agit d'un élément de procédure, il est plus proche du siège ou de la *lex arbitri* ; s'il s'agit d'un élément matériel, il est plus proche du droit substantiel applicable au contrat et au fond du litige. Lew explique la corrélation, se montrant favorable à sa classification en tant qu'acte juridique matériel :

> La nature procédurale des conventions d'arbitrage peut être la raison historique qui a conduit à l'application de la règle du *locus regit actum* ou de la loi du siège de l'arbitrage à la question de la détermination du droit applicable. Cela reflète les intérêts de l'État dans lequel la convention d'arbitrage a été stipulée et dans lequel elle produit ses effets (ou dans lequel l'arbitrage a lieu). La nature matérielle de la convention d'arbitrage entraîne l'application des règles de droit régissant les contrats. Ainsi, le droit applicable aux conventions d'arbitrage doit être déterminé conformément aux principes du « droit approprié » aux contrats.[619]

Parmi ceux qui soutiennent que la clause est un acte juridique procédural, Carmona souligne son double caractère : en tant que pacte de volontés, elle vincule les

---

618 BRÉSIL. Cour supérieure de justice, 3ème Chambre, Appel Spécial n° 616 RJ 1989/0009853-5, Rapporteur Claudio Santos, 24 avr. 1990 : « nos contratos internacionais submetidos ao protocolo, a cláusula arbitral prescinde do ato subsequente do compromisso e, por si só, é apta a instituir o juízo arbitral ».

619 LEW, Julian D. M. The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause, *in* VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards : 40 Years of Application of the New York Convention, *ICCA Congress Series*, v. 9. Paris : Kluwer Law International, 1999, p. 117. Traduction libre de l'original : « The procedural nature of arbitration agreements might be the historical reason for applying the *locus regit actum* rule or the law of the seat of arbitration to the choice of law issue. This reflects the interests of the State where the arbitration agreement was concluded and where it produces its direct effect (or where the arbitration takes place). The substantive nature of arbitration agreements points to the determination of the rules of law governing contractual agreements. Hence, the governing law of arbitration agreements is to be determined by virtue of the principles of the "proper law" of the contract ».

parties en ce qui concerne les litiges actuels ou futurs, les obligeant réciproquement à se soumettre à la juridiction arbitrale ; en tant que pacte procédural, elle a pour objectif de déroger à la juridiction de l'État, en soumettant les parties à la juridiction des arbitres. En raison de la volonté manifeste des parties de que la convention d'arbitrage produise immédiatement des effets négatifs par rapport au juge étatique et des effets positifs par rapport aux arbitres, en leur attribuant la juridiction, c'est sa position qu'elle doit être considéré comme un acte juridique de nature procédurale.[620] Dans le même sens, Aprigliano affirme que la clause d'arbitrage dite complète représente la célébration d'une affaire juridique procédurale ayant les caractéristiques d'un contrat d'organisation.[621]

Dès 1933, dans une décision intéressante, le Tribunal Fédéral Suisse a conceptualisé la clause d'arbitrage comme un acte juridique procédural :

> Une clause d'arbitrage n'est pas une convention de droit privé, mais une convention ressortissant à la procédure. Lors même qu'elle est contenue dans le même acte qu'un contrat de droit civil, elle constitue une convention distincte ayant sa valeur propre.[622]

Au contraire, Nanni considère la clause d'arbitrage comme un véritable contrat de droit civil. Il affirme qu'il s'agit d'un pacte de droit matériel, dans lequel l'aspect procédural surgit ultérieurement, dans le cadre de son efficacité ; par conséquent, en dehors de sa nature juridique.[623] Pontes de Miranda a adopté cette ligne de doctrine, considérant que les effets du compromis[624] seraient du droit des obligations, en générant la prétention du recours à l'arbitrage et à l'*exceptio ex compromisso* (exception de compromis).[625]

---

620 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo : um Comentário à Lei 9.307/96*. 3e éd. São Paulo : Atlas, 2009, p. 79.

621 APRIGLIANO, Ricardo. Cláusula Compromissória : Aspectos Contratuais. *Revista do Advogado*, v. 116, 2012, p. 176.

622 SUISSE. Tribunal fédéral. ATF, 59.I.177: 2553, 07 oct. 1933. *Tobler c. Justizkommision vs. Kantons Schwyz*.

623 NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula Compromissória como negócio jurídico : análise de sua existência, validade e eficácia, *in* NANNI, Giovanni Ettore. *Direito Civil e Arbitragem.* São Paulo : Altas, 2014.

624 Pontes de Miranda fait référence exclusivement au compromis parce que, à l'époque, il n'était pas

Également partisan du courant matérialiste, Magalhães affirme que la clause d'arbitrage est un contrat, en soulignant ses caractéristiques contractuelles : il s'agit d'un contrat typique, parce qu'il est régi par le droit ; pur, parce qu'il ne résulte pas de la combinaison de contrats ; formel, parce que, outre l'accord des parties, sa formulation par écrit est nécessaire ; bilatéral, parce qu'il crée une obligation réciproque pour les parties de soumettre à l'arbitrage les litiges résultant d'un rapport juridique ; aléatoire, parce qu'on ne peut pas prévoir, au moment de sa conclusion, s'il sera appliqué ; d'exécution différée, parce qu'il a lieu à un moment ultérieur ; individuel, parce qu'il ne lie que ceux qui ont participé directement à sa stipulation, et accessoire, parce qu'il n'existe qu'en vertu d'un autre rapport juridique. En même temps, il est autonome par rapport au contrat principal, car il émane de deux déclarations de volonté différentes, ou du moins, adressées à des fins différentes : le contrat, pour régler les rapports patrimoniaux entre les parties ; la convention d'arbitrage, pour écarter la juridiction étatique, en confiant la résolution des conflits qui peuvent survenir, aux arbitres.[626]

En outre, la stipulation d'une clause d'arbitrage doit être incluse dans les aspects substantiels de la résolution du litige, car elle se répercutera sur les aspects économiques du rapport juridique aussi bien que sur la préservation des relations commerciales entre les parties, aspects qui ne se limitent pas à la privation de juridiction adressée aux tribunaux étatiques.[627]

En ce qui concerne la jurisprudence, la controverse est également présente. Les cours étatiques ont examiné la question comme condition préalable pour vérifier l'application des lois dans le temps, en particulier si les nouvelles réglementations doivent être appliquées immédiatement à la convention d'arbitrage préexistante.

---

question d'une clause compromissoire en raison de son impraticabilité. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 4e éd. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1974, 26 v, pp. 330-339.

625 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 4e éd. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1974, 26 v, pp. 330-339.

626 MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. *Arbitragem e Convenção Arbitral*. Belo Horizonte : Mandamentos, 2006, p. 213.

627 BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. Coimbra : Almedina, 2013, p. 144.

Les tribunaux français n'ont pas encore pris de position définitive sur la question, et il existe des divergences entre certaines décisions rendues. D'une part, la Cour de Cassation a reconnu le caractère procédural de la détermination de la licéité de l'objet de la convention d'arbitrage pour que l'arbitrage puisse prévaloir.[628] D'autre part, la Cour d'Appel d'Orléans, dans un litige opposant la société responsable du régime de retraite privé des employés d'une compagnie aérienne à des compagnies de réassurance, a souligné le caractère contractuel des règles de validité de la clause compromissoire et a déclaré l'impossibilité d'une application rétroactive de la loi, en précisant que l'article 2.061 du Code Civil français ne contient pas de règle de procédure, mais porte sur la validité de la clause d'arbitrage, c'est-à-dire sur le fond de la disposition contractuelle.[629]

Dans un commentaire sur les affaires susmentionnées, Valença Filho affirme :

> La nature procédurale des effets de la convention d'arbitrage n'est pas contestée, mais on ne peut nier le caractère matériel des conditions de formation valable de l'obligation procédurale, tant celles relatives à la licéité de l'objet et, par là même, à l'arbitrabilité des litiges que celles relatives à la forme et à la capacité des parties. Les tentatives d'ignorer la relation de pertinence entre les conditions de formation valable de la convention d'arbitrage et le droit des obligations, ce que reconnaît d'ailleurs la **Cour d'appel d'Orléans** (...), dépassent les limites de la sécurité juridique.[630]

---

628 FRANCE. Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 22 nov. 2005, *CPS Ménard-Quimbert vs. Beachard*. *Revue de l'Arbitrage*, v. 4, 2005, pp. 1011-1014, avec commentaire de Dominique Bureau.

629 FRANCE. Cour d'appel de Paris, 7ème Chambre civile, 9 déc. 2003, *AGRR Prévoyance vs. ACE Insurance S.A. NV et autres*. *Revue de l'Arbitrage*, v. 2, 2004, pp. 641-646.

630 VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *A Arbitragem em Juízo*. Thèse (doctorat) – Faculté de droit, Université de São Paulo, São Paulo, 2015. Traduction libre de l'original : « Não se discute a natureza processual dos efeitos da convenção de arbitragem, mas não se pode negar natureza material às condições de formação válida da obrigação processual, assim às relativas à licitude do objeto e, por aí mesmo, à arbitrabilidade das lides como, aliás, às relativas à forma e à capacidade das partes. Exorbitam os limites da segurança jurídica as tentativas de ignorar a relação de pertinência entre os pressupostos de formação válida da convenção de arbitragem e o direito das obrigações, fato, aliás, reconhecido pela **Cour d'appel d'Orleans** (…) ».

Un raisonnement similaire a été adopté par la Cour de cassation italienne qui, interrogée sur l'applicabilité aux clauses d'arbitrage d'un régime juridique antérieur à la réforme de 2006, a répondu par la négative car il s'agissait d'un acte juridique matérielle, donc non soumise à l'application immédiate d'une loi ultérieure :

> En effet, c'est un principe fondamental de notre ordre juridique, résultant de l'application de l'art. 11 des dispositions préliminaires, selon lequel les conditions d'efficacité et les effets d'un acte négocié, qui est l'expression d'une manifestation valable de la volonté des parties, sont régis par la loi en vigueur au moment de son adoption et ne peuvent être modifiés par une loi ultérieure.[631]

Il nous semble donc plus cohérent le courant qui considère la clause d'arbitrage comme un véritable contrat matériel. En effet, son inclusion ou non dans les contrats fait partie des décisions commerciales et influence les coûts de transaction du rapport juridique dans son ensemble, en influencent la possibilité de préserver les relations commerciales même en cas de litige, bien qu'il soit nécessaire de souligner que l'arbitrage est un véritable contentieux, non moins combatif que la procédure judiciaire commun.

De plus, en examinant la question à la lumière du droit brésilien, un argument semble échapper aux commentateurs. Dans le système juridique brésilien, les règles de conflit posées par la LINDB sont en vigueur. En matière de procédure, la règle de la *lex fori regit processum* s'appliquerait donc et sa dérogation ne serait pas autorisée en raison de l'autonomie de la volonté.[632] En conséquence logique, toute clause d'arbitrage et toute

---

631 ITALIE. Cour de cassation, 1ère Section civile, Décision n. 6148, 19 avr. 2012, *Vitrone Pres., Cristiano Est. ; Imm. Contrada Canova vs. B. et V.* Pour des commentaires, voir : NOTARPASQUALE, Rita. Osservazione sull'Applicazione nel Tempo del Nuovo Artico 829. *Rivista dell'Arbitrato*, Ano XXIII, n. 2, 2013, p. 412. Traduction libre de l'original : « Ebbene, costituisce principio generale del nostro ordinamento, discendente dall'applicazione dell'Artico 11 delle preleggi, che le condizioni di efficacia e gli effetti di un atto negoziale, che sia espressione di una valida manifestazione di volontà delle parti, sono disciplinati dalla legge in vigore al momento in cui esse è adottato e non possono essere modificati da una legge successive ».

632 Cadiet explique que la règle, bien que non positivé, est le résultat d'un principe international public largement reconnu selon lequel la loi du for s'applique aux procédures judiciaires étatiques. Il souligne toutefois qu'un autre droit applicable peut être appliqué à la procédure dans des procès privés de règlement des litiges. Voir : CADIET, Loïc ; NORMAND, Jacques ; MEKKI, Soraya Amrani. *Théorie générale du procès*. 2e éd. Paris : PUF, 2013, p. 281.

procédure d'arbitrage dont le siège est au Brésil est donc régie par ses lois, y compris celles du Code de Procédure Civile, indépendamment du choix contraire des parties.

En conclusion, rien n'est plus cohérent que de comprendre que la clause d'arbitrage comporte des éléments de rattachement plus étroits avec le contrat dans lequel elle est insérée. Par conséquent, et pour cette seule raison, la corrélation faite entre le droit du siège de l'arbitrage et la *lex arbitri*, d'une part, et le droit applicable à la clause compromissoire, d'autre part, doit être écartée. Mais, comme nous le verrons dans la suite, ce n'est pas la seule raison qui nous amène à cette conclusion.

5.1.2. La convention d'arbitrage : un contrat accessoire doté d'autonomie

Le principe fondamental régissant le contrat d'arbitrage est son autonomie procédurale (ou séparabilité, comme le préfèrent les systèmes juridiques de *common law*), selon lequel la clause d'arbitrage doit être considérée comme un contrat autonome par rapport à celui auquel elle appartient. La dimension procédurale du principe d'autonomie aboutit au concept qui caractérise la clause compromissoire comme un contrat à l'intérieur d'un autre contrat, lié à celui-ci, mais qui lui est indépendant.

La première institution pertienent dans le contexte de l'arbitrage à reconnaître le principe de l'autonomie procédurale de la convention d'arbitrage a été la Cour d'arbitrage de la CCI en 1955.[633] Depuis lors, toutes les modifications apportées à son Règlement d'Arbitrage reflètent cette position. La version actuelle, datant de 2021, établit dans son article 6, paragraphe 9, que, sauf stipulation contraire, « l'allégation de nullité ou d'inexistence du contrat n'entraîne pas l'incompétence du tribunal arbitral », qui « reste compétent, même en cas d'inexistence ou de nullité du contrat ».[634]

---

633 BÜHLER, Michael ; WEBSTER, Thomas. Handbook of ICC Arbitration : Commentary, Precedents, Materials. 2e éd. Londres : Sweet & Maxwell, 2008, §§6-89 à 6-103 ; DERAINS, Yves ; SCHWARTZ, Eric A. *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*. 2 éd. La Haye : Kluwer Law International, 2005, pp. 111-113 ; FRY, Jason ; GREENBERG, Simon ; MAZZA, Francesca. *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*. Paris : ICC Publishing, 2012, §§3-281 à 3-286.

634 CCI. Règlement d'arbitrage de 2021, article 6(9) : « À moins qu'il n'en ait été convenu autrement, l'allégation de nullité ou d'inexistence du contrat n'entraîne pas l'incompétence du tribunal arbitral dès

En 1976, les Règles d'Arbitrage édicté par la CNUDCI reflétait également l'acceptation du principe, annonçant que, aux fins de l'article 21, les clauses d'arbitrage devaient être traitées comme des accords indépendants par rapport au contrat dans lequel elles sont insérées ; une décision du tribunal arbitral d'annuler le contrat n'annulerait pas *ipso jure* la clause d'arbitrage.[635] Sa dernière révision, datant de 2014, a maintenu l'article avec une rédaction presque identique.[636]

La Loi type de la CNUDCI, qui a inspiré plusieurs lois sur l'arbitrage dans le monde, a également consacré ce principe dans son texte, par l'inclusion de l'article 16(1),[637] une reproduction des termes de l'article 21(2) de la version de 1976 de ses règles d'arbitrage.[638]

Une disposition similaire peut être trouvée dans les règlements d'arbitrage des institutions de la tradition de la *common law*, telles que la LCIA[639] et l'ICDR.[640] En

---

lors que ce dernier retient la validité de la convention d'arbitrage. Le tribunal arbitral reste compétent, même en cas d'inexistence ou de nullité du contrat, pour déterminer les droits respectifs des parties et statuer sur leurs demandes et moyens ».

635 CNUDCI. Règlement d'arbitrage de 1976. Article 21(1) : « Le tribunal arbitral peut statuer sur les exceptions prises de son incompétence, y compris toute exception relative à l'existence ou la validité de la clause compromissoire ou de la convention distincte d'arbitrage ».

636 CNUDCI. Règlement d'arbitrage de 2014, article 23(1) : « Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage. À cette fin, une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de la nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire ».

637 CNUDCI. Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985, avec les amendements adoptés en 2006, article 16(1) : « Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage. À cette fi n, une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire ».

638 CNUDCI. Règlement d'arbitrage de 1976, article 21(2) : « Le tribunal arbitral a compétence pour se prononcer sur l'existence ou la validité du contrat dont la clause compromissoire fait partie. Aux fins de l'article 21, une clause compromissoire qui fait partie d'un contrat et qui prévoit l'arbitrage en vertu du présent Règlement sera considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de la nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire ».

639 LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION (LCIA). Règlement d'arbitrage, article 23(4) : « By agreeing to arbitration under these Rules, the parties shall be treated as having agreed not to apply to any state court or other judicial authority, for any relief regarding the Arbitral Tribunal's jurisdiction or authority, […] ».

commentaire sur leur acceptation par les juridictions de la famille de *common law*, Fouchard, Gaillard et Goldman soulignent l'importance de ces inclusions en raison de leurs réticences historiques à reconnaître le principe de séparabilité de la clause compromissoire.[641]

Fouchard, Gaillard et Goldman élèvent le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage dans sa dimension procédurale à la catégorie de principe de droit international, telle est son acceptation. Selon les auteurs, les arbitres internationaux appliquent ce principe quel que soit le siège de l'arbitrage ou le droit applicable à la procédure.[642] Cependant, il est important de souligner que le principal document international relatif à l'arbitrage – la Convention de New York – ne fait aucune référence à ce principe, l'autonomie de la clause d'arbitrage devant être analysée sous l'angle des droits applicables à chaque cas.

Le réflexe de son acceptation en tant que principe général du droit de l'arbitrage est attesté à la fois par son introduction dans la législation de plusieurs juridictions – des familles romano-germaniques et de *common law* – tels que le Loi brésilienne d'arbitrage,[643] le Code judiciaire Belge,[644] le Code de procédure civile

---

640 INTERNATIONAL CENTRE FOR DISPUTE RESOLUTION (ICDR). Règlement d'arbitrage, article 19(2) : « The tribunal shall have the power to determine the existence or validity of a contract of which an arbitration clause forms a part. Such an arbitration clause shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the tribunal that the contract is null and void shall not for that reason alone render invalid the arbitration clause ».

641 FOUCHARD, Philippe ; GAILLARD, Emmanuel ; GOLDMAN, Berthold. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Paris : Litec, 1996, p. 202.

642 GAILLARD, Emmanuel ; SAVAGE, John. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration.* La Haye : Londres : Boston : Kluwer Law International, 1999, § 392 : « Today, the autonomy of the arbitration agreement is so widely recognized that it has become one of the general principles of arbitration upon which international arbitrators rely, irrespective of their seat and of the law governing the proceedings ». Pour une analyse détaillée sur le principe d'autonomie, voir : MAYER, Pierre. Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire. *Revue de l'Arbitrage*, v. 44, 1998, p. 359 et seq. ; SCHWEBEL, Stephen ; SOBOTA, Luke ; MANTON, Ryan. *International Arbitration : Three Salient Problems.* 2 éd. Cambrigde : Cambridge University Press, 2020.

643 BRÉSIL. Loi d'Arbitrage de 1996. L'article 8 de la Loi d'arbitrage reconnaît expressément l'autonomie de la clause compromissoire : « [a] cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória ».

644 BELGIQUE. Code judiciaire de 1967, article 1697 : « § 1er. La reconnaissance ou la déclaration de la

néerlandais,[645] le Statut suisse de droit international privé, [646] la Loi espagnole d'arbitrage[647] et la Loi suédoise d'arbitrage,[648] et par sa reconnaissance par la jurisprudence. A titre d'exemple, les arrêts français *Gosset*[649] et *Hetch*[650] et la décision de 1967 de la Cour suprême américaine dans l'affaire *Prima Paint v. Flood & Conklin*, dans laquelle elle a

---

force exécutoire d'une mesure provisoire ou conservatoire ne peut être refusée que : a) à la demande de la partie contre laquelle cette mesure est invoquée : i) si ce refus est justifié par les motifs exposés à l'article 1721, § 1er, a), i., ii., iii., iv. ou v.; ou ii) si la décision du tribunal arbitral concernant la constitution d'une garantie n'a pas été respectée; ou iii) si la mesure provisoire ou conservatoire a été rétractée ou suspendue par le tribunal arbitral ou, lorsqu'il y est habilité, annulée ou suspendue par le tribunal de l'Etat dans lequel a lieu l'arbitrage ou conformément à la loi selon laquelle cette mesure a été accordée; ou b) si le tribunal de première instance constate que l'un des motifs visés à l'article 1721, § 1er, b) s'applique à la reconnaissance et à la déclaration exécutoire de la mesure provisoire ou conservatoire. § 2. Toute décision prise par le tribunal de première instance pour l'un des motifs visés au § 1er n'a d'effet qu'aux fins de la demande de reconnaissance et de déclaration exécutoire de la mesure provisoire ou conservatoire. Le tribunal de première instance auprès duquel la reconnaissance ou la déclaration exécutoire est demandée n'examine pas, lorsqu'il prend sa décision, le bien fondé de la mesure provisoire ou conservatoire ».

645 PAYS-BAS. Code de procédure civile, Livre 1, du 1er janv. 2002, article 1053 : « An arbitration agreement shall be considered and decided upon as a separate agreement. The arbitral tribunal shall have the power to decide on the validity of the contract of which the arbitration agreement forms part or to which the arbitration agreement is related ».

646 SUISSE. Loi fédérale sur le droit international privé, article 178 : « 1 La convention d'arbitrage est valable si elle est passée en la forme écrite ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte.112 2 Quant au fond, elle est valable si elle répond aux conditions que pose soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l'objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit suisse. 3 La validité d'une convention d'arbitrage ne peut pas être contestée pour le motif que le contrat principal ne serait pas valable ou que la convention d'arbitrage concernerait un litige non encore né. 4 Les dispositions du présent chapitre s'appliquent par analogie à une clause d'arbitrage prévue dans un acte juridique unilatéral ou des statuts ».

647 ESPAGNE. Loi d'Arbitrage de 2003, article 22 : « 1. Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. A este efecto, el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral ».

648 SUÈDE. Loi d'arbitrage de 1999, section 3 : « Where the validity of an arbitration agreement which constitutes part of another agreement must be determined in conjunction with a determination of the jurisdiction of the arbitrators, the arbitration agreement shall be deemed to constitute a separate agreement ».

649 FRANCE. Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 7 mai 1963, *Etablissements Raymond Gosset vs. Frère Carapelli S.P.A.*

650 FRANCE. Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 4 juil. 1972, *Hetch vs. Busiman's.*

déclaré qu' « en application du droit fédéral, les clauses d'arbitrage sont autonomes par rapport au contrat dans lequel elles sont insérées ».[651]

En effet, l'autonomie de la volonté dans sa dimension procédurale a été établie à partir de l'arrêt de la Cour de cassation française, dans l'affaire *Gosset*, du 7 mai 1963, dans lequel la Cour a décidé que les vices susceptibles de ternir le contrat principal n'affectent pas la validité de la clause d'arbitrage qui y est insérée, et qui survit aux vices qui la ternissent.[652] Dans sa dimension matérielle, également confirmée par la Cour de cassation française dans l'affaire *Hetch*, du 4 juillet 1972, qui a consacré l'idée que le droit régissant le contrat principal ne doit pas nécessairement celui qui régit la clause d'arbitrage, qui a son propre droit applicable.[653]

Il convient de noter que le langage adopté par la Cour de cassation française, dans les deux affaires mentionnées, démontre que les tribunaux ont adopté le concept selon lequel la clause d'arbitrage est accessoire au contrat principal qui la contient. Bien que dans certains cas elle soit en fait considérée comme un accessoire qui suit le principal, comme dans le cas de la cession de la position contractuelle, la doctrine défend avec plus de vigueur son autonomie procédurale et matérielle. Ainsi, le caractère accessoire de la clause découle du fait qu'elle ne peut pas exister sans un rapport juridique auquel elle se réfère.[654] Malgré cela, son existence face à une telle relation est celle d'autonomie. Le caractère accessoire de la clause ne doit pas être totalement écartée, en préservant toujours l'idée que,

---

651 ETATS-UNIS. Cour suprême, Décision nº 343, 12 mai 1967, *Prima Paint Corp. vs. Flood & Conklin Mfg. Co.*, 388 U.S. (1967) 395, 403-04. Traduction libre de l'original : « arbitration clauses as a matter of federal law are 'separable' from the contracts in which they are embedded ». Dans le même sens : SUISSE. Tribunal fédéral, DFT 119 II 380, 384, 02 sep. 1993, *National Power Corporation. vs. Westinghouse* ; ANGLETERRE. Cour d'appel. *Fiona Trust & Holding Corp. vs. Privalov*, [2007] UKHL 40 ; ITALIE. Cour de cassation, Décision n. 1570, 17 sept. 1947.

652 FRANCE. Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 7 mai 1963, *Etablissements Raymond Gosset vs. Frère Carapelli S.P.A*.

653 FRANCE. Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 4 juil. 1972, *Hetch vs. Busiman's*.

654 Voir, dans ce sens, en expliquant la perception générale du concept du caractère accessoire de la clause compromissoire : LARROUMET, Christian. A propósito de la naturaleza contractual del acuerdo de arbitraje en materia internacional y de su autonomía, *in* SILVA ROMERO, Eduardo ; MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (org.). *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá : Legis, 2005, p. 16 : « Hay un principio general del derecho en virtud del cual el accesorio sigue el principal. De ello se debería deducir que si el contrato principal es nulo la cláusula de arbitraje también debería ser considerada como nula ».

du fait de son autonomie, le degré de son caractère accessoire doit être interprété dans un sens plus permissif.[655]

L'autonomie de la clause compromissoire a été expliquée comme dérivant du fait qu'il y a deux transactions juridiques conclues par les parties, bien qu'en même temps et dans un seul acte.[656] Larroumet considère que cette explication part d'une perception fictive, en affirmant :

> En fait, il est préférable d'expliquer l'autonomie de la clause d'arbitrage par la volonté des parties. En effet, la Cour de cassation française précise que la clause d'arbitrage est autonome sauf stipulation contraire des parties. On peut en déduire qu'il existe une présomption en vertu de laquelle les parties à un contrat ont la volonté d'accorder aux arbitres le pouvoir de régler un litige entre elles avant qu'un contrat soit en vigueur, après sa résiliation et également lorsque le contrat est considéré nul, ce qui suppose en tout état de cause l'existence d'un litige si les parties ne sont pas d'accord avec la déclaration de nullité.[657]

On remarque son application pratique dans d'autres juridictions également. C'est le cas, par exemple, des décisions anglaises dans la célèbre affaire *Sulamérica*, dans laquelle il a été décidé que la clause compromissoire devait être régie par le droit anglais,

---

655 DERAINS, Yves. *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 6, n. 1, 10, pp. 16-17 : « The autonomy of the arbitration clause and of the principal contract does not mean that they are totally independent one from the other; as evidenced by the fact that acceptance of the contract entails acceptance of the clause, without any other formality ».

656 Dans ce sens : MARTINS, Pedro A. Batista. Da Convenção de Arbitragem e seus efeitos, *in* MARTINS, Pedro A. Batista ; LEMES, Selma M. Ferreira ; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro : Forense, 1999. p. 217 : « Isto porque, a cláusula arbitral é negócio jurídico distinto do contrato principal, consubstanciando verdadeiro pacto abjeto ».

657 LARROUMET, Christian. A propósito de la naturaleza contractual del acuerdo de arbitraje en materia internacional y de su autonomía, *in* SILVA ROMERO, Eduardo ; MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (org.). *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá : Legis, 2005, p. 16. Traduction libre de l'original : « En realidad, es preferible explicar la autonomía de la cláusula de arbitraje por la voluntad de las partes. En efecto, la Corte francesa de casación enuncia que la cláusula de arbitraje es autónoma salvo voluntad contraria de las partes. De ellos se puede deducir que hay presunción en virtud de la cual las partes en un contrato tienen la voluntad de otorgar a los árbitros el poder de resolver un litigio entre ellas antes que el contrato este vigente, después de su fin y también cuando el contrato puede ser considerado como nulo, lo que, de toda manera, supone un litigio si las partes no están de acuerdo para considerar el contrato como nulo ».

malgré l'absence de choix explicite des parties et le fait que le contrat dans lequel elle était insérée était régi par le droit brésilien,[658] et plus récemment dans l'affaire *Chubb*, dans laquelle la même solution a été trouvée, mais a partir d'une *rationale* différente.[659]

Au niveau européen, le Règlement Bruxelles I concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale reconnaît le principe de l'autonomie des conventions d'élection de for.[660] Son article 25(5), prévoit que « [u]ne convention attributive de juridiction qui fait partie d'un contrat est traité comme un accord indépendant des autres clauses du contrat. La validité de la convention attributive de juridiction ne peut être contestée au seul motif que le contrat n'est pas valable ». Le principe d'autonomie s'applique donc de la même manière à toutes les conventions attributives de juridiction, de manière à privilégier le choix des parties quant à l'autorité juridictionnelle qui doit examiner les questions découlant du contrat auquel elles appartiennent, y compris en ce qui concerne leur nullité.

5.2. Les méthodologies possibles pour la détermination du droit applicable à la convention d'arbitrage

Dans un ouvrage consacré à l'étude des relations entre le droit international privé et l'arbitrage, Bermann présente quatre méthodologies communément appliquées pour déterminer le droit applicable à la clause d'arbitrage, une division que nous adopterons dans ce travail.[661] La première, et aussi la plus évidente, est le choix fait directement par les parties, en validation du principe d'autonomie de la volonté dans sa

---

658 ANGLETERRE. Cour d'appel, Division Civile, 16 mai 2012, *Sulamerica Cia Nacional de Seguros S.A. vs. Enesa Engenharia S.A.*

659 ANGLETERRE. Cour suprême, 9 oct. 2020, *Enka Insaat Ve Sanayi A.S. vs. OOO Insurance Company Chubb.* Voir la sous-section 5.2.3 *infra*.

660 Le Règlement Bruxelles I ne fait pas référence à l'arbitrage, mais uniquement aux clauses d'élection du for judiciaire. UNION EUROPÉENNE. Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Bruxelles I).

661 BERMANN, George A. International Arbitration and Private International Law : General Course on Private International Law**.** *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 381, 2016, p. 137.

dimension matérielle (**5.2.1**). La seconde est la détermination du droit applicable par l'application de règles de conflit, soit par le juge étatique, soit par l'arbitre. En cas de recours aux tribunaux étatiques, la plupart des solutions préconise l'adoption d'une méthodologie générique des règles de conflit ; la clause d'arbitrage étant insérée dans un contrat – et étant un contrat en soi – le droit applicable sera le même qui s'applique au contrat qui la contient, déterminée en fonction des règles de conflit applicables au juge étatique.[662] En cas de détermination par les arbitres, l'application d'une règle de conflit spécifique à l'arbitrage est habituelle, avec l'application conséquente du droit du siège pour réglementer l'existence, la validité et l'efficacité de la clause compromissoire ; paradoxalement, les règles de conflit des arbitres assimilent la clause d'arbitrage à un acte de nature procédurale, bien qu'une majorité de la doctrine spécialisée la traite comme une acte de nature matérielle (**5.2.2**). La troisième est la détermination du droit applicable par la vérification des éléments qui sont les plus étroitement liés à la convention d'arbitrage (**5.2.3**). La quatrième, quant à elle, défend que la détermination du droit applicable se fasse par l'application de règles transnationales, qui serait plus approprié pour la détermination du droit applicable à l'arbitrage (**5.2.4**).

5.2.1. Le choix effectué par les parties : validation du principe d'autonomie de la volonté

Lorsqu'il s'agit de déterminer le droit applicable, quelle que soit la question posée, la réponse la plus simple – et parfois aussi la plus commune – sera celle donnée par les parties elles-mêmes : le droit choisi par elles et expressément énoncée dans leurs conventions. Toutefois, la question, à première vue simple, présente deux défis : premièrement, en pratique, il n'est pas habituel que les parties désignent le droit applicable à leurs conventions d'arbitrage ; deuxièmement, et peut-être plus important (comme on l'a vu dans le chapitre précédent), tous les ordres juridiques ne reconnaissent pas le droit des parties de choisir le droit applicable à leurs rapports juridiques.

---

662 Les juges anglais représentent une exception notable.

L'approche de l'autonomie de la volonté consiste à respecter au maximum la volonté – externalisée ou non – des parties, en appliquant le droit de leur élection. En ce qui concerne spécifiquement la clause d'arbitrage, la principale difficulté de cette approche est le traitement d'une clause générale de droit applicable insérée dans le contrat contenant la clause d'arbitrage, afin de savoir si telle est également la volonté des parties en ce qui concerne la réglementation de la clause compromissoire.

Il semble incontestable que puisque les parties ont expressément désigné un droit ou un ensemble de règles pour régir l'existence, la validité et l'efficacité d'une convention d'arbitrage, cette désignation sera respectée par l'autorité juridictionnelle. En effet, c'est généralement le cas dans la pratique. Toutefois, cela n'est pas sans exceptions. Il est possible que l'autorité juridictionnelle comprenne que, même s'il y a une désignation expresse, ce droit n'est pas adéquat pour régir des questions telles que l'arbitrabilité et la capacité des contractants (comme nous le verrons ultérieurement, ces questions sont régies par leurs propres droits), et la solution peut être différente dans chaque cas. Elle peut également estimer que le droit choisi par les parties viole des questions d'ordre public qui, si elles ne sont pas respectées, peuvent menacer la viabilité de la procédure et la validité de la future sentence arbitrale.[663]

Il est également possible que le choix des parties existe, mais qu'il ne soit pas exprimé. Si tel est le cas, les arbitres doivent examiner quelle était l'intention commune des parties et s'il y a eu un choix implicite du droit applicable. C'est ainsi que la Haute Cour anglaise a décidé dans l'affaire *Arsanovia*. Dans l'espèce, appelée à se prononcer sur le droit applicable à la clause d'arbitrage, la Cour a considéré que la rédaction faite par les parties pour cette clause, en prévoyant l'exclusion de certains aspects de la loi indienne d'arbitrage, indiquerait que leur intention commune était que cette loi soit appliquée. Ainsi, la Cour a considéré que la référence au droit indien serait suffisante pour prouver le choix implicite des parties. La Cour a noté, par ailleurs, que, si tel n'était pas le cas, le critère du

663 Voir le Chapitre 4 *supra*.

rattachement le étroit indiquerait l'application du droit anglais car les parties avaient déterminé que le siège de l'arbitrage serait à Londres.[664]

On s'interroge également sur la cohérence de l'application d'un certain droit pour l'examen de la validité d'une convention lorsque cette validité est remise en cause par l'une des parties. Nous serions confrontés à un paradoxe : si la clause contient un choix de droit applicable, mais que la validité de la clause dans son ensemble est remise en question, la vérification de sa validité selon ce droit ne serait-elle pas incongrue ? La réponse est négative : examiner la validité de la clause conformément au droit qui y est expressément choisi est non seulement cohérent et respectueuse de la volonté des parties, mais trouve aussi sa validation dans l'article V, paragraphe 1, point a), de la Convention de New York.[665]

La principale difficulté de cette approche, comme on l'a vu, est qu'il est très rare que les parties désignent spécifiquement le droit qu'elles souhaitent voir appliquer à la convention d'arbitrage. C'est principalement parce qu'elles ne réalisent pas l'importance de le faire,[666] mais aussi parce qu'une négociation aussi détaillée peut souvent entraîner des coûts de transaction élevés, ce qui pousse les parties à choisir de laisser des questions ouvertes à résoudre si l'événement se produit. D'ailleurs, la question est généralement sous-estimée ; il suffit de vérifier que les clauses types des principales institutions d'arbitrage domestiques et internationales ne prévoient pas la détermination du droit applicable.[667]

---

664 ANGLETERRE. Tribunal superior, 2012, *Arsanovia Ltd. vs. Cruz City 1 Mauritius Holdings*.

665 CNUDCI. Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York), article V(1)(a) : « La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve: a) Que les parties à la convention visée à l'article II étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue ».

666 BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. 2e éd. La Haye : Kluwer Law International, 2014, p. 580.

667 À titre d'exemple, voir la clause standard suggérée par la Cour d'arbitrage de la CCI. Disponible à l'adresse suivante : <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/arbitration-clause/>.

En outre, toutes les juridictions ne reconnaissent pas l'autonomie de la volonté des parties en ce qui concerne le droit d'élection à leurs obligations et à leurs litiges. Comme déjà démontré, le droit brésilien peut être cité comme exemple, compte tenu de son adoption générale du critère de territorialité comme règle de conflit pour déterminer le droit applicable aux obligations. C'est ce que stipule l'article 9 de sa Loi d'introduction.[668] Ainsi, en théorie, tout contrat conclu au Brésil devrait être régi par le droit brésilien.[669]

Par exception, dans le cas des arbitrages, les parties sont libres de choisir le droit applicable – l'autorisation va au-delà de la permission de choisir le droit applicable, pour permettre également le choix de règles a-nationales – qui lui seront applicables, conformément à l'article 2 de la Loi d'arbitrage.[670] La pratique semble avoir consolidé l'idée que cette disposition reconnaissait l'autonomie de la volonté des parties de

---

Accès le 15 janv. 2020 : « All disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules ». Une exception à cette tendance se trouve dans la clause recommandée par le Centre d'arbitrage international de Hong Kong. HONG KONG INTERNATIONAL ARBITRATION CENTRE. Model Clauses : Arbitration under the HKIAC Administered Arbitration Rules. Disponible à l'adresse suivante : <https://www.hkiac.org/arbitration/model-clauses>. Accès le 15 janv. 2020 : « Any dispute, controversy, difference or claim arising out of or relating to this contract, including the existence, validity, interpretation, performance, breach or termination thereof or any dispute regarding non-contractual obligations arising out of or relating to it shall be referred to and finally resolved by arbitration administered by the Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC) under the HKIAC Administered Arbitration Rules in force when the Notice of Arbitration is submitted. The law of this arbitration clause shall be ... (Hong Kong law). (…) » ; L'association américaine d'arbitrage recommande également que les conséquences d'une clause générale d'élection de loi soient prises en compte lors de la stipulation d'une clause compromissoire. Voir : AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. *Drafting Dispute Resolution Clauses : A Practical Guide*. Etats-Unis : 2013, p. 7 : « Some of the more important elements a practitioner should keep in mind when drafting, adopting or recommending a dispute resolution clause follow. (…) If the contract includes a general choice of law clause, it may govern the arbitration proceeding. The consequences should be considered ».

668 BRÉSIL. Loi d'introduction aux règles du droit brésilien, article 9 : « Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem ».

669 Dans le cas de contrats entre absents, l'obligation est réputée célébrée au lieu de résidence du soumissionnaire. BRÉSIL. Loi d'introduction aux règles du droit brésilien, article 9, paragraphe 2.

670 BRÉSIL. Loi d'arbitrage de 1996, article 2 :

« A arbitragem poderá ser de direito ou de eqüidade, a critério das partes.
§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.
§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.
§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade ».

déterminer librement le droit applicable à leurs contrats, à condition que ceux-ci contiennent une clause d'arbitrage. Cependant, la question n'a pas toujours été paisible. Lee, par exemple, critique la formulation donnée à l'article, car il n'est pas clair si une telle autorisation – afin de maintenir la cohérence avec les autres dispositions de la Loi d'arbitrage, puisqu'elle est de nature générale et en principe applicable à l'ensemble du droit privé brésilien – serait limitée au seul choix du droit applicable à la procédure arbitrale.[671]

Pour Valença Filho, malgré l'apparence d'une règle de conflit de lois, la norme contient une règle de conflit de juridictions. Selon l'auteur, l'article 2, paragraphe 1, de la Loi d'arbitrage contient une catégorie qui détermine le champ d'application matériel d'une règle de conflit, dont l'incidence est limitée à la détermination du droit applicable à la convention d'arbitrage.[672]

5.2.2. La détermination du droit applicable par l'application des règles de conflit de lois

Malgré la promesse d'uniformité des solutions obtenues par la détermination du droit applicable au moyen des règles de conflit, la pratique arbitrale montre tout le contraire : l'application des règles de conflit par les juges étatiques et par les arbitres suit des processus et aboutit à des résultats différents. Les juges étatiques tendent à adopter une approche qui privilégie le caractère matériel de la convention d'arbitrage, en la traitant comme un véritable contrat (**5.2.2.1**) ; l'arbitre, en revanche, bien qu'il considère la

---

671 LEE, João Bosco. Lei 9.307/96 e o Direito Aplicável ao Mérito do Litígio na Arbitragem Comercial Internacional. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 11, 2001, pp. 347-359. Republié *in Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, v. 5, 2014, pp. 425-440.

672 L'auteur énumère, parmi les questions qui « entreraient » dans la catégorie stipulée par l'article 2, §1, de la Loi d'arbitrage, celles relatives à la forme, au consentement, aux effets contractuels de la convention d'arbitrage (y compris la mesure de confidentialité imposée aux parties, le degré d'autonomie de la convention, outre son autosuffisance), les causes de résiliation, l'interprétation des dispositions et la détermination de son champ d'application. VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. A propósito do Artigo 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem : O Direito Aplicável à Convenção de Arbitragem, à Jurisdição Direita do Juiz do Foro e à Indireta do Juiz Estrangeiro. LEMES, Selma Ferreira ; MARTINS, Pedro Batista (coord). *20 anos da lei de arbitragem : homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo : Atlas, 2017, pp. 25-26.

convention comme un véritable contrat, en ce qui concerne les règles de conflit, a tendance à valoriser ses aspects procéduraux, en privilégiant l'application du droit du siège (**5.2.2.2**).

5.2.2.1. Règle de conflit générale : application de le *lex fori* ou de la *lex causae*

L'approche de la règle de conflit générale consiste en l'application par les tribunaux de la règle de conflit qui s'appliquerait normalement dans ce for, sans donner d'importance particulière au contexte arbitral. Un tel processus aboutit normalement à l'application du droit désigné dans le contrat principal ou, au moins, à une appréciation de la nature contractuelle de la convention d'arbitrage.

Toutefois, même si les juges étatiques procèdent de cette façon, cela ne signifie pas que le droit applicable à la convention sera toujours celui appliqué au contrat principal, même si dans son application générique, la convention d'arbitrage est considérée comme un contrat *latu senso*. La solution dépendra donc de ce que prévoient les règles de conflit du for. Après tout, le juge étatique applique comme règle générale son propre droit. Si ces règles indiquent le droit du lieu où le contrat[673] est conclu ou de son exécution,[674] il est possible que la clause d'arbitrage reçoive le même traitement que les autres dispositions du contrat dans lequel elle est insérée. Si, toutefois, la règle de conflit détermine l'application dudroit qui présente un rattachement plus étroit avec la question, le traitement pourra être différent car les liens le seront certainement aussi. [675] Cette règle étant indiquée, il convient toutefois d'analyser les éléments de rattachement du point de vue de la convention et non du contrat qui la contient, ce qui n'est pas toujours le cas dans la pratique.

Non sans raison, la principale critique de cette approche porte sur le fait que certaines règles de conflit générales pour la détermination du droit applicable au genre

---

673 CCI n. 5730 (1990). *Journal du Droit International* (Clunet), 1990, p. 1029.

674 ETATS-UNIS. Cour d'appel, Second Circuit. *Robert Lawrence Co. vs. Devonshire Fabric Inc*., 271 F. 2d 402, 405 n. 3, 1959.

675 ETATS-UNIS. American Law Institute. *Restatement (Second) of Conflict of Laws.* Philadelphia, 1971, Section 218, Comment a.

« contrat » peuvent ne pas être adéquates pour le type spécifique « convention d'arbitrage ». Par exemple, la prestation caractéristique du contrat principal n'est pas la même et n'a aucune influence sur la convention d'arbitrage. De même, le lieu d'exécution des obligations du contrat principal n'est pas nécessairement le même que le lieu où l'obligation d'arbitrer doit être exécutée.[676]

Pour Bermann, la convention d'arbitrage est un contrat dont la fonction est suffisamment distincte par rapport au reste du contrat pour justifier une méthode spécifique et adaptée de détermination du droit qui lui sera appliqué. En outre, procéder de cette manière – en garantissant un traitement différent à des questions différentes – permet par conséquent une valorisation de la dimension matérielle du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage.[677]

5.2.2.2. Règle de conflit « arbitral » : application du droit du siège

Contrairement aux juges étatiques, les arbitres ne sont pas liés par une règle de conflit nationale ou quelle que soit son origine, ni même par la théorie du conflit des lois qui intègre les ordres juridiques nationaux. Fréquemment, les arbitres sont appelés à appliquer des règles de conflit de leur propre création[678] ou qu'ils considèrent les plus appropriées à l'affaire devant eux.[679]

---

676 GRAFFI, Leonardo. The law applicable to the validity of the arbitration agreement : A practitioner's view*, in* FERRARI, Franco ; KROLL, Stefan (ed.). *Conflict of Laws in International Arbitration*. Munique : European Law Publishers GmbH, 2011, p. 56.

677 BERMANN, George A. International Arbitration and Private International Law : General Course on Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 381, 2016, pp. 150-151.

678 BERGER, Klaus Peter. Re-examining the Arbitration Agreement : Applicable Law – Consensus or Confusion ? *in* VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.). International Arbitration 2006 : Back to Basics ? *ICCA Congress Series*, v. 13. Montreal : Kluwer Law International, 2007, p. 305.

679 MAYER, Pierre. Reflections on the International Arbitrator's Duty to Apply the Law. The 2000 Freshfields Lecture. *Arbitration International*, v. 17, 2001, p. 239.

Ceux-ci sont normalement considérés : (i) le droit du lieu où le contrat a été conclu[680] ; (ii) le droit du siège de l'arbitrage[681] ; (iii) le droit régissant le contrat principal[682] ; (iv) le droit que les arbitres considèrent comme plus étroitement lié au litige et aux parties,[683] et (v) le droit qu'ils considèrent comme résultant des tendances générales de la pratique de l'arbitrage international. En outre, les arbitres sont libres de désigner un droit par des moyens directs, sans recourir aux règles de conflit. C'est le processus dite de « voie directe ».[684]

Dans les procédures civiles ordinaires, le pouvoir juridictionnel du juge est dérivé de la loi et régi par le droit du for. Toutefois, étant donné la nature particulière de l'arbitrage – et considérant que le pouvoir juridictionnel des arbitres, bien qu'autorisé par la loi, découle en définitive de la volonté des parties exprimée dans les conventions d'arbitrage[685] – il n'est pas possible de faire un parallèle et d'appliquer la règle du for indistinctement. Or, l'une des adages les plus répétés dans la théorie de l'arbitrage est que **l'arbitre n'a pas de for**. Il n'y a donc pas de droit du for qui régit son pouvoir juridictionnel.

---

680 CCI n. 5730 (1990). *Journal du Droit International* (Clunet), 1990, p. 1029.

681 BCCI 52/65, 26 mai 1965. *Yearbook Commercial Arbitration,* v. 1, 1976, p. 123.

682 ETATS-UNIS. Society of Maritime Arbitrators, New York, 24 abr 1987, n. 2373. *Banques Centroamericanos vs. Petroleo S.A*. *Yearbook Commercial Arbitration*, v. 13, 1998, p. 133

683 ETATS-UNIS. American Law Institute, *Restatement (Second) of Conflict of Laws*. Philadelphia, 1971. Section 218, comment a.

684 Dans l'affaire CCI *Uzuc S.A. vs. Prakash Steelage Ltd*. (inédite), le tribunal arbitral a appliqué les principes UNIDROIT pour la résolution des litiges par la voie directe. Dans un recours en annulation présenté par Prakash, la Cour d'appel de Paris a confirmé la validité de la sentence arbitrale. FRANCE. Cour d'appel de Paris, 25 févr. 2020, *Prakash Steelage Ltd. vs. Uzuc S.A*. Voir aussi : GAILLARD, Emmanuel. Comparative Law in International Arbitration. *Ius Comparatum*, vol. 1, 2020, p. 19.

685 BERMANN, George A. International Arbitration and Private International Law : General Course on Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 381, 2016, p. 132 : « But an arbitral tribunal derives its jurisdictional authority, not directly from the law, but from the parties' agreement to arbitrate, and the interpretation and validity of that agreement is meaningfully subject to a choice of law analysis ». La question de la loi applicable à la clause arbitrale est « one of great practical importance, since the jurisdiction of the arbitrator is limited to those matters submitted to him by agreement of the parties ». COLLINS, Lord (ed.). *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*. 15 éd. London : Sweet & Maxwell, 2012, p. 832.

L'approche de la règle de conflit spécifique tient compte du fait que les conventions d'arbitrage sont des contrats très spécifiques, car elles confèrent aux arbitres le pouvoir juridictionnel, et doivent donc être régies par un droit qui tient compte de cette particularité.[686] Cette particularité doit être respectée quelle que soit la manière dont le droit applicable est déterminé – au moyen des règles de conflit ou des éléments de connexion. Dans cette dernière hypothèse, le test des éléments de connexion doit être appliqué en mettant sciemment l'accent sur le fait que le contrat en question est précisément la convention d'arbitrage.[687]

Une analyse spécifique de la convention d'arbitrage et de ses propres éléments de connexion permettrait de résoudre la question de l'inadéquation de la règle générale de conflit appliquée au contrat principal. La thèse est qu'une convention aussi particulière que celle d'arbitrage – en accordant la juridiction à un juge privé et, en même temps, en retirant la juridiction aux tribunaux étatiques – mérite un traitement particulier. Il peut en résulter un dépeçage, car le contrat principal peut avoir un droit applicable différent de celui applicable à la clause compromissoire. En tout état de cause, cela ne doit pas être considéré comme un obstacle, car le dépeçage tend à se produire dans les deux approches, car il est commun et conseillé de traiter séparément des questions telles que l'arbitrabilité et la capacité des parties.

Cette approche favorise le principe de l'autonomie matérielle en donnant à la clause compromissoire un traitement véritablement autonome. Comme on l'a vu, en prenant l'exemple de l'affaire *Sulamérica*, les juges ont refusé d'appliquer le droit choisi dans le contrat principal lorsque ce droit rendait la clause d'arbitrage invalide. Born,

---

686 Pour Gary Born, cela implique de s'éloigner d'une focalisation exclusive sur le droit du siège ou le droit du contrat principal et d'appliquer de plus en plus des critères contemporains pour déterminer le droit applicable, en analysant la relation la plus significative entre les parties et les éléments de connexion. BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. 2 éd. La Haye : Kluwer Law International, 2014, p. 518.

687 BERMANN, George A. International Arbitration and Private International Law : General Course on Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 381, 2016, p. 153: « One way to accomplish this is to apply the choice of law methodology just mentioned – namely, application of the law of the place having the most significant relation or closest connection to the contract – but to do so with conscious emphasis on the fact that the contract in question is precisely an agreement to arbitrate ».

partisan du principe de validation, affirme que le droit du contrat principal peut être étendu à la clause d'arbitrage lorsque celle-ci est favorable à son existence et à sa validité, mais pas dans le cas contraire.[688]

En pratique, cette approche favorise généralement le siège de l'arbitrage, conformément au *Restatement* (*Second*). Le commentaire "b" de son paragraphe 218 indique que le choix explicite d'un lieu pour mener l'arbitrage est la preuve de l'intention des parties de voir l'ensemble de leur contrat régi par le droit de ce lieu, non seulement parce que la disposition démontre leur intention de voir ce droit appliqué, mais aussi parce qu'elle démontre une présomption que les arbitres de ce lieu se sentiront obligés d'appliquer ce droit.[689]

5.2.3. La détermination du droit applicable par application de la théorie des facteurs de rattachement

L'application de la théorie des facteurs de rattachement comme moyen de déterminer le droit applicable requiert l'identification des éléments qui relient la convention d'arbitrage aux différents ordres juridiques potentiellement applicables afin de vérifier lequel d'entre eux présente le lien le plus étroit. La tâche n'est certainement pas facile et comporte un élément important de subjectivité. En outre, une question se pose souvent lors des discussions sur le sujet : serait-il possible de déterminer un facteur de rattachementqui

---

688 BORN, Gary. *International Commercial Arbitration.* 2 éd. La Haye : Kluwer Law International, 2014, p. 590 : « the better interpretation of general choice-of-law clauses is that the law chosen by such provision extends to the parties' separable arbitration agreement when it would give effect to that agreement, but not otherwise ». D'un autre côté, Redfern et Hunter comprennent que le droit régissant le contrat principal peut être écarté lorsqu'il représente la nullité de la clause d'arbitrage. BLACKABY, Nigel ; HUNTER, Martin ; PARTASIDES, Constantine ; REDFERN, Alan. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 4e éd. Oxford : Oxford University Press, 2004, p. 130 : « even when there is an express choice of law by the parties, this choice may be overridden by a court or tribunal in determining the law applicable to the arbitration clause ».

689 ETATS-UNIS. American Law Institute, *Restatement (Second) of Conflict of Laws*. Philadelphie, 1971. Section 218, commentaire « b » : « Provision by the parties in a contract that arbitration shall take place in a certain state may provide some evidence of an intention on their part that the local law of this state should govern the contract as a whole. This is true not only because the provision shows that the parties had this particular state in mind; it is also true because the parties must presumably have recognized that arbitrators siting in that state would have a natural tendency to apply its local law ».

soit décisif pour n'importe quel cas, de manière à supprimer le caractère discrétionnaire de la décision ?

Considérons, dans un exemple simpliste, les éléments possibles suivants reliant une convention d'arbitrage aux ordres juridiques potentiellement applicables : (i) *la lex contratus* ; (ii) *la lex arbitri* (pour beaucoup, le droit en vigueur au siège) ; (iii) le lieu de stipulation de la convention (dans le cas d'une clause d'arbitrage, généralement le lieu de stipulation du contrat principal qui la contient) ; (iv) le lieu d'exécution de l'obligation d'arbitrer (généralement le siège de l'arbitrage), et (v) le(s) lieu(x) d'exécution de la sentence arbitrale (dont le nombre dépendra de la complexité et du degré d'internationalité de l'affaire). Comment déterminer lequel de ces lieux a le lien le plus fort et étroit avec la convention d'arbitrage sur le plan théorique, sans analyser les spécificités de l'affaire ? Si en pratique la tâche est déjà ardue, en théorie elle est herculéenne.

Toutes les options étudiées présentent des avantages et des inconvénients sur le plan théorique, comme on le verra dans la suite. Les deux premiers – qui défendent l'applicabilité du droit du siège de l'arbitrage (**5.2.3.1**) ou du droit qui régit le contrat (**5.2.3.2**) – seront présentés de manière plus détaillée en raison de leur pertinence dans la *praxis*. Les autres seront présentées brièvement ci-dessous.

Le lieu de conclusion de la convention, par exemple, tout en assurant une plus grande prévisibilité des solutions, n'a souvent aucun rapport avec la question en cause et est souvent un choix de pure commodité. En outre, à l'heure de la mondialisation, où les contrats sont signés électroniquement et où chaque partie se trouve dans un lieu différent, il devient de plus en plus difficile de déterminer le lieu exact de la conclusion d'un contrat. La récente pandémie de COVID-19 a encore plus renforcé la virtualisation croissante des affaires, des contrats et de l'arbitrage lui-même et a définitivement relégué le lieu de la conclusion dans une catégorie sans intérêt pratique.

Le lieu d'exécution de l'obligation d'arbitrer, à son tour, fait l'objet des mêmes critiques que le lieu du siège (y compris parce qu'ils coïncident souvent) : bien que facile à prévoir, il n'a généralement que peu ou pas de rapport avec le litige et constitue également un choix de commodité géographique ou de neutralité (avec encore plus de raison lorsqu'il

est désigné par une institution arbitrale ou par l'arbitre). Les critiques n'ont cependant pas empêché les tribunaux anglais de déclarer qu'il s'agit du facteur de rattachement le plus étroit par rapport à la clause d'arbitrage insérée dans un sous-contrat pour la construction d'une chaudière pour une centrale électrique dans l'affaire *Chubb*.[690]

Dans l'espèce, la clause d'arbitrage indiquait l'adoption du règlement d'arbitrage de la CCI et stipulait que Londres serait le siège de l'arbitrage, mais gardait le silence quant au droit qui s'y appliquerait. Après l'incendie de l'usine, la compagnie d'assurance Chubb a entamé un arbitrage en Russie, alléguant que l'incendie avait été causé par des travaux défectueux effectués par Enka. Afin d'empêcher la poursuite de l'arbitrage russe, Enka a déposé une mesure anti-arbitrage devant la Haute Cour anglaise, qui a jugé qu'il s'agissait d'un *forum non conveniens*, déclarant qu'il appartenait aux tribunaux russes de se prononcer sur la question. La Cour d'appel anglaise a ensuite infirmé la décision en raison du fait que le siège de l'arbitrage, comme convenu par les parties dans la clause d'arbitrage, était Londres. Dans le cadre de la vérification de sa compétence sur l'affaire, la Cour a été obligée de vérifier, à un stade préliminaire, le droit applicable à la convention d'arbitrage. Ainsi, en appliquant le critère du lien le plus étroit établi par l'affaire *Sulamérica*, la Cour a estimé que le siège à Londres indiquait que le droit anglais devait être appliqué à la clause compromissoire.

La Cour suprême anglaise a été appelée à se prononcer sur l'affaire et a confirmé l'application du droit anglais. Cependant, elle est parvenue à la même conclusion en recourant à des théories juridiques plus contemporaines. La Cour a estimé que trois ordres juridiques devaient être examinés pour déterminer le droit applicable à la clause d'arbitrage : (i) le droit régissant le fond, (ii) le droit régissant la clause, et (iii) le droit régissant la procédure d'arbitrage. Dans l'affaire *Chubb*, aucun des trois n'était expressément déterminé par les parties.

La Cour a également établi que cette analyse devait être effectuée en deux étapes : premièrement, une vérification de tout choix fait par les parties ; deuxièmement,

---

690 ANGLETERRE. Cour suprême, 9 oct. 2020, *Enka Insaat Ve Sanayi A.S. vs. OOO Insurance Company Chubb.*

en l'absence de choix et à moins d'une autre indication plus forte, le droit régissant la convention d'arbitrage doit être appliqué, **indépendamment de l'indication du siège**. Pour la détermination du droit applicable au contrat en l'absence de choix, quatre critères doivent être pris en considération : premièrement, le lieu d'exécution de l'obligation d'arbitrer – en l'espèce, Londres ; deuxièmement, les dispositions des règles de droit international – la Convention de New York indique également comme applicable le droit du siège de l'arbitrage ; troisièmement, les attentes raisonnables des parties – la Cour a estimé qu'il n'y avait pas d'indices de l'intention des parties d'être lié par le droit russe ; quatrièmement, la préservation de la sécurité juridique – la Cour a estimé qu'il serait extraordinaire d'indiquer un droit que les parties n'ont pas indiqué, ni pouvait raisonnablement être considéré qu'elles l'indiqueraient. Sur la base de ce raisonnement, la Cour a considéré que le droit applicable à la clause d'arbitrage serait le droit anglais. L'évolution du *ratio decidendi* adopté par la Cour suprême, s'écartant du test établit dans l'affaire *Sulamérica*, représente le grand mérite de cette décision.[691]

Enfin, le lieu d'exécution de la sentence arbitrale est parfois difficile à déterminer ou, lorsqu'il est déterminable, une pluralité de juridictions peut être appelée à reconnaître et homologuer cette sentence. En outre, étant donné que les tribunaux du siège sont compétents pour le recours en annulation contre la sentence arbitrale, on peut se demander pourquoi le lieu d'exécution devrait avoir un avantage sur le lieu d'une éventuelle annulation ou confirmation de la sentence.

5.2.3.1. Le siège comme facteur de rattachementle plus étroit

La considération du siège comme facteur de rattachementen soi ne semble pas cohérente avec la nature de l'arbitrage, ni avec les théories les plus modernes du droit international privé. Même si l'on considère que l'arbitrage est en quelque sorte lié au système du droit national, l'élément « siège » semble avoir peu de pertinence au point de générer des conséquences aussi importantes pour le résultat final de l'arbitrage dans son

---

691 ANGLETERRE. Cour suprême. 9 oct. 2020, *Enka Insaat Ve Sanayi A.S. vs. OOO Insurance Company Chubb*.

ensemble. Il est bien connu que le lieu de l'arbitrage est souvent choisi pour des raisons de neutralité ou de commodité géographique. En outre, dans certaines situations, le siège peut même être fixé par un tiers, comme l'institution arbitrale ou les arbitres eux-mêmes, en l'absence de disposition dans la convention et dans le cas où les parties ne parviennent pas à un accord. Dans ce cas, le choix peut ne pas avoir le moindre lien avec les éléments spécifiques du rapport juridique en cause.

Le lien établi avec le siège aurait peut-être un peu plus de sens théorique si l'on se référait au lieu d'exécution de l'obligation contractée par la conclusion d'une convention d'arbitrage, conformément au critère adopté dans l'affaire *Chubb*. Étant donné que l'objet principal du contrat « convention d'arbitrage » est d'obliger les parties à régler leurs différends au moyen d'une procédure arbitrale, le mode d'accomplir cette obligation serait le déroulement effectif de la procédure arbitrale. L'exécution caractéristique de ce contrat serait donc la présence à la procédure, au lieu désigné par les parties – ou par l'institution, au cas où les parties ne l'auraient pas accordé.[692]

En fait, l'application quasi-automatique du droit du siège à la *trichotomie* de la clause d'arbitrage – ainsi qu'à la procédure arbitrale – qui était pratiquement incontestée jusqu'aux années 1980, est aujourd'hui remise en cause par la doctrine spécialisée.[693]

Comme indiqué dans la première partie de cette étude, l'application de la *lex fori* (ou *lex arbitri*, dans le cas spécifique de l'arbitrage) a une empreinte géopolitique claire. C'est la façon que les États-nations ont trouvé pour réduire les chances d'application des droits étrangers sur leur territoire. C'est aussi un moyen de contrôler l'application uniforme des règles de procédure par leurs juges. De même, c'est un moyen de prévenir la

---

692 Il est important de rappeler, cependant, que la règle de la prestation caractéristique comme élément de connexion le plus étroit ne s'applique que lorsque les parties n'ont pas choisi expressément le droit applicable à la question.

693 BANTEKAS, Ilias. The Proper Law of the Arbitration Clause : A Challenge to the Prevailing Orthodoxy. *Journal of International Arbitration*, v. 27, 2010, p. 9. Voir, dans ce sens : « [...] the prevailing orthodoxy according to which the law of the seat (the *lex arbitri*) determines the law of the arbitration clause must no longer be view as engraved in stone. This is not merely an opinion or a position resting on theoretical assumptions; rather, [...] the established orthodoxy rests on a legal fiction and an artificial construction which, although mandated by some considerations, is negated by many others ».

fraude à la loi, en empêchant les individus de choisir des lois qui leur permettent d'accomplir des actes qui ne seraient pas autorisés dans d'autres juridictions.[694]

De tels arguments sont toutefois facilement contournés à la lumière du concept de néo-souveraineté : les États-nations continueront à pouvoir contrôler ce qui leur est essentiel au moment de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales.[695] C'est à ce moment que le juge étatique pourra vérifier si les règles d'ordre public de son ordre juridique ont été respectées dans le *decisum* des arbitres. Si ce n'est pas le cas, l'État aura le pouvoir d'empêcher cette sentence de prendre effet sur son territoire. Le pouvoir des États ne doit cependant pas aller au-dela de ce contrôle *a posteriori*.

Bermann estime que l'alternative la plus plausible serait d'appliquer le droit du siège de la procédure arbitrale, car elle résulte souvent d'un choix exprès des parties.[696] Il précise également que cette conclusion est ratifiée par les textes de la Convention de New York,[697] de la Loi type de la CNUDCI[698] et de la Convention de Genève.[699] Toutefois, le soutien de ces règles à une telle approche est discutable, étant donné que toutes ces dispositions visent la validité de la sentence arbitrale et ne sont pas spécifiques à la validité

---

694 CLERMONT, Kevin M. Governing Law on Forum-Selection Agreements. *Hastings Law Journal*, v. 66, 2015, pp. 654-656.

695 Voir les Chapitres 1 *supra* et 7 *infra*.

696 BERMANN, George A. International Arbitration and Private International Law : General Course on Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 381, 2016, pp. 156-157.

697 CNUDCI. Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York), article V(1)(a) : « La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve: a) Que les parties à la convention visée à l'article II étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue ».

698 CNUDCI. Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985, avec les amendements adoptés en 2006, articles 34 et 36.

699 UNION EUROPÉENNE. Convention européenne sur l'arbitrage commercial international de 1961 (Convention de Genève), article VI (2) : « Quand ils auront à se prononcer sur l'existence ou la validité d'une convention d'arbitrage, les tribunaux des Etats contractants statueront en ce qui concerne la capacité des parties selon la loi qui leur est applicable (…) ».

de la clause d'arbitrage. Bermann estime que, même ainsi, il est préférable que le même droit s'applique aux deux questions.[700]

Confirmant la tendance contemporaine à s'écarter progressivement de l'application sans restrictions du droit du siège, Clermont suggère, sur la base de la procédure civile américaine, que seul le facteur d'efficacité de la clause d'élection de for (à laquelle la convention d'arbitrage pourrait être assimilée) soit régie par la *lex fori*, son interprétation étant soumise au droit qui régit le contrat.[701]

5.2.3.2. Le contrat principal comme facteur de rattachement le plus étroit

Le siège ne semblant pas être un critère suffisamment fort, beaucoup recourent au lien existant entre la convention d'arbitrage et le contrat dans lequel elle est insérée. Cette approche tend à traiter la convention d'arbitrage comme n'importe quel autre contrat. Étant inséré dans un autre contrat, la tendance est que le droit du contrat principal soit également appliqué à la convention d'arbitrage.[702]

En ce qui concerne l'application du droit du contrat principal, la discussion majeure porte sur l'appréciation de l'autonomie de la volonté des parties. L'application de la

---

700 Une telle règle se trouve à l'article 48 de la Loi suédoise sur l'arbitrage :

« Section 48.
Where an arbitration agreement has an international connection, the agreement shall be governed by the law agreed upon by the parties.
Where the parties have not reached such an agreement, the arbitration agreement shall be governed by the law of the country in which, by virtue of the agreement, the proceedings have taken place or shall take place.
The first paragraph shall not apply to the issue of whether a party was authorized to enter into an arbitration agreement or was duly represented ».

701 CLERMONT, Kevin M. Governing Law on Forum-Selection Agreements. *Hastings Law Journal*, v. 66, 2015, p. 673 : « Case law, policy arguments, and doctrinal consistency all support applying *lex fori* on enforceability of the forum-selection agreement. Contrariwise, the chosen law, if there is a choice-of-law clause, or the law of the chosen court, if there is no choice-of-law clause, should apply to interpretation of the forum-selection agreement ».

702 COLLINS, Lord (éd.). *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws.* 15 éd. London : Sweet & Maxwell, 2012, p. 836.

lex contratus serait-elle conforme à l'intérêt des parties ? La doctrine est divisée en positions dichotomiques.

D'une part, ceux qui soutiennent que cette solution est la plus conforme à la volonté des parties, puisqu'elles choisissent expressément un droit particulier pour régler l'intégralité de leur relation contractuelle, et qu'il n'y a aucune raison d'en appliquer un autre qu'elles n'ont pas choisi.[703] Une telle solution trouve son expression dans le code civil du Québec[704] et dans la jurisprudence de l'Inde[705] et de l'Angleterre,[706] par exemple.

D'autre part, ceux qui considérent que la seule façon d'évaluer efficacement la volonté des parties est de considérer non seulement la volonté manifestée expressément, mais aussi celle qui se manifeste implicitement. Ainsi, le recours au critère de connexion le plus étroit pouvait indiquer le droit applicable à la convention sur la base d'une appréciation complète du principe de l'autonomie de la volonté. Ce processus tend à conduire à l'application du droit du siège,[707] bien qu'il y ait également des manifestations

---

703 BLACKABY, Nigel ; HUNTER, Martin ; PARTASIDES, Constantine ; REDFERN, Alan. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 4e éd. Oxford : Oxford University Press, 2004, p. 125 : « If the parties expressly choose a particular law to govern their agreement, why should some other law – which the parties have not chosen – be applied to one of the clauses in the agreement, simply because it happens to be the arbitration clause? » ; LEW, Julian D. M. The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause, *in* VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards : 40 Years of Application of the New York Convention, *ICCA Congress Series*, v. 9. Paris : Kluwer Law International, 1999, p. 143 (« There is a very strong presumption in favor of the law governing the substantive agreement which contains the arbitration clause also governing the arbitration agreement. This principle has been followed in many cases. This could even be implied as an agreement of the parties as to the law applicable to the arbitration clause »).

704 QUÉBEC. Code de procédure civil, article 3121 : « en l'absence de désignation par les parties, la convention d'arbitrage est régie par la loi applicable au contrat principal […] ».

705 INDE. Cour suprême, *National Thermal Power Corp. vs. Singer Co*., 1992, 3 S.C.C. 51 ; *Sumitomo vs. ONGC Ltd.*, 1998, 1 S.C.C. 305 ; *Eitzen Bulk A.S. vs. Ashapura Minechem Ltd*., 2011, AIR 2011 Guj 13 ; *Aastha Broadcasting Network Ltd. vs. Thaicom Public Co. Ltd*., 2011, MANU/DE/4410/2011. Voir aussi : HARISANKAR, K. S. International Commercial Arbitration in Asia and the Choice of Law Determination. *Journal of International Arbitration*, v. 30, n. 6, 2013, pp. 621–636.

706 Bien que ce ne soit pas la position de la majorité anglaise, certaines affaires ont appliqué la *lex contratus* à la convention d'arbitrage : ANGLETERRE. *Union of India vs. Mcdonnel Douglas Corp.,* [1993] 2 Lloyd's Rep. 48 ; ANGLETERRE. *Sonatrach Petroleum Corp. (BVI) vs. Ferrel International Ltd.,* [2002] 1 All E.R. 627 (« Where the substantive contract contains an express choice of law, but the agreement contains no separate choice of law, the latter agreement will normally be governed by the body of law expressly chosen to govern the substantive contract »).

707 ANGLETERRE. Cour supérieure, *Sulamérica CIA Nacional De Seguros S.A. vs. Enesa Engenharia*

dans la pratique de l'application de la *lex contractus* en raison du test du lien de rattachement le plus étroit.[708]

La question devient plus complexe lorsque le contrat principal ne comporte aucune clause de droit applicable. L'absence de choix explicite par les parties entraîne l'application des règles de conflit spécifiques aux contrats. Mais serait-il valable d'étendre le droit du contrat principal à la clause d'arbitrage dans de tels cas ? Plusieurs tribunaux ont procédé ainsi.[709] Bermann fait valoir que cela violerait l'autonomie de la volonté des parties et le principe de séparabilité, car il serait logique d'étendre le droit applicable du contrat principal à la clause d'arbitrage afin de renforcer le principe d'autonomie lorsque les parties font un choix exprès. En l'absence de choix, la clause d'arbitrage devrait faire l'objet d'un traitement différencié.[710]

5.2.3.3. L'application du *favor arbitralis*

En matière d'arbitrage international, on retrouve le principe du *favor arbitralis* qui, comme le principe de l'effet utile, prévoit que si une convention d'arbitrage peut être interprétée dans plus d'un sens, la préférence doit être donnée à l'interprétation qui lui donne effet. Ainsi, l'interprétation *in favorem validatis* est considéré comme une approche

---

S.A. [2012] EWHC 42 ; ANGLETERRE. Cour supérieure, *Abuja Int'l Hotels Ltd. vs. Meridien SAS*, [2012] EWHC 87 ; SINGAPOUR. Cour Supérieure, *Government of the Republic of Philippines vs. Philippine International Air Terminals* [2007] 1 S.L.R. 278.

708 ANGLETERRE. Cour supérieure commerciale. *Arsanovia Ltd. and others vs. Cruz City 1 Mauritius Holdings*, [2012] EWHC 370 : « The High Court decided that the most appropriate way of determining the applicable law was to consider whether the parties had expressly or impliedly chosen a particular law as part of the agreement, rather than simply looking at which law had the closest connection to the arbitration agreement ».

709 BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. 2e éd. La Haye : Kluwer Law International, 2014, pp. 581-582 ; CCI n. 11869. *Yearbook Commercial Arbitration*, v. 36, 2011, pp. 51-52 ; *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 289, 2001, at pp. 45-46 ; CCI n. 6850. *Yearbook Commercial Arbitration*, v. 23, 1998, p. 38 ; CCI n. 6379. *Yearbook Commercial Arbitration*, v. 17, 1992, p. 215.

710 BERMANN, George A. International Arbitration and Private International Law : General Course on Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 381, 2016, p. 150.

pro arbitrage et consiste en l'adoption affirmative et consciente de l'ensemble des règles qui privilégient l'existence, la validité et l'efficacité de la convention d'arbitrage.

Au lieu d'analyser des facteurs de rattachement abstraits qui sont davantage liés à un rapport juridique donné, le principe de validation privilégie le droit qui reconnaît la *trichotomie* d'une convention d'arbitrage, en supposant que si les parties expérimentées et habituées à la vie des affaires ont prévu dans leurs contrats que les litiges qui en découlent seront résolus par la voie arbitrale, elles souhaitent voir leurs accords respectés, quelles que soient les formalités légales. Ainsi, il serait plausible de considérer que les parties ont choisi de conclure un accord valable et efficace et donc de choisir – expressément ou tacitement – un droit qui le reconnaît comme tel. Ce raisonnement a été appliqué par le tribunal anglais dans l'affaire *Sulamérica* précitée, en interprétant la clause compromissoire de manière à lui donner un effet utile, même si les parties ne l'avaient pas expressément prévu dans ce sens.[711]

Dans l'espèce, il a été décidé que le droit applicable à la clause d'arbitrage contenue dans un contrat d'adhésion entre le consortium de constructeurs de centrales hydroélectriques et les compagnies d'assurance du projet ne pouvait être que le droit anglais (considéré comme étroitement lié au litige car c'était le droit en vigueur au siège de la procédure d'arbitrage) puisque, si le droit brésilien était celui applicable à la clause (puisqu'également applicable au contrat, donc lié au litige par le critère matériel), elle ne pouvait pas produire d'effets car le contrat d'assurance était considéré comme un contrat d'adhésion (et donc sujet a des règles spécifiques du droit brésilien de l'arbitrage). La Cour a affirmé qu'il ne serait pas logique que des parties expérimentées s'entendent sur des clauses nulles ; par conséquent, la protection garantie par le droit brésilien aux signataires de contrats d'adhésion – protection qui exige que la clause d'arbitrage insérée dans ce type de contrat soit stipulée par écrit dans un document joint ou mise en évidence en gras avec une signature ou un visa spécialement pour cette clause[712] – ne devrait pas s'appliquer à ce

---

711 ANGLETERRE. Cour d'appel, Division Civile, 16 mai 2012, *Sulamerica Cia Nacional de Seguros S.A. vs. Enesa Engenharia S.A.*

712 BRÉSIL. Loi d'arbitrage de 1996, article 4, §2 : « Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente,

rapport spécifique, puisque toutes les parties du contrat étaient des agents commerciaux expérimentés, et qu'il n'y avait aucune partie faible dans la relation qui ne bénéficiait pas d'une protection spéciale ; l'objectif, après tout, de la règle brésilienne.

Comme dans l'affaire *Sulamérica*, la pratique semble dévoiler que les parties ne sont pas concernées ou intéressées par la détermination d'un droit spécifique pour réglementer l'existence, la validité et l'efficacité de leurs accords d'arbitrage, mais qu'elles s'attendent à ce que ces conventions soient considérées comme valides et efficaces dans le cas où il serait nécessaire de les exécuter. Le principe de validité serait alors une manière de privilégier la volonté des parties, externalisée par la conclusion d'une convention d'arbitrage.

Carmona affirme que, surtout en ce qui concerne l'objet, il est habituel de trouver des clauses d'arbitrage qui laissent une grande ouverture dans la définition des sujets à décider par les arbitres. Les expressions peu claires ont tendance à susciter des doutes interprétatifs quant à l'extension objective de la clause d'arbitrage. L'auteur soutiens qu'en présence de tels doutes, l'interprétation devrait être dans le sens qui favorise l'arbitrage.[713]

A ceux qui soutiennent que l'interprétation de la clause compromissoire devrait être restrictive, ou du moins stricte,[714] en considérant que la juridiction accordée aux

---

com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula ».

713 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo : um comentário à lei 9.307/96.* São Paulo : Atlas, 2009, p. 84.

714 CCI n. 2138 (1974). *Journal du Droit International*, 1975, p. 934 (décidant que la clause compromissoire doit être interprétée de manière stricte) ; CCI n. 7920 (1993). *Yearbook Commercial Arbitration*, v. 23, 1988, p. 80 (décidant que la clause compromissoire doit être interprétée de manière restrictive, mais la validité de la clause doit être régie par le principe d'efficacité) ; ETATS-UNIS. *Flood vs. Country Mutual Ins. Co*, 41 Ill.2d 91, 94, 1968, (décidant que la clause compromissoire doit être rédigé avec un langage clair) : « arbitration agreements will not be extended by construction or implication » ; *Terminex Int'l Co. v. Michaels*, 668 So.2d 1013, 1015 (Fla. Ct. App. 1996) (le tribunal a estimé que l'ambiguïté sur la question de savoir si les demandes de dommages personnels étaient couvertes par une convention d'arbitrage insérée dans un contrat d'extinction de termites devait être résolue contre l'arbitrage du litige) ; *Allstate Ins. Co. v. Cook*, 21 Ariz.App.p. 313 (1974) ; *A.F.C.O. Metals, Inc. vs. Local Union* 580, 638 N.Y.S.2d 585 (1995) ; *Shuffman v. Rudd Plastic Fabrics Corp.* 407 N.Y.S.2d 565, 566 (App. Div. 1978) : « If equivocal, the scope of a commercial arbitration clause must be read conservatively » ; *Gangel vs. DeGroot,* 393 N.Y.S.2d 698 (N.Y. 1977) : « The agreement

arbitres est limitée à l'intention clairement exprimée par les parties, puisque l'arbitrage est une exception au principe du libre accès à la justice étatique – par conséquent, en tant que règle d'exception, elle ne pourrait être interprétée que de manière restrictive[715] - Fouchard, Gaillard et Goldmand répondent que cela ne correspond pas à la réalité actuelle de l'arbitrage, qui n'est plus considéré comme une exception, mais comme la voie normale de résolution des différends du commerce international.[716]

De nombreuses manifestations de la *favor arbitralis* peuvent être trouvées dans la doctrine, la jurisprudence et même dans des législations nationales. La prévision des règles de conflit alternatives permet à l'autorité juridictionnelle de trouver une solution en reconnaissant l'effet utile de la convention examinée. A cet égard, l'article 178 du Statut de droit international privé suisse peut être cité comme le plus grand exemple de reconnaissance du principe de validité en prévoyant qu'une convention d'arbitrage sera valable selon l'une des trois options suivantes : le droit choisi par les parties, le droit suisse ou le droit applicable au fond du litige.

C'est également le cas du Code de procédure civile italien, qui prévoit à l'article 808-qua qu'en cas de doute, la convention d'arbitrage doit être interprétée dans le sens où la juridiction arbitrale s'étend à tous les litiges découlant du contrat ou du rapport auquel se réfère la convention.[717] La Convention de New York reconnaît également la validité de

---

to arbitrate must be express, direct, and unequivocal as to the issues or disputes to be submitted to arbitration ».

715 CCI n. 4392 (1983), *in* DERAINS, Yves. *Jurisprudencia Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional*. Madrid : Civitas e Corte Española de Arbitraje, 1985, p. 367.

716 GALLAIRD, Emmanuel ; SAVAGE, John. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. La Haye : Londres : Boston : Kluwer Law International, 1999, §480. Dans le même sens : DERAINS, Yves. *Droit et Pratique de l'arbitrage International en France*. Paris : Feduci, 1984, p. 2 : « alors qu'au plan interne l'arbitrage reste une procédure d'exception, il est la règle au plan international » ; GUZMAN, Andrew T. Arbitrator Liability : Reconciling Arbitration and Mandatory Rules. *Duke Law Journal*, v. 49, n. 5, 2000, p. 1281.

717 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo : um Comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo : Atlas, 2009, p. 85.

l'interprétation *in favorem validatis* par son article II(3), mais de façon générique, appartenant au droit applicable de déterminer sa conséquence exacte.[718]

Dans le même sens, la Loi espagnole sur l'arbitrage, par son article 9(6), détermine qu'une convention d'arbitrage est réputée comme valable selon la loi choisie par les parties, la loi espagnole ou la loi applicable au fond du litige.[719] Par ailleurs, le Code de procédure civile algérien, dans son article 458, prévoit que le droit régissant le fond du litige, notamment celui applicable au contrat principal, ou le droit algérien, peut s'appliquer.[720] La loi croate contient une disposition similaire.[721] Le Code civil du Québec, pour sa part, prévoit également qu'à défaut d'un choix exprès des parties, la validité est régie par la loi applicable au contrat principal ou, si cela a pour effet de l'invalider, par la loi du lieu où se déroule la procédure arbitrale.[722]

---

718 CNUDCI. Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York), article II(3) : « Le tribunal d'un État contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée ».

719 ESPAGNE. Loi d'arbitrage, article 9(6) : « Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español ».

720 ALGÉRIE. Code de procédure civile, article 458 : « Bis 1. La convention d'arbitrage régit autant les litiges futurs que ceux déjà nés. Quand à la forme, la convention d'arbitrage doit, à peine de nullité, être passée par écrit. Quand au fond, elle est valable si elle répond aux conditions que posent, soit le droit régissant l'objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit algérien. La validité d'une convention d'arbitrage ne peut être contestée pour le seul motif que le contrat principal ne serait pas valable ».

721 CROATIE. Loi d'arbitrage, article 6(7) : « The law applicable to the validity of an arbitration agreement *ratione materiae* is the law designated by the parties. If the parties failed to designate such applicable law, the applicable law will be the law applicable to the substance of the dispute or the law of the Republic of Croatia ».

722 QUÉBEC. Code de procédure civile, article 620. « L'arbitrage consiste à confier à un arbitre la mission de trancher un différend conformément aux règles de droit et, s'il y a lieu, de déterminer les dommages-intérêts. L'arbitre peut agir en qualité d'amiable compositeur si les parties en ont convenu. Dans tous les cas, il décide conformément aux stipulations du contrat qui lie les parties et tient compte des usages applicables. Il entre aussi dans sa mission, si les parties le lui demandent et que les circonstances s'y prêtent, de tenter de concilier les parties et, avec leur consentement exprès, de poursuivre l'arbitrage si la tentative échoue ».

Dans la jurisprudence, les réflexes du principe se retrouvent dans les décisions des tribunaux français, anglais et nord-américains. Dans une affaire jugée par la Cour d'appel de Paris, il a été décidé que la convention d'arbitrage a priorité sur la clause d'élection de for (même si la clause de for a été prévue dans un contrat postérieur à celui contenant la clause d'arbitrage) :

> Considérant qu'en effet la portée de la clause compromissoire comme expression de la volonté des parties est beaucoup plus large que celle d'une clause attributive de compétence, en ce qu'elle a pour effet de donner aux arbitres le pouvoir de juger, excluant par là-même l'intervention des juridictions de l'Etat, alors que la clause attributive de compétence ne fait que désigner la juridiction territorialement compétente pour trancher le litige.[723]

De même, la Cour de cassation française s'est prononcée dans l'affaire *Société Civile Immobilière (SCI) La Chartreuse et autre vs. M. Thierry Cavagna*, en déclarant que la clause compromissoire insérée dans un contrat qui comporte également une clause d'élection de for n'est pas pathologique et que la volonté des parties par le biais de l'arbitrage doit être privilégiée.[724] Dans le même sens, une décision de la High Court anglaise a concilié les références contradictoires d'une clause d'arbitrage au même temps au droit anglais et à la juridiction exclusive des juridictions étatiques de ce pays, en interprétant comme la commune intention des parties de soumettre leurs litiges à l'arbitrage et en établissant le droit anglais comme applicable à la clause d'arbitrage.[725-726]

---

723 FRANCE. Cour d'appel de Paris, 19 nov. 1991, *Société Distribution Chardonnet vs. Société Fiat Auto France*. *Revue de l'Arbitrage*, 1993, pp. 617-623.

724 FRANCE. Cour de cassation, 18 déc. 2003, *Société Civile Immobilière (SCI) La Chartreuse vs. M Thierry Cavagna*, *Bulletin de l'ASA*, 2004, pp. 796-799.

725 ANGLETERRE. Cour supérieure, 18 févr. 1991, *Paul Smith Ltd. vs. H et S International Holding Co. Inc.*

726 La question n'est plus d'importance, étant largement entendu qu'il n'y a pas d'incompatibilité entre une clause d'arbitrage et une clause d'élection de for. Pour l'exemple brésilien, voir : BRÉSIL. Cour suprême de justice, 3e Chambre, Appel n. 904813 PR 2006/0038111-2, Rapporteur Nancy Andrighi, 20 oct. 2011 (« a cláusula de eleição de foro não é incompatível com o juízo arbitral, pois o âmbito de abrangência pode ser distinto, havendo necessidade de atuação do Poder Judiciário, por exemplo, para a concessão de medidas de urgência; execução da sentença arbitral; instituição da arbitragem quando

Le principe de validité est particulièrement important pour éviter que des dispositions législatives idiosyncrasiques ou exigeantes allant au-delà des normes internationalement reconnues n'invalident ou ne privent en fin de compte de son effet une convention d'arbitrage qui, selon des normes plus raisonnables, serait considérée comme pleinement valable. C'est l'approche adoptée par les tribunaux américains, qui ont reconnu la validité des conventions qui seraient considérées nulles en vertu du droit initialement applicable. Les tribunaux du troisième circuit dans l'affaire *Rhone Mediterranée*[727] et du deuxième circuit dans l'affaire *Ledee* se sont pronnoncés ainsi , en limitant les moyens en défense de la déclaration de nullité à ceux internationalement reconnus tels que la fraude, l'erreur, la coercition ou la renonciation.[728]

En outre, certaines juridictions ont renoncé à appliquer le droit national pour vérifier la validité des conventions d'arbitrage, n'appliquant que les standards internationaux. C'est le cas de la France, qui reconnaît l'autonomie des conventions d'arbitrage par rapport aux ordres juridiques nationaux et ne les soumet qu'aux principes généraux du droit international. Une telle compréhension a été établie à partir de la célèbre (et critiquée) affaire *Dalico*. Dans l'espèce, malgré l'absence de signature du contrat qui contenait une clause compromissoire par l'une des parties, la Cour de cassation française a estimé que l'intention commune des parties était de résoudre leurs conflits par la voie arbitrale et que, pour établir cette intention, il n'était pas nécessaire de se référer à un droit national.[729] Cependant, l'importance accordée par la Cour française à l'intention commune

---

uma das partes não a aceita de forma amigável ») ; WLADECK, Felipe Scripes. Da modificação da competência, *in* CRUZ E TUCCI, José Rogério ; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano ; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho *et. al.* (coord.). *Código de Processo Civil anotado*. São Paulo : Editora GZ, 2015, p. 113 (« é perfeitamente possível que um contrato contenha cláusula de eleição de foro e cláusula arbitral. Cada uma exercerá seu papel. A cláusula de eleição de foro se aplicará aos casos que não forem arbitráveis ou que tiverem sido expressamente excluídos pela cláusula arbitral »).

727 ETATS-UNIS. Cour d'appel, Troisième Circuit, 1983, *Rhone Mediterranée Compagnia Franchesa di Assicurazioni e Riassicurazioni vs. Achille Lauro,* 721 F. 2d 50.

728 ETATS-UNIS. Cour d'appel, Premier Circuit, 1982, *Ledee vs. Ceramiche Ragno*, 684 F. 2d 184.

729 FRANCE. Cour de cassation, 20 déc. 1993, *Municipalité de Khons El Mergeb vs. Société Dahco* : « d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique... ». Voir, aussi : GAUDEMET-TALLON, Hélène. Note following Municipalité de Khoms El Mergeb v. Société Dalico, 20 December 1993, Cour de Cassation*, Revue de l'Arbitrage*, 1994, p. 116. DERAINS, Yves. Is there a group of companies doctrine ? *in* HANOTIAU, Bernard ; SCHWARTZ, Eric A. (eds.).

des parties, l'assimilant à des normes juridiques, a fait l'objet de critiques.[730] Ainsi, dans l'affaire *Uni-Kod*, la Cour de cassation française a établi que la méthode de la règle matérielle ne pouvait être appliquée qu'en l'absence de choix par les parties pour l'application des règles de conflit (ce qui, en pratique, est extrêmement rare).[731]

Il ne faut cependant pas oublier que, malgré toutes les particularités des conventions d'arbitrage, celles-ci ne cessent pas d'être des contrats et d'être soumises à tous les défauts qui peuvent les entacher. Le principe de validité doit être appliqué chaque fois que cela est approprié aux circonstances spécifiques de l'affaire, en prenant toujours soin de ne pas ignorer les allégations sérieuses de vices de consentement et de défauts de l'acte juridique qui peuvent conduire à leur inexistence, leur invalidité ou leur inefficacité. L'application sans discernement du principe de la validité peut porter gravement atteinte au droit de l'arbitrage dans son ensemble et susciter la résistance des utilisateurs.[732]

5.2.4. La détermination du droit applicable par l'application de règles transnationales

Au chapitre 4, nous avons montré que la grande majorité des ordres juridiques étatiques reconnaissent le droit des parties – et le pouvoir des arbitres – de désigner des règles a-nationales pour régir certains aspects de leur rapport juridique. Bien que la

---

Multiparty Arbitration. ICC Publication, n. 701. Paris : International Chamber of Commerce, 2010, p. 131 : « This prominent role given to the common intent of the parties is part of a substantive rule of French law that French courts apply without any regard to any national law that might be applicable to the arbitration clause pursuant to a conflict of laws rule ».

730 HOOK, Maria. Arbitration Agreements and Anational Law : A Question of Intent. *Journal of International Arbitration*, v. 28, n. 3, 2011, p. 182 : « This emphasis on the parties' common intent has been widely criticized. Not only is it unclear how, as a rule, the common intent can be determined in practice, it is also difficult to accept that the will of the parties should be put on a par with legal standards, when the very purpose of most contractual analysis is to determine the intentions of the parties ».

731 FRANCE. Cour de cassation, 30 mars 2004, *Uni-Kod vs. Ouralkal*.

732 BERMANN, George A. International Arbitration and Private International Law : General Course on Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 381, 2016, p. 153 : « It is not necessarily in the interest of arbitration (i.e. not necessarily pro-arbitration) to enforce agreements to arbitrate under such circumstances ».

désignation par les parties soit inhabituelle,[733] certains tribunaux arbitraux et étatiques l'ont fait.

L'affaire *Halpern vs. Halpern* en fournit une illustration significative.[734] Dans l'espèce, après la mort du père, quatre frères entrent en conflit concernant le testament laissé par celui-ci. Les frères parviennent à un accord pour que le litige soit résolu par un tribunal arbitral *ad hoc* Beth Din – arbitrage en accord avec le droit juif[735] - conformément au principe de la « *halachah* ». Après avoir conclu un accord sur le partage des biens, les frères défendeurs on finalement refusé de payer les montants convenus, ce qui a conduit les frères demandeurs à poursuivre une action devant les tribunaux anglais pour réclamer des dommages et intérêts pour le non-respect de l'accord. Les frères défendeurs allégeaient que la nullité de la convention d'arbitrage, puisqu'elle était stipulée en violation du droit juif qui exige que tous les héritiers soient parties à convention, et accusaient les frères demandeurs d'avoir commis une représentation frauduleuse.

Afin de résoudre le conflit, la Cour a été confrontée à la nécessité de déterminer le droit qui devrait régir la validité de la convention d'arbitrage. La Cour a estimé que puisque ni la Convention de Rome (1980) ni la Loi d'arbitrage de 1996 ne s'appliquent aux conventions d'arbitrage, il était nécessaire de déterminer le droit applicable à partir des principes de la *common law*. Ainsi, sur la base de la décision rendue dans l'affaire *Amin Rashhed Shipping Corp. vs. Kuwait Insurance Co*.[736] la Cour anglaise a déterminé que le droit approprié pour régir la convention d'arbitrage ne pouvait être qu'un droit national.

---

733 Selon les statistiques de la CCI, en 2019, les parties ont désigné des règles a-nationales pour régir le fond de leurs différends dans seulement 1% des contrats ayant donné lieu aux litiges. Voir, CCI. *2019 ICC Dispute Resolution Statistics*, p. 15. Disponible à l'adresse suivante : <https://iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics/.>. Accès le 28 déc. 2020.

734 ANGLETERRE. Cour supérieure, Queen's Bench Division. *Halpern vs. Halpern.* [2006] 2 Lloyd's Rep. 83 ; ANGLETERRE. Cour d'appel, [2007] EWCA Civ 291, [2007] 2 Lloyd's Rep 56.

735 Pour un aperçu sur l'arbitrage en droit juif, voir : DOLINGER, Jacob ; TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado : Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro : Renovar, 2003, pp. 9-17.

736 ANGLETERRE. Tribunal fédéral. *Amin Rasheed Shipping Corp. vs. Kuwait Insurance Co.* [1984] AC 50 at 65.

Bien qu'il existe des précédents au Royaume-Uni dans le sens contraire,[737] il est important de noter que si le *rationale* de l'arrêt *Halpern* est confirmé, tout choix – exprès ou implicite – par des règles a-nationales pour régir l'existence, la validité et l'efficacité d'une convention d'arbitrage peut être écarté par les tribunaux de ce pays.

La décision n'est pas exempte de critiques, découlant principalement du fait qu'elle limite l'autonomie de la volonté dans sa dimension matérielle en ce qui concerne la possibilité pour les parties de choisir des règles a-nationales pour réglementer leurs conventions d'arbitrage. Hook souligne par ailleurs que l'autonomie de la volonté est la règle de conflit la plus largement acceptée en droit international privé et qu'elle est donc une garantie de liberté contractuelle et de sécurité juridique. La recherche de cohérence dans l'application du droit régissant la convention d'arbitrage étant l'un des plus grands défis dans ce domaine, il est essentiel que les cours et tribunaux appliquent les mêmes critères afin d'éviter des résultats trop divergents. Il convient également de noter que le respect de la dimension matérielle de l'autonomie de la volonté va de pair avec le respect de sa dimension procédurale : puisque les parties ont choisi de régler leurs différends dans leur propre « for », elles devraient également pouvoir le faire selon les règles qu'elles ont choisies, qu'elles soient nationales, transnationales ou religieuses.[738]

Certainement, en ce qui concerne l'arbitrage commercial international, il existe une différence aggravante pour la recherche de la sécurité juridique et de l'uniformité des décisions, car en plus d'être plusieurs phases dans lesquelles le contrôle de validité peut être effectué, il peut aussi être faitdevant plusieurs juges simultanément. Par exemple,

---

737 ANGLETERRE. Cour d'appel, *Deutsche Schachtbau-und Tiefbohrgesellschaft m.b.H. vs. Ras AlKhaimah National Oil Co.* [1990] 1 A.C. 295, 312, 312-16 ; *Home & Overseas Insurance Co. Ltd. vs. Mentor Insurance Co.* [1990] 1 WL.R. 153, 166-67 ; *Occidental Exploration & Production Co. vs. Republic of Ecuador*. [2006] Q.B. 432.

738 HOOK, Maria. Arbitration Agreements and Anational Law : A Question of Intent. *Journal of International Arbitration*, v. 28, n. 3, 2011, pp. 175-186 : « The freedom of parties to choose the law by which their commercial relations are to be governed is a widely recognized, almost universal principle, and has in fact been referred to as 'a general principle of law recognized by civilized nations.' The law on international arbitration has clearly followed this trend towards maximizing party autonomy » ; « Of all imaginable contracts, however, the arbitration agreement might well be the most suited to being governed by the parties' chosen law: manifesting the consensual decision to settle disputes through arbitration, and to voluntarily renounce one's right to go to court, it is the embodiment of party autonomy ».

l'existence, la validité ou l'efficacité de la convention d'arbitrage peut être mise en cause au moment de son exécution, pendant la procédure d'arbitrage ou ensuite pendant tout recours en annulation d'une sentence arbitrale ou dans le cadre de son exécution et de sa reconnaissance. En cas d'homologation et de reconnaissance de sentences arbitrales étrangères, autant de tribunaux peuvent être appelés à se prononcer sur la validité de la convention d'arbitrage qu'il y a de pays où la reconnaissance de la sentence est demandée.

L'uniformisation des règles de conflit ou de la méthodologie de détermination du droit applicable est un moyen d'atténuer ces éventuelles contradictions. Le principe de la volonté étant un principe de droit transnational,[739] son respect large et sans restrictions semble approprié.

À cet égard, la Cour d'appel de Paris a reconnu la validité de la décision d'un tribunal arbitral basé à Paris d'appliquer les principes d'UNIDROIT dans une affaire où il n'y avait pas de choix de droit applicable par les parties et où chacune d'elles cherchait à appliquer un droit national distinct. La Cour française a estimé que tant le règlement d'arbitrage de la CCI que le droit français permettaient aux arbitres d'en décider ainsi. Les arbitres ont également décidé que la clause d'arbitrage pathologique insérée dans les communications échangées entre les parties était suffisante pour reconnaître qu'il y avait une intention de résoudre leurs différends par voie arbitrale, ce à quoi la Cour d'appel a souscrit, ajoutant que les parties avaient participé activement à la procédure arbitrale, ce qui représentait une renonciation à leur objection de juridiction.[740]

Nous comprennons que l'application de règles a-nationales pour régir la *trichotomie* de la convention d'arbitrage – même si beaucoup comprennent que les principes internationaux ne constituent pas un corps de règles organisé et consolidé (et qui peuvent même être très vagues) – est cohérente avec la nature transnationale du système arbitral et représente une large reconnaissance de l'autonomie de la volonté accordée aux parties dans l'exercice de leurs rapports privés. Selon Hook, les incertitudes qui pourraient

---

739 UNIDROIT. Principles of International Commercial Contracts, 2016, article 1.1 : « The parties are free to enter into a contract and to determine its content ».

740 FRANCE. Cour d'appel de Paris, 25 fév 2020, *Prakash Steelage Ltd vs. Uzuc as*.

découler de l'application de règles a-nationales pourraient être contournées par le principe même de compétence-compétence, puisqu'il appartiendrait aux arbitres d'utiliser le pouvoir discrétionnaire qui leur est accordé par les parties (souvent de manière consciente) pour apprécier la validité de la convention d'arbitrage.

5.3. Les différentes applications pratiques du droit applicable à la convention d'arbitrage

Comme pour toute autre acte juridique contractuel, il est également nécessaire d'analyser séparément les consequences pratiques de la aplication d'un droit doné à la *trichotomie* de la convention d'arbitrage afin de vérifier ses éléments d'existence (**5.3.1**) et ses conditions de validité formelle (**5.3.2**) et matérielle (**5.3.3**).

5.3.1. L'existence de la convention d'arbitrage : le contrôle du consentement

Il n'y a pas d'arbitrage sans consentement. Certes, parce que l'arbitrage représente l'exclusion de l'autorité juridictionnelle étatique – même s'il est devenu la voie normale pour résoudre les conflits propres aux affaires internationales – il est essentiel que les parties aient consenti à ce que leurs différends soient résolus par l'autorité juridictionnelle d'un autre système, c'est-à-dire l'arbitre.

La preuve du consentement est essentielle car il sera le fondement du pouvoir juridictionnelle des arbitres. En l'absence d'une déclaration de volonté, l'effet négatif de la convention d'arbitrage n'opère pas et il n'y a pas de dérogation au pouvoir « naturel » du juge national. Ainsi, lorsque l'absence de consentement est manifeste, il suffira au juge étatique de le vérifier, et il ne sera pas nécessaire pour les arbitres d'apprécier l'existence d'une convention d'arbitrage.[741]

---

[741] CNUDCI. Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York), article II(3) : « Le tribunal d'un État contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée ».

La meilleure façon de prouver l'existence du consentement valide est la présence de la signature des parties sur la convention d'arbitrage (y compris sur le contrat qui la contient), mais ce n'est pas la seule. Les communications échangées entre les parties fournissent également la preuve du consentement, ainsi que le comportement adopté par les parties au cours de la procédure arbitrale. Le comportement des parties pendant la négociation et l'exécution du contrat sont également des sources importantes de consentement valable et effectif.

C'est du comportement des parties que l'on déduit l'existence d'un consentement implicite pour arbitrer, ce qui permet de lier les parties non signataires à la convention d'arbitrage.[742] Cette vérification a lieu de manière récurrente dans le cas de groupes des sociétés ou de cession de la position contractuelle, par exemple. Les approches par rapport aux exigences relatives à l'établissement du consentement implicite diffèrent selon chaque ordre juridique. Le droit anglais, par exemple, applique une approche plutôt restrictive du consentement implicite et rejette la doctrine du groupe de sociétés.[743] Le droit français, à l'autre extremité du spectre, applique une approche assez souple de la vérification du consentement implicite, se divisant entre les courants subjectivistes et objectivistes.[744] La première exige que le comportement de la partie non signataire indique

---

742 Sur le sujet, voir : MARTINS, Pedro A. Batista. Cláusula Arbitral Estatuária e Sua Aprovação por Voto Majoritário : Por Que Resistir ? *in* BAPTISTA, Luis Olavo ; VISCONTE, Debora ; ALVES, Mariana Cattel Gomes (org.). *Estudos de Direito : Uma Homenagem ao Prof. José Carlos de Magalhães*. São Paulo : Atelier Jurídico, 2018, pp. 695-708.

743 CCI n. 13777 (2006), Sentence partielle de juridiction : « English law contains no statutory provisions empowering a Tribunal to compel arbitration against an unwilling non-signatory » ; ANGLETERRE. Cour suprême, 3 nov. 2010, *Dallah Real Estate and Tourism Holding Co. vs. Pakistan* 46 [10] : « This then is the test which must be satisfied before the French court will conclude that a third person is an unnamed party to an international arbitration agreement. It is difficult to conceive that any more relaxed test would be consistent with justice and reasonable commercial expectations, however international the arbitration or transnational the principles applied ».

744 MAYER, Pierre. The Extension of the Arbitration Clause to Non-Signatories - The Irreconcilable Positions of French and English Courts. *American University International Law Review*, v. 27, 2012, p. 831 : « Initially there was a certain insistence on the fact that when the non- signatory had participated in - generally - the performance of the contract, and had been aware of the existence of the clause, it was to be presumed that it had accepted to be bound by the clause. I would call this the subjectivist trend. But more recently a more objectivist trend has surfaced ».

l'intention d'être liée parla convention, en plus de la connaissance de son existence[745] ; la seconde vérifie uniquement le comportement de la partie.[746]

5.3.2. La validité formelle de la convention d'arbitrage

L'option I de la clause 7 de la Loi type de la CNUDCI exige que la convention d'arbitrage soit écrite, toute forme d'enregistrement étant admise.[747] Elle sera également

---

745 FRANCE. Cour d'appel de Paris, Chambre Civile, 14 fév. 1989, *Société Ofer Brothers vs. The Tokyo Marine and Fire Insurance Co*. *Revue de l'Arbitrage*, 1989, p. 691 (« Considérant que la clause d'arbitrage insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commandent d'en étendre les effets aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat, dès lors que leur situation et leurs activités font présumer qu'elles avaient connaissance de l'existence et de la portée de cette clause, stipulée conformément aux usages du commerce international ») ; FRANCE. Cour d'appel de Paris, Chambre Civile, Décision n° 12/04027, 23 oct. 2012, *S.A. Cubana de Aviación vs. Societé Becheret Thierry Senechal Gorrias* (« cette clause [d'arbitrage] est manifestement inapplicable à I J, tiers au contrat, et qui ne pouvait en avoir connaissance en raison de son caractère confidentiel »).

746 FRANCE. Cour de cassation, 1ère Chambre Civile, 29 mars 2007, *Société Alcatel Bus. Sys. vs. Amkor Tech.* : « attendu que l'effet de la clause d'arbitrage international s'étend aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter » ; Dans le même sens : FRANCE. Cour d'appel de Paris, Chambre Civile, 5 mai 2011, *Kosa France vs. Rhodia* ; FRANCE. Cour de cassation, 1ère Chambre Civile, 7 nov. 2012, *Amplitude vs. Promodos*.

747 CNUDCI. Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985, avec les amendements adoptés en 2006, article 7 (Option I) :

« Définition et forme de la convention d'arbitrage (tel qu'adopté par la Commission à sa trente-neuvième session en 2006)
1) Une "convention d'arbitrage" est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel. Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée.
2) La convention d'arbitrage doit se présenter sous forme écrite.
3) Une convention d'arbitrage se présente sous forme écrite si son contenu est consigné sous une forme quelconque, que la convention elle-même ou le contrat aient ou non été conclus verbalement, du fait d'un comportement ou par d'autres moyens.
4) Une communication électronique satisfait à l'exigence de forme écrite imposée pour la convention d'arbitrage si l'information qu'elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement; le terme "communication électronique" désigne toute communication que les parties effectuent au moyen de messages de données; le terme "message de données" désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques, magnétiques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex ou la télécopie.
5) En outre, une convention d'arbitrage se présente sous forme écrite si elle est consignée dans un échange de conclusions en demande et en réponse dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre.
6) La référence dans un contrat à tout document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage écrite, à condition que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du

considérée comme écrite si elle est contenue dans un échange d'écrit entre les parties dans lequel une partie allègue l'existence de la convention d'arbitrage et l'autre ne la nie pas. Est également acceptée de faire référence à tout document contenant une clause compromissoire, à condition que la référence soit faite de manière à ce que la clause fasse partie intégrante du contrat.

La forme écrite est donc requise pour la convention d'arbitrage, mais une preuve suffisamment souple de ce qui constitue une forme écrite, comme l'échange de correspondance entre les parties, est admise. Il convient de noter que même le comportement des parties au cours de la procédure arbitrale prouve l'existence d'une convention écrite, remplissant ainsi la condition de forme.

La Convention de New York exige également la stipulation de la clause par écrit, sous peine de nullité. Ceci est prescrit par l'article II(1) et (2) :

> 1. Chacun des États contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage.
>
> 2. On entend par "convention écrite" une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes.

L'exigence de la forme écrite est reprise par la plupart des lois d'arbitrage modernes, l'accent étant mis sur les Lois de l'Espagne, de l'Argentine et de l'Uruguay qui établissent que l'absence de forme écrite représente la nullité de la convention.[748] La Loi

---

contrat ».

748 ESPAGNE. Loi d'arbitrage de 2003, article 9(3) : « El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo » ; ARGENTINE. Loi d'arbitrage de 2018, article 15 : « El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma » ; URUGUAY. Loi d'arbitrage de 2018, article 7(3) : « El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que

portugaise sur l'arbitrage volontaire, à son tour, reproduit presque exactement les exigences de forme de la Loi type de la CNUDCI.[749]

Dans le droit brésilien, il n'existe pas de règle générale de forme pour les actes juridiques contractuels. La règle de la forme libre, telle qu'elle est établie à l'article 107 du Code civil, est celle en vigueur.[750] L'exigence de forme, lorsqu'elle existe, est spécifique à certains types d'opérations juridiques. Ils peuvent être spéciaux ou solennels, lorsque la loi l'exige en raison de la gravité de l'acte et pour en faciliter la preuve, ou elles peuvent avoir une forme contractuelle, lorsque la volonté des parties exige une forme spécifique pour valider l'acte. Ils peuvent également être *ad solemnitatem* lorsqu'une certaine forme est de la substance de l'acte, indispensable pour que la volonté exprimé puisse produire des effets,

---

el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, facsímil, telegramas u otros medios de comunicación electrónica que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato ».

749 PORTUGAL, Loi d'arbitrage volontaire de 2011, article 2 :

« Requisitos da convenção de arbitragem; sua revogação
1 — A convenção de arbitragem deve adoptar forma escrita.
2 — A exigência de forma escrita tem-se por satisfeita quando a convenção conste de documento escrito assinado pelas partes, troca de cartas, telegramas, telefaxes ou outros meios de telecomunicação de que fique prova escrita, incluindo meios electrónicos de comunicação.
3 — Considera-se que a exigência de forma escrita da convenção de arbitragem está satisfeita quando esta conste de suporte electrónico, magnético, óptico, ou de outro tipo, que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação.
4 — Sem prejuízo do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, vale como convenção de arbitragem a remissão feita num contrato para documento que contenha uma cláusula compromissória, desde que tal contrato revista a forma escrita e a remissão seja feita de modo a fazer dessa cláusula parte integrante do mesmo.
5 — Considera-se também cumprido o requisito da forma escrita da convenção de arbitragem quando exista troca de uma petição e uma contestação em processo arbitral, em que a existência de tal convenção seja alegada por uma parte e não seja negada pela outra.
6 — O compromisso arbitral deve determinar o objecto do litígio; a cláusula compromissória deve especificar a relação jurídica a que os litígios respeitem. ».

750 BRÉSIL. Code civil, article 107 : « A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir ».

ou *ad probationem tantum* lorsque la forme n'est destinée qu'à faciliter la preuve de l'acte.[751]

En ce qui concerne plus particulièrement le contrat de « clause d'arbitrage », la Loi brésilienne d'arbitrage, par son article 4, paragraphe 1, exige qu'il soit stipulé par écrit, pouvant être inséré dans le contrat lui-même ou dans un document séparé qui y fait référence.[752] Elle exige également, comme vu par rapport à l'affaire *Sulamérica*, une forme spéciale pour les clauses d'arbitrage insérées dans les contrats d'adhésion, l'adhésion devant être stipulée par écrit dans un document joint ou en caractères gras, avec la signature ou le visa spécial pour cette clause ; même ainsi, la clause compromissoire ne sera effective que si l'adhérent prend l'initiative d'instituer un arbitrage ou donne son accord exprès à son institution.[753]

L'exigence écrite doit cependant être interprétée de manière large. La Cour supérieure de justice brésilienne a déjà décidé qu'il est nécessaire que la clause d'arbitrage soit stipulée par écrit, sans toutefois exiger sa signature.[754] Toutefois, cette compréhension ne prévaut que lorsque le comportement des parties dans leur défense au cours de la

---

751 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 6 éd. Saraiva : São Paulo, 2009, 3 v., p. 19.

752 Sur l'impossibilité d'analyser la validité de la convention d'arbitrage insérée dans un contrat d'adhésion dans le cadre du procès de l'homologation, voir : ZIADE, Daniela Farah ; *et. al*. *Pesquisa de Jurisprudência CBAr e ABEARB*. Relatório do Tema : Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira, 2016, pp. 29-32. Disponible à l'adresse suivante : <http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2018/04/6-relatoriohomologacacc83o-de-sentenccca7as-arbitrais-estrangeiras-03-08.pdf>. Accès le 9 janv. 2021. Plus précisément, voir : BRÉSIL. Cour supérieure de justice, cour spéciale, SEC n. 6335/EX, Rapporteur Felix Fischer, 21 mars 2012 ; BRÉSIL. Cour supérieure de justice, cour spéciale, SEC n. 4213/EX, Rapporteur João Otávio de Noronha, 19 juin 2013 ; BRÉSIL. Cour supérieure de justice, cour spéciale, SEC n. 5828/EX, Rapporteur João Otávio de Noronha, 19 juin 2013 ; BRÉSIL. Cour supérieure de justice, cour spéciale, SEC n. 6761/EX, Rapporteur Nancy Andrighi, 02 oct. 2013. Contre : BRÉSIL. Cour supérieure de justice, cour spéciale, SEC n. 6365/EX, Rapporteur Eliana Calmon, 06 févr. 2013.

753 BRÉSIL. Loi d'arbitrage, article 3, §2 : « Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula ».

754 BRÉSIL. Cour supérieure de justice, cour spéciale, SEC 856-EX, Rapporteur Carlos Alberto Menezes Direito, 27 juin 2005 : « Tem-se como satisfeito o requisito da aceitação da convenção de arbitragem quando a parte requerida, de acordo com a prova dos autos, manifestou defesa no juízo arbitral, sem impugnar em nenhum momento a existência da cláusula compromissória ». Contre : BRÉSIL. Cour supérieure de justice, cour spéciale, SEC 967 UK, Rapporteur José Delgado, 15 fév. 2006.

procédure arbitrale est conforme à l'acceptation, par exemple, par l'absence d'un moyen d'inexistence ou de violation de l'exigence formelle de la clause compromissoire. C'est le comportement des parties, en ratifiant leur consentement à l'arbitrage, qui permet de considérer la clause d'arbitrage comme si elle état écrite.

Au contraire, dans les cas où il existe une clause d'arbitrage stipulée par écrit, mais qui n'est pas accompagnée d'une signature, et où le comportement des parties au cours de la procédure arbitrale est tel qu'il n'est pas possible de conclure qu'elles ont valablement consenti à arbitrer leurs différends, la Cour supérieure de justice considère que les éléments d'existence (absence de déclaration de volonté) et les conditions de validité (en vertu du non-respect de l'exigence formelle) de la clause d'arbitrage ne sont pas remplies.[755]

En revanche, des ordres juridiques comme ceux des Pays-Bas, de la Belgique et de l'Angleterre n'exigent aucune condition formelle pour la conclusion de la clause compromissoire, l'écrit étant limité à la preuve de l'existence de la convention.[756]

Sanabria Gómez soutient, à la lumière du droit colombien, que la clause d'arbitrage peut être verbale ou figurer dans tout document, et peut être prouvée par tout moyen de preuve admis par la loi. En effet, la clause compromissoire n'est pas un pacte

---

755 BRÉSIL. Cour supérieure de justice, cour spéciale, SEC n. 978/GB, Rapporteur Hamilton Carvalhido, 17 déc. 2008. *RIOBDCPC*, vol. 58 p. 160. À cet égard, voir le commentaire : VISCONTE, Debora. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 24, oct./nov./déc. 2009, pp. 111-121. Dans le même sens : BRÉSIL. Cour supérieure de justice, cour spéciale, SEC n° 885/EX, Rapporteur Francisco Falcão, 18 avr. 2012 ; BRÉSIL. Cour supérieure de justice, cour spéciale, SEC n° 11593/GB, Rapporteur Benedito Gonçalves, 16 déc. 2015. Voir également, pour des commentaires sur l'acténicité de ces décisions : ZIADE, Daniela Farah ; *et. al*. *Pesquisa de Jurisprudência CBAr e ABEARB*. Relatório do Tema: Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira, 2016, pp. 32-33. Disponible à l'adresse suivante : <http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2018/04/6-relatoriohomologacacc83o-de-sentenccca7asarbitrais-estrangeiras-03-08.pdf > Accès le 9 janv. 2021.

756 PAYS-BAS. Loi d'arbitrage de 1986, article 1021 : « The arbitration agreement must be proven by an instrument in writing. For this purpose an instrument in writing which provides for arbitration or which refers to standard conditions providing for arbitration is sufficient, provided that this instrument is expressly or impliedly accepted by or on behalf of the other party » ; BELGIQUE. Code judiciaire, article 1677 : « An arbitration agreement shall be agreed by the parties in writing, or by other documents that are binding on the parties and that reveal their intent to resort to arbitration » ; ANGLATERRE. Loi d'arbitrage de 1996, article 5 : « (1) The provisions of this Part apply only where the arbitration agreement is in writing, and any other agreement between the parties as to any matter is effective for the purposes of this Part only if in writing ».

substantiellement solennel, la solennité n'étant requise qu'à titre de preuve ; tant que les parties peuvent effectivement prouver que la convention a été stipulée, la manière dont elle l'a été n'a pas d'importance.[757]

Il existe également des ordres juridiques qui différencient les règles de formalité pour l'arbitrage interne et celles pour l'arbitrage international. La France, le plus grand exemple de législation arbitrale dualiste, détermine par l'article 1443 du Nouveau code de procédure civile que dans les arbitrages internes, la clause d'arbitrage doit être stipulée par écrit et doit désigner les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation, sous peine de nullité.[758] Aucun texte ayant le même contenu ne se trouve dans la partie du code destinée à réglementer les arbitrages internationaux, ce qui nous amène à conclure que dans ces cas il n'y a pas d'exigence de forme.[759] La méthodologie de la règle matérielle, régie par les principes généraux du droit transnational, s'applique à ces cas. Solution qui nous semble la plus appropriée aux particularités de la convention d'arbitrage.

La jurisprudence française, notamment par les arrêts de sa Cour de cassation dans les affaires *Bomar*, du 9 novembre 1993, et *Prodexport I et II*, respectivement du 3 juin 1997 et du 20 décembre 2000, a établi l'idée que l'exigence de l'écrit ne doit pas être interprétée de manière restrictive.[760] En conséquence, un choix implicite par l'arbitrage comme moyen de règlement des conflits à partir d'une référence à un autre contrat ou document qui le contient est autorisé. Il est également admis que l'acceptation de la clause peut être prouvée par tous les moyens de preuve admis et que le comportement des parties,

---

757 SANABRIA GÓMEZ, Arturo. La Formación del Consentimiento con Relación al Contrato de Arbitraje, *in* SILVA ROMERO, Eduardo ; MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (org.). *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá : Legis, 2005, p. 155.

758 FRANCE. Code de procédure civile, article 1443 : « A peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale ».

759 DIALLO, Ousmane. *Le consentement des parties à l'arbitrage international.* Collection De l'Institut de Hautes Études Internationales et du Développement. Genève : Graduate Institute Publications, 2015, p. 143.

760 FRANCE. Cour de cassation, 9 nov. 1993, *Société Bomar Oil N.V. vs. Entreprise Tunisienne d'Activités Pétrolières (ETAP)*, 91-15.194 ; FRANCE. Cour de cassation, 1ère Chambre Civile, 3 juin 1997, *Société Prodexport vs. Société FMT Productions,* 95-17.603 ; FRANCE. Cour de cassation, 1ère Chambre Civile, 20 déc. 2000, *Société Prodexport vs. Société FMT Productions*, 98-21.548

notamment le silence – c'est-à-dire l'absence d'opposition expresse à la clause – est suffisant pour établir l'existence d'une connaissance préalable et d'une acceptation conséquente.

5.3.3. La validité matérielle de la convention d'arbitrage

La validité de la convention d'arbitrage doit être analysée d'un point de vue objectif – c'est-à-dire quant à l'objet qui sera soumis aux arbitres pour être résolu dans une procédure arbitrale – d'une part (**5.3.2.1**), et subjectif – quant aux sujets qui sont autorisés à soumettre leurs litiges à la résolution par arbitrage – d'autre part (**5.3.2.2**).

5.3.2.1. L'objet de la convention d'arbitrage : l'arbitrabilité objective

L'arbitrabilité objective d'un litige – c'est-à-dire la question de savoir si l'objet du litige est susceptible d'être soumis à un arbitrage – peut être soumise à plusieurs droits applicables, tels que (i) le droit applicable à la convention d'arbitrage, (ii) le droit du siège, (iii) le droit du lieu où la convention d'arbitrage sera exécutée, (iv) le droit sur lequel est fondée la demande de déclaration de non-arbitrabilité, (v) le droit du lieu où la sentence peut être exécutée, ou même (vi) les principes et usages du droit international.

De même, en ce qui concerne l'arbitrabilité objective, la question peut se poser à différents stades de la procédure, ce qui conduit à des résultats possiblement contradictoires. Et, il est vrai que, les tribunaux étatiques ont également analysé la question de différentes manières. Parfois, ils appliquent le droit du siège, parfois celui de la convention d'arbitrage ; mais il est vrai aussi qu'ils privilégient, dans la plupart des cas, le droit du for du juge étatique saisi pour trancher la question.[761] Le principe de la validation a également été reconnu par les tribunaux américains en ce qui concerne l'arbitrabilité. Dans

---

[761] ETATS-UNIS. Cour suprême, *Sherk vs. Alberto-Culver Co.*, 417 US 506, 1974 ; ETATS-UNIS. Cour suprême, *Mitsubishi, Pacificare Health Sys., Inc. vs. Book*, 538 US 401, 2003 ; ETATS-UNIS. Cour suprême, *Vimar Seguros y Reaseguros, SA vs. M/V Sky Reefer*, 515 US 528, 1995. Voir, pour des exemples dans le reste du monde : BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. 2 éd. La Haye : Kluwer Law International, 2014, p. 602.

l'affaire *Mitsubishi*, la Cour suprême a été catégorique en déclarant que « tout doute lié à la portée des questions arbitrables doit être résolu en faveur de l'arbitrage ».[762]

Le plus souvent, cependant, la question est abordée au niveau de l'exécution des sentences arbitrales.[763] Par conséquent, les règles de la Convention de New York s'appliqueraient. Bien que la Convention ne se prononce pas sur le droit applicable à l'arbitrabilité au moment de l'exécution de la convention d'arbitrage, son article V(2)(a) prévoit expressément que les tribunaux nationaux peuvent refuser la reconnaissance et l'homologation des sentences qui ne sont pas confromes aux règles d'arbitrabilité de cette juridiction.[764] La Loi type de la CNUDCI, quant à elle, prévoit que les tribunaux saisis pour l'annulation et l'exécution de la sentence arbitrale doivent vérifier la question à la lumière de leur propre droit.[765]

La doctrine suggère qu'une telle règle de conflit devrait être appliquée par analogie également au stade de l'exécution de la convention d'arbitrage.[766] Cette position est critiquée parce qu'à ce moment-là il est possible que l'on ne sache pas où la sentence

---

762 ETATS-UNIS. Cour suprême, *Mitsubishi Motorsvsc. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 US 614, 1985 : « any doubts concerning the scope of arbitrable issues should be resolved in favour of arbitration ».

763 Les recherches de jurisprudence coordonnées par le Comité Brésilien d'Arbitrage (CBAr) n'ont pas identifié l'existence, au Brésil, des cas de refus d'homologation en raison de l'inarbitrabilité de la question litigieuse. ZIADE, Daniela Farah ; *et. al. Pesquisa de Jurisprudência CBAr e ABEARB*. Relatório do Tema : Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira, 2016. Disponible à l'adresse suivante : <http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2018/04/6-relatoriohomologacacc83o-de-sentenccca7asarbitrais-estrangeiras-03-08.pdf > Accès le 9 janv. 2021.

764 CNUDCI. Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York), article V(2)(a) : « La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate: a) Que, d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage (...) ».

765 CNUDCI. Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985, avec les amendements adoptés en 2006, article 36 : « 1) La reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale, quel que soit le pays où elle a été rendue, ne peut être refusée que: b) Si le tribunal constate que: i) L'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par arbitrage conformément à la loi du présent État; (…) ».

766 ARFAZADEH, Homayoon. Arbitrability under the New York Convention : The Lex Fori Revisited. *Arbitration International*, v. 17, 2001, p. 74. BELOHLAVEK, Alexander. Law Applicable to Arbitration Agreement and Arbitrability of a Dispute, *in Methods of Alternative Dispute Resolution in Central and Eastern Europe*, K. Virginija, ed., Vilnius, 2012, p. 47.

arbitrale sera exécutée, et qu'il existent plusieurs lieux potentiels d'exécution de la sentence, chacun ayant des règles différentes pour la vérification de l'arbitrabilité d'un litige.[767]

Cette solution se trouve toutefois dans le droit brésilien. Alors que l'article 2, paragraphe 1 de la Loi brésilienne d'arbitrage reconnaît l'autonomie de la volonté des parties de déterminer le droit applicable *à* et *dans* l'arbitrage – on peut comprendre la règle comme étant permissive du choix également en ce qui concerne l'arbitrabilité, mais exclusivement aux arbitrages considérés comme « domestiques »[768] –, l'article 39 soumet la vérification de l'arbitrabilité objective des arbitrages dites étrangers au droit brésilien.[769]

Le problème auquel nous sommes confrontés ici, cependant, est différent. S'il est vrai que pour la vérification de l'arbitrabilité du litige au moment du contrôle d'internalisation par la juridiction d'accueil, c'est le droit du for qui s'applique, comme nous l'analyserons en détail au Chapitre 7 infra, il faut d'abord établir quel droit l'arbitre doit appliquer pour délimiter le champ d'une procédure arbitrale donnée. Compte tenu de la pluralité des juridictions qui peuvent être appelées à examiner la validité d'une sentence (y compris la juridiction qui considère la sentence comme « nationale » dans le cadre des procédures d'annulation ou d'exécution forcée et celles qui la considèrent comme « étrangère » dans le cadres des procédures d'*exequatur*), la prise en compte de toutes ces juridictions peut rendre le recours à l'arbitrage généralement non-viables. De la manière

---

767 BERMANN, George A. International Arbitration and Private International Law : General Course on Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 381, 2016, p. 186.

768 Contre : VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. A propósito do Artigo 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem : O Direito Aplicável à Convenção de Arbitragem, à Jurisdição Direita do Juiz do Foro e à Indireta do Juiz Estrangeiro, *in* LEMES, Selma Ferreira ; MARTINS, Pedro Batista (coord.). *20 anos da lei de arbitragem : homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo : Atlas, 2017 ; LEE, João Bosco. A Lei 9.307/96 e o Direito Aplicável ao Mérito do Litígio na Arbitragem Comercial Internacional. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 11, 2001, pp. 347-359. Republié dans *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, v. 5, 2014, pp. 425-440.

769 VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Op. cit.* p. 26 : « Então [com a aprovação do art. 39 da Lei de Arbitragem], distingue-se entre arbitragem com sede no Brasil ou a com sede no estrangeiro. Enquanto aquela se sujeita a regime jurídico mais liberal e permite às partes indicar o direito aplicável à licitude do objeto da convenção de arbitragem; esta surpreende pelo necessário atrelamento à *lex fori*. Referido art. 39 esvaziou, em parte, a categoria de direito internacional provado criada pelo moderno art. 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem; ademais, criou a intrigante situação de um regime jurídico menos liberal aplicável à arbitragem com sede no estrangeiro do que as que aqui têm sede (mais comum seria o inverso) ».

dont la question est posée, il semble y avoir une équation entre l'arbitrabilité et l'ordre public, ce qui est faux selon Bermann.[770]

Bien que l'on reproche à cette décision d'introduire plus d'imprévisibilité dans la solution du problème, en soumettant la vérification éventuelle de l'arbitrabilité objective du litige soumis à la solution arbitrale,[771] il nous semble que cette imprévisibilité se produira de toute façon, car on ne peut pas interdire aux juges nationaux de contrôler l'arbitrabilité à la lumière de leur propre droit, puisque c'est une condition pour que la décision produise des effets sur leur territoire. Le seul tribunal intéressé à se prononcer sur le caractère arbitrable d'une question litigieuse est celui qui est appelé à la trancher, de sorte qu'il n'y aurait aucun sens à appliquer un autre droit que le sien. Rien ne garantit que les solutions données par chaque juge national appelé à se prononcer sur la question seront identiques. C'est pour cette raison, que la décision d'un juge étatique ne peut être contraignante pour les juges de toute autre juridiction.

De son point de vue, l'arbitre – doté de juridiction pour se prononcer sur l'arbitrabilité en vertu du principe compétence-compétence –, n'a aucun intérêt à voir prévaloir le droit du siège, celui du lieu d'exécution de la convention ou celui de la sentence. Il est donc le mieux placé pour trancher la question d'un point de vue plus neutre et moins territorial. Il appartiendra donc à l'arbitre de vérifier l'arbitrabilité à la lumière des droits invoqués par les parties. En l'absence d'indication, nous comprenons que l'arbitre doit analyser l'arbitrabilité sur la base des règles du droit transnational et des principes internationalement reconnus, en appliquant chaque fois que possible – mais toujours en sauvegardant la protection des droits collectifs et humains, ainsi que les droits des parties faibles – le principe du *favor arbitralis*. Cette compréhension n'est cependant pas sans opposition. Certains pensent qu'il faut appliquer à l'arbitrabilité objective le même droit qui

---

770 BERMANN, George A. International Arbitration and Private International Law : General Course on Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 381, 2016, p. 188.

771 BERMANN, George A. International Arbitration and Private International Law : General Course on Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 381, 2016, p. 187 : « This is regrettable, as it would seem desirable for the arbitrability of a given dispute to be subject to the same body of law, irrespective of the stage at which the question is raised ».

régit le fond du litige, afin de donner une plus grande uniformité à la résolution de la controverse, bien que la tendance majeur de la pratique arbitrale soit de défendre l'application du droit en vigueur au siège, précisément pour éviter que la sentence arbitrale y soit annulée.

Brekoulakis fait cependant valoir qu'il faut d'abord vérifier si le litige lui-même a un rapport avec le siège.[772] Sa position est cohérente puisque, considérant que l'arbitrabilité est essentielle pour permettre la production des effets de la sentence dans un territoire donné, le juge national du siège n'a certainement aucun intérêt à « protéger » son système juridique du seul fait que la procédure s'y déroule. La protection doit être limitée au potentiel effectif de production d'effets et d'intégration d'une sentence arbitrale étrangère dans l'ordre juridique national.

5.3.2.2. La capacité des parties à la convention d'arbitrage : l'arbitrabilité subjective

En règle générale, la capacité est dictée par le droit naturel des personnes physiques ou par le droit du lieu de constitution ou de domicile des personnes morales, selon les règles de conflit de l'ordre juridique applicable. Même si l'arbitrage se déroule dans un lieu différent ou s'il a pour applicable un droit différent de ce qui régit la capacité des parties, c'est à la lumière de ce dernier que la capacité doit être appréciée, sur la base des règles de conflit de lois du droit international privé.

Le non-respect de la capacité des parties, ou de leurs pouvoirs de représentation, est une cause d'annulation de la sentence arbitrale. La Convention de New York, par son article V(1)(a), a inclus dans la liste des motifs justifiant la demande

---

772 BREKOULAKIS, Stravos L. Law Applicable to Arbitrability : Revisiting the Revisited Lex Fori, *in* BREKOULAKIS, Stravos L. ; MISTELIS, Loukas A. (eds.). *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*. Alphen aan den Rijn : Kluwer Law International, 2009, §§ 6-38.

d'annulation l'incapacité de l'une des parties ayant agi dans la procédure arbitrale, une capacité qui doit être analysée selon le droit qui lui est applicable.[773]

La convention européenne de 1961 contient une disposition similaire dans son article VI(2) qui stipule que les tribunaux qui se prononcent sur la validité ou l'*exequatur* d'un sentence arbitrale doivent examiner la validité de la clause compromissoire au regard de la capacité des parties, en considérant le droit qui leur est applicable.[774]

En revanche, s'il n'existe pas de règle de conflit quant au droit régissant la capacité, l'arbitre peut se trouver en situation de difficulté pour le déterminer, notamment lorsque les droits potentiellement applicables indiquent des solutions contradictoires. Ainsi, la doctrine recommande à l'arbitre trois solutions possibles: l'application de la règle de conflit de l'ordre juridique du siège, l'application de celle en vigueur dans les lieux où l'on peut prévoir que la sentence sera exécutée ou, encore, l'application des règles matérielles, cette solution nous paraissant la plus appropriée.

Pour Seraglini et Ortscheidt, toutefois, l'application des règles de conflit est « une solution incompatible avec les besoins du commerce international »,[775] l'application d'une **règle matérielle fondée sur le principe de la bonne foi** devant être préférée.[776]

---

773 CNUDCI. Convention pour la Reconnaissance et l'Exécution des Sentences Arbitrales Étrangères (Convention de New York), article V(1)(a) : « La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve: a) Que les parties à la convention visée à l'article II étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue ».

774 UNION EUROPÉENNE. Convention européenne sur l'arbitrage commercial international de 1961 (Convention de Genève), article VI(2) : « Quand ils auront à se prononcer sur l'existence ou la validité d'une convention d'arbitrage, les tribunaux des Etats contractants statueront en ce qui concerne la capacité des parties selon la loi qui leur est applicable et en ce qui concerne les autres questions : (...) ».

775 SERAGLINI, Christophe ; ORTSCHEIDT, Jérôme. *Droit de l'Arbitrage Interne et International*. Paris : Lextenso Éditions, 2013, p. 515.

776 La Cour d'appel de Paris s'est ainsi prononcée au moins à deux reprises : FRANCE. Cour d'Appel de Paris, 15 mai 2008, *Revue de l'Arbitrage*, 2008, p. 829 (« Le principe de capacité, selon lequel il est impossible de refuser l'accord d'arbitrer auquel on a consenti, repose sur la bonne foi et s'inscrit dans le contexte du principe de validité de la clause d'arbitrage qui a pour fondement la commune volonté des parties. ») ; FRANCE. Cour d'appel de Paris, 24 févr. 2005, *Sidermétal*, *Revue de l'Arbitrage*, 2006, p. 210 (spécifiquement sur la capacité de représentation des personnes morales pour engager un

Quelle que soit la solution adoptée, il est possible qu'une partie soit considérée comme capable dans une juridiction et, en même temps, incapable dans une autre. D'où la nécessité de permettre à chaque juridiction de contrôler la validité et l'efficacité de la sentence arbitrale, indépendamment de ce que décident les tribunaux du siège.[777]

Outre la capacité des contractants privés, il convient également d'examiner la capacité de l'État à stipuler une clause compromissoire. Question qui fait l'objet d'un débat intense dans la doctrine, la capacité de l'État devrait également être analysée en fonction de son propre ordre juridique. En effet, comme le droit international privé nous l'enseigne, en règle générale, le droit qui régit la capacité des contractants est celui de leur nationalité ou de leur domicile.

La capacité de l'État à stipuler une clause d'arbitrage se heurte à des obstacles importants dans le cadre du principe internationalement reconnu de l'immunité de juridiction, selon lequel un État ne peut être jugé que par ses propres tribunaux. La participation de l'État à l'arbitrage étant alors une exception à ce principe, elle doit suivre des règles spéciales, dictées par son propre droit interne. En général, il existe trois formes de dispositions concernant la participation de l'État à l'arbitrage que l'on retrouve dans les différentes juridictions : d'une part, les pays qui l'autorisent par principe ; d'autre part, ceux qui l'interdisent totalement ; et, enfin, ceux qui l'autorisent pour les opérations de commerce international, mais l'interdisent pour les opérations internes.

Néanmoins, ces dispositions sont relatives. Dans les pays où l'autorisation est par principe, il peut y avoir des règles spéciales qui la limitent, voire l'interdisent dans certaines circonstances. De même, lorsque l'interdiction est le principe, des lois spéciales et des traités internationaux peuvent l'autoriser, car aucune juridiction ne dispose de la hiérarchie d'une règle constitutionnelle.[778]

---

arbitrage, mais en appliquant le même principe).

777 Voir le Chapitre 7 *infra*.

778 DAVID, René. *L'Arbitrage dans le Commerce International*. Paris : Economica, 1982, p. 242.

On pourrait aussi suggérer l'existence d'une quatrième forme, comme celle que l'on trouve dans le droit péruvien,[779] qui oblige l'État à insérer une clause d'arbitrage dans tous les contrats qu'il conclut, mais le fait qu'il s'agisse d'une obligation nous amène à nous demander si cet institution pourrait être considéré comme un arbitrage proprement dit, puisqu'il supprime complètement le rôle fondamental du consentement et l'autonomie de la volonté des contractants, le rendant obligatoire non seulement pour l'État mais aussi pour tous ceux qui souhaitent contracter avec lui.

Dans les pays de *common law*, la stipulation d'une clause compromissoire par des personnes morales de droit public est autorisée par la loi (Angleterre, Inde, Afrique du Sud, Queensland, Ontario) ou largement admise par la jurisprudence (États-Unis, autres États d'Australie). Cette large autorisation se retrouve également dans les pays de la famille romano-germanique, comme la Grèce (la législation grecque de 1925 autorise l'État puis, et 1968, étend l'autorisation à d'autres personnes morales de droit public), le Chili et le Mexique. Elle est également largement acceptée par la doctrine allemande, suisse, nordique et brésilienne. En France, l'autorisation par principe découle d'un avis négatif du Conseil d'État dans l'affaire *Eurodisneyland*, qui a imposé des modifications législatives pour permettre le recours à l'arbitrage par l'administration publique et, ainsi, attirer de nouveaux investissements.[780]

---

779 PÉROU. Loi des contrats et acquisitions de l'État de 1981, article 41 : « Los contratos de obras, de adquisición de bienes o contratación. […] b) Cláusula de Solución de Controversias: Cuando en la ejecución o interpretación del contrato surja entre las partes una discrepancia, ésta será definida mediante el procedimiento de conciliación extrajudicial o arbitraje, según lo acuerden las partes ».

780 Opinion de l'Assemblée Générale du Conseil d'État du 6 mars 1986, *in Etudes et documents du Conseil d'Etat.* Paris : Sirey, n. 38, 1987, p. 178 ; BOISSÉSON, Matthieu de. Interrogations et doutes sur une évolution législative (l'article 9 de la loi du 19 août 1986), *Revue de l'Arbitrage*, 1987, p. 3 ; SERAGLINI, Christophe ; ORTSCHEIDT, Jérôme. *Droit de l'Arbitrage Interne et International.* Paris : Lextenso Éditions, 2013, pp. 520-527.

CHAPITRE 6. LA DÉTERMINATION DU DROIT APPLICABLE À LA PROCÉDURE ARBITRALE

Comme toute autre procédure, l'arbitrage dépend également des règles qui aident les parties et les arbitres à mener les actes procéduraux de la meilleure manière possible, en préservant le respect des principes internationaux et constitutionnels qui garantissent le procès équitable. Ces règles intègrent le droit applicable (ou les droits applicables) à la procédure, et notamment, intègrent les droits applicables *à* l'arbitrage, objet de cette étude. Il est donc nécessaire de le déterminer en tenant compte de ses particularités.

Dicey et Morris classent le droit procédural selon sa fonction, en identifiant une fonction *interne*, composée de règles qui régissent la **procédure** arbitrale elle-même, et une fonction *externe*, qui régit la **relation entre l'arbitrage et les tribunaux étatiques**.[781] La fonction externe a deux objectifs : le premier est de fournir un soutien à l'arbitrage ; le second est de superviser la procédure arbitrale. Par le premier, les tribunaux étatiques peuvent aider les parties et les arbitres, par exemple, à engager une procédure, à nommer des arbitres, voire à prendre des mesures d'urgence et à permettre la production de preuves lorsque le pouvoir coercitif de l'État devient nécessaire. Par le second, L'État supervise la procédure arbitrale et peut vérifier si la sentence arbitrale est conforme à ses règles impératives ou si les principes du procès équitable en vigueur dans son ordre juridique ont été dûment respectés par les arbitres.[782] Dans la logique systémique, on s'intéresse au point de vue de l'observateur.

Tout d'abord, une distinction est nécessaire. Il est nécessaire de présenter clairement des concepts souvent mal utilisés par les utilisateurs de l'arbitrage qui, en étant

---

781 COLLINS, Lord (éd.). *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*. 15 ed. London : Sweet & Maxwell, 2012, p. 840. Dans le même sens : HENDERSON, Alastair. Lex Arbitri, Procedural Law and the Seat of the Arbitration : Unraveling the Laws of the Arbitration Process. *Singapore Academy of Law Journal,* v. 26, 2014, p. 886.

782 COLLINS, Lord (éd.). *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*. 15 éd. London : Sweet & Maxwell, 2012, p. 840.

autant répétés, finissent par devenir une vérité incontestable. La *lex arbitri*[783] n'est pas – ou du moins, ne devrait pas être – synonyme de la loi d'arbitrage du siège, comme si elle était parallèle à la *lex fori* (loi du for) : l'une, applicable à la procédure judiciaire ; l'autre, à l'arbitrage. *Lex arbitri*, terme latin, signifie loi **de** l'arbitrage. De manière cohérente, il faut admettre qu'elle est composée d'un ensemble de règles qui ont vocation à s'appliquer aux différentes questions soulevées dans une procédure arbitrale, comme celles qui sont spécifiquement traitées dans cette étude, mais pas exclusivement.[784]

Historiquement, les règles régissant l'arbitrage dans l'ordre juridique de son siège sont directement appliquées à la procédure, comme une reproduction inconsciente du principe en vigueur en matière de conflit de lois, selon lequel le droit applicable à la procédure est toujours celui dans lequel la procédure se déroule (*lex fori regit processum*). Dans ce cas, le droit du lieu de la procédure est nécessairement le droit du juge.[785] Cependant, nous considérons comme inadéquate la transplantation juridique à la procédure arbitrale d'une telle règle,[786] qui est propre à la procédure judiciaire – et, même ici, est réputée comme dépassée.[787] Comme on l'a vu au Chapitre 2 *supra*, **l'arbitre n'a pas de**

---

783 Voir le Chapitre 2 *supra*.

784 GREENBERG, Simon ; KEE, Christopher ; WEERAMANTRY, *International Commercial Arbitration : An Asia-Pacific Perspective.* Cambridge : Cambridge University Press, 2011, p. 58 (« The *lex arbitri* legitimises and provides a general legal framework for international arbitration. The relevant law itself might be found in an independent statute on international arbitration or it might be a chapter in another law, such as a civil procedure code or a law also governing domestic arbitration. However, the *lex arbitri* of a given jurisdiction can also include other statutes and codes (even those not specifically dealing with arbitration), and case law which relates to the basic legal framework of international arbitrations seated there »).

785 Cette compréhension est corroborée par le fait que dans de nombreuses juridictions, l'autonomie de la volonté en tant que règle de conflit est limitée au droit applicable aux questions de fond. Toutes les autres questions sont donc traitées comme des questions de procédure et le droit du for s'applique.

786 Pour Petrochilos, le concept de la *lex fori* ne peut pas être simplement appliqué dans l'arbitrage. Premièrement, parce que, contrairement aux tribunaux d'États, les tribunaux privés ne sont pas investis de la souveraineté étatique. Deuxièmement, parce que les décisions arbitrales n'ont pas le caractère commun ou la confiance d'une décision de justice simplement parce qu'elles font partie de l'appareil étatique. Selon l'auteur, pour que la *lex arbitri* reproduise fidèlement l'idée de la *lex fori*, il serait nécessaire de créer un univers juridique complètement parallèle pour l'arbitrage, en y reproduisant les règles applicables aux tribunaux nationaux. Voir : PETROCHILOS, Georgios. *Procedural Law in International Arbitration.* Oxford Private International Law Series. Oxford : Oxford University Press, 2004. pp. 7-9.

787 NIBOYET, Marie-Laure. Contre le Dogme de la *Lex Fori* en Matière de Procédure, *in Vers de Nouveaux Équilibres entre Ordres Juridiques : Liber Amicorum. Mélanges en l'Honneur de Hélène*

for ; en conséquent, il n'existe donc pas de droit du for qui s'applique de manière impérative et automatique.

La conséquence logique de l'application d'une *lex arbitri* sur le modèle de la *lex fori* serait l'adoption d'un droit unique à l'arbitrage.[788] À partir de ce droit unique, et plus précisément de ses règles de conflit, les droits applicables seraient déterminés pour chacune des questions soumises aux arbitres pour la résolution du conflit. Comme on l'a vu au Chapitre 3 *supra*, il n'y a aucune raison d'appliquer les règles de conflit propres au droit international privé – qui font partie du droit interne de chaque État – pour déterminer les droits applicables *à* et *dans* l'arbitrage ; pour cette même raison, l'utilisation d'une *lex arbitri* comme lien théorique de la *lex fori* ne doit pas être défendue. De même, l'application du corolaire de ladite théorie n'est pas dans l'intérêt du développement de l'arbitrage international, dans le sens qu'elle accorde aux tribunaux de l'État de la *lex arbitri* une juridiction exclusive pour le contrôle et la validation de la future sentence arbitrale, surtout en l'absence d'un droit d'arbitrage uniforme.[789]

La doctrine la plus moderne estime qu'il convient de séparer l'analyse du droit applicable à la procédure arbitrale selon ses deux fonctions – interne et externe –, conseil qui sera adopté dans cette étude.[790] Cette option est justifiée parce que les caractéristiques spécifiques de chacune d'entr'elles impliquent une source de régulation différente et un destinataire différent : dans le premier cas, l'arbitre ; dans le second, le juge étatique.

Gaudement-Tallon. Paris : Dalloz, 2008.

788 PETROCHILOS, Georgios. *Procedural Law in International Arbitration.* Oxford Private International Law Series. Oxford : Oxford University Press, 2004, p. 20 : « The traditional view has been that there must exist one *lex arbitri*, that is, a unique law which globally governs an arbitration and by the standards of which the validity of the arbitral proceedings and the ensuing award are evaluated. The arbitral award would accordingly have colour of 'nationality' of that law; and it would be 'foreign' in the eyes of every other legal system ».

789 *Ibidem*, p. 20.

790 COLLINS, Lord (éd.). *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws.* 15 éd. London : Sweet & Maxwell, 2012, p. 841 ; BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. La Haye : Kluwer Law International, 2009, p. 1311.

De manière générale, pour les questions internes de l'arbitrage s'appliquent, les règles d'élection par les parties – qu'il s'agisse des règles d'une institution d'arbitrage (comme la CCI, la LCIA, la CAM-CCBC, etc.), ou des règles de la CNUDCI pour les arbitrages *ad hoc* –, les corps de règles créés par les parties elles-mêmes, ou les instruments de « soft law », en plus des principes du droit international. **Du point de vue des parties et des arbitres** (et de l'institution arbitrale, le cas échéant), ces règles constitueront le principal corps normatif régissant leur procédure arbitrale.[791]

Il est important de souligner que, bien que la plupart des ordres juridiques nationaux disposent d'une législation spécifique sur l'arbitrage, une partie d'entre eux ne contiennent pas des règles spécifiques, mais seulement des règles générales de procédure.[792] Par conséquent, même lorsque ces lois sont considérées comme faisant partie de la *lex arbitri*, et que les parties n'en ont pas prévu autrement ou adopté des règles de procédure spécifiques pour régir leur procédure arbitrale, il y aura de rares cas où les lois nationales d'arbitrage offriront des règles d'organisation de la procédure à l'usage des parties.

En ce qui concerne les questions externes – pour lesquelles le juge étatique est le destinataire de la loi – le droit naturel du juge intervenant dans l'affaire s'applique. **Du point de vue du juge étatique**, la législation procédurale en vigueur dans son for sera toujours applicable.[793]

---

791 COLLINS, Lord (éd.). *Op Cit.* , p. 841.

792 BRÉSIL. Loi d'arbitrage de 1996, article 21 : « A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento. § 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo. § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento. (...) ».

793 PETROCHILOS, Georgios. *Procedural Law in International Arbitration*. Oxford Private International Law Series. Oxford : Oxford University Press: 2004. p. 9 : « Each state, further, appoints its courts as exclusive guardians of the proper application of its arbitration law ».

Les dispositions nationales sur l'arbitrage (historiquement – et à tort – appelé *lex arbitri* par la doctrine spécialisée[794]) ont trois fonctions : directive, contraignante et de soutien.[795] La fonction directive est donnée lorsque la loi nationale contient des règles de procédure complémentaires qui servent à réglementer la procédure arbitrale dans les cas où les parties n'ont pas désigné d'autre corps de règles pour le faire. La fonction contraignante est présente dans les dispositions qui limitent l'autonomie de la volonté des parties, en déterminant des règles auxquelles les parties ne peuvent pas déroger et qui doivent être respectées au cours de la procédure arbitrale (à notre avis, comme expliqué au Chapitre 4 *supra*, ces règles sont limitées à des dispositions d'ordre public véritablement internationales).[796] La fonction de soutien, pour sa part, peut être vérifiée dans les dispositions qui permettent le recours au pouvoir judiciaire national afin de demander son appui pour des mesures sur lesquelles l'arbitre n'a pas de pouvoir, ou pour demander l'annulation, la reconnaissance ou l'exécution de la sentence arbitrale.[797]

---

794 Nous estimons que, bien que très courante, l'équation indiscriminée entre la loi nationale qui prévoit l'arbitrage et la *lex arbitri* est erronée. Contre : MANGE, Flavia Foz. *Processo Arbitral : Aspectos Transnacionais*. São Paulo : Quartier Latin, 2013, p. 40 : « A *lex arbitrii* engloba todas as disposições que regulam a arbitragem em um determinado país. Tem um escopo amplo e controla a arbitragem como um todo, dispondo sobre a validade de um compromusso arbitral, as atividades dos árbitros, as disputas que podem estar sujeitas à arbitragem. Contém princípios fundamentais sobre o processo arbitral e dispõe sobre a assistência do judiciário à arbitragem. No Brasil, a *lex arbitrii* corresponde à Lei 9.307/96 ».

795 COLLINS, Lord (éd.). *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws.* 15 éd. London : Sweet & Maxwell, 2012, p. 841.

796 BRASIL. Loi d'arbitrage de 1996, article 21 ; SUISSE. Loi fédérale sur le droit international privé, article 182(3) : « Quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral doit garantir l'égalité entre les parties et leur droit d'être entendues en procédure contradictoire » ; FRANCE. Code de procédure civile, article 1460 : « Le juge d'appui est saisi soit par une partie, soit par le tribunal arbitral ou l'un de ses membres. Le juge statue selon la procédure accélérée au fond. Le juge d'appui statue par jugement non susceptible de recours. Toutefois, ce jugement peut être frappé d'appel lorsque le juge déclare n'y avoir lieu à désignation pour une des causes prévues à l'article 1455 ».

797 Dans la Loi brésilienne d'arbitrage de 1996, de telles dispositions sont présentes à l'article 22-A : « Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência » ; à l'article 22-C : « O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro » ; à l'article 33 : « A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei », ainsi que dans les dispositions du chapitre VI, la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

Ainsi, en stipulant dans leurs conventions d'arbitrage que toute éventuelle procédure arbitrale doit être conduite conformément aux règles d'une institution d'arbitrage donnée ou à des règles telles que la CNUDCI, les parties dérogent implicitement à l'application des dispositions contenues dans les législations nationales dont la fonction est directive (c'est-à-dire qui traite de la procédure arbitrale), même si elles ne le font pas de manière consciente. En d'autres termes, les parties choisissent un corps de règles spécifique, et souvent plus détaillé, qui s'appliquera à leur arbitrage, dérogeant totalement ou partiellement à d'autres règles qui s'appliqueraient en l'absence d'une telle indication.

Sur la base de ce qui a été exposé, il est essentiel d'analyser séparément le droit applicable aux éléments *internes* (**6.2**) et celui applicable aux éléments *externes* de la procédure arbitrale (**6.3**). Les caractéristiques essentielles de ces éléments ne permettent pas de les analyser ensemble, principalement parce qu'il s'agit de normes destinées à différents acteurs : les premières, s'imposent aux arbitres ; les secondes, aux juges étatiques. Mais il faut plutôt comprendre la raison du lien entre le droit du siège et la procédure et pourquoi ce lien automatique n'est pas approprié en ce qui concerne la procédure arbitrale (**6.1**). Enfin, nous indiquerons le contenu des règles de procédure applicables en matière d'arbitrage et nous proposerons des solutions à certaines questions de procédure récurrentes qui donnent lieu à un vaste débat doctrinal (**6.4**).

6.1. L'inadéquation de l'application indiscriminée du droit du siège à la procédure arbitrale

Il ne faut pas confondre le siège[798] avec le lieu où les étapes de la procédure peuvent être franchies.[799] Le siège est une construction juridique, et non géographique. Le

---

[798] Bien que la doctrine spécialisée utilise comme synonymes des concepts tels que « siège », « local », « for » (bien que moins fréquemment) – ou « *venue* », en anglais – dans cette étude l'utilisation du mot « siège » est préférée comme terme juridique qui désigne l'État-nation hôte de l'arbitrage.

[799] SINGAPOUR. Cour d'appel. *PT Garuda Indonesia vs. Birgen Air* [2002]. Un exemple remarquant de cette déconnexion est celui des arbitrages de la commission *ad hoc* du Tribunal arbitral du sport (TAS) pour les Jeux olympiques, dont le siège est à Genève, même si la procédure se déroule dans la ville hôte des Jeux.

siège est l'État dans lequel l'arbitrage possède son domicile légal.[800] Considéré par beaucoup comme le centre de gravité juridique de l'arbitrage, le siège est tenu comme l'élément le plus étroitement connecté pour la détermination du droit applicable à la procédure arbitrale.[801] Bermann présente la classification la plus intéressante du point de vue de cette étude : **le siège de l'arbitrage est son hôte**.[802] Et en tant qu'hôte, il ne devrait pas, à notre avis, avoir le pouvoir d'imposer l'application de ses propres règles.

Il ne faut pas non plus confondre siège et for. La détermination du for, notion propre au droit procédural, dépend des règles applicables dans cette juridiction et exige normalement l'existence d'un lien entre la cause et le for. Dans l'arbitrage, la possibilité du choix du siège est pratiquement illimitée et n'est soumise à aucune restriction ni exige qu'un lien entre la cause et le siège soit établit.[803] En conséquence, la déconnexion peut être absolue entre, d'une part, les faits de l'affaire et le droit applicable au fond, et, d'autre part, le siège.

Une autre différence importante mérite d'être soulignée : le siège est choisi conjointement par les parties[804] – en principe, dans un contexte antérieur au litige – tandis

---

800 BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. La Haye : Kluwer Law International. 2 éd. 2014, p. 1537.

801 HASCHER, Dominique T. T. The Law Governing Procedure : Express or Implied Choice by the Parties – Contractual Practice, *in* VAN DEN BERG, Albert Jan. (ed.). Planning Efficient Arbitration Proceedings : The Law Applicable in International Arbitration. *ICCA Congress Series*, v. 7. Vienna : Kluwer Law International, 1994. Contre : PETROCHILOS, Georgios. *Procedural Law in International Arbitration*. Oxford Private International Law Series. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 24: « the territorial underpinning does not, in and of itself, create any significant connection. By extension, arbitral proceedings within the territory do not *ipso facto* implicate the interest of the forum ».

802 BERMANN, George A. International Arbitration and Private International Law : General Course on Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 381, 2016, p. 125.

803 BERMANN, George A. International Arbitration and Private International Law : General Course on Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 381, 2016, p. 198. Dans le même sens : PAULSSON, Jan. Arbitrage-Friendliness : Promises of Principle and Realities of Practice. *Arbitration International*, v. 23, 2007, p. 478 ; KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure – The Role of the Place of Arbitration, *in* VAN DEN BERG, Albert Jan. (ed.). Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention. *ICCA Congress Series*, v. 9. La Haye : Kluwer Law International, 1999, p. 343.

804 Le libre choix du siège par les parties est prévu dans divers règlements et lois d'arbitrage, comme la Loi

que le for judiciaire est choisi par le demandeur dans les limites imposées par la législation nationale applicable. Dans les cas où le choix du siège de l'arbitrage n'est pas fait par les parties, il peut être fait par l'institution,[805] lorsqu'une institution est choisie, par les arbitres eux-mêmes ou, en dernier ressort, par les tribunaux. Dans ces cas, il risque d'y avoir une discrétion et une déconnexion encore plus grandes entre le choix du siège et l'objet du litige.[806]

En considérant les quatre principaux courants doctrinaux qui sont objet d'étude dans une progression théorico-temporelle (d'une part, les théories localisatrices du territorialisme et du pluralisme ; d'autre part, les théories autonomistes de la délocalisation et de l'autonomie systémique), nous avons l'évolution suivante des conséquences du choix d'un siège : (i) le rattachement automatique au siège ; (ii) l'appréciation limitée de l'autonomie de la volonté, selon laquelle les parties sont libres de choisir le droit applicable à la procédure, mais restent liées par les règles impératives du droit en vigueur au siège (cette théorie est problématique : une grande partie des juridictions considèrent leurs règles procédurales comme d'application impérative, ce qui, en fin de compte, neutralise l'effet du choix fait par les parties) ; (iii) l'appréciation complète de l'autonomie de la volonté,

---

type de la CNUDCI (selon l'article 20(1)) : « Les parties sont libres de décider du lieu de l'arbitrage. Faute d'une telle décision, ce lieu est fixé par le tribunal arbitral, compte tenu des circonstances de l'affaire, y compris les convenances des parties »), et la Loi fédérale suisse sur le droit international privé (selon l'article 176(3) : « Les parties en cause ou l'institution d'arbitrage désignée par elles ou, à défaut, les arbitres déterminent le siège du tribunal arbitral »). La doctrine est également majoritaire en recommandant que ce choix soit fait par les parties elles-mêmes : DE LY, Filip. The Place of Arbitration in the Conflict of Laws of International Commercial Arbitration: An Exercise in Arbitration Planning. *Northwestern Journal of International Law & Business*, v. 12, 1991, p. 55. Dans la Loi brésilienne d'arbitrage de 1996, la seule référence à la notion de siège se trouve à l'article 34, paragraphe unique : « Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional ».

805 Le Guide du secrétariat de la CCI indique que pour l'indication d'un siège absent un choix des parties, la Cour de la CCI prendra en considération l'ordre juridique du siège, sa neutralité par rapport aux parties et au litige, la question géographique et la facilité d'accès, ainsi que la structure physique existante pour l'exécution des actes de la procédure arbitrale. Voir : FRY, Jason ; GREENBERG, Simon ; MAZZA, Francesca. *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*. Paris : ICC Publishing, 2012, p. 203.

806 *Ibidem*, p. 203: « Finally, and for the avoidance of doubt, the Court does not require a connection between the chosen place of arbitration and any of the parties or arbitrators, the applicable substantive law or the underlying facts of the dispute. The Court regularly fixes, and parties regularly agree to, **places of arbitration with no connection to the case or its actors** » (soulignement ajouté).

selon laquelle les parties et les arbitres sont les maîtres du procès et peuvent le façonner comme ils l'entendent, avec une limitation minimale imposée par le droit national ; et (iv) l'absence totale de prise en compte du droit de siège, préconisant l'application des règles de droit transnational à la procédure arbitrale.

Selon la **théorie de la monolocalisation**, le siège est essentiel non seulement pour la détermination du droit applicable à la procédure, mais aussi pour la détermination du droit applicable à l'analyse de la validité de la convention d'arbitrage et de la future sentence arbitrale, ainsi que de la juridiction de ses tribunaux pour effectuer ces analyses. Le droit du siège s'applique automatiquement aux arbitrages qui s'y déroulent, même si les parties en avaient décidé autrement (c'est le droit du siège qui validera ou non ce choix) ; il implique également l'application complémentaire des règles de procédure civile et des règles de conflit de cette juridiction.[807] Pour le courant territorialiste, **la *lex arbitri* est équivalente à *la lex loci arbitri.***[808]

---

807 Voir, dans ce sens : SAMUEL, Adam. *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration.* A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, USA and West German Law. Publications de l'Institut Suisse de Droit Compare, n. 11. Zürich : Schulthess, 1989, p. 64 : « it is commonly accepted that a choice of the place of arbitration carries with it an implication that the law of that location will govern the proceedings; a party selection of the seat […] is often made on the actual assumption that the *lex loci arbitri* will govern the proceedings » ; BERGER, Klaus Peter. Re-examining the Arbitration Agreement : Applicable Law – Consensus or Confusion ? *in* VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.). International Arbitration 2006 : Back to Basics ? *ICCA Congress Series*, v. 13. Montreal : Kluwer Law International, 2007, p. 315 : « the choice of the seat by the parties […] functions as an indirect choice of law not only for the law applicable to the arbitration procedure but also for the law applicable to the substantive validity of the arbitration agreement » ; ANGLETERRE. Haute Cour, Division de la Reine. *Halpern vs. Halpern.* [2006] 2 Lloyd's Rep. 83 : « in the absence of a clear pointer to the contrary, there is a strong presumption that the place where the arbitration takes place [here, Zurich] is to constitute its seat; it then followed inexorably that the law applicable to *the arbitration itself*, sometimes called the curial law or the *lex arbitri*, governing how the proceedings in the arbitration are to be conducted by the arbitrators and the extent to which the courts will supervise the conduct of the arbitration would be that of Switzerland » ; ANGLETERRE. House of Lords. *Channel Tunnel Group. vs. Balfour Beatty Construction*. [1993] AC 334, 457-58, Lord Mustill : « […] contract provided that the seat shall be Brussels, and so the national law which the parties have expressly or by implication selected to govern the relationship between themselves and the arbitrator in the conduct of the arbitration […] must I believe be the law of Belgium; the inference that the parties when contracting to arbitrate in a particular place consented to having the arbitral process governed by the law of that place is irresistible ».

808 PARK, William. The *Lex Loci Arbitri* and International Commercial Arbitration. *The International and Camparative Law Quartely*, v. 32, n. 1, 1932.

Le pluralisme, en donnant **une plus grande importance aux ordres juridiques nationaux de réception de la sentence arbitrale** – c'est-à-dire, les lieux où la sentence arbitrale pourra être reconnue et exécutée – relativise l'importance accordée au siège par les territorialistes. Bien qu'ils vinculent toujours la validité de l'arbitrage aux ordres juridiques nationaux, l'accent est mis sur les lieux d'exécution plutôt que sur ceux du siège. Cela signifie, par exemple, qu'il n'y a pas d'obstacle à ce que les sentences arbitrales annulées au siège soient reconnues comme valables dans d'autres juridictions. Ainsi, en ce qui concerne l'application du droit procédural par l'arbitre à l'arbitrage, il doit prendre en compte non seulement les éléments impératifs du siège, mais aussi ceux des lieux potentiels d'exécution de la future sentence arbitrale.

Pour les théories localisatrices, l'application quasi-automatique du droit du siège à la procédure arbitrale est prévue par le presque centenaire Protocole de Genève de 1923, qui prévoit, dans son article 2, que « [l]a procédure de l'arbitrage, y compris la constitution du tribunal arbitral, est réglée par la volonté des parties et par la loi du pays sur le territoire duquel l'arbitrage a lieu ».[809]

Le Protocole de Genève étant « ancien » et surtout dépassé, une partie importante de la doctrine territorialiste défend l'application du droit du siège à la procédure arbitrale sur la base de corps de règles plus « modernes ». D'une part, la sexagénaire Convention de New York, et d'autre part, la trentenaire Loi type de la CNUDCI.

La Convention de New York, bien qu'elle ressemble au Protocole de Genève en ce qui concerne la reconnaissance de l'existence et l'importance du concept de siège – bien que dans une moindre mesure – diffère du Protocole en ce qu'elle valorise la volonté des parties. La Convention « accorde une priorité substantielle à l'autonomie des parties par rapport aux procédures d'arbitrage international, y compris par rapport aux lois du siège, en comparaison avec celle qui a été historiquement reconnue par le Protocole et la Convention de Genève ».[810] Néanmoins, une partie importante de la doctrine voit dans

---

809 Protocole relatif aux clauses d'arbitrage de 1923 (Protocole de Genève), article 2.

810 BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. La Haye : Kluwer Law International, 2009, pp.

l'article V(1)(d)[811] de la Convention de New York une disposition prévoyant une règle de conflit pour la détermination du droit applicable à la procédure qui indiquerait l'application du droit du siège de l'arbitrage, à défaut de choix des parties.[812]

Pour Born, le véritable objectif des articles II(3)[813] et V(1)(d) de la Convention de New York est de concilier les contradictions éventuelles entre les choix des parties et le droit du siège ; selon l'appréciation pleine de l'autonomie de la volonté, ces dispositions doivent être interprétées comme imposant des limites au droit du siège, qui ne doit pas prévaloir sur les choix faits par les parties.[814]

La Loi type CNUDCI, quant à elle, établit que certains de ses dispositions ne s'appliqueront que lorsque l'arbitrage aura son siège sur le territoire de l'État qui promulgue la loi.[815] En suivant la logique de la Loi type, l'interprétation donnée par la doctrine

---

1254-1255. Traduction libre de l'original : « [Articles II(1) and V(1)(d) of the Convention] also give substantially greater priority to the parties' autonomy over international arbitral procedures, including vis-à-vis the laws of the arbitral seat, than was historically the case under the Geneva Protocol and Convention ».

811 CNUDCI. Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York), article V(1)(d) : « La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve: *d)* la composition de l'autorité arbitrale ou la procédure arbitrale n'a pas eu lieu conformément à l'accord des parties ou, à défaut d'un tel accord, n'a pas eu lieu conformément à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu ; ou [...] ».

812 Pour tous : PINTO, José Emilio Nunes Pinto. Artigo V (inciso 1 "C" e "D"): A recusa de reconhecimento à sentença arbitral estrangeira com base no Artigo V, (1), alíneas (C) e (D), da Convenção de Nova Iorque de 1958. *in* WALD, Arnoldo ; LEMES, Selma Ferreira (coord.) Arbitragem Comercial Internacional. A Convenção de Nova Iorque e o Direito Brasileiro. São Paulo : Saraiva, 2011, p. 228 : « Portanto, naquele texto convencional, autonomia privada e lei do lugar da arbitragem caminhavam *pari passu*. Promulgada a Convenção de Nova Iorque, a alínea (d) converte a lei do lugar da arbitragem em critério subsidiário, prevalecendo, em primeiro lugar, os acordos ajustados entre as partes na convenção de arbitragem [...] ».

813 CNUDCI. Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York), article II(3) : « Le tribunal d'un État contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée ».

814 BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2009, p. 1325.

815 CNUDCI. Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985, avec les amendements adoptés en 2006, article 1(2) : « Les dispositions de la présente Loi, à l'exception des articles 8, 9, 17 H, 17 I, 17 J, 35 et 36, **ne s'appliquent que si le lieu de l'arbitrage est situé sur le territoire du présent État** » (soulignement ajouté).

spécialisée va dans le sens que le droit applicable à la procédure arbitrale résulte du choix des parties d'un siège pour leur l'arbitrage. C'est dans ce sens que penche également l'interprétation du secrétariat de la CNUDCI, en commentant les modifications apportées à la Loi type en 2006 :

> Le critère territorial régissant la plupart des dispositions de la loi type a été adopté comme moyen de privilégier la sécurité juridique et en raison des faits suivants. Dans la plupart des systèmes juridiques, le siège de l'arbitrage est le critère exclusif pour déterminer l'applicabilité de la loi nationale et, lorsque la loi nationale permet aux parties de choisir la loi procédurale d'un État autre que celui dans lequel l'arbitrage a lieu, l'expérience montre que les parties font rarement usage de cette possibilité.[816]

Cette interprétation est un témoignage de la forte influence de la théorie territorialiste dans la détermination des droits applicables à l'arbitrage, comme on l'a vu tout au long de la première partie de cette étude, notamment en ce qui concerne la détermination du droit applicable à la procédure arbitrale. Ainsi, le droit des parties à choisir ce droit applicable dépendrait de l'autorisation du droit du siège.[817]

Toutefois, comme son nom l'indique, la Loi type CNUDCI est un modèle législatif qui sert de guide aux législateurs des États pour l'élaboration des lois nationales sur l'arbitrage. Comme presque toutes les lois nationales, elle s'applique sur le territoire de l'État-nation qui l'a promulguée, dans le respect du principe de la souveraineté étatique.[818] Il est donc logique que la Loi type ne s'applique, en règle générale, qu'aux arbitrages qui

---

816 CNUDCI. Explanatory Note by the UNCITRAL, Secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as Amended in 2006, 2008, para. 14: « The territorial criterion governing most of the provisions of the Model Law was adopted for the sake of certainty and in view of the following facts. In most legal systems, the place of the arbitration is the exclusive criterion for determining the applicability of national law and, where the national law allows parties to choose the procedural law of a State other than that where the arbitration takes place, experience shows that parties rarely make use of that possibility ».

817 MANN, F.A. Lex Facit Arbitrum, International Arbitration. *Arbitration International*, v. 2, n. 3, 1986, p. 245.

818 Voir le Chapitre 2 *supra*.

ont lieu sur ce territoire. Il est cependant nécessaire d'analyser de manière spécifique quels sont les aspects de l'arbitrage que ce corpus législatif régit (s'il s'agisse uniquement des aspects externes, c'est-à-dire qu'il s'adresse uniquement juge étatique ; ou s'il s'agisse également des éléments internes et, par conséquent, qu'il s'adresse également aux arbitres et aux parties) et si son application aux arbitrages effectués sur ce territoire est impérative ou s'il est possible d'y déroger.

Il est symptomatique que l'article 1(2) de la Loi type elle-même prévoit des exceptions à son approche territorialiste pour établir que les dispositions relatives à la demande d'assistance du juge étatique pour l'établissement d'un arbitrage[819] ou l'octroi de mesures d'urgence,[820] la reconnaissance ou l'exécution de ces mesures[821] et la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales,[822] ne s'appliquent pas exclusivement

---

819 CNUDCI. Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985, avec les amendements adoptés en 2006, article 8 : « *Convention d'arbitrage et actions intentées quant au fond devant un tribunal*. 1) Le tribunal saisi d'un différend sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage si l'une d'entre elles le demande au plus tard lorsqu'elle soumet ses premières conclusions quant au fond du différend, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée. 2) Lorsque le tribunal est saisi d'une action visée au paragraphe 1 du présent article, la procédure arbitrale peut néanmoins être engagée ou poursuivie et une sentence peut être rendue en attendant que le tribunal ait statué ».

820 CNUDCI. Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985, avec les amendements adoptés en 2006, article 9 : « *Convention d'arbitrage et mesures provisoires prises par un tribunal.* La demande par une partie à un tribunal, avant ou pendant la procédure arbitrale, de mesures provisoires ou conservatoires et l'octroi de telles mesures par un tribunal ne sont pas incompatibles avec une convention d'arbitrage ».

821 CNUDCI. Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985, avec les amendements adoptés en 2006, article 17-H : « *Reconnaissance et exécution*. 1) Une mesure provisoire prononcée par un tribunal arbitral est reconnue comme ayant force obligatoire et, sauf indication contraire du tribunal arbitral, est exécutée sur demande adressée au tribunal compétent, quel que soit le pays où elle a été prononcée, sous réserve des dispositions de l'article 17 I. 2) La partie qui demande ou a obtenu la reconnaissance ou l'exécution d'une mesure provisoire informe sans retard le tribunal de toute rétractation, suspension ou modification de cette mesure. 3) Le tribunal de l'État où est demandée la reconnaissance ou l'exécution peut, s'il le juge bon, ordonner au demandeur de constituer une garantie appropriée si le tribunal arbitral ne s'est pas déjà prononcé concernant la garantie ou lorsqu'une telle décision est nécessaire pour protéger les droits de tiers ».

822 CNUDCI. Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985, avec les amendements adoptés en 2006, article 35 : « *Reconnaissance et exécution*. 1) La sentence arbitrale, quel que soit le pays où elle a été rendue, est reconnue comme ayant force obligatoire et, sur requête adressée par écrit au tribunal compétent, est exécutée sous réserve des dispositions du présent article et de l'article 36. 2) La partie qui invoque la sentence ou qui en demande l'exécution doit en fournir l'original ou une copie. Si ladite sentence n'est pas rédigée dans une langue officielle du présent État, le tribunal peut demander à la partie d'en produire une traduction dans cette langue ».

aux cas où le lieu de l'arbitrage se trouve sur le territoire de l'État légiférant, de manière à permettre aux tribunaux de cet État de se prononcer sur ces questions lorsqu'il est dans leur intérêt de le faire, même s'ils ont leur siège ailleurs.

Selon la théorie la plus conservatrice, qui lie la *lex arbitri* au droit procédural arbitral du siège, les parties ne pourraient y déroger que si autorisées par la *lex arbitri* elle-même. Pour Redfern and Hunter, « le droit procédural est celui du siège de l'arbitrage et, en contenant des dispositions impératives, il vincule les parties, qu'elles le veuillent ou non. Il se peut même que la *lex arbitri* s'applique de manière souple, mais elle s'appliquera quand même ».[823] Dans ce sens, ils affirment :

> Dire que les parties ont « choisi » ce droit particulier pour régir l'arbitrage revient à dire qu'une femme anglaise conduisant sa voiture en France a « choisi » le droit routier français, qui l'obligera à conduire du côté droit de la route, à donner la priorité aux véhicules venant de la droite et, d'une manière générale, à respecter des règles de circulation auxquelles elle n'est pas habituée. Cependant, il serait étrange de dire que cette conductrice a choisi le « droit routier français ». Elle a choisi d'aller en France. **L'application du droit français est une conséquence automatique. Ce n'est pas une question de choix**.[824]

Dans l'affaire *Bank Mellat vs. Helliniki Techniki SA*, la Cour d'appel anglaise, dans une décision du Lord Justice Kerr, a déclaré « qu'en l'absence de disposition contractuelle à cet égard, le droit procédural applicable à l'arbitrage est celui du siège de l'arbitrage » et que la jurisprudence anglaise « ne reconnaît pas la notion de procédures

---

823 BLACKABY, Nigel ; HUNTER, Martin ; PARTASIDES, Constantine ; REDFERN, Alan. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6 ed. Oxford : Oxford University Press, 2015, para. 3.50.

824 *Ibidem*, par. 3.61. Traduction libre de l'original : « To say that parties have 'chosen' that particular law to govern the arbitration is rather like saying that an English woman who takes her car to France has 'chosen' French traffic law, which will oblige her to drive on the right-side of the road, to give priority to vehicles approaching from the right, and generally to obey traffic laws to which she may not be accustomed. But it would be an odd use of language to say that this notional motorist had opted for 'French traffic law'. What she has done is to choose to go to France. The applicability of French law then follows automatically. It is not a matter of choice » (soulignement ajouté).

arbitrales flottantes dans l'ordre juridique transnational, déconnectées de tout système national de lois ».[825]

Dans le même sens, la Résolution de la session de 1957 de l'Institut de Droit International, tenue à Amsterdam, qui stipule que « la loi du siège du tribunal arbitral devra déterminer si la procédure à suivre par l'arbitre peut être librement établie par les parties ».[826] La résolution était basée sur un rapport de Sauser-Hall,[827] qui assimilait la clause compromissoire à une clause d'élection de for[828] et considérait que le choix d'un siège impliquait le choix du droit qui y était applicable. L'auteur s'éloigne ainsi de la théorie de Mann, qui soutenait que l'application de la loi du siège était indépendante de la volonté des parties.

La Résolution va cependant plus loin en prévoyant qu'en l'absence d'une telle stipulation, c'est le droit du siège qui conditionne la vérification de la possibilité du droit applicable à la procédure « d'être déterminé par l'arbitre ou s'il doit être remplacé par les dispositions applicables aux procédures devant ses tribunaux étatiques ».[829] Bien que les défenseurs du courant territorialiste soient nombreux, peu d'entre eux défendent que

---

825 ANGLETERRE. Cour d'appel, 1984, *Bank Mellat vs. Helliniki Techniki SA* (« Despite suggestions to the contrary by some learned writers under other systems, our jurisprudence does not recognise the concept of arbitral procedures floating in the transnational firmament unconnected with any municipal system of law »). Dans le même sens : ANGLETERRE. House of Lords, *SA Coppée-Lavalin NV vs. Ken-Ren Chemicals and Fertilizers Ltd*., 5 mai 1995 ; AUSTRALIE. Cour suprême de New South Wales, *American Diagnostica vs. Gradipore*, 26 mars 1998, *New South Wales Law Reports*, 44, p. 312.

826 Institut de Droit International, *Annuaire*, Session d'Amsterdam, 1957, Vol. 47, I e II, avec rapport de Georges Sauser-Hall, pp. 394 e ss. Disponible à l'adresse suivante : < https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/05/4025- 47B-OCR-min.pdf >. Accès le 21 janv. 2021, p. 495, article 9 : « The law of the place of the seat of the arbitral tribunal shall determine whether the procedure to be followed by the arbitrator may be freely established by the parties, and whether, failing agreement on this subject between the contracting parties, it may be settled by the arbitrator or should be replaced by the provisions applicable to procedure before the ordinary courts ».

827 *Ibidem*. Le Professeur Sauser-Hall a créé la « théorie juridictionnelle atténuée », selon laquelle les clauses compromissoires seraient une sorte de clauses attributives de juridiction, ayant une origine contractuelle et des effets juridictionnels.

828 Contre : PETROCHILOS, Georgios. *Procedural Law in International Arbitration*. Oxford Private International Law Series. Oxford : Oxford University Press, 2004, p. 27. Petroquilos souligne que si la clause d'élection de for est une clause d'extension – pour étendre la juridiction de la cour assignée – la clause d'arbitrage est dérogatoire – pour exclure la juridiction des cours étatiques.

829 Institut de Droit International. *Op. Cit*.

l'absence de choix des parties quant au droit applicable à la procédure arbitrale, devrait être remplacée par les dispositions applicables aux procédures devant les tribunaux de leur État, telles qu'établies par la Résolution. Au contraire, il existe une opinion majoritaire selon laquelle de telles règles seraient incompatibles avec la nature même de l'arbitrage.

Gabrielle Kaufmann-Kohler fait valoir que le choix des règles procédurales ne se substitue pas à la nécessité de déterminer un droit national applicable à la procédure arbitrale. Cette détermination aura pour conséquence l'un de deux options : le droit du siège ou le droit d'élection des parties, ce dernier étant soumis à l'autorisation du droit de siège. L'auteure indique que la conséquence la plus appliquée est celle qui achève au droit du siège.[830] Elle conclut en affirmant que « le choix du siège ne devient finalement rien d'autre que le choix du droit applicable à l'arbitrage ».[831] De sa position, il ressort une compréhension commune dans la doctrine, qui distingue les règles applicables à la procédure de celles applicables aux règles d'organisation de l'arbitrage. C'est notre position que la distinction la plus appropriée, comme déjà expliqué, est celle entre les fonctions internes et les fonctions externes de la procédure, en gardant à l'esprit que certaines questions procédurales qui intégraient la fonction interne et vont au-delà de l'organisation de la procédure – telles que la confidentialité ou les questions de preuve – ne devraient pas recevoir le même traitement que les questions qui révèlent de la fonction externe de la procédure arbitrale.

L'incohérence théorique de la conception territorialiste repose sur l'assimilation de l'arbitre à un juge étatique, exigeant de tous deux la même obéissance aux normes juridiques d'un même ordre juridique national. Toutefois, l'État est responsable des décisions de ses tribunaux[832] ; *a contrario*, aucun arbitre n'est investi d'une autorité

---

830 KAUFANN-KOHLER, Gabrielle. Identifying and Applying the Law Governing the Arbitral Procedure – The Role of the Law of the Place of Arbitration, *in* VAN DEN BERG, Albert Jan. (ed.). Improving the Efficiency of Arbitration and Awards : 40 Years of Application of the New York Convention. *ICCA Congress Series*, v. 9, La Haye : Kluwer Law International, 1999, p. 336.

831 *Ibidem*, p. 353. Traduction libre de l'original : « the choice of a place ends up being nothing but a choice of the law governing the arbitration ».

832 Cette responsabilité a été confirmée par plusieurs tribunaux arbitraux qui ont tranché des controverses concernant les traités internationaux d'investissement. À titre d'exemple, voir : PCA n° 2007-

juridictionnelle ou de pouvoirs de représentation au nom de l'État qui accueille son arbitrage. Bien entendu, l'arbitre est l'autorité juridictionnelle d'un autre système, autonome par rapport aux systèmes de droit national. En conséquence, comme l'explique Mistelis, « contrairement aux procédures civiles, où le juge est rassuré par la sécurité de la *lex fori,* l'arbitre est confronté à la question difficile de savoir quel droit procédural doit régir la procédure arbitrale ».[833]

Le problème de la détermination du droit applicable aux questions procédurales se pose en l'absence d'une telle désignation ou de la désignation du siège de l'arbitrage. Bien que dans la pratique arbitrale une corrélation implicite entre le siège et le droit applicable ait été adopté – à l'image du procès civil – aucune solution satisfaisante à son corollaire le plus complexe n'a été trouvée, en l'absence d'indication des parties. Et c'est précisément l'inexistence d'une règle complémentaire pouvant compenser l'absence d'un tel choix qui est le plus grand indice d'un parallélisme aussi insuffisant. Selon la pratique actuelle, en l'absence d'un choix exprès, il appartiendra à l'institution, aux arbitres ou au juge d'appui de déterminer le siège et, par conséquent, le droit applicable à la procédure. Dans aucune de ces hypothèses, il n'y a de privilège à l'autonomie de la volonté, ni, en règle générale, d'analyse des éléments de connexion pour guider ce choix, généralement réduit à des facteurs pratiques et de commodité. Il n'est donc pas justifié qu'un choix de convenance entraîne une conséquence aussi importante que la détermination du droit applicable à la procédure arbitrale (en plus de toutes les autres traitées tout au long de cette étude).

En outre, le fait de considérer que le siège est l'élément le plus étroitement lié à la procédure révèle au moins une faille de l'hypothèse logique : les éléments de connexion impliquent l'existence d'un intérêt de l'ordre juridique connecté dans son application. Mais

---

02/AA277, Sentence partielle sur le fond, 30 mars 2010, *Chevron Corporation et Texaco Petroleum Company vs. République de l'Équateur (I)*. Disponible à l'adresse suivante : < https://www.italaw.com/sites/default/files/casedocuments/ita0151.pdf >. Accès le 18 nov. 2020.

833 MISTELIS, Loukas A. Reality Test: Current State of Affairs in Theory and Practice Relating to 'Lex Arbitri'. *American Review of International Arbitration*, v. 17, 2006, p. 158. Traduction libre de l'original : « unlike litigation where the judge is comforted with the security of the *lex fori*, an arbitrator faces the salient question of which procedural law should govern the arbitration procedure ».

les États n'ont aucun intérêt dans les arbitrages qu'ils reçoivent sur leur territoire, sinon ils n'auraient pas choisi de renoncer à leur juridiction à leur égard ; l'intérêt des États est limité aux effets patrimoniaux qui peuvent affecter les biens situés dans les limites de leur territoire, c'est pourquoi ils choisissent de contrôler uniquement l'exécution des sentences arbitrales. Les théories territorialistes valorisent l'aspect pratique et l'efficacité d'avoir comme tribunal de contrôle celui du lieu où se déroule l'arbitrage. Cela ne devrait toutefois pas empêcher d'autres tribunaux d'être compétents pour statuer sur les questions sur lesquelles ils sont les mieux placés, même si ce n'est pas géographiquement.[834]

Il est vrai que les parties désignent souvent le siège de leur arbitrage. Selon le Guide du secrétariat de la CCI entre 2007 et 2011, les parties ont indiqué le siège de la procédure dans leurs clauses d'arbitrage, ou dans des accords ultérieurs, dans 89% des cas.[835] Bien que ce soit le cas, une étude menée en 2010 – et mise à jour, pour la première fois, en 2015 – par l'Université Queen Mary et le cabinet d'avocats White & Case a révélé que le choix du siège se fait beaucoup plus sur la base de critères d'exclusion, les lieux qui ne répondent pas aux attentes des parties étant écartés, plutôt que par des critères positifs.[836] Parmi les critères les plus pris en compte par les parties pour ce choix figurent l'encadrement juridique, la commodité, la neutralité et l'impartialité, et l'historique de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales par les tribunaux locaux. La réputation du siège est l'un des facteurs les plus importants, bien que la commodité commence à gagner de plus en plus d'importance parmi les utilisateurs.

Dans une deuxième mise à jour en 2018, l'enquête a révélé que le principal critère pour le choix du siège de l'arbitrage, avec 14% des voix, est la « réputation générale

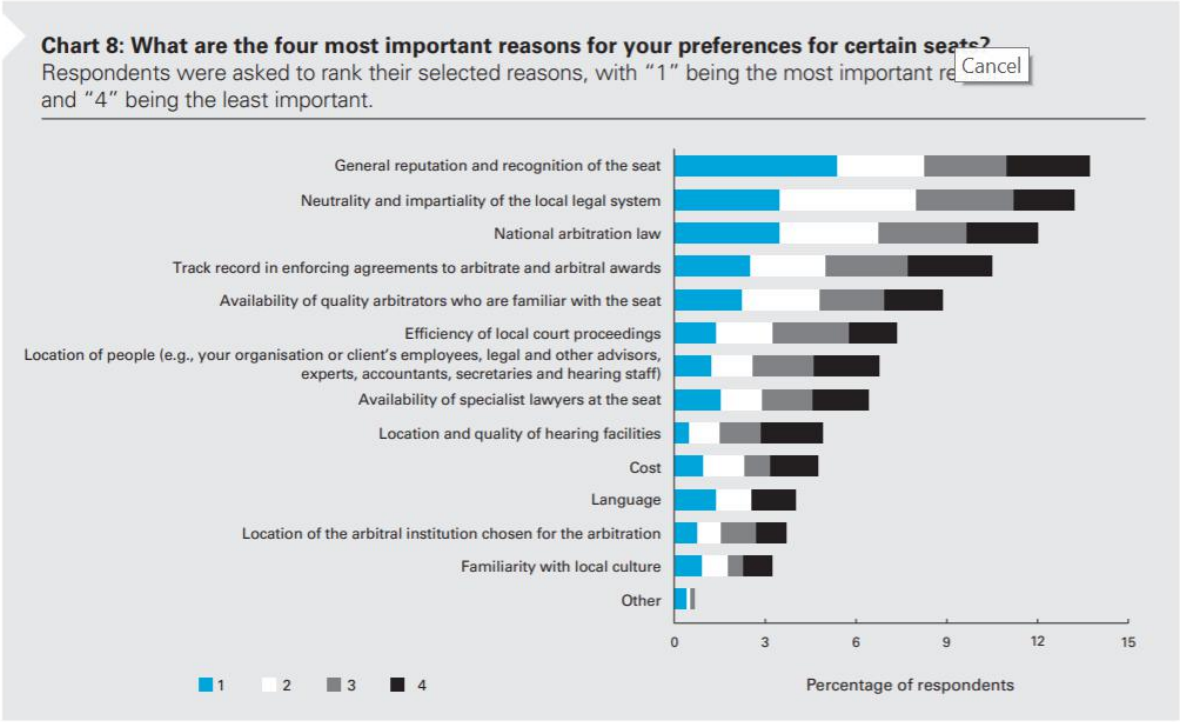
---

834 PETROCHILOS, Georgios. *Procedural Law in International Arbitration*. Oxford Private International Law Series. Oxford : Oxford University Press, 2004. p. 25.

835 FRY, Jason ; GREENBERG, Simon ; MAZZA, Francesca. *Secretariat's Guide to ICC Arbitration*. Paris : ICC Publishing, 2012, pp. 201-204.

836 Queen Mary University of London ; White & Case LLP. *International Arbitration Survey : Improvements and Innovations in International Arbitration*, 2015, pp. 14-15. Disponible à l'adresse suivante : < https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/qmulinternational-arbitration-survey-2015_0.pdf >. Accès le 1 oct. 2020.

et la reconnaissance du siège », suivi de près, avec 13% des voix, par la « neutralité et l'impartialité du système juridique local ». Pour 12% des répondants, la raison la plus importante du choix du siège est la « loi nationale d'arbitrage » ; pour 11%, « l'historique d'exécution de la convention d'arbitrage et des sentences arbitrales », comme le montre le diagramme ci-dessous[837] :



Il n'en va pas de même pour la détermination expresse des parties quant au droit applicable à la procédure arbitrale. Dans une étude empirique des arbitrages menés conformément au Règlement d'arbitrage de la CCI, au cours des années 1992 et 1994, le secrétaire général adjoint de sa Cour de l'époque, Dominique Hascher, a constaté que dans seulement 5 à 10 % des arbitrages entamés au cours de cette période, les parties avaient indiqué le droit applicable à la procédure (dans leurs clauses compromissoires ou,

---

837 Queen Mary University of London ; White & Case LLP. *International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*, 2018, pp. 10-11. Disponible à l'adresse suivante : < https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/qmulinternational-arbitration-survey-2018-19.pdf >. Accès le 1 oct. 2020.

ultérieurement, dans les actes de mission).[838] À l'issue de ses recherches, il conclut que la pratique indiquait que les parties étaient réticentes à laisser les législations nationales réglementer leurs procès d'arbitrage et a défendu que la procédure devait être garantie par la liberté propre à l'autonomie de volonté et rester libre des contraintes des législations nationales.[839]

L'absence de disposition relative à l'élection d'un droit applicable à la procédure par les parties est régie par l'article 19 du Règlement d'arbitrage de la CCI, qui stipule que « [l]a procédure devant le tribunal arbitral est régie par le Règlement et, dans le silence de ce dernier, par les règles que les parties, ou à défaut le tribunal arbitral, déterminent, en se référant ou non à une loi nationale de procédure applicable à l'arbitrage ».[840]

Avec une formulation en vigueur depuis la révision de son règlement en 1975, lorsque l'application complémentaire du droit du siège de l'arbitrage à la procédure a été supprimée dans les cas de silence des parties,[841] la disposition est considérée comme le présage de la **progression d'un arbitrage localisé vers une conception plus autonomiste**

---

838 HASCHER, Dominique T. The Law Governing Procedure : Express or Implied Choice by the Parties – Contractual Practice, *in* VAN DEN BERG, Albert Jan. (ed.). Planning Efficient Arbitration Proceedings : The Law Applicable in International Arbitration. *ICCA Congress Series*, v. 7. Vienna : Kluwer Law International, 1994, p. 323.

839 *Ibidem*, 1994, p. 336.

840 CCI. Règlement d'arbitrage de 2021, article 19 : « La procédure devant le tribunal arbitral est régie par le Règlement et, dans le silence de ce dernier, par les règles que les parties, ou à défaut le tribunal arbitral, déterminent, en se référant ou non à une loi nationale de procédure applicable à l'arbitrage ».

841 La modification a suscité plusieurs questions devant les cours étatiques concernant l'application des règles d'arbitrage dans le temps : faut-il appliquer le règlement d'arbitrage en vigueur au moment de la signature de la convention d'arbitrage, qui incorporerait les règlement par référence, ou faut-il appliquer celui en vigueur au moment du commencement de la procédure arbitrale, en raison du principe de la validité immédiate des lois de procédure. En faveur de la première solution, voir : ANGLETERRE. Haut Cour, Division de la Reine. *Mertens & Co PVBA vs. Veevoeder Import Export Vimex BV*. [1979] 2 Lloyd's Rep. 372. En faveur de la deuxième solution, qui était la solution majoritaire, voir : ETATS-UNIS. Cour d'appel de New York. *Mobil Oil vs. Asamera Oil,* 43 N.Y.2d 276, 401 N.Y.S.2d 186, 372 N.E.2d 21, 1977 ; ANGLATERRE. Haut Cour, Division de la Reine. *Bunge SA vs. Kruse* [1979] 1 Lloyd's Rep. 279 ; ANGLATERRE. Haut Cour, Division de la Reine. *Peter Cremer vs. Granaria BV ; Granaria BV vs. C. Schwarze* [1981] 2 Lloyd's Rep. 583.

de l'arbitrage.[842] Sur cette base, un tribunal arbitral saisi sous l'égide du Règlement de la CCI a pris la décision suivante :

> Le Tribunal Arbitral souligne que l'application du droit néerlandais de l'arbitrage dans le cas présent n'implique en aucune mesure que les règles néerlandaises concernant les procédures devant les tribunaux étatiques néerlandais soient applicables. Selon la loi néerlandaise sur l'arbitrage, les parties sont libres de convenir des règles procédurales et, en l'absence d'un tel accord, l'arbitre détermine le déroulement de la procédure, sous réserve de certaines dispositions impératives nécessaires (...). En se référant au Règlement de la Chambre de Commerce Internationale, les parties ont internationalisé l'arbitrage dans ce cadre juridique.[843]

C'est précisément le privilège au pouvoir de choix des parties – l'autonomie de la volonté – qui est une caractéristique remarquable des théories autonomistes. Il s'agit bien plus que d'une simple question de géographie, il s'agit de donner aux parties une liberté effective de donner à leur procédure arbitrale la direction qu'elles souhaitent. Petrochilos, sur la base des études préparatoires de la Loi anglaise sur l'arbitrage de 1996,[844] soutient que la volonté des parties doit être respectée même lorsqu'elle n'est pas logique ou même

---

842 HASCHER, Dominique T. The Law Governing Procedure : Express or Implied Choice by the Parties – Contractual Practice, *in* VAN DEN BERG, Albert Jan. (ed.). Planning Efficient Arbitration Proceedings : The Law Applicable in International Arbitration. *ICCA Congress Series*, v. 7. Vienna : Kluwer Law International, 1994, p. 327. Contre : PETROCHILOS, Georgios. *Procedural Law in International Arbitration.* Oxford Private International Law Series. Oxford : Oxford University Press, 2004, pp. 192-193. L'auteur comprend que le but de cette disposition n'était pas de supprimer l'importance du droit applicable au siège, mais d'inclure d'autres droits qui pourraient compromettre la reconnaissance et l'exécution de la sentence, l'objectif premier du règlement de la CCI. Il s'agirait donc plutôt de passer d'une conception monolocalisée de l'arbitrage à sa multilocalisation : « The position under the ICC Rules is therefore balanced: the law of the seat is neither automatically to apply en bloc nor expurgated without more. It applies insofar as it is necessary to produce an enforceable award ».

843 CCI n. 5029 (1986), *in* ARNALDEZ, Jean-Jacques ; DERAINS, Yves ; JARVIN, Sigvard. *Collection of ICC Arbitral Awards 1986-1990.* La Haye :Kluwer Law International, 1994, p. 69. Traduction libre de l'original : « The Arbitral Tribunal emphasizes that the applicability of Dutch arbitration law in the present case by no means implies that the Dutch rules concerning proceeding before Dutch State Courts are applicable. According to Dutch arbitration law, parties are free to agree on the rules of procedure and, failing such agreement, the arbitrator determines the conduct of the proceedings, subject to a few necessary mandatory provisions (…). By referring to the Rules of the International Chamber of Commerce, the parties have internationalized the arbitration within this legal framework ».

844 LORD JUSTICE SAVILLE. Departmental Advisory Committee on Arbitration Law 1996 Report on the Arbitration Bill. *Arbitration International*, v. 13, n. 3, 1997, pp. 275-316.

lorsqu'elle est en contradiction directe avec des règles d'application impératives qui intègrent le droit ou les règles applicables à la procédure. Il n'appartient pas à l'institution (qui ne pourrait que refuser de gérer l'affaire) – ni même aux arbitres – de refuser les choix procéduraux faits d'un commun accord par les parties. En dernier ressort, il appartiendra aux tribunaux étatiques compétents pour connaître du recours en annulation de la sentence arbitrale ou de refuser leur reconnaissance.[845]

Les théories contemporaines de l'arbitrage défendent la **primauté de l'autonomie de la volonté**, y compris pour le choix du droit applicable à la procédure.[846] Certes, les arbitres ne peuvent pas avoir plus de pouvoir que les parties, puisque c'est d'elles que leurs pouvoirs émanent (même si elles dépendent de l'autorisation des droits nationaux pour le faire). Lorsque les règles d'institutions arbitrales prévoient que les arbitres ont de larges pouvoirs décisoires, y compris en ce qui concerne le déroulement de la procédure arbitrale, ce sont en réalité les parties qui ont choisi de leurs accorder de tels pouvoirs. Les règles des institutions arbitrales, librement choisies par les parties, reflètent la liberté de l'autonomie de la volonté qui leur est garantie. Bien entendu, les parties sont libres de modifier, dans leur convention d'arbitrage ou dans leurs actes de mission, les règles procédurales avec lesquelles elles sont en désaccord, limitant ou étendant le pouvoir accordé aux arbitres.

Comme l'explique le Chapitre 4 *supra*, un document international important concernant la reconnaissance de la liberté des parties de déterminer le droit applicable à leurs arbitrages, avec un accent particulier sur la réglementation de la procédure arbitrale, est le rapport de la dixième commission d'arbitrage de l'Institut de droit international, tenue à Saint-Jacques-de-Compostelle. De son article 3, il est possible de constater la reconnaissance d'une large place à l'autonomie de la volonté, en stipulant que « les parties

---

845 PETROCHILOS, Georgios. *Procedural Law in International Arbitration.* Oxford Private International Law Series. Oxford : Oxford University Press, 2004, p. 170.

846 BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. La Haye : Kluwer Law International, 2009, p. 1317 ; MANGE, Flavia Foz. *Processo Arbitral : Aspectos Transnacionais*. São Paulo : Quartier Latin, 2013, p. 73 : « A análise dos instrumentos internacionais evidencia a consolidação da autonomia das partes e, subsidiariamente, dos árbitros em determinar o procedimento arbitral, com o afastamento da aplicação das leis processuais domésticas ».

ont toute autonomie pour déterminer les règles de procédure et de fond et les principes qui doivent s'appliquer dans l'arbitrage ».[847] Ce rapport reconnaît même la possibilité de recourir à la technique du dépeçage et de choisir des règles a-nationales.

Cependant, même pour les défenseurs de l'autonomie de l'arbitrage – qui estiment que l'ordre juridique arbitral se nourrit de l'ensemble des règles nationales (y compris le droit en vigueur au siège, seule pertinence pour le droit de l'arbitrage) et a-nationales pour créer un droit de l'arbitrage propre – l'autonomie de la volonté n'est pas sans limites. Au contraire, ils favorisent une reconnaissance mitigée de l'autonomie de la volonté, en défendant sa limite par l'observation de règles impératives visant à protéger les préceptes fondamentaux ainsi que l'ordre public transnational.[848]

Pour Bermann, en tout état de cause, l'influence du for dans les arbitrages internationaux est assez limitée, puisque les règles de procédure civile, les règles de la structure judiciaire ou les principes de conflit de lois de cette juridiction ne s'appliquent pas.[849] Cela a été décidé dans l'affaire CCI n. 12.124, dans laquelle le tribunal arbitral a estimé que le droit procédural du siège ne s'appliquait pas aux preuves et que, par conséquent, le fait que la déclaration des témoins contenant des informations obtenues par un tiers – ce qui est inadmissible selon le droit probatoire de l'État de New York – ne suffirait pas à invalider les déclarations, qui recevraient la force probante jugée appropriée par les arbitres.[850]

---

847 Institut de Droit International, *Annuaire*, Session de Saint-Jacques-de-Compostelle 1989. Arbitration Between States, State Enterprises, or State Entities, and Foreign Enterprises. *Yearbook*, v. 63-II, 1989/90, pp. 31-201, article 3 : « The parties have full autonomy to determine the procedural and substantive rules and principles that are to apply in the arbitration. In particular, (1) a different source may be chosen for the rules and principles applicable to each issue that arises and (2) these rules and principles may be derived from different national legal systems as well as from non-national sources such as principles of international law, general principles of law, and the usages of international commerce. To the extent that the parties have left such issues open, the tribunal shall supply the necessary rules and principles drawing on the sources indicated in Article 4 ».

848 Voir le Chapitre 4, sous-section 4.1.3, *supra*.

849 BERMANN, George A. International Arbitration and Private International Law : General Course on Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law,* v. 381, 2016, p. 201.

850 CCI. Cas n. 12.124, Ordonnance procédurale du 23 nov. 2004, *in* ICC. *Special Supplement 2010:*

Privilégiant les théories autonomistes, le Bahreïn a récemment créé une Zone d'arbitrage libre, permettant aux parties de choisir librement le droit applicable à la procédure et même la juridiction compétente pour statuer sur tout éventuel recours en annulation.[851]

Pour la théorie de la délocalisation, le concept juridique de siège est inexistant, mais existe seulement le lieu où certains actes procéduraux sont effectués pour des raisons purement pratiques et de commodité. Les arbitrages ne se situent pas dans les systèmes de droit national ; ils font partie du système du droit transnational. C'est ce que la Cour suprême du Canada a décidé dans l'affaire *Dell*, en déclarant que « l'arbitrage est une institution sans for et sans base géographique. L'arbitrage ne fait pas partie du système judiciaire d'un État. L'arbitre n'est pas un allié et n'a de lien avec aucun pays. L'arbitrage est une créature qui doit son existence exclusivement à la volonté des parties ».[852] C'est ce que Clay explique également :

> L'absence d'un for national prive le siège du tribunal arbitral de la *lex fori*. La détermination du for ayant pour effet principal de déterminer le droit procédural applicable, l'absence de for entraîne nécessairement l'absence d'un droit procédural applicable. Et c'est certainement l'un des intérêts de l'arbitrage international reconnus partout : le lieu du siège du tribunal arbitral n'a pas d'importance dans le choix de la loi procédurale applicable,

---

Decisions on ICC Arbitration Procedure: A Selection of Procedural Orders issued by Arbitral Tribunals acting under the ICC Rules of Arbitration 2003-2004. Paris : ICC Publishing, 2010, p. 32 : « The Arbitral Tribunal constituted pursuant to the ICC Rules of Arbitration and applying those rules in these proceedings, is not required to apply the strict evidentiary rules of the place of arbitration or of any particular national law unless specifically directed to do so by the agreement of the Parties. This is reflected in Procedural Order No. 1, Section 4.10 ».

851 BAHRAIN. Décret Législatif n. 30/2009, article 25 : « Without prejudice to the procedures stipulated in Articles (23) and (24) of this law concerning enforcement of the Dispute Resolution Tribunal award, parties to the dispute shall not be entitled to challenge on nullity base against the award issued by the Dispute Resolution Tribunal in accordance with Article (24) of this law, if the parties have agreed in writing to choose a foreign law concerning the dispute, and they shall not be entitled to challenge the award before Bahrain's Courts, and that the challenge against the award shall be before the competent authority in another state ».

852 CANADA. Cour suprême, 2007, *Dell Computer Corp vs. Union des consommateurs*, p. 51. Traduction libre de l'original : « Arbitration is an institution without a forum and without a geographic basis. Arbitration is part of no state's judicial system. The arbitrator has no allegiance or connection to any single country. Arbitration is a creature that owes its existence to the will of the parties alone ».

> contrairement au cas du juge étatique. L'arbitrage international repose au contraire sur un choix sur mesure des procédures applicables et des mélanges entre les différents systèmes procéduraux à partir desquels les parties font leur miel.[853]

Certains prétendent que la **délocalisation absolue** de l'arbitrage porte atteinte aux droits de l'homme. Bien qu'il soit maintenant largement admis que la possibilité de recourir à l'arbitrage, ou à d'autres modes de résolution des litiges prévus en vertu de l'exercice de l'autonomie de la volonté, n'est pas incompatible avec le principe de droit de l'homme du libre accès à la justice,[854] les tribunaux nationaux doivent maintenir une certaine forme de contrôle sur la procédure arbitrale, même si exclusivement *a posteriori*.[855]

6.2. Le droit applicable aux éléments internes : le point de vue de l'arbitre

Un certain nombre de questions font partie de la *fonction interne* du procès arbitral : (i) la détermination des étapes et le calendrier de la procédure ; (ii) les règles de production de la preuve et la présentation des écrits ; (iii) l'étendue des témoignages et des devoirs des témoins ; (iv) la conduite des audiences ; (v) les limites de la production de documents et d'une éventuelle « *discovery* » ; (vi) les pouvoirs des arbitres en ce qui concerne la preuve ; (vii) les droits et devoirs déontologiques des représentants des parties ; (viii) les limites de l'autonomie de la volonté des parties ; (ix) le pouvoir discrétionnaire des arbitres pour décider des questions de procédure ; (x) la relation entre les parties et les arbitres, y compris les critères d'indépendance et d'impartialité, les règles d'éthique et de responsabilité ; (xi) les pouvoirs provisoires des arbitres, notamment en ce qui concerne

---

853 CLAY, Thomas. A Sede da Arbitragem Internacional: entre "Ordem" e "Progresso". *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 5, n. 17, 2008, p. 43.

854 Cette compatibilité a également été confirmée par la Cour supérieure de justice brésilienne dans le SEC 5206-7 (Royaume d'Espagne), 10 oct. 1996, Rapporteur Sepúlveda Pertence, *MBV Comercial and Export Management Establisment vs. Resil Indústria e Comércio Ltda*.

855 COLLINS, Lord (éd.). *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws.* 15 éd. London : Sweet & Maxwell, 2012, p. 842.

l'adoption de mesures d'urgence, et (xii) les éléments formels de la sentence arbitrale.[856] Par conséquent, la fonction interne comprend non seulement les questions liées à l'organisation de la procédure arbitrale, mais aussi les questions procédurales en soi.

Certains soutiennent que le choix d'un ensemble de règles autres que la *lex arbitri* pour réglementer les éléments internes de la procédure arbitrale dépend de l'autorisation de la *lex arbitri* elle-même.[857] C'est peut-être là le principal paradoxe qui entoure le choix du droit applicable à la procédure selon des théories localisées, car ce choix, bien qu'étant un exercice de l'autonomie de la volonté, n'est possible que dans les limites permises par le droit « naturellement » applicable.[858] On trouve un exemple d'autorisation explicite en ce sens dans les ordres juridiques suisse[859] et français.[860]

Dans le même temps, la plupart des législations modernes en matière d'arbitrage n'imposent pas d'exigences procédurales auxquelles les parties ne peuvent pas déroger ; au contraire, ces corps législatifs se contentent d'énoncer des exigences générales garantissant le procès équitable, qui font généralement partie de l'ordre public transnational

---

856 BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. La Haye : Kluwer Law International, 2009, p. 1240.

857 *Ibidem*, pp. 1312-1314.

858 COLLINS, Lord (éd.). *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws.* 15 éd. London : Sweet & Maxwell, 2012, p. 842.

859 SUISSE. Loi fédérale sur le droit international privé. Selon l'article 176(1), le droit suisse s'applique aux arbitrages internationaux qui s'y déroulent : « Les dispositions du présent chapitre s'appliquent à tout arbitrage si le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse et si au moins l'une des parties à la convention d'arbitrage n'avait, au moment de la conclusion de celle-ci, ni son domicile, ni sa résidence habituelle, ni son siège en Suisse » Voir aussi, l'article 182 : « 1 Les parties peuvent, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, régler la procédure arbitrale; elles peuvent aussi soumettre celle-ci à la loi de procédure de leur choix. 2 Si les parties n'ont pas réglé la procédure, celle-ci sera, au besoin, fixée par le tribunal arbitral, soit directement, soit par référence à une loi ou à un règlement d'arbitrage. 3 Quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral doit garantir l'égalité entre les parties et leur droit d'être entendues en procédure contradictoire. 4 Une partie qui poursuit la procédure d'arbitrage sans faire valoir immédiatement une violation des règles de procédure qu'elle a constatée ou qu'elle aurait pu constater en faisant preuve de la diligence requise ne peut plus se prévaloir de cette violation ultérieurement ».

860 FRANCE. Code de procédure civile, article 1494: « L'appel et le recours en annulation sont portés devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue. Ces recours sont recevables dès le prononcé de la sentence. Ils cessent de l'être s'ils n'ont pas été exercés dans le mois de la notification de la sentence ».

et seraient donc applicables indépendamment des dispositions de la *lex arbitri*.[861] Cela étant, la seule conclusion logique possible est que la *lex arbitri* elle-même prévoit sa non-applicabilité à la fonction interne, qui peut – et doit – être directement réglementée par les parties. *A contrario*, l'alternative serait l'application des règles de procédure judiciaire, qui sont les seules en vigueur au siège, ce qui ne semble pas être l'intention même des plus ardents défenseurs de la théorie territorialiste.

Il est entendu que le choix général d'un droit national, sans préciser quel corps de règles spécifiques devrait régir la procédure arbitrale, implique une référence aux règles d'arbitrage et non aux règles de procédure civile. Par ailleurs, il est entendu que lorsqu'il y a un choix de règlement d'arbitrage d'une institution et, au même temps, d'un droit national, ce droit national (c'est-à-dire, ces règles d'arbitrage) ne s'appliquera que de manière subsidiaire, lorsque le règlement n'offre pas de solution à la question en cause.

Il est habituel d'entendre de la part des praticiens et des académiciens spécialisés dans l'arbitrage que le procès arbitral appartient aux parties. À notre avis, c'est une maxime qui devrait être respectée et encouragée. Il n'est pas logique que les législateurs, les arbitres et les institutions arbitrales imposent des règles aux parties lorsque ces règles ne forment pas un véritable ordre public international. En n'intégrant pas l'ordre public, elles ne doivent pas être imposées à des procédures non judiciaires, sauf si les parties ont choisi de les intégrer. Ainsi, les parties devraient être libres de choisir soit d'appliquer des règles a-nationales (**6.2.1**), soit un droit autre que celui du siège de l'arbitrage pour régir leur procédure arbitrale (**6.2.2**). Bien que le droit interne soit destiné à réglementer les éléments externes de la procédure arbitrale, il peut aussi, dans certains cas, imposer des règles obligatoires aussi en ce qui concerne ses éléments internes (**6.2.3**).

---

[861] En vertu de l'article V(2)(b) de la Convention de New York l'atteinte à l'ordre public du système juridique du pays d'accueil est un moyen de refus de reconnaissance des sentences arbitrales étrangères.

6.2.1. Le choix d'un corps de règles a-national pour régir la fonction interne du procès arbitral : les règlements des institutions d'arbitrage

En reprenant l'une des conclusions principales de cette étude, le droit a-national – c'est-à-dire celui de sources non étatiques – constitue le droit naturel de l'arbitre en tant qu'autorité juridictionnelle du système d'arbitrage transnational. C'est surtout en matière procédurale que le droit a-national trouve sa manifestation la plus significative. La plupart des corps de règles existants visent à réglementer certains aspects de la procédure arbitrale (telles que les règles sur la production de preuves, les conflits d'intérêts, la représentation des parties et les principes généraux procéduraux). Ces règles, outre qu'elles reflètent la *praxis* arbitrale, sont le fruit d'une communion de volontés de la communauté internationale et leur succès dépend d'un « processus normatif » démocratique et multiculturel.[862]

Nous estimons que ces règles ne doivent pas être considérées comme complémentaires – applicables uniquement en cas de lacunes dans les droits nationaux – mais comme de véritables choix contraignants qui s'appliquent en priorité et impliquent l'écartement de toute autre droit potentiellement applicable.[863] Les règles a-nationales ont comme principaux avantages leur spécialisation extrême, répondant aux besoins de leurs utilisateurs, ainsi que leur révision et transformation rapide, afin de refléter les changements normaux d'une pratique en expansion et en évolution constante. C'est pour cette raison qu'est déconseillé son « organisation » en corps de règles claires et définies, telle que défendue par une partie de la doctrine spécialisée dans la recherche constante

---

862 Il est courant de trouver parmi les praticiens de l'arbitrage ceux qui critiquent l'inclusion excessive de règles issues de traditions de *common law* ou de droit civil (selon leur propre origine) dans des instruments a-nationaux. À notre avis, la pratique de l'arbitrage a maintenant atteint un bon niveau d'équilibre entre les deux traditions, en soulignant l'importance de la procédure écrite – une pratique qui provient des systèmes de droit civil – et d'une production probatoire qui donne un plus grand contrôle et une plus grande flexibilité aux parties (les soustrayant à l'autorité juridictionnelle) – une pratique inspirée des systèmes de *common law*.

863 Contre : MANGE, Flavia Foz. *Processo Arbitral : Aspectos Transnacionais*. São Paulo : Quartier Latin, 2013, p. 198 : « [...] a principal vantagem das normas não estatais é disponibilizar regras supletivas (*default rules*) a que as partes possam recorrer na ausência de regulamentação formal ».

d'uniformité et de prévisibilité.[864] Un tel désir n'est rien d'autre qu'un reflet du positivisme juridique étatique et a pour but ultime la codification du droit de l'arbitrage. L'arbitrage est par nature souple et adaptable aux besoins de chaque cas particulier, bénéficiant des « processus normatifs » moins rigoureux du droit a-national. Il faut se méfier des propositions qui visent à « nationaliser » ou à « judiciariser » le droit a-national.[865]

Le droit des parties de choisir un corps de règles a-national pour régir la fonction interne de la procédure arbitrale – comme les règlements d'arbitrage des institutions arbitrales ou le règlement d'arbitrage de la CNUDCI, ainsi que les corps de règles édités par des associations de classe ou des groupes de praticiens tels que les guides et règles de l'IBA et de la CIArb[866] ou les principes UNIDROIT (appelés « soft law »[867]) – est largement accepté.[868]

---

864 PETROCHILOS, Georgios. *Procedural Law in International Arbitration*. Oxford Private International Law Series. Oxford : Oxford University Press, 2004, p. 215 : « [...] there are at least two considerations to suggest that arbitration rules should not be clogged by detail. First, had the international business and legal community wished for more detailed rules, one expects that the arbitral institutions would have catered for such need. Secondly, the arbitrators are the appointed private judges of the parties, and it is part and parcel of that role that they should, to the extent required and having consulted the parties, adopt specific rules for the conduct of the proceedings, as appropriate and suitable for the case at hand ».

865 LANDAU, Toby. The Regularization of International Commercial Arbitration : Comparative Trends and Tensions, *in* HAMADA, Koich ; MATSUSHITA, Mitsuo ; KOMURA, Chikara (eds.) *Dreams and Dilemas : Seikei University 50th Anniversary International Conference.* Pasir Panjang : Institute of Southeast Asian Studies, 2000, p. 459 : « If the needs of modern commerce are to continue to be served, care must be taken not to harmonize and regularize every commercial technique for dispute resolution to such an extent that it no longer serves its original purpose ».

866 Il s'agit notamment du règlement sur la production des preuves (Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration) et sur les conflits d'intérêts (Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration), tous deux de l'IBA ; la note de la CNUDCI sur l'organisation des procédures d'arbitrage ; le guide sur les preuves d'expertise (Guidelines on the Use of Party Appointed Experts in International Arbitration) de la CIArb ; les principes et règles pour la procédure civile transnationale, édités par l'American Law Institute (ALI) et par UNIDROIT.

867 Pour une étude détaillée sur l'application de la « *soft law* » dans l'arbitrage, voir : ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e Produção de Provas na Arbitragem Internacional*. São Paulo : Atlas, 2014.

868 Henderson confirme la large reconnaissance de ces règles, mais comprend que la dite « *soft law* » ne fait pas partie de la *lex arbitri*, avec laquelle nous ne sommes pas d'accord. Nous considérons que toutes les règles choisies par les parties comme applicables ***à*** l'arbitrage, qu'elles soient d'origine nationale ou des règles a-nationales, font partie de la *lex arbitri*. HENDERSON, Alastair. Lex Arbitri, Procedural Law and the Seat of the Arbitration : Unraveling the Laws of the Arbitration Process. *Singapore Academy of Law Journal*, n. 26, 2014, p. 889.

Au Brésil, bien que faisant exclusivement référence à la procédure, elle trouve son autorisation dans l'article 21 de la Loi d'arbitrage :

> Art. 21 L'arbitrage suit la procédure établie par les parties dans la convention d'arbitrage, qui peut renvoyer aux **règles d'une institution arbitrale ou d'une entité spécialisée,** les parties pouvant déléguer à l'arbitre lui-même ou au tribunal arbitral la règlementation de la procédure.
>
> § 1 S'il n'y a pas de stipulation sur la procédure, ce sera à l'arbitre ou au tribunal arbitral de la déterminer. (...)[869]

C'est ce que prévoit également l'article 1509 du Code de procédure civile français qui dispose que, dans les arbitrages internationaux, « la convention d'arbitrage peut, directement [ce qui implique l'élaboration de règles sur mesure] ou par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles procédurales, régler la procédure à suivre dans l'instance arbitrale ».[870] En l'absence d'une telle disposition, il incombe aux arbitres de le faire, en jouissant de la même liberté que celle qui est garantie aux parties.

Dans le même ordre d'idées, un tribunal arbitral constitué conformément au Règlement d'arbitrage de la CCI, confronté à l'interdiction des conventions juridictionnelles non exclusives prévue à l'article 57 du Code de procédure civile espagnol en vigueur à l'époque, a décidé (malgré une certaine confusion entre le droit applicable à la convention d'arbitrage et à la procédure) que les références aux règles de la CCI « en faisaient la source de droit régissant la convention d'arbitrage, **à l'exclusion de toute autre règle procédurale** ».[871]

---

869 BRÉSIL. Loi d'arbitrage, article 21 (soulignement ajouté).

870 FRANCE. Code de procédure civile, article 1509 : « La convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure, régler la procédure à suivre dans l'instance arbitrale. Dans le silence de la convention d'arbitrage, le tribunal arbitral règle la procédure autant qu'il est besoin, soit directement, soit par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure ».

871 CCI n. 5485 (1987), *Yearbook Commercial Arbitration*, v. 14, 1989, p. 156 (soulignement ajouté).

Cette mise en valeur et reconnaissance prioritaire de l'autonomie de la volonté des parties, en leur laissant une grande liberté pour déterminer la procédure à suivre pour la résolution de leurs différends (ou pour en laisser la règlementation aux arbitres qu'elles ont désignés), confirment l'autonomie des procédures d'arbitrage par rapport aux droits internes.[872]

En outre, il convient de noter que pratiquement tous les règlements, ainsi que les partisans de l'application de règles a-nationales, préconisent une large autonomie des parties pour exclure ou modifier les règles qui seront appliquées à leur procédures arbitrales, en ayant la liberté de créer effectivement une procédure sur mesure qui répond le mieux à leurs besoins (y compris des considérations temporelles, financières, culturelles, etc.) L'autonomie de la volonté pour la définition de la procédure arbitrale compose le principe du procès équitable arbitral.[873]

6.2.2. Le choix d'un droit national distinct de celui en vigueur au siège pour régir les éléments internes du procès arbitral

Une fois établie la possibilité et la validité du choix des parties par des règles a-nationales pour régir les éléments internes de la procédure arbitrale, il faut examiner s'il en va de même pour le choix d'un droit national autre que celui en vigueur au lieu où l'arbitrage a son siège.[874] Avant toute analyse plus approfondie, on peut conclure que, lorsque le recours à des règles a-nationales est autorisé, il n'y a aucune raison d'interdire le

---

872 SERAGLINI, Christophe ; ORTSCHEIDT, Jérôme. *Droit de l'Arbitrage Interne et International.* Paris : Lextenso Éditions, 2013, p. 722.

873 Voir le sous-section 6.4.1 *infra*.

874 Henderson rappelle que la question fait l'objet d'un débat doctrinal disproportionné par rapport à l'importance pratique limitée de la question. Selon l'auteur, il est plus habituel de trouver des exemples liés à des affaires basées dans des États fédéraux, dont les parties choisissent d'appliquer le droit fédéral, écartant le droit étatique « naturellement » applicable. Il est également possible de trouver une situation où les parties sont obligées, pour une raison politique ou économique quelconque, de choisir un siège dont la droit n'est pas jugé adéquat pour réglementer la procédure arbitrale. HENDERSON, Alastair. Lex Arbitri, Procedural Law and the Seat of the Arbitration : Unraveling the Laws of the Arbitration Process. *Singapore Academy of Law Journal*, n. 26, 2014, p. 903.

recours à un droit national autre que celui du siège.[875] Bien que cela semble logique, la doctrine trouve une plus grande opposition concernant la deuxième possibilité.

A titre préliminaire, il est nécessaire d'établir que, selon l'interprétation adoptée dans cette étude, l'indication faite par les parties d'un siège pour leur arbitrage ne peut être considérée ni comme un choix de droit applicable, ni comme un choix de la juridiction étatique subsidiaire ou d'appui. Le choix du siège est simplement le choix de l'État hôte de l'arbitrage et aura pour seule conséquence de déterminer comment le contrôle d'internalisation de la sentence arbitrale sera effectué par le juge étatique. A partir des critères d'internationalité définis par son ordre juridique – celui de réception –, on détermine si la sentence issue de la procédure arbitrale est considérée comme « de droit interne », auquel cas elle est soumise au contrôle de validité dans le cadre d'un recours en annulation ou en recours d'opposition à l'exécution, ou si elle est considérée comme « étrangère », auquel cas elle est soumise au régime de reconnaissance. Cette différenciation découle exclusivement d'un choix législatif de l'État d'accueil, qui choisit d'accorder une plus grande présomption de validité aux sentences arbitrales rendues à la suite d'une procédure d'arbitrage accueillis sur son territoire.

Le caractère éminemment international de l'arbitrage génère une situation où une même affaire peut être connectée à des ordres juridiques différents, dans une mesure plus ou moins grande, selon l'aspect considéré. Pour cette raison, il est courant que la technique du dépeçage soit utilisée pour la détermination du droit applicable à chacun de ses aspects, individuellement. Cela permet d'appliquer le droit le plus approprié à chaque situation, sans qu'il soit nécessaire d'en appliquer à toutes les situations un droit unique.

L'affirmation selon laquelle le fait d'autoriser l'application d'un droit distinct de celui du siège entraînerait une confusion et une complexité inutiles et rendrait l'issue de

---

875 Pour Seraglini et Ortscheidt, les parties jouissent pleinement du droit de choisir n'importe quelle loi (y compris seulement une partie d'une loi nationale) pour régir la procédure arbitrale, aucun lien avec le litige n'étant requis. SERAGLINI, Christophe ; ORTSCHEIDT, Jérôme. *Droit de l'Arbitrage Interne et International*. Paris : Lextenso Éditions, 2013, p. 723 : « Les parties pourront aussi choisir une loi étatique pour régir la procédure arbitrale, et y déroger sur certains points. Le choix de cette loi est totalement libre: il n'est exige aucun lien entre celle-ci et un élément de l'arbitrage ».

l'affaire incertaine manque de sens logique. L'incertitude est inhérente lorsqu'il s'agit d'une forme de résolution de conflits transnationaux, détachée d'un modèle traditionnel de législation étatique – qui, par ailleurs, n'est pas non plus exempt d'incertitudes, surtout lorsqu'il est également placé au niveau international. Certes, la seule façon de neutraliser les incertitudes serait d'adopter un droit unique et uniforme applicable à toutes les questions liées à l'arbitrage.

En outre, il convient d'établir que la doctrine et la jurisprudence sont majoritairement d'accord sur le fait qu'il soit possible de choisir un droit régissant la procédure arbitrale qui soit distinct de celui qui régit le fond du litige ou la clause compromissoire. Les parties sont libres de choisir le même droit ou des droits différents pour chacune de ces situations, si elles le souhaitent.

Les tribunaux anglais, bien qu'ils considèrent que la pratique est complexe et inappropriée, reconnaissent qu'il n'y a, en principe, aucune raison empêchant les parties de soumettent la régulation d'un arbitrage siégé dans un État au droit d'un autre.[876] Cette position de la jurisprudence ne fait que confirmer l'autorisation expresse prévue par le droit anglais.[877] En ce sens, les cours anglais ont décidé dans l'affaire *Union of India* :

> Le fait que le droit de l'Inde soit le droit applicable à la clause compromissoire ne signifie pas nécessairement que le droit applicable à la procédure arbitrale sera également le droit indien, à moins qu'il n'y ait une indication expresse ou implicite à cet effet dans cette clause. [...] les parties [...] sont libres de choisir un droit applicable à leur rapport commercial, un droit applicable à la clause d'arbitrage et un droit applicable à la procédure

---

876 ANGLETERRE, Cour d'appel, 1988, *Naviera Amazonica Peruana SA vs. Compania Internacional de Seguros del Peru*, 1 Lloyd's Rep 116 : « There is equally no reason in theory which precludes parties to agree that an arbitration shall be held at a place or in country X but subject to the procedural laws of Y. The limits and implications of any such agreement have been much discussed in the literature but apart from the decision in the instant case there appears to be no reported case where this has happened. This is not surprising when one considers the complexities and inconveniences which such an agreement would involve ».

877 ANGLETERRE. Loi d'arbitrage de 1996, article 4(5) : « the choice of a law other than the law of England and Wales or Northern Ireland as the applicable law in respect of a matter provided for by a non-mandatory provision of this Part is equivalent to an agreement making provision about that matter ».

> arbitrale. **Les parties peuvent choisir des droits différents pour chacun de ces propos**, du moins en théorie.[878]

Néanmoins, la Cour a estimé que, en l'absence d'indication expresse des parties quant au droit applicable à la procédure, l'élément de connexion le plus étroitement lié serait le siège de l'arbitrage indiqué par les parties :

> Dans le cas où les parties ne choisissent pas expressément le droit procédural qui régira leur arbitrage, les Cours vérifieront si elles ont fait un choix implicite. Si tel est le cas, le fait que les parties aient indiqué le lieu de l'arbitrage est une forte indication que, implicitement, les parties doivent avoir voulu que les lois de ce lieu s'appliquent à la procédure d'arbitrage.[879]

Born estime également que le choix d'un droit national d'une juridiction autre que celle du siège, bien que possible, n'est pas conseillé.[880] Cependant, l'auteur soutient que l'autonomie de la volonté devrait toujours être privilégiée, même si cela puisse causer des inconvénients. Il souligne toutefois que la validité et l'efficacité d'un tel choix dépendront

---

878 ANGLETERRE. Haut Cour, Division de la Reine. *Union of India vs. McDonnell Douglas Corp*. [1993] 2 Lloyd's Rep 48 at 50 (soulignement ajouté). Traduction libre de l'original : « The fact that the law of India is the proper law of the arbitration agreement does not, however, necessarily entail that the law governing the arbitration proceedings themselves is also the law of India, unless there is in that agreement some effective express or implied term to that effect. […] the parties […] may make a choice of a law to govern their commercial bargain, of a law to govern their arbitration agreement, and of a law to govern the procedures in any arbitration held under that agreement. In theory at least […] the parties could choose a different law for each of these purposes ».

879 ANGLETERRE. Haut Cour, Division de la Reine. *Union of India vs. McDonnell Douglas Corp*. [1993] 2 Lloyd's Rep 48 at 50. Traduction libre de l'original : « [I]f the parties do not make an express choice of procedural law to govern their arbitration, the Court will consider whether they have made an implicit choice. In these circumstances the fact that the parties have agreed to a place for the arbitration is a very strong pointer that implicitly they must have chosen the laws if that place to govern the procedures of the arbitration ». Dans le même sens : ANGLETERRE. *Channel Tunnel Group Ltd vs. Balfour Beatty Construction Ltd* [1993] 1 AC 334 at 375A–358A (« Certainly there may sometimes be an express choice of a curial law which is not the law of the place where the arbitration is to be held: but in the absence of an explicit choice of this kind, or at least some very strong pointer in the agreement to show that such a choice was intended, the inference that the parties when contracting to arbitrate in a particular place consented to having the arbitral process governed by the law of that place is irresistible ») ; Sentence Arbitrale *Ad Hoc*, 15 mars 1963, *Sapphire International Petroleum Ltd. vs. National Iranian Oil Co*.

880 BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. La Haye : Kluwer Law International, 2009, p. 1309.

de l'autorisation du droit national du siège.[881] Cela signifie, comme conséquence logique, que le droit du siège s'appliquera, que les parties le veuillent ou pas, ne serait-ce que pour autoriser et rendre valide à un plus large degré l'autonomie de la volonté des parties.[882]

La pratique montre cependant que cela peut être la volonté des parties. Dans une analyse empirique des arbitrages soumis à la CCI pendant les années 1992 à 1994, Dominique Hascher, ancien secrétaire général adjoint auprès du Secrétariat de la CCI, signale trois affaires où les parties ont choisi dans leur contrat un droit procédural différent de celui en vigueur au siège de l'arbitrage. Dans la première, les parties ont désigné le droit français pour un arbitrage siégé à Montréal ; dans la seconde, le droit anglais pour un arbitrage siégé à Manille ; et dans la troisième, le même droit pour un arbitrage siégé à Dhaka.[883]

Le débat doctrinal trouve une plus grande force en ce qui concerne les conséquences du choix d'un droit autre que celui du siège. On se demande si un tel choix modifierait également la juridiction des tribunaux compétents pour le recours en annulation de la sentence arbitrale, si seuls les tribunaux du siège seraient compétents, ou si le recours pourrait être portée devant l'une de ces juridictions, créant ainsi des compétences concurrentes entre elles.[884] La question invoque l'un des principaux paradoxes qui imprègnent l'arbitrage, puisque les parties qui ont librement choisi de résoudre leurs

---

881 BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. La Haye : Kluwer Law International, 2009, p. 1311.

882 Le Règlement d'Arbitrage de la LCIA, par exemple, conditionne le choix du droit applicable à l'arbitrage par les parties à l'autorisation donnée par la loi du siège. Voir : LCIA. Règlement d'arbitrage, article 16(4) : « Subject to Article 16.5 below, the law applicable to the Arbitration Agreement and the arbitration shall be the law applicable at the seat of the arbitration, unless and to the extent that the parties have agreed in writing on the application of other laws or rules of law and such agreement is not prohibited by the law applicable at the arbitral seat ».

883 HASCHER, Dominique T. The Law Governing Procedure : Express or Implied Choice by the Parties – Contractual Practice, *in* VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.). Planning Efficient Arbitration Proceedings : The Law Applicable in International Arbitration. *ICCA Congress Series*, v. 7. Vienna : Kluwer Law International, 1994, p. 326.

884 GHARAVI, Hamid G. *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award*. La Haye : Kluwer Law International, 2002, par. 174.

conflits par voie d'arbitrage se retrouvent liées par les décisions d'un tribunal étatique, dont elles ont décidé de déroger à la compétence en premier lieu.

La Haute Cour anglaise, dans l'affaire *Black Clawson,*[885] a estimé que le choix d'un autre droit devait être compris de manière restrictive, sinon elle accorderait aux tribunaux anglais le pouvoir d'agir même si l'arbitrage était siégé à Zurich.

Pour Bermann, la simple existence de ce doute décourage le choix d'un droit autre que celui en vigueur au siège de l'arbitrage.[886] L'auteur indique qu'il n'y aurait aucun sens à ce que les parties renoncent au droit procédural du siège lorsqu'elles choisissent un autre droit pour réguler la procédure et que, dans le même temps, toute annulation se fera devant les tribunaux de cette juridiction.[887]

Toutefois, à notre avis, le choix d'un droit procédural national n'implique pas l'attribution de juridiction aux tribunaux de ce pays. Nous réitérons l'importance de distinguer les fonctions internes et externes de la procédure arbitrale, l'appui judiciaire étant inclus dans les fonctions externes dernier.[888] Comme ils concernent le juge du for, les éléments extérieurs se heurtent à des questions de souveraineté et sont inclus dans les questions qui font partie de la fraction de pouvoir souverain gardée par l'État et non

---

885 ANGLETERRE. Haute Cour, Division de la Reine. *Black Clawson International Ltd. vs. Papierwerke Waldhof Aschaffenburg AG*, [1981] 2 Lloyd's Rep 446 : « Common sense suggests this provision cannot have been intended to apply the whole of the 1950 Act to an arbitration which was from the outset designed to take place abroad. For otherwise, the arbitrators would have been obliged to state a special case from their Zürich arbitration to the English Court; and the latter Court would have had the power to set aside or remit the award, and to make interlocutory orders for discovery, security for costs, interim preservation and so on; all in potential conflict with the powers exercisable by the local Court. Such a result would be absurd ».

886 BERMANN, George A. International Arbitration and Private International Law : General Course on Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law,* v. 381, 2016, p. 213.

887 *Ibidem*, p. 214.

888 HENDERSON, Alastair. Lex Arbitri, Procedural Law and the Seat of the Arbitration : Unraveling the Laws of the Arbitration Process. *Singapore Academy of Law Journal*, v. 26, 2014, p. 906 : « In summary, it confirms that whilst parties can validly contract out of many of the procedural aspects of that law, choosing instead to apply the procedural rules of a foreign *lex arbitri*, they cannot derogate with similar ease from the "external" aspects of the *lex arbitri* at the seat of arbitration, either as regards the connection between the arbitration and the national courts at the seat or as regards any other mandatory aspects of the law and public policy of the seat ».

reconnue à l'arbitre. En outre, l'intervention des tribunaux étatiques pendant la procédure arbitrale devrait être minimale, uniquement pour garantir le respect de l'ordre public transnational. Le rôle des tribunaux nationaux devrait se limiter au contrôle de l'autorisation accordée pour que la sentence arbitrale puisse produire ses effets sur leur territoire, comme l'a décidé la Cour de justice de l'Ontario dans l'affaire *Noble China,* en déclarant qu'« aucune question soumise à l'arbitrage ne peut faire l'objet d'une procédure judiciaire autre que la procédure d'exécution de la sentence arbitrale ».[889] Par conséquent, d'un point de vue théorique, on ne peut pas dire qu'il est impossible – ou même inapproprié – pour les parties de choisir un droit procédural différent de celui en vigueur au siège de l'arbitrage.

Pour conclure, une proposition intéressante à noter est celle de Petroquilos, pour qui la question est abordée de manière inversée. L'auteur estime que le point central de la question ne devrait pas être la détermination de la *lex arbitri*, mais plutôt du *forum arbitri*, c'est-à-dire des tribunaux compétents pour analyser la validité de la sentence arbitrale.[890] Bien qu'il s'agisse d'une manière intéressante de réduire l'importance de la *lex arbitri*, à notre avis, les questions sont indépendantes et doivent être dissociées, n'existant pas de relation de présupposition entre l'une ou l'autre.

---

889 CANADÁ. Cour de justice de l'Ontario, 2 nov. 1988, *Noble China Inc vs. Lei Kat Cheong* : « No matter which is to be arbitrated is to be the subject matter of any court proceeding other than a proceeding to enforce the arbitration award ».

890 PETROCHILOS, Georgios. *Procedural Law in International Arbitration*. Oxford Private International Law Series. Oxford : Oxford University Press, 2004, p. 20 : « although useful points will be found in both localization and delocalization, neither theory fully accounts for the current state of arbitration practice, meaning both the legislative practice of states and arbitral practice […]. The flaw in most (though not all) of the suggested approaches on how to determine, explain, or justify the *lex arbitri*, is that they set out to determine the *law* applicable to the arbitration, whereas one should be looking at the most appropriate *court* competent to supervise and assist the arbitral process. One's point of departure should be, if a term may be coined, the *forum arbitri*, not the *lex arbitri* ».

6.2.3. Les dispositions d'application immédiate comme limite à l'autonomie des parties dans la détermination du droit applicable aux éléments internes du procès arbitral

Étant donné que les éléments intégrant la fonction interne de la procédure arbitrale s'adressent aux parties et aux arbitres, il n'y a pas de place – ou il ne devrait pas y en avoir – pour l'imposition de règles impératives par l'ordre juridique national du siège.

Même ceux qui pensent que la théorie de la délocalisation n'a pas trouvé d'écho dans la pratique de l'arbitrage admettent qu'elle a eu une certaine influence sur les arbitrages contemporains, en se fondant sur la promotion de l'idée que « les ordres nationaux devraient être permissifs, non interventionnistes et devraient respecter l'autonomie des parties chaque fois que cela est possible ».[891] La théorie de la délocalisation a fait naître l'idée que les États nationaux devraient être plus flexibles et exercer un contrôle minimal sur les arbitrages en général, à l'exception toutefois de leur droit d'exiger le respect de leurs règles d'application immédiate.

Bien qu'ils reconnaissent une grande souplesse dans la conduction de la procédure arbitrale et la liberté des parties de la déterminer, plusieurs règlements et législations nationaux reconnaissent encore ce rôle au droit du siège. Le commentaire analytique de la CNUDCI sur le projet de l'époque de la Loi type va dans ce sens :

> « Le paragraphe (1) garantit la liberté des parties de déterminer les règles selon lesquelles la méthode de règlement des litiges qu'elles ont choisie sera mise en œuvre. Cela leur permet d'adapter les règles à leurs besoins et souhaits spécifiques... La liberté des parties n'est soumise qu'aux dispositions de la loi type, c'est-à-dire à ses dispositions d'application immédiate ».[892]

---

891 HENDERSON, Alastair. Lex Arbitri, Procedural Law and the Seat of the Arbitration : Unraveling the Laws of the Arbitration Process. *Singapore Academy of Law Journal*, v. 26, 2014, p. 896.

892 CNUDCI. Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration UN Doc A/CN.9/264, 25 mars 1985, pp. 44-45. Traduction libre de l'original : « Paragraph (1) guarantees the freedom of the parties to determine the rules on how their chosen method of dispute

Un exemple de règle concernant la fonction interne de la procédure arbitrale qui ne permet pas de dérogation par les parties est le fait d'imposer une langue spécifique pour les arbitrages ayant pour partie des entités de l'administration publique. Au Brésil, c'est le cas du chapitre III du Décret 10.025 de 2019, qui réglemente l'arbitrage dans le secteur portuaire et des transports dans les affaires impliquant l'administration publique, qui réglemente de manière détaillée les éléments de la fonction interne de la procédure arbitrale.[893] Cependant, une telle législation est rare et ne s'appliquent généralement qu'aux arbitrages pour lesquels l'État législateur estime nécessaire de réguler avec plus de prudence, comme c'est le cas des litiges impliquant des entités de l'administration publique. Dans de tels cas, selon l'État brésilien, l'autonomie de la volonté des entités privées sera limitée en faveur de ce que le législateur entend comme étant d'intérêt public.

6.3. Le droit applicable aux éléments externes : le point de vue du juge étatique

Les éléments qui constituent la *fonction externe* de la procédure arbitrale comprennent : (i) la répartition de la juridiction entre l'arbitre et le juge, fondée sur l'application du principe compétence-compétence ; (ii) l'assistance judiciaire pour la constitution du tribunal arbitral, y compris la nomination, la destitution ou le remplacement de l'arbitre ; (iii) l'assistance judiciaire pour obtenir des mesures conservatoires pré-

---

settlement will be implemented. This allows them to tailor the rules according to their specific needs and wishes… The freedom of the parties is subject only to the provisions of the model law, that is, to its mandatory provisions ».

893 Voir, par exemple, BRÉSIL, Décret n° 10.025, du 20 septembre 2019, article 3, qui prévoit l'arbitrage pour régler les litiges impliquant l'administration publique fédérale dans les secteurs du transport portuaire et routier, ferroviaire, fluvial et aéroportuaire : « Artigo 3º A arbitragem de que trata este Decreto observará as seguintes condições: I - será admitida exclusivamente a arbitragem de direito; II - as regras de direito material para fundamentar a decisão arbitral serão as da legislação brasileira; III - a arbitragem será realizada na República Federativa do Brasil e em língua portuguesa; IV - as informações sobre o processo de arbitragem serão públicas, ressalvadas aquelas necessárias à preservação de segredo industrial ou comercial e aquelas consideradas sigilosas pela legislação brasileira; V - a arbitragem será, preferencialmente, institucional; VI - uma câmara arbitral previamente credenciada pela Advocacia-Geral da União deverá ser escolhida para compor o litígio; e VIII - a decisão administrativa contestada na arbitragem deverá ser definitiva, assim considerada aquela insuscetível de reforma por meio de recurso administrativo. § 1º Exceto se houver convenção entre as partes, caberá à câmara arbitral fornecer o acesso às informações de que trata o inciso IV do caput. § 2º Fica vedada a arbitragem por equidade. § 3º Observado o disposto no inciso V do caput, será admitida a opção pela arbitragem ad hoc, desde que devidamente justificada ».

arbitrales ou pour le soutien à l'arbitrage ; (iv) l'assistance judiciaire en matière de preuve ou de « *discovery* » ; (v) le contrôle judiciaire – lorsque possible – des sentences arbitrales ; (vi) le contrôle judiciaire des sentences arbitrales dites « internes », notamment dans le cadre d'un recours en annulation ou en opposition à l'exécution ou dans le cadre de la reconnaissance des sentences arbitrales dites « étrangères ».[894]

Il convient donc de noter que tous les éléments externes de la procédure arbitrale ont en réalité **le juge étatique comme destinataire de la norme**. Comme le juge étatique est le destinataire de la norme, l'application du droit du for – véritable *lex fori* et non *lex arbitri* – à de telles questions retrouve du sens. En effet, le droit naturel du juge étatique est le droit de son for. Dans ce cas, l'action du juge étatique concerne la réception dans son ordre juridique d'un acte juridictionnel d'une autorité étrangère (c'est-à-dire l'arbitre). Le juge étatique n'agit que lorsqu'il reçoit en retour la juridiction – qui, pour la solution définitive du litige, appartient à l'arbitre – soit de manière précaire en raison de l'indisponibilité de l'arbitre ou de l'absence de pouvoirs de l'arbitre pour trancher une certaine question, soit de manière définitive après le dessaisissement de l'arbitre avec le prononcé de la sentence arbitrale.[895] Ces procédures, bien que se déroulant à des niveaux différents, partagent la même fonction : permettre à une décision juridictionnelle d'une autorité qui ne fait pas partie de sa propre juridiction de s'intégrer et de produire des effets dans la juridiction d'accueil.

La conséquence la plus importante de l'application d'une approche territorialiste aux éléments de la fonction externe de la procédure est peut-être la juridiction reconnue aux tribunaux du siège pour l'action en annulation de la sentence arbitrale, compte tenu du fait qu'une telle sentence aura véritablement des effets transnationaux en vertu de l'article V de la Convention de New York. En d'autres termes, une sentence judiciaire véritablement interne – par exemple, la décision d'annuler une sentence arbitrale

---

894 BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. La Haye : Kluwer Law International, 2009, p. 1241.

895 Pour une analyse approfondie de l'alternance de juridiction entre l'arbitre et le juge étatique, voir le Chapitre 1, sous-section 1.2.3.2, *supra*.

rendue par un juge national – rendra impossible l'exécution de cette sentence par la partie qui a gagné l'arbitrage dans la plupart des juridictions signataires de la Convention.

En revenant à l'idée que l'autorisation donnée aux parties de régler certains litiges privés par voie d'arbitrage découle d'une option faite par l'État-nation, qui choisit de renoncer à une partie de son monopole juridictionnel sur ces litiges en particulier,[896] il est logique de conclure qu'*a contrario*, toutes les questions pour lesquelles la juridiction du juge étatique a été conservée intègrent la portion du pouvoir souverain sauvegardée par l'État-nation.

Ainsi, le fait que le recours en annulation d'une sentence arbitrale se déroule au siège et qu'il soit régi par le droit du siège n'est qu'une manifestation de la souveraineté de l'État dans le sens où il conditionne l'efficacité des actes juridiques étrangers sur son territoire. La procédure d'*exequatur* sert à permettre aux différents ordres juridiques étatiques de vérifier si, selon leur propre ordre juridique, cette décision étrangère peut produire des effets sur leur territoire.

Considérant, d'une part, que les sentences considérées comme « internes » (celles rendues au siège) ne sont pas soumises aux procédures d'exequatur pour produire d'effets au siège et, d'autre part, que les moyens de nullité de la sentence arbitrale sont limités aux questions de procédure – à l'exception de la violation à l'ordre public –, la sentence non contestée produira des effets dans cette juridiction. Il est important de rappeler que la présomption d'efficacité de la sentence « interne » requiert le comportement pacifique de la partie perdante qui, en ne contestant pas la validité ou le caractère exécutoire de la sentence, en accepte l'exécution. En d'autres termes, c'est une autre manifestation d'un large respect de l'autonomie de la volonté.

---

[896] NIBOYET, Jean-Paulin. *Traité de Droit International Privé Français*. Paris : Recueil Sirey, 1949, 6 v, p. 135 : « L'arbitre rend la justice ; or rendre la justice est toujours une émanation de la souveraineté locale. Chaque pays décide à quelles conditions la justice arbitrale peut être rendue sur son territoire et faire échec à la compétence de ces tribunaux. Les arbitres rendent alors la justice par délégation du souverain territorial (…) ».

Toutefois, il est compréhensible que les juridictions dans lesquelles la reconnaissance d'une sentence arbitrale est demandée soient autorisées à ne pas reconnaître une sentence annulée par les tribunaux de son siège. Cela à pour point de départ la supposition que ces tribunaux sont les mieux placés pour vérifier si les exigences procédurales – ou matérielles, lorsque l'ordre public est en jeu – essentielles à la validité d'une procédure arbitrale et, par conséquent, à sa sentence ont été respectées.

Compte tenu de cette complexité des facteurs, et considérant que les moyens d'annulation et de la reconnaissance sont très similaires, ne serait-il pas plus raisonnable que chaque juridiction procède à sa propre analyse de validité en fonction de ses valeurs et de ses règles ? Ceux qui prétendent que cela ne ferait que créer une situation de plus grande incertitude juridique ne tiennent certainement pas compte du fait que, dans la pratique, c'est ce qui se passe avec les sentences qui ne sont pas annulées dans la juridiction d'origine. Le résultat pratique serait donc le même. Et le degré de (in)sécurité juridique serait le même si l'on considère que dans les situations transnationales, il y aura toujours un certain degré d'incertitude.

Trois solutions sont communément proposées par la doctrine : maintenir le contrôle au siège, mais reconnaître la possibilité de reconnaissance des sentences y annulées par les tribunaux d'autres juridictions[897] ; modifier le *locus* de contrôle du siège aux tribunaux d'exécution, ou créer un tribunal international pour centraliser le contrôle de la validité de la sentence arbitrale. Cette dernière option étant une véritable chimère, vu l'état actuel de développement de l'arbitrage international, nous considérons que la première solution semble la plus satisfaisante.

Ainsi, en l'absence d'un tribunal international centralisant la vérification de la validité des sentences arbitrales, dans un souci de praticabilité et même de justice, les tribunaux étatiques du siège sont considérés comme les mieux placés pour décider de

---

897 BELLET, Pierre ; METZGER, Ernst. L'arbitrage international dans le Nouveau code de procédure civile. *Revue Critique de Droit International Privé*, 1981, p. 649 : « the decision of a foreign judge setting aside an award would have, for a French judge, only the value of a data point [*une information*] with respect to the foreign law, which might become useful in the event that a rule of conflicts should make that law applicable) ».

l'annulation éventuelle d'une sentence arbitrale – comme le souligne Park, la partie perdante ne peut pas imposer la charge de prouver la corruption d'un arbitre dans toutes les juridictions où la partie gagnante a des biens.[898] Ce qui ne peut pas être admis, si tel est le cas et pour admettre que ladite décision d'annulation puisse produire des effets extraterritoriaux, c'est que cela soit fait sur la base exclusive de son ordre juridique interne. Si l'objectif est de parvenir à une justice dotée de finalité – même si au détriment de l'uniformité des résultats – il est nécessaire que l'analyse de la validité d'une sentence arbitrale par les tribunaux étatiques, qui aura des effets transnationaux, se fasse sur la base de règles transnationales. Même si cela représente la nécessité de soumettre la sentence arbitrale rendue au siège à un processus d'homologation (qui peut être simplifié et inclus dans la procédure qui analyse sa validité), celui-ci pouvant être fait à la lumière du droit interne. Ce n'est que de cette manière qu'il sera possible d'assurer la nécessaire distanciation entre l'arbitrage et les ordres nationaux et de transformer le système d'arbitrage en un système véritablement transnational.

6.4. Le contenu du droit applicable à la procédure arbitrale transnational

En suivant la logique précédemment expliquée, il est à noter que l'autonomie de la volonté est le principe maximal également en ce qui concerne la régulation de la procédure arbitrale, au moins en ce qui concerne ses éléments internes. Dans un parallélisme avec ce qui se passe dans la procédure civile, les utilisateurs de la procédure arbitrale doivent respecter les principes fondamentaux destinés à protéger les garanties indispensables accordées aux parties. Par conséquent, nous présenterons dans un premier temps le contenu des principes fondamentaux de la procédure arbitrale transnationale auxquels toutes les parties sont tenues (**6.4.1**), puis d'autres principes communément appliqués à la résolution des questions fréquemment rencontrées dans les procédures d'arbitrage (**6.4.2**).

---

[898] SERAGLINI, Christophe; ORTSCHEIDT, Jérôme. *Droit de l'Arbitrage Interne et International.* Paris : Lextenso Éditions, 2013, p. 721.

6.4.1. Les principes fondamentaux de la procédure arbitrale transnationale

La procédure arbitrale, ainsi que la procédure judiciaire, est guidée par le principe du respect du procès équitable – considéré comme un principe fondamental de la justice – qui, en raison de sa large reconnaissance, intègre l'ordre public transnational.[899]

Par ailleurs, comme dans la procédure judiciaire, les principes qui garantissent le respect de l'égalité et de la parité des armes entre les parties, d'un exercice de la défense effectif, de l'indépendance et l'impartialité du juge, de l'accès à la protection juridictionnelle, comme on le verra plus en détail ci-dessous, intègrent le procès équitable. Toutefois, en ce qui concerne spécifiquement l'arbitrage, l'autonomie de la volonté s'y intègre également, puisque essentielle pour l'existence même de l'arbitrage.[900] C'est essentiellement ce qui distingue la procédure arbitrale de la procédure judiciaire.

La large reconnaissance de l'autonomie de la volonté ne signifie pas que l'accord des parties soit nécessaire pour résoudre une quelconque question procédurale. L'arbitre se voit garantir une certaine discrétion, qui lui permettra d'accomplir efficacement sa mission. Dans le cas échéant, il sera pris en otage par la partie qui s'oppose à la décision et la procédure risque d'être paralysé. Dans ces cas, le principe de l'efficacité de la protection juridictionnelle prime sur l'autonomie de la volonté. Néanmoins, on peut dire qu'en dernière instance – considérant que la reconnaissance du pouvoir juridictionnel de l'arbitre découle de la volonté des parties – cela représente une plus large appréciation

---

899 TIBURCIO, Carmen. A arbitragem como meio de solução dos litígios comerciais internacionais envolvendo o petróleo e uma breve análise da cláusula arbitral da sétima rodada de licitações da ANP. *in* TIBÚRCIO, Carmem. *Temas de Direito Internacional*. Rio de Janeiro : Renovar, 2006, p. 90.

900 PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo Arbitral e Sistema*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 106 : « Mais uma vez nota-se o quão presente é o princípio arbitral da autonomia da vontade, ao se expandir para o procedimento, ditando e integralizando o próprio conceito de devido processo legal » ; Contre : ALVES, Rafael Francisco. O Devido Processo Legal na Arbitragem, *in* JOBIM, Eduardo ; MACHADO, Rafael Bicca (coord.) *Arbitragem no Brasil : Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo : Quartier Latin, 2008, p. 389 (« O devido processo legal insere-se justamente neste contexto de imperativos de ordem pública situados dentro da esfera de disponibilidade de direitos, como limite ao exercício da autonomia privada »).

de l'intention *commune* des parties – et non la volonté individuelle d'une seule d'entre elles.[901]

Bien que les droits nationaux reconnaissent une portée et un contenu différents de ce qu'ils considèrent comme étant le procès équitable, nous pensons qu'en droit de l'arbitrage transnational, le principe du procès équitable peut être divisé en deux grands sous-principes : celui du contradictoire et celui de l'ordre public dans sa dimension procédurale. Ces principes constituent ce qu'on appelle le noyau dur du procès équitable, commun à la plupart des ordres juridiques nationaux, dont le non-respect peut entraîner l'annulation ou la non-reconnaissance de la sentence arbitrale.

De manière non exhaustive, en ce qui concerne le principe du contradictoire, sont inclus dans la liste des droits de la partie : (i) le droit d'être informé dès le début de l'existence et de la convocation à participer à l'arbitrage, par la notification de l'acte qui a initié la procédure (généralement, ce qu'on appelle la demande d'arbitrage)[902] ; (ii) le droit d'être entendu et de se voir garantir une large contradictoire, qui comprend le droit d'être informé de tous les actes de la procédure, même en cas de défaut (dans ce cas, le défaut n'entraîne pas automatiquement l'acceptation des arguments de la partie demanderesse, et l'arbitre doit les analyser et vérifier si les moyes de fait et de droit justifient l'acceptation des demandes)[903] ; (iii) le droit de connaître les arguments et les preuves de la partie

---

901 KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Qui contrôle l'arbitrage ? Autonomie des parties, pouvoirs des arbitres et principe d'efficacité, *in Liber Amicorum Claude Reymond : Autour de L'Arbitrage*. Mélanges Offertes à Claude Reymond. Paris : Litec, 2004, p. 154 ; PINSOLLE, Philippe ; KREINDLER, Richard. H. Les limites du rôle de la volonté des parties dans la conduite de l'instance arbitrale. *Revue de l'Arbitrage*, 2003, p. 44.

902 La plupart des ordres juridiques n'imposent pas de forme spécifique pour cette notification. Au Brésil, la pleine validité de la simple notification par courrier a été reconnue. Dans ce sens, voir : ZIADE, Daniela Farah *et. al. Pesquisa de Jurisprudência CBAr et ABEARB*. Relatório do Tema: Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira, 2016, pp. 34-36. Disponible à l'adresse suivante : <http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2018/04/6-relatoriohomologacacc83o-de-sentenccca7asarbitrais-estrangeiras-03-08.pdf>. Accès le 9 janv. 2021.

903 La validité de l'arbitrage en cas de défaut de la partie défenderesse est largement reconnue. Pour tous, voir : CNUDCI. Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985, avec les amendements adoptés en 2006, article 25 (« Défaut d'une partie Sauf convention contraire des parties, si, sans invoquer d'empêchement légitime, a) Le demandeur ne présente pas sa demande conformément à l'article 23-1, le tribunal arbitral met fi n à la procédure arbitrale; b) Le défendeur ne présente pas ses défenses conformément à l'article 23-1, le tribunal arbitral poursuit la procédure arbitrale sans considérer ce défaut en soi comme une acceptation des allégations du demandeur; c) L'une des parties

adverse et de pouvoir y répondre ; (iv) le droit de participer à l'administration des preuves (y compris les expertises[904]) et d'accompagner le déroulement de la procédure arbitrale ; (v) le droit d'être informé rapidement du prononcé et du contenu de la sentence ou des autres décisions rendues par le tribunal arbitral. En même temps, le tribunal arbitral est tenu de veiller à ce que les parties soient pleinement informées des décisions, écrits et documents présentés au cours de la procédure, d'accorder aux parties le droit d'exprimer leurs vues sur les questions sur lesquelles le tribunal peut juger nécessaire de le faire, évitant ainsi d'agir *ex officio* sur des questions qui n'ont pas fait l'objet du contradictoire, et d'éviter, dans la mesure du possible, les communications *ex parte*.

En ce qui concerne l'ordre public dans sa dimension procédurale, quatre droits majeurs sont garantis aux parties. Le premier, le droit à l'égalité de traitement. Comme l'a décidé la Cour d'appel de Paris, l'égalité des parties implique « l'égalité des armes qui représente un élément de la notion de procès équitable protégé par l'ordre public international, implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause, dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire ».[905] Le second, la protection des droits de la défense et la célérité de la procédure, y compris le droit à un tribunal indépendant et impartial.[906] Le troisième, impose aux parties un principe de loyauté procédurale ;

---

omet de comparaître à l'audience ou de produire des documents, le tribunal arbitral peut poursuivre la procédure et statuer sur la base des éléments de preuve dont il dispose »).

904 La jurisprudence française réserve que, même si le droit de participer aux actes d'expertise est reconnu aux parties, leur absence n'est pas, en soi, suffisante pour l'annulation de la sentence, à condition que le contradictoire sur le rapport d'expertise ait été dûment observé. Voir : FRANCE. Cour d'appel de Paris, 6 fév. 1997, *Revue de l'Arbitrage*, 1997, p. 556, note de Pierre Mayer : « l'absence d'une des parties aux opérations d'expertise arbitrale n'est pas à elle seule susceptible de donner lieu à annulation de la sentence lorsque le rapport a bien été soumis à une discussion contradictoire ».

905 FRANCE. Cour d'appel de Paris, 12 juin 2003, *Citel vs. Mungovan*, *Revue de l'Arbitrage*, 2004, p. 897, note de Denis Bensaude, pp. 898-905.

906 CONSEIL DE L'EUROPE. Convention européenne des droits de l'homme, article 6(1) : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès

l'arbitrage ne peut être efficace si les parties agissent de manière déloyale pendant la procédure arbitrale.[907] Ainsi, les parties doivent toujours agir de bonne foi, en s'abstenant d'agir contre leurs propres actes (interdiction du *venire contra factum proprium*) ou de se livrer à des tactiques perturbatrices (dites de guérilla), qui peuvent retarder indûment la procédure ou compromettre la validité de la sentence arbitrale.[908] Le quatrième, exclusif aux cas où il existe un tribunal arbitral collégial, impose aux arbitres le devoir de respecter la collégialité des délibérés et des décisions, à l'exception des pouvoirs de l'organisation et de la conduite de la procédure reconnus au président du tribunal. Ce principe reflète également le devoir de ne pas déléguer les pouvoirs inhérents des arbitres à des tiers.[909]

Le respect du procès équitable est une condition de la validité de l'arbitrage, étant reconnu par les principaux corps normatifs, tels que la Loi type de la CNUDCI, par

---

l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice » ; Sur le sujet, voir : MOURRE, Alexis. La loi française d'arbitrage vis-à-vis de la Convention européenne des droits de l'homme. *Cahiers de l'Arbitrage*, vol. 1, Gaz. Pal, 2002, p. 22 ; KURKELA, Matti S. ; TURUNEN, Santtu. *Due Process in International Commercial Arbitration*. 2e éd. Oxford : Oxford University Press, 2010, p. 109 (« The fairness of the mechanism of constituting the panel is also an independent due process requirement. If the mechanism is very unbalanced, the agreement might not be equitable and it might be considered unreasonable from the point of view of one of the parties ») ; FICHTNER, José Antonio ; MANNHEIMER, Sergio Nelson ; MONTEIRO, André Luís. *Novos Temas de Arbitragem*. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p. 53 (« Aliás, a imparcialidade do árbitro e a autonomia privada integral o rol dos princípios mais caros da disciplina arbitral »). Contre : ALVES, Rafael Francisco. O Devido Processo Legal na Arbitragem, *in* JOBIM, Eduardo ; MACHADO, Rafael Bicca (coord.) *Arbitragem no Brasil : Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo : Quartier Latin, 2008, p. 394 (« a imparcialidade não integra o devido processo legal simplesmente porque não diz respeito ao processo arbitral e sim à escolha dos árbitros, à possibilidade de ser ou não árbitro em determinada controvérsia, o que está inteiramente na esfera da autonomia privada »).

907 SERAGLINI, Christophe ; ORTSCHEIDT, Jérôme. *Droit de l'Arbitrage Interne et International*. Paris : Lextenso Éditions, 2013, p. 734 ; DERAINS, Yves. Les nouveaux principes de procédure : confidentialité, célérité, loyauté, *in* CLAY, Thomas (coord.). *Le Nouveau Droit Français de l'Arbitrage*. Paris : Lextenso, 2011, p. 91.

908 Le principe de la bonne foi a été reconnu dans les affaires CCI n° 3896, *Journal de Droit International*, v. 110, 1992, p. 914, et CCI n° 6632 (non rapporté).

909 Après la découverte d'un rôle important délégué au secrétaire administratif du tribunal arbitral dans l'élaboration de la sentence rendue dans la célèbre affaire *Yukos*, les limites d'une telle délégation de pouvoir et de la mission des arbitres à des tiers ont été beaucoup discutées. Pour un guide sur les limites des actions des secrétaires d'arbitrage, voir : ICCA, ICCA Reports n. 1, *Young ICCA on Arbitral Secretaries*, disponible à l'adresse suivante : < https://www.arbitration-icca.org/icca-reports-no-1-young-icca-guide-arbitral-secretaries > Accès le 28 janv. 2021.

son article 18, et la Convention de New York, qui inclut dans la liste des moyens de non reconnaissance dans son article V, les hypothèses de violation du procès équitable.[910]

6.4.2. D'autres principes en vigueur dans les procédures d'arbitrage transnational

À un deuxième niveau hiérarchique, on trouve des règles procédurales qui guident la résolution des questions qui se posent communément dans les arbitrages. Ces principes servent de guide au tribunal, mais rien n'empêche les parties d'y déroger en prévoyant des règles dans un autre sens. Ils ne font pas partie du noyau dur des principes de procédure transnationaux qui doivent être respectés, sous peine de nullité de la sentence arbitrale.

Bien que les principes qui s'appliquent à la procédure arbitrale soient largement reconnus, et donc que sa disposition expresse ne soit pas essentielle, il est recommandé que l'arbitre établisse toutes les règles de procédure qui seront appliquées – en l'absence de définition par les parties elles-mêmes ou dans les règlements adoptés – dans un document non signé par les parties, afin de pouvoir, le cas échéant, les modifier sans être confronté aux contestations de la partie qui s'oppose au changement (bien entendu, le pouvoir discrétionnaire accordé à l'arbitre ne doit pas ignorer complètement la volonté *commune* des parties, mais doit être exercé lorsque cela est nécessaire pour lui permettre d'accomplir sa mission efficacement).[911]

Afin d'éviter les situations de déni de justice, le pouvoir de l'arbitre d'accorder des mesures provisoires est un principe internationalement reconnu, tant dans l'arbitrage commercial qu'en droit international public. En corollaire du principe de bonne foi, les

---

910 CNUDCI. Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985, avec les amendements adoptés en 2006, article 18 : « Les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits » ; CNUDCI. Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York), article V.

911 HASCHER, Dominique. Principes et Pratique de Procédure dans l'Arbitrage Commercial International, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 279, 1999, p. 112.

parties ont le devoir d'obéir et d'exécuter les ordres provisoires rendues par l'arbitre, comme a été reconnu dans l'arbitrage d'investissement *Pey Casado*.[912]

En ce qui concerne la production de preuves, le principe le plus important – applicable non seulement dans les arbitrages, mais reconnu par la plupart des systèmes juridiques – fait référence à la charge de la preuve et suit l'adage romain *ei incumbit probatio*, *qui dicit, non qui negat* (c'est celui qui réclame, et non celui qui nie, qui est chargé de la preuve). Ainsi, à moins que les circonstances spécifiques de l'affaire n'exigent le renversement de la charge de la preuve, il incombe à la partie qui réclame la preuve de ses allégations.

Il est également usuel que les arbitres appliquent une sorte de test de « faux conflit » pour vérifier la compatibilité des solutions proposées avec les droits potentiels applicables à l'affaire. Le tribunal arbitral dans l'affaire CCI n° 12.297 l'a fait en statuant sur une demande de décision anticipée sur le fond, en vérifiant les dispositions du règlement d'arbitrage de la CCI, le droit suisse (droit du siège) ainsi que le droit canadien, la l*ex contractus*.[913] L'analyse comparative a permis de conclure qu'il n'y avait pas de raison suffisante pour permettre un jugement anticipé du fond dans l'arbitrage, en rejetant la demande formulée par la partie.

---

912 CIRDI n. ARB/98/2, *Pey Casado e Fundación Allende vs. Chile*, Sentence sur les mesures conservatoires du 25 sept. 2001, para. 25 : « On peut noter aussi que, dans une première édition de l'ancien règlement du CIRDI (en vigueur le 1er janvier 1968) qui contenait d'intéressantes Notes explicatives, il est indiqué à l'article 39 (page 111) que l'article 47 de la Convention est « fondé sur le principe que dès qu'un différend est soumis à arbitrage, les Parties ne doivent pas prendre de mesures susceptibles d'aggraver ou d'amplifier le différend, ou de porter préjudice à l'exécution de la sentence », un principe qui a un « caractère général ». » Disponible à l'adresse suivante : < http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C1/DC501_Fr.pdf >. Accès le 23 janv. 2021.

913 Tout en estimant que le droit suisse régissait l'arbitrage dans son ensemble, le tribunal arbitral a formulé la réserve suivante : « Reference may thus be made to the procedural laws of relevant countries, including possibly Switzerland, as well as to any apposite international arbitration practice. In this connection, it must also be recalled that international arbitrators do not have a *lex fori* in the manner of a national court judge. In particular, the international arbitrator sitting in Switzerland is not required to apply either Swiss civil procedure rules or Swiss conflict of law rules. In any event, Swiss civil procedure law (whether cantonal or federal) does not gain relevance on the mere basis that the seat of the arbitral tribunal is situated in Geneva ». CCI n. 12.297, Ordonnance procédurale du 22 août 2003, *in* CCI. *Special Supplement 2010 : Decisions on ICC Arbitration Procedure : A Selection of Procedural Orders issued by Arbitral Tribunals acting under the ICC Rules of Arbitration 2003-2004.* Paris : ICC Publishing, 2010, p. 50.

Le principe de causalité (ou *costs follow the event*) s'applique également de façon habituelle en droit international en ce qui concerne l'attribution des frais.[914] En d'autres termes, la partie perdante doit également supporter les coûts de la procédure (y compris les honoraires des arbitres et des avocats de la partie adverse) dans la proportion que le tribunal juge appropriée, compte tenu de son degré de culpabilité dans la production du fait dommageable. La question, en droit international, ne présente pas d'oppositions majeures. En droit brésilien, elle inclut un débat incident sur la possibilité de condamner la partie perdante à des frais de défaite (*honorários de sucumbência*), même en l'absence d'accord entre les parties sur ce point.[915] Le débat, trop détaillé pour cette étude, mérite une brève note simplement pour renforcer l'idée que la transposition sans discernement des solutions propres au droit interne des Etats est souvent inadéquate pour la résolution des conflits dans le système du droit transnational.

---

914 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Código de Processo Civil Interpretado, *in* MARCATO, Antônio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil Interpretado.* 3 éd. São Paulo : Atlas, 2008, p. 72.

915 TEPEDINO, Gustavo ; PINTO, José Emílio Nunes. Notas sobre o ressarcimento de despesas com honorários de advogado em procedimentos arbitrais, *in Arbitragem doméstica e internacional : estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro : Forense, 2008, p. 195 (« as verbas de sucumbência, por se tratar de condenação autorizada pelo legislador processual civil e não prevista na Lei 9.307/96, não integra necessariamente o espectro do julgamento do Tribunal Arbitral e, por isso mesmo, só poderia ser fixada por força do princípio da autonomia privada, caso o compromisso arbitral assim dispusesse ») ; PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo Arbitral e Sistema*. São Paulo : Atlas, 2012, p. 296 (« Quem deu causa ao processo, ou a determinadas consequências processuais, deve por elas arcar. No entanto, isso não quer dizer que se deva aplicar o Código de Processo Civil. Pelo contrário: ele não será aplicado »). Dans le même sens : CASTRO NEVES, José Roberto de. Os honorários advocatícios de sucumbência na arbitragem, *in 20 anos da Lei de Arbitragem : homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 647. Contre : APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Alocação de custas e despesas e a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais em arbitragem, *in 20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo : Atlas, 2017, pp. 685-687.

CHAPITRE 7. LA DÉTERMINATION DU DROIT APPLICABLE À LA VALIDITÉ ET AUX EFFETS DE LA SENTENCE ARBITRALE

Après avoir franchi les principales étapes de la procédure arbitrale – notamment l'attribution de compétence au tribunal arbitral par le biais d'une clause d'arbitrage valide et efficace et la conduite de la procédure arbitrale dans le respect nécessaire du principe transnational du procès équitable - nous sommes parvenus à la conclusion de la procédure arbitrale par le prononcé de la sentence arbitrale finale. Cet acte marque la fin du pouvoir juridictionnel des arbitres et rend la juridiction d'origine aux juges étatiques.[916]

S'il ne fait aucun doute que l'arbitrage a un caractère juridictionnel,[917] il ne peut non plus y avoir de doute que **la sentence arbitrale est un acte juridictionnel**, investi de tous les effets reconnus aux actes de cette nature.[918] La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt rejetant le recours en annulation formulé contre la décision de nommer un expert dans l'affaire *Sardisud,* a défini la sentence arbitrale comme « les actes des arbitres qui tranchent de manière définitive, en tout ou en partie, le litige qui leur a été soumis, que ce soit sur le

---

916 Il est important de souligner que le prononcé de la sentence arbitrale partielle, bien qu'elle résoudre définitivement une partie des questions soumises à la résolution des arbitres, ne met pas fin à la procédure arbitrale, puisqu'à ce moment la mission de l'arbitre n'est pas encore totalement accomplie. Elle ouvre néanmoins une voie – exclusivement en ce qui concerne les questions qui y ont été résolues avec finalité – pour remettre en cause sa validité ou pour demander sa reconnaissance devant le juge étatique. Dans cette étude, le recours générique à l'expression « sentence arbitrale » doit être compris comme une référence à la fois à la sentence finale et à la sentence partielle, indistinctement. Le cas échéant, la différenciation est faite expressément.

917 Voir le Chapitre 1 *supra*. Voir aussi : CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo : um comentário à lei 9.307/96*. 3 éd. São Paulo : Atlas, 2009, pp. 26-27.

918 BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, Laure. *Les Principes Fondamentaux de l'Arbitrage*, Bruxelles : Édition Bruylant, 2012, p. 585 (« En droit de l'arbitrage, la sentence, 'acte ultime et objectif premier du processus arbitral', constitue l'acte juridique par lequel le tribunal tranche le litige qui lui a été soumis. Tout comme l'instance arbitrale, la sentence jouit d'une efficacité certaine comparativement aux autres actes juridictionnels de la pratique procédurale ») ; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo : Editora Malheiros, 2013, p. 174 « em uma conceituação mais técnica, *sentença é o ato com que o juiz dá uma definição à causa*, seja mediante o julgamento do mérito, seja acolhendo alguma causa extintiva do processo sem esse julgamento (carência de ação, ausência de pressupostos) – e sempre independentemente de a sentença pôr ou não pôr fim à relação processual. […] o conceito de sentença engloba não só o ato final do processo como também algum outro, interlocutório a este, com que o juiz ou o árbitro decida sobre alguma das pretensões postas pelas partes […] » (soulignement dans l'original).

fond, sur la compétence ou sur un moyen de procédure qui les conduit à mettre fin à l'instance ».[919-920]

La sentence arbitrale valide a les mêmes effets que les autres actes juridictionnels ayant la nature d'une sentence. Du point de vue de l'arbitre et dans son système, la sentence est valable et efficace, investie de l'autorité de la chose jugée. Pour les ordres juridiques du système de droit national, en revanche, la validité de la sentence arbitrale, à la différence des jugements étatiques, dépendra de l'analyse de ses tribunaux, afin de contrôler l'adéquation pour son internalisation. Ainsi, si la sentence doit faire l'objet d'une exécution forcée judiciaire ou si elle souffre de vices qui conduisent à son annulation, il appartiendra aux tribunaux étatiques de dicter les actes exécutoires ou la déclaration de nullité.

Le contrôle de la validité de la sentence arbitrale par l'autorité juridictionnelle du système du droit national est le **moment le plus significatif de la conversation systémique** pour la survie autonome de l'arbitrage. Les procédures de reconnaissance sont les ponts de transition qui permettent une telle conversation. C'est le moment précis qui permet au système du droit transnational de jouir d'une autonomie par rapport au système du droit national. Pour ce qui leur est le plus cher, la compétence est rendue au juge étatique, à qui l'on reconnaît le droit de contrôler la validité de l'acte étranger selon les règles de son propre système afin de lui permettre (ou de lui nier) la production d'effets sur son territoire. C'est ici que l'affirmation selon laquelle l'arbitrage dépend de l'État pour exister prend tout son sens (sans nier, bien sûr, que la reconnaissance de la volonté privée comme source du pouvoir de l'arbitre découle, en dernier degré, de l'État), puisque la production de ses effets dans cet État restera conditionnée à l'autorisation étatique, comme il faut. Ce qui est inacceptable, c'est que le juge étatique ou l'ordre étatique soit habilité à définir la validité et l'efficacité de la sentence arbitrale ayant des effets extraterritoriaux.

---

919 FRANCE. Cour d'appel de Paris, 25 mars 1994, *Société Sardisud vs. Société Technip*, *Revue de l'Arbitrage*, 1994, p. 391, avec une note de Charles Jarrosson.

920 La question précède le débat sur la requalification d'une ordonnance de procédure en sentence, en raison de la nature de son contenu décisionnel, confirmé par la suite par la célèbre décision de la même cour dans l'affaire *Brasoil*. FRANCE. Cour d'appel de Paris, 1er juil. 1999, *Braspetro Oil (Brasoil) Services Company vs. the Managment Authority of the Great Man-made River Project*.

L'autonomie systémique de l'arbitrage ne doit pas être confondue avec la fausse idée que les sentences arbitrales « fluctuent » au-dessus des ordres juridiques nationaux, en étant déconnectées de ceux-ci à n'importe quelle étape du processus d'arbitrage. Nous sommes d'accord avec Petrochilos, lorsqu'il avertit « qu'un concept de délocalisation plus conventionnel et plausible est celui qui stipule que la validité/régularité de la sentence arbitrale est testée lorsqu'elle est mise à exécution ».[921] En effet, comme nous l'expliquerons en détail, le droit interne de la juridiction de contrôle s'applique au contrôle de l'adéquation de la sentence par rapport au système juridique de réception. Si tel est le cas, il n'y a aucune raison pour que le droit interne d'un État dicte le sort de cette sentence arbitrale dans tous les autres États où il existe un potentiel d'exécution. Chaque État a le droit de décider si, conformément à ses propres préceptes, un tel jugement – rendu par une autorité juridictionnel a-national et donc n'agissant pas au nom d'un État national – est adéquat à sa juridiction au point de produire des effets sur son territoire.

L'autonomie du système arbitral garantit également que l'adéquation de la sentence arbitrale – que ce soit dans le cadre d'un recours en annulation ou dans celui de la reconnaissance – est soumise à un contrôle minimum. Il appartiendra au système national de définir les limites de ce contrôle, en tenant compte que seul un contrôle minimum peut être compatible avec l'option législative consistant à renoncer à une partie de son pouvoir juridictionnel en faveur de l'arbitre. C'est également la raison pour laquelle, dans le cadre d'une procédure de reconnaissance aussi que dans le recours en annulation l'analyse du fond n'est pas autorisée. Le contrôle étatique minimal est également conforme à l'idée que l'arbitre est l'autorité juridictionnelle d'un système autonome, n'étant pas soumis à la révision, ni à la hiérarchie judiciaire en vigueur dans les systèmes judiciaires étatiques. En effet, le juge d'un système n'a pas le pouvoir de réviser l'acte juridictionnel du type sentence du juge appartenant à un système distinct.

Pour qu'une sentence ait ça validité reconnue elle doit d'abord exister juridiquement. L'inexistence d'une sentence arbitrale peut résulter de l'absence des facteurs

---

921 PETROCHILOS, Georgios. *Procedural Law in International Arbitration*. Oxford Private International Law Series. Oxford : Oxford University Press, 2004, p. 39. Traduction libre de l'original: « A more conventional, and plausible, conception of detachment is by saying that the validity/regularity of an arbitral award is tested when it is brought for enforcement ».

d'existence du rapport juridique procédural qui a donné lieu à la procédure arbitrale ou de sa non-conformité avec les exigences matérielles nécessaires à la qualification de l'acte juridique en tant que sentence. Outre l'absence des facteurs essentielles, la cause principale de l'inexistence de la sentence arbitrale est le fait qu'elle ait été rendue par des personnes qui n'avaient pas le pouvoir de le faire. L'incompétence de l'arbitre peut résulter de l'absence ou de la nullité d'une convention d'arbitrage ou du non-respect de la mission qui lui a été confiée par les parties, ce qui doit être analysé conformément au droit qui la régit, comme indiqué au Chapitre 5 *supra*.

S'il est rare que les parties déterminent expressément le droit régissant leurs conventions et procédures d'arbitrage, il n'existe pratiquement aucune indication par les parties concernant le droit applicable à la vérification de la validité et des effets de la sentence arbitrale. Lors des recherches menées pour l'élaboration de cette thèse, pas un seul exemple n'a été trouvé à cet égard. Il est donc nécessaire d'analyser d'abord l'encadrement juridique applicable à la vérification de la validité de la sentence arbitrale (**7.1**) et ensuite celui applicable aux effets de cet acte juridictionnel (**7.2**).

7.1. Le droit applicable à la validité de la sentence arbitrale

Corollaire de la théorie systémique, le contrôle de la validité de la sentence arbitrale incombe à l'autorité juridictionnelle du lieu de réception de la sentence rendue par une autorité étrangère. Par conséquent, il peut arriver que la sentence arbitrale soit considérée comme nulle pour le juge étatique d'un certain État, ne pouvant pas produire d'effets sur ce territoire, et, en même temps, soit considérée pleinement valable, non seulement pour l'arbitre, mais aussi pour un autre juge étatique. Les conditions de validité sont vérifiées du point de vue du juge étatique qui a l'intention d'internaliser cet acte juridictionnel étranger dans son propre ordre juridique, puisque c'est là qu'il produira des effets. Et comme nous l'avons vu tout au long de cette étude, afin de préserver leur souveraineté, la plupart des États conservent, le pouvoir juridictionnel de contrôler les effets que des actes étrangers peuvent produire dans les limites de leur territoire.

Ainsi, depuis la dérogation à l'exigence de la double homologation – qui exigeait que les sentences arbitrales soient reconnues comme valides au moyen d'une

procédure de reconnaissance au siège pour pouvoir ensuite être reconnues et exécutées dans d'autres États – et grâce à la large acceptation par les États de la Convention de New York, les sentences arbitrales sont considérées comme ayant une certaine présomption de validité. Bien entendu, ce n'est qu'en cas de non-conformité par l'une des parties que leur validité sera examinée par les tribunaux étatiques. Dans le cas contraire, si les parties sont d'accord avec son contenu, elles seront en principe valides et pourront prendre effet dès son prononcée. Néanmoins, il n'est pas contesté que l'État d'accueil, estimant que la décision étrangère – même lorsqu'accepté par les parties – viole des préceptes fondamentaux de son ordre juridique, peut refuser d'office de reconnaître la validité de l'acte. De telles hypothèses sont extrêmement limitées et réservées à l'atteinte à l'ordre public exclusivement dans le cadre de la reconnaissance d'une sentence étrangère.

Précisément en raison de cette réserve les ordres juridiques nationaux considèrent qu'il est nécessaire de distinguer la sentence « étrangère » de la sentence « interne ». C'est sur la base du critère de la nationalité de la sentence qu'est définit quel sera le régime de contrôle de validité auquel elle est soumise. Dans le cas où elle est considérée comme « interne », elle fera l'objet d'un contrôle de validité en cas d'un recours en annulation ou d'une opposition à l'exécution ; dans le cas où elle soit considérée comme « étrangère », elle fera l'objet d'une procédure de reconnaissance. La Convention de New York délimite également son champ d'application à partir de la nationalité de la sentence arbitrale.[922] Elle établit deux critères à cet effet : le lieu où la sentence est rendue ou le lieu de sa réception.[923]

---

922 LEW, Julian D. M. ; MISTELIS, Loukas A. ; KRÖLL, Stefan Michael. *Comparative International Commercial Arbitration*. La Haye : Kluwer Law International, 2003, p. 700 (« Award 'made in the territory other that the state' where enforcement is sought can normally be easily ascertained. The award is made in the country of the legal seat of the arbitration, not the place of the hearings or the place where the award of signed »).

923 Les tribunaux américains utilisent ce deuxième critère pour définir une sentence étrangère aux fins de l'applicabilité de la Convention de New York. Voir dans ce sens : Cour d'appel du Second Circuit, 1983, *Sigval Bergesen vs. Joseph Muller AG* (« The definition appears to have been left out deliberately in order to cover as wide a variety of eligible awards as possible, while permitting the enforcing authority to supply its own definition of 'non-domestic' in conformity with its own national law. Omitting the definition made it easier for those States championing the territorial concept to ratify the Convention while at the same time making the Convention more palatable in those States which espoused the view that the nationality of the award was to be determined by the law governing the arbitral procedure. We adopt the view that awards 'not considered as domestic' denotes awards which

Les États « attribuent leur nationalité à un certain type de sentence arbitrale, dans le but de la soumettre à un système de contrôle judiciaire qui se veut plus favorable à son efficacité que celui réservé aux sentences "étrangères" ».[924] Dans la pratique brésilienne, cependant, cette affirmation n'a pas trouvé d'efficacité. Le régime de contrôle accordé aux sentences « internes » finit par être plus rigoureux que celui réservé aux sentences « étrangères » car le juge national applique, souvent à tort, son propre droit interne sans discernement pour contrôler la validité de la sentence arbitrale, alors même que les parties ont soumis à un autre droit la résolution de leurs crises juridiques.[925] Nous comprenons que la manière la plus efficace de résoudre l'idiosyncrasie serait de soumettre toutes les sentences arbitrales – « internes » ou « étrangères » – au même régime de contrôle judiciaire.

Toutefois, la pratique a établi que la validité de la sentence arbitrale est soumise à un contrôle primaire par le juge étatique qui la considère comme « interne » (**7.1.1**), ainsi qu'à un contrôle secondaire par le juge étatique chargé de l'exécution pour lequel la sentence est un acte « étranger » (**7.1.2**). Il est donc nécessaire de vérifier les critères d'internationalité de la sentence arbitrale et la possibilité de reconnaître la validité de la sentence arbitrale transnationale – considérée à son tour comme étant a-nationale (**7.1.3**).

---

are subject to the Convention not because made abroad, but because made within the legal framework of another country, e.g., pronounced in accordance with foreign law or involving parties domiciled or having their principal place of business outside the enforcing jurisdiction »).

924 VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Poder judiciário e sentença arbitral*. Curitiba : Juruá, 2008, pp. 182-183.

925 Cette attitude du juge brésilien de premier instance a été réprimandée par la Cour supérieure de justice, qui a renversé la décision d'annulation de la sentence arbitrale sur la base d'une prétendue violation du droit de la partie à produire des preuves d'expertise, en déclarant que « [a] argumentação expendida pela insurgente evidencia, às escâncaras, o propósito de revisar a justiça da decisão arbitral, a refugir por completo das restritas e excepcionais hipóteses de cabimento da ação anulatória » BRÉSIL. Cour supérieure de justice, Appel Spéciale, 26 mars 2006, Rapporteur Marco Aurélio Bellizze, (anonymisé).

7.1.1. Le droit applicable au recours en annulation d'une sentence arbitrale : le contrôle primaire de la sentence considérée comme « interne »

Du point de vue du juge étatique, le contrôle de validité de la sentence arbitrale suit les règles établies dans son propre ordre juridique. En stipulant les moyens d'annulation de la sentence arbitrale, la Loi type de la CNUDCI, principal exemple législatif de droit interne, précise également, dans certains cas, le droit qui doit être appliqué par ce contrôle par le juge étatique de l'ordre qui considère cette sentence comme « interne » :

> Article 34. *La demande d'annulation comme recours exclusif contre la sentence arbitrale*
>
> 1) Le recours formé devant un tribunal contre une sentence arbitrale ne peut prendre la forme que d'une demande d'annulation conformément aux paragraphes 2 et 3 du présent article.
>
> 2) La sentence arbitrale ne peut être annulée par le tribunal visé à l'article 6 que si:
>
> a) La partie en faisant la demande apporte la preuve:
>
> i) Qu'une partie à la convention d'arbitrage visée à l'article 7 était frappée d'une incapacité; ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du présent État; ou
>
> ii) Qu'elle n'a pas été dûment informée de la nomination d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses droits; ou
>
> iii) Que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire, étant entendu toutefois que, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, seule la partie de la sentence contenant des décisions sur les questions non soumises à l'arbitrage pourra être annulée; ou
>
> iv) Que la constitution du tribunal arbitral, ou la procédure arbitrale, n'a pas été conforme à la convention des parties, à condition que cette convention ne soit pas contraire à une disposition de la présente Loi à laquelle les parties ne peuvent déroger, ou, à défaut d'une telle convention, qu'elle n'a pas été conforme à la présente Loi; ou

> b) Le tribunal constate:
>
> i) Que l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par arbitrage conformément à la loi du présent État; ou
>
> ii) Que la sentence est contraire à l'ordre public du présent État.[926]

Tout comme la Convention de New York, comme le montre la section suivante, la Loi type établit l'application de la *lex fori* (véritable *lex fori*, et non *lex arbitiri*) pour la vérification de l'arbitrabilité et l'exception d'ordre public. En ce qui concerne le droit applicable aux autres moyens de nullité, la Loi type ne fait aucune précision. Face au silence législatif, deux options sont possibles : d'une part, l'application des principes internationalement reconnus pour contrôler la validité de chacun des points susceptibles de vicier la sentence ; d'autre part, la vérification du droit régissant chaque question afin de vérifier si la cause de nullité est présente. Il ressort du texte juridique que la *lex fori* ne doit pas être appliquée à ces causes. Certes, si telle était la volonté du législateur, il l'aurait prévu expressément, comme il l'a fait en ce qui concerne la vérification de l'arbitrabilité et l'exception d'ordre public.

La pratique est conforme à la théorie selon laquelle le contrôle de la validité incombe à l'ordre juridique qui reçoit l'acte juridictionnel, mais, en l'absence de disposition expresse dictant l'application de la *lex fori*, ce contrôle doit être mené à partir du droit déterminé par les parties ou l'arbitre pour régir la question en cause. Autrement dit, si la régularité de la procédure est mise en doute, le contrôle de la validité conduit par le juge étatique devrait être fondé sur le droit choisi pour régir la question dans l'arbitrage et non sur le droit du for. Par exemple, le contrôle de validité soumis au juge étatique d'une sentence arbitrale considérée par cet ordre juridique comme interne et dans laquelle les règles de la CCI ont été appliquées aux éléments de la fonction interne de la procédure arbitrale, ne peut être soumis aux règles de procédure énoncées dans le Code de procédure civile, même s'il s'agit du droit procédural en vigueur dans le for. Cela est renforcé par l'absence, de mode générale, de règles régissant les éléments internes de la procédure arbitrale dans les législations nationales d'arbitrage.

---

926 CNUDCI. Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985, avec les amendements adoptés en 2006, article 34.

Les motifs de la sentence font, par exemple, partie de la fonction interne de la procédure arbitrale et, à ce titre, devraient être régis par le droit qui lui est applicable.[927] Par conséquent, est correcte la décision de la Cour supérieure de justice brésilienne dans l'affaire *Newedge*, dans laquelle la Cour a jugée qu'une motivation concise ne pouvait pas constituer un obstacle à l'octroi de la demande de reconnaissance, puisque, selon le droit et les coutumes des États-Unis, qui régissent la procédure, la sentence arbitrale était pleinement valide. Dans sa décision, le juge rapporteur a déclaré que « la motivation adoptée par la sentence arbitrale et ses aspects formels suivent les normes du pays dans lequel elle a été rendue, et sa concision ne saurait servir de prétexte pour empêcher l'*exequatur* du *decisium* ».[928] Si la question devait être soumise au régime de contrôle applicable dans le cadre d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale rendue au Brésil, est soumise aux mêmes droit applicables, il ne fait aucun doute que le juge étatique déclarerait à tort la nullité de l'acte pour non-conformité au droit du for, sans même vérifier quel était le droit applicable aux éléments internes de la procédure arbitrale. Toutefois, il pourra toujours refuser de reconnaître un tel acte en raison de son incompatibilité avec les préceptes fondamentaux de l'ordre juridique d'accueil. Néanmoins, il est important que cette possibilité de refus soit limitée aux cas dans lesquels la violation affecte le noyau dur de l'ordre juridique respectif – c'est-à-dire, ses valeurs les plus fondamentales – sous peine de tomber dans un contrôle extrêmement subjectif, qui fera inutilement obstacle à la reconnaissance des actes étrangers, contrairement à l'intention internationale d'assurer une plus grande efficacité dans la circulation des sentences arbitrales.

---

927 La motivation de la sentence arbitrale est une exigence présente dans la plupart des lois nationales consacrées à la réglementation de l'arbitrage et dans les règlements des institutions d'arbitrage. À titre d'exemple : CNUDCI. Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985, avec les amendements adoptés en 2006, article 31(2) ; BRÉSIL. Loi d'arbitrage de 1996, article 26(II) ; CCI. Règlement d'arbitrage de 2021, article 32(2).

928 BRÉSIL. Cour supérieure de justice, SEC 5692-EX, Rapporteur Ari Pargendler, 20 août 2014, *Newedge vs. Manoel Fernando Garcia*. Traduction libre de l'original : « a motivação adotada pela sentença arbitral e seus aspectos formais seguem os padrões do país em que foi proferida, não podendo sua concisão servir de pretexto para inibir a homologação do *decisum* ». Voir aussi : TEIXEIRA, Bruno Barreto de Azevedo ; CUNHA, Ana Victoria Pelliccione da. A Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira não Fundamentada : Comentários à Sentença Estrangeira Contestada 5.692 do STJ*, Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 11, n. 43, 2014, pp. 371-384.

CHAPITRE 7. LA DETERMINATION DU DROIT APPLICABLE A LA VALIDITE ET AUX EFFETS DE LA SENTENCE ARBITRALE

La Loi brésilienne d'arbitrage, qui ne suit pas le modèle législatif proposé par la CNUDCI, ne contient pas de dispositions sur le droit applicable,[929] ce qui dénote un vestige historique de la tendance territorialiste adoptée comme règle par le droit brésilien. Toutefois, si pour d'autres questions – telles que la détermination du droit applicable à la convention d'arbitrage ou à la procédure arbitrale – la tendance se montre dépassée, dans ce cas, elle est un peu plus justifiée, bien que pas tout à fait correcte. Ce choix s'explique par le fait que les législations nationales d'arbitrage s'adressent à l'autorité juridictionnelle de leur propre juridiction, c'est-à-dire, le juge étatique. De son point de vue, le droit du for sera toujours applicable pour contrôler la validité des actes étrangers sur son territoire. Il faut cependant veiller à ce que cette tendance ne dénature pas le principe du contrôle minimum et ne viole pas la volonté des parties, qui attendent de voir la question analysée du point de vue du droit qu'elles ont indiqué.

Bien qu'il s'agisse d'une question normalement réglementée par les ordres juridiques nationaux, dans certains cas, les parties sont libres de limiter ou d'étendre le contrôle judiciaire des sentences arbitrales par les tribunaux nationaux.[930] Il existe une

---

929 BRÉSIL. Loi d'arbitrage, articles 32 et 26 :

« Art. 32. É nula a sentença arbitral se:
I - for nula a convenção de arbitragem;
II - emanou de quem não podia ser árbitro;
III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;
IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;
VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;
VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e
VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei. ».

« São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:
I - o relatório, que conterá os nomes das partes e um resumo do litígio;
II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por eqüidade;
III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e
IV - a data e o lugar em que foi proferida.
Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato. ».

930 Contre : pour Carmona, le droit de proposer un recours en annulation ne peut pas être objet d'une renonciation. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo : um comentário à Lei nº 9.307/9*. 3 éd. São Paulo : Atlas, 2009, pp. 422-423 (« Embora a Lei brasileira não tenha expressamente estabelecido tal irrenunciabilidade, esta pode ser deduzida do próprio texto constitucional, pois impedir a análise dos motivos de nulidade significaria impedir a submissão ao Poder Judiciário de lesão de

tendance croissante dans certaines juridictions à permettre l'exclusion totale ou partielle du contrôle judiciaire de la validité de la sentence.[931] Dans de tels cas, l'option de l'État souverain d'avoir une partie de son pouvoir juridictionnel en faveur de l'arbitrage est encore plus complète, renonçant également à son contrôle sur les sentences rendues sur son territoire. Celle-là étant l'option du législateur, un large champ d'application de l'autonomie de la volonté des parties doit être garanti, y compris, si telle est l'intention commune des parties, le droit d'établir des procédures de contrôle étatique des sentences arbitrales plus rigoureuses que celles prévues par la loi.[932]

Un exemple de cette tendance à la souplesse se trouve dans la réforme du droit français de l'arbitrage, qui a introduit l'article 1522(1), dans le Nouveau Code de procédure civile, permettant aux parties de renoncer à leur droit de former un recours en annulation devant les tribunaux.[933] Les ordres juridiques suisse,[934] belge[935] et suédois[936] reconnaissent

---

direitos, retirando qualquer controle sobre a atividade dos árbitros »).

931 STRIK, Daniella. Growing number of countries allowing exclusion agreements with respect to annulment warrants greater scrutiny of arbitral clauses. *Kluwer Arbitration Blog*, 2012. Disponible à l'adresse suivante : <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2012/01/11/growingnumber-of-countries-allowing-exclusion-agreements-with-respect-to-annulment-warrants-greaterscrutiny-of-arbitration-clauses/> ; SMIT, Hans. Contractual Modification of the Scope of Judicial Review of Arbitral Awards. *American Review of International Arbitration*, v. 8, 1997, p. 151 (« once contractual modification is permitted on the notion that the parties are free to regulate the modalities of the arbitration, including judicial review of awards, it is difficult to impose a limitation o the parties' freedom in this respect »).

932 Voir, dans ce sens : GOLDMAN, Lee. Contractually Expanded Review of Arbitration Awards, *Harvard Negotiation Law Review*, v. 8, 2003, p. 171.

933 FRANCE. Code de procédure civile, article 1522(1): « Par convention spéciale, les parties peuvent à tout moment renoncer expressément au recours en annulation ». Voir aussi : JARROSSON, Charles ; PELLERIN, Jacques. Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011. *Revue de l'Arbitrage*, 2011, p. 70 (« L'article 1522 introduit une nouveauté en droit français: par convention spécial, les parties peuvent renoncer expressément au recours en annulation »).

934 SUISSE. Loi fédérale sur le droit international privé, article 192(1) : « Si les parties n'ont ni domicile, ni résidence habituelle, ni siège en Suisse, elles peuvent, par une déclaration dans la convention d'arbitrage ou dans une convention ultérieure, exclure tout ou partie des voies de droit contre les sentences du tribunal arbitral; elles ne peuvent exclure la révision au sens de l'art. 190a, al. 1, let. b. La convention doit satisfaire aux conditions de forme de l'art. 178, al. 1. ».

935 BELGIQUE. Code judiciaire, article 1718 : « Les parties peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou par une convention ultérieure, exclure tout recours en annulation d'une sentence arbitrale lorsqu'aucune d'elles n'est soit une personne physique ayant la nationalité belge ou son domicile ou sa résidence habituelle en Belgique, soit une personne morale ayant en Belgique, son siège statutaire, son principal établissement ou une succursale »

936 SUÈDE. Loi sur l'Arbitrage, article 51 : « Where none of the parties is domiciled or has its place of

également la possibilité d'une telle renonciation ; toutefois, ils limitent cette possibilité aux cas où le litige n'a pas de lien substantiel avec le siège. Van den Berg, commentant spécifiquement l'ordre suisse (bien que ses conclusions puissent être appliquées de manière générale à la tendance), explique qu'il est probable que le législateur ait perçu inutile un double contrôle judiciaire sur les mêmes moyens qui pourrait conduire à l'invalidité d'une sentence arbitrale, préférant sauvegarder le droit de les vérifier dans le cadre d'une procédure de reconnaissance.[937] À notre avis, cette pratique devrait être adoptée de manière générale.

Le critère de la proximité du siège – selon lequel plus le lien entre le litige et le siège est faible, plus les parties sont libres de renoncer à leur droit à une révision judiciaire par les tribunaux du pays[938] - confirme que le siège ne doit pas être considéré comme un élément de connexion étroit pour la détermination des droits applicables à l'arbitrage de manière indiscriminée.

Dans ces cas – où on reconnaît un régime effectivement plus favorable aux sentences arbitrales « internes » – l'État se réserve uniquement la possibilité de contrôler la validité des sentences prononcées en dehors de son territoire, sous forme de reconnaissance. Cette option législative confirme la possibilité de renoncer complètement au contrôle des sentences « internes », en soumettant toutes les sentences à la procédure de reconnaissance

---

business in Sweden, such parties may in a commercial relationship through an express written agreement exclude or limit the application of the grounds for setting aside an award as are set forth in section 34. An award which is subject to such an agreement shall be recognised and enforced in Sweden in accordance with the rules applicable to a foreign award » ; SUÈDE. Cour suprême, 18 avr. 1989, *Solel Boneh Int'l Ltd. e Water Resources Dev. (Int'l) Ltd. vs. República de Uganda et al.* (« Such parties must be considered entitled to agree – even before any dispute arises between them – to limit their right to challenge the award in a Swedish court on account of formal deficiencies »).

937 VAN DEN BERG, Albert Jan. Annulment of Awards in International Arbitration, *in* LILLICH, Richard B. ; BROWER, Charles N. (eds.). *International Arbitration in the 21st Century : Towards "Judicialization" and Uniformity ?* New York : Transnational Publishers, 1992, p. 145 (« In fact, the existence of the New York Convention appears to be one of the main reasons for the possibility of excluding annulment of the award in international arbitration in Switzerland. The Swiss legislator considers double judicial control over the same arbitral award in Switzerland and – possibly similar – control exercised by a foreign court in enforcement proceedings under the New York Convention »).

938 BERMANN, George A. International Arbitration and Private International Law : General Course on Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law,* v. 381, 2016, p. 524 (« The less the award is connected to the seat, the more freedom parties evidently have to waive their right to annulment rights in its courts »).

en vigueur dans chaque ordre juridique, indépendamment de la renonciation au recours en annulation. Ainsi, des situations identiques seraient traitées de manière identique, puisque tant la sentence arbitrale considérée comme « interne » que celle considérée comme « étrangère » proviennent en réalité d'un système juridique différent de celui du juge étatique. Un tel traitement serait plus cohérent en théorie et, dans le même temps, sauvegarderait le droit de l'ordre juridique étatique de procéder à un contrôle minimal de la validité de la sentence arbitrale avant de l'internaliser dans son système, en lui reconnaissant ses effets.

Cependant, tous les systèmes ne reconnaissent pas un champ d'application aussi large à l'autonomie de la volonté. Un exemple frappant de cette divergence se trouve dans l'affaire YPF.[939] Dans l'espèce, les parties ont stipulé dans la clause compromissoire que leurs différends seraient résolus par voie d'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CCI et siégée en Uruguay. En même temps, elles ont expressément stipulé que les tribunaux argentins auraient une juridiction exclusive pour tout recours en annulation de la sentence arbitrale.[940] Après qu'une sentence partielle a été rendue déclarant la responsabilité d'YPF pour rupture contractuelle, YPF a introduit un recours en annulation devant les tribunaux argentins, alléguant la violation de préceptes procéduraux fondamentaux. Alors que le recours en annulation était pendant, le tribunal arbitral a rendu une ordonnance procédurale suspendant l'arbitrage.[941]

---

939 CCI n. 16232/JRF/CA. Pour une analyse détaillée de la saga, voir : FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. The curious case of an arbitration with two annulment courts : comments on the YPF saga. *Arbitration International*, n. 33, 2017, pp. 317-344.

940 CCI n. 16232/JRF/CA, Sentence arbitrale partielle, 8 mai 2013, p. 18. La clause d'arbitrage prévoit : « Todas las controversias entre las PARTES [...] serán resueltas en forma definitiva de acuerdo con las Reglas de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por tres (3) árbitros nombrados conforme a dichas Reglas. [...] b) El lugar de arbitraje será Montevideo –República Oriental del Uruguay- o cualquier otro lugar que las PARTES y los PARTICIPANTES involucrados acuerden. [...] c) El laudo arbitral deberá ser emitido por escrito y será definitivo, vinculante para las PARTES y los PARTICIPANTES, salvo los recursos de aclaratoria y/o nulidad previstos en el Artículo 760 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la República Argentina (Apelaciones Especiales). [...] cualquier Apelación Especial deberá ser presentada exclusivamente antes los tribunales y de conformidad con las leyes de la República Argentina. [...] ».

941 CCI n. 16232/JRF/CA, Ordonnance de procédure, 29 juil. 2013.

En réaction, les parties adverses AESU et Sulgás ont introduit une action devant les tribunaux uruguayens pour demander l'annulation de l'ordonnance de suspension de la procédure rendue par le tribunal arbitral. Le tribunal uruguayen, à son tour, a décidé d'annuler l'ordonnance, en déclarant qu'il avait une juridiction exclusive pour cette action et en déclarant la nullité de l'élection de for judiciaire dans la clause d'arbitrage.[942] L'AESU et Sulgás ont alors demandé au tribunal uruguayen de rendre une ordonnance empêchant YPF de recourir aux tribunaux argentins et déclarant sa compétence exclusive pour toute action liée à l'arbitrage siégée sur son territoire.[943] Peu après, le tribunal argentin a reconnu, à la majorité, sa juridiction exclusive pour examiner le recours en annulation introduit par YPF, en appréciant l'autonomie de la volonté des parties et le fait que les sentences arbitrales n'étaient soumises à aucun droit national particulier.[944] Après d'autres décisions conservatoires de nature procédurale, la cour argentine a annulé la sentence arbitrale partielle dans son intégralité.[945] Néanmoins, le tribunal arbitral a poursuivi l'arbitrage et a condamné YPF à payer des dommages et intérêts pour un montant de plus de 500 millions de dollars. Aucune nouvelle décision n'a été prise dans cette affaire et la résolution finale est en attente. Il convient de noter qu'aucune des parties n'a remis en cause, au cours de l'arbitrage ou à un moment antérieur, la validité de la clause compromissoire.

7.1.2. Le droit applicable à la reconnaissance et à l'exécution de la sentence arbitrale : le contrôle secondaire de la sentence considérée comme « étrangère »

Considérant que la sentence arbitrale peut être qualifiée comme « étrangère », selon le critère de l'internationalité de l'ordre d'accueil, le législateur étatique a choisi de la soumettre à un régime de contrôle de validité différencié : celui de la reconnaissance des

---

942 URUGUAY. Cour d'appel civile de Montevideo n. 2, 20 août 2014, cité dans l'affaire CCI n. 16232/JRF/CA, Sentence finale, 20 avr. 2016, § 36.

943 URUGUAY. Cour civile de Montevideo n. 18, 27 juin 2014, cité dans l'affaire CCI n. 16232/JRF/CA, Sentence finale, 20 avr. 2016, § 30.

944 ARGENTINE. Tribunal fédéral d'appel administratif, Salle n° 4, affaire n° 41.255/2013, 7 oct. 2014.

945 ARGENTINE. Tribunal fédéral d'appel administratif, Salle n° 4, affaire n° 41.255/2013, 22 déc. 2015.

sentences étrangères. C'est à partir de cette procédure que le juge étatique vérifie l'adéquation de l'acte étranger avec son propre système juridique, en lui permettant de produire des effets sur son territoire ou, à défaut, en déclarant son incompatibilité avec les préceptes fondamentaux qui y sont en vigueur. Ainsi, comme c'est le cas dans les procédures d'annulation, également dans les procédures de reconnaissance, le contrôle étatique doit être minimal afin de préserver l'autonomie de l'arbitrage et le pouvoir juridictionnel de l'arbitre.

De la même manière que pour les moyens de nullité de la sentence arbitrale, le droit applicable à la reconnaissance et à l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère doit être analysé à partir de chacune des raisons qui peuvent conduire à un refus de reconnaissance par une certaine juridiction. Bien que les procédures internes de reconnaissance, en plus des motifs de refus, proviennent du droit interne de la juridiction qui effectuera l'analyse (même si par l'internalisation des traités de droit international), le droit applicable à ces moyens n'est pas uniforme.

Nous examinerons la question sur la base des motifs de refus de reconnaissance d'une sentence prévue dans la Convention de New York, car ceux-ci sont largement acceptés dans la communauté arbitrale[946] :

> Article V
>
> 1. La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve:
>
> a) Que les parties à la convention visée à l'article II étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue; ou
>
> b) Que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage, ou

[946] Le Brésil, par exemple, en plus d'avoir internalisé cette Convention, dont les dispositions ont la préférence sur le texte interne, inclut des moyens de refus très similaires dans les articles 38 et 39 de la Loi d'arbitrage.

> qu'il lui a été impossible, pour une autre raison, de faire valoir ses moyens; ou
>
> c) Que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire; toutefois, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, les premières pourront être reconnues et exécutées; ou
>
> d) Que la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties, ou, à défaut de convention, qu'elle n'a pas été conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu; ou
>
> e) Que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue.
>
> 2. La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate:
>
> a) Que, d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage; ou
>
> b) Que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays.[947]

Il ressort du texte conventionnel que le législateur a établi le droit applicable pour la plupart des moyens de refus de reconnaissance. Par exemple : la vérification de la capacité des parties est fondée sur leur droit personnel, conformément à l'article V(1)(a) ; la vérification de la validité de la convention d'arbitrage, conformément au droit auquel les parties l'ont soumise ou, à défaut, au droit du siège, conformément au même article ; la composition du tribunal arbitral et le déroulement de la procédure arbitrale, conformément à l'article V(1)(d), suivent la même règle.

La violation de l'ordre public et aux règles d'arbitrabilité doit pour sa part être examinée conformément au droit en vigueur au lieu où la reconnaissance est demandée (c'est-à-dire par la *lex fori*), conformément à l'article (V)(2). Ce sont ces moyens qui présentent un plus grand potentiel de violation des préceptes fondamentaux de l'ordre de

---

947 CNUDCI. Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York), article V (soulignement ajouté).

réception, raison pour laquelle il est logique de les analyser conformément à la législation en vigueur dans ce pays.

En revanche, certains moyens de refus de reconnaissance sont muets quant au droit applicable à leur vérification. Comme pour les moyens d'annulation, cette option législative s'explique par l'existence des principes de droit transnational qui régissent des questions telles que la régularité de l'arbitrage, comme expliqué au chapitre précédent, ainsi que la violation de la mission ou l'abus de pouvoir par l'arbitre. Dans de tels cas, les cours étatiques devraient préférer l'application des principes transnationaux – et devraient motiver leur décision sur ces principes – même s'ils coïncident avec les dispositions du droit national. Les tribunaux peuvent, alternativement, effectuer ce contrôle à partir du droit appliqué dans l'arbitrage pour régir la question spécifique qui peut mettre en péril la validité de l'arbitrage.

La similitude entre les régimes de contrôle visant la sentence arbitrale « interne » et la sentence arbitrale « étrangère », d'après ce qui a été expliqué dans la section précédente et dans celle-ci, est remarquable, raison qui confirme la convenance du traitement unitaire aux deux situations qui, bien qu'elles semblent distinctes, sont identiques. Les régimes ne sont différenciés que selon le traitement législatif qui leur est réservé.

7.1.3. La reconnaissance des sentences arbitrales transnationales

Du point de vue de la théorie systémique, dans la mesure où la sentence arbitrale est une décision juridictionnelle rendue par une autorité juridictionnelle qui appartient au système du droit transnational – à savoir, l'arbitre – elle n'a pas de nationalité ; c'est une **décision a-nationale**.[948] Une majorité de la doctrine considère cependant qu'une sentence arbitrale rendue à l'issue d'une procédure fondée sur des règles a-nationales et

---

948 VALENÇA FILHO, Clávio de Melo *Poder judiciário e sentença arbitral*. Curitiba : Juruá, 2008, p. 97 : « Sentença arbitral é norma jurídica individual de origem privada. [...] Trata-se de norma estranha ao Estado. Daí a necessidade de introduzi-la no ordenamento jurídico estatal antes que seus efeitos possam ser reconhecidos ou apoiados pelo Poder Judiciário. Não há como distinguir, de um lado, *sentença nacional* e, de outro, *sentença estrangeira*. Em sede de arbitragem privada, toda sentença é estrangeira – norma jurídica individual estrangeira » (soulignement dans l'original).

soumise uniquement à des règles a-nationales, en vertu du choix des parties ou des arbitres, est elle-même a-nationale.[949]

Du point de vue du système des ordres juridiques nationaux, et compte tenu de l'état actuel du droit positif de l'arbitrage, la pensée dualiste prévaut : la sentence arbitrale doit être différenciée en fonction de sa nationalité ; elle est soit « interne », soit « étrangère ».[950] Cependant, non seulement les critères d'internationalité ne sont pas uniformes (même si le critère géographique prévaut[951])[952] mais, comme pour les individus, la « double nationalité » ou l'existence d'apatrides peuvent également se produire en relation avec la sentence arbitrale.[953]

---

949 PETROCHILOS, Georgios. *Procedural Law in International Arbitration*. Oxford Private International Law Series. Oxford : Oxford University Press, 2004, p. 373.

950 En discutant les exigences de la sentence (judiciaire ou arbitrale) en droit brésilien – c'est-à-dire le rapport, la motivation et le dispositif – Carmona ajoute : « Além destes três requisitos, o art. 26 exigiu mais um, qual seja, a data e o lugar em que a sentença foi proferida (e já se viu a importância de estabelecer o lugar da decisão para aferir-se a nacionalidade do laudo) ». CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo : um comentário à lei 9.307/96*. 3 éd. São Paulo : Atlas, 2009, p. 24.

951 Le critère géographique d'attribution de la nationalité se divise en deux courants : celui qui reconnaît comme élément de nationalité le lieu où la sentence arbitrale est rendue et celui qui l'attribue au lieu du siège de la procédure arbitrale. Bien que dans la pratique ces lieux coïncident normalement, des critères divergents peuvent conduire à des solutions elles aussi divergentes selon la règle en vigueur dans l'ordre de réception. Le choix du législateur brésilien s'est fondé sur les critères du lieu où la sentence a été rendue (voir, à cet égard BRÉSIL. Loi d'arbitrage, articles 26, point IV, 35, paragraphe unique et 38, point VI), au détriment des critères les plus habituels du lieu où l'arbitrage a été mené. Si, à première vue, une telle option législative pourrait être interprétée comme moins attachée à la notion de siège, une analyse plus retenue ne permet pas de confirmer ce soupçon. De l'interprétation systématique, il ressort que le législateur brésilien a certainement compris que le jugement ne pouvait être rendu qu'au même endroit où la procédure d'arbitrage se déroulait.

952 On peut également citer les critères économiques (selon lesquels la sentence arbitrale résultant d'un arbitrage international est étrangère, ce qui, à son tour, est considéré comme tel parce qu'il implique un flux transfrontalier de capitaux), législatifs (selon lesquels la sentence rendue à l'issue d'une procédure d'arbitrage menée conformément au droit de cet État est considérée comme « interne ») et judiciaires (selon lesquels la sentence résultant d'un arbitrage dont la compétence initiale reviendrait aux tribunaux de cet ordre est « interne »), même si les deux derniers sont tombés en désuétude. VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Poder judiciário e sentença arbitral*. Curitiba : Juruá, 2008, pp. 184-185.

953 *Ibidem*, p. 183, 188 (« Observa-se, então, que o critério geográfico – ao contrário do que aparenta –, não é uno. Trata-se, em verdade, de dois critérios distintos: o local onde foi proferida a sentença e o local que serviu de sede ao Tribunal Arbitral. Dessa duplicidade decorre a possibilidade de conflitos de nacionalidade, positivos e negativos. Daí a sentença arbitral com dupla nacionalidade, sujeita à anulação em dois países, um dos quais provavelmente não reconhecerá o decreto do outro. Do mesmo modo, pode haver sentenças 'apátridas', despidas de qualquer nacionalidade, insusceptíveis de ataque fulminante, com efeitos em relação a todos os ordenamentos jurídicos: são as chamadas sentenças arbitrais 'flutuantes', a que alude Philippe Fouchard ») citant GAILLARD, Emmanuel ; SAVAGE, John. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration.* La Haye : Kluwer Law

La notion de sentence arbitrale appartenant à un système juridictionnel autonome, déconnecté de l'ordre juridique national, a été suggérée pour la première fois dans l'affaire paradigmatique *Putrabali*, dans laquelle la Cour de cassation française a considéré qu'une « sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale ».[954] Bien que les tribunaux français n'aient pas développé la thèse du système autonome d'arbitrage transnational, ils ont certainement ouvert la voie à une telle conclusion.

La qualification des sentences arbitrales comme de véritables actes juridictionnels internationaux n'est pas exclusive au droit français. En ce qui concerne les sentences arbitrales résultant d'arbitrages fondés sur des traités internationaux – qu'ils soient conformes à la Convention de Washington, *ad hoc*, ou même administrés par des institutions telles que la CPA ou la CCI – il n'y a guère de doute quant à leur caractère véritablement international (ou, en adoptant les expressions de prédilection de cette étude, transnational). C'est notre opinion que le droit transnational – en vigueur dans le système autonome d'arbitrage transnational – doit être assimilé au droit international public, tant en ce qui concerne la réglementation de l'arbitrage, que la reconnaissance et l'exécution des sentences rendus en vertu de cette réglementation.

En opposition à la reconnaissance des jugements transnationaux, on considère que la Convention de New York ne le permettrait pas. Toutefois, la Convention de New York ne prévoit pas de dispositions concernant la nationalité des sentences arbitrales. S'il est vrai qu'il existe une présomption dans le sens que les jugements seront considérés comme provenant d'États nationaux et reconnaissant l'importance du siège, il est également vrai que la Convention ne stipule pas de condition d'applicabilité que les jugements soient d'une certaine nationalité. La Convention a laissé aux tribunaux d'accueil la possibilité de

---

International, 1999, p. 191 (« sentences flottantes, susceptibles d'être entachées d'un vice grave qu'aucun État n'aurait compétence pour sanctionner par l'anéantissement de l'acte »).

954 FRANCE. Cour de cassation, 1ère Chambre Civile, 29 juin 2007, *Société PT Putrabali Adyamulia vs. Société Rena Holding et Société Moguntia Est Epices*, *Revue de l'Arbitrage*, 2007, p. 507. Dans le même sens : FRANCE. Cour d'appel de Paris, 31 janv. 2008, *Société Ivoirienne de Raffinage vs. Société Teekay Shipping Norway AS*, p. 5 : « la sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, comme celle rendue dans le contexte du traité dé l'OHADA, est une décision de justice internationale ». Voir aussi : FRANCE. Tribunal de grande instance de Paris, 16 mai 2012, *Maximov vs. NLMK*.

déterminer à la fois la nationalité de la sentence et sa validité.[955] Cette conclusion est étayée par le résultat d'une analyse de l'histoire législative de la Convention de New York, à la suite de laquelle Petrochilos conclut que son article I(1) n'exclut pas du champ d'application de la Convention la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales a-nationales, mais que l'intention du législateur était fondée sur le fait que les parties ne pouvaient convenir d'arbitrer que conformément à un certain droit interne.[956] En ce qui concerne la deuxième conclusion, bien que ce fût l'intention initiale du législateur, elle est maintenant dépassée ; la reconnaissance du droit des parties de soumettre la résolution de leurs litiges à des règles a-nationales est large, comme nous l'avons déjà démontré.

L'application de la Convention de New York visant à faciliter, également, la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales transnationales a été reconnue dans l'affaire *Liamco*, dont la sentence – qui, comme le tribunal arbitral l'a lui-même précisé, n'était soumise à aucun droit national – a vu sa validité reconnue par les États-Unis et la Suède, permettant son exécution sur leurs territoires respectifs.[957]

Bien sûr, il n'y aurait aucune raison de faire autrement. La Convention fait référence aux « sentences étrangères », ce qui, du point de vue de l'ordre juridique d'accueil, inclut également les sentences a-nationales, étrangères en relation avec son propre ordre juridique. Sa nationalité (ou son caractère transnational) n'a pas vraiment d'importance. Cela tient également au fait que le critère de nationalité de la sentence arbitrale n'est pas uniforme dans tous les ordres juridiques et qu'il appartient à l'ordre d'accueil, même lorsqu'il s'agit uniquement de sentences nationales, d'appliquer ses

---

955 PETROCHILOS, Georgios. *Procedural Law in International Arbitration*. Oxford Private International Law Series. Oxford : Oxford University Press, 2004, p. 377 (« The Convention did not determine anything by way of legal prerequisite; it left it to the courts and law of the seat (or the law under which the award was made) to determine the validity of an award – and even that not conclusively. So if neither of those laws will, as a jurisdictional or substantive law matter, entertain an application to set an award aside, on any ground whatever, the award will be a candidate for enforcement under the Convention. In fact, any award will be a candidate for enforcement under the Convention, because annulment as a ground to refuse enforcement is a subordinate matter »).

956 PETROCHILOS, Georgios. *Procedural Law in International Arbitration*. Oxford Private International Law Series. Oxford : Oxford University Press, 2004, p. 348.

957 ETATS-UNIS. Cour du District de Columbia, 18 janv. 1980, *Libyan American Oil Company vs. Socialist People's Libyan Arab Jamahirya*, 482 F. Supp. 1175.

propres critères d'internationalité pour déterminer l'applicabilité de la Convention de New York et, par conséquent, de définir le traitement d'internationalisation à appliquer. De même, puisque le champ d'application de la Convention inclut d'autres jugements qui ne relèvent pas de la définition traditionnelle d'une sentence arbitrale (notamment le *lodo irrituali* du droit italien[958]). En outre, l'article V(1)(e) – invoqué par ceux qui estiment que les sentences a-nationales ne relèvent pas du champ d'application de la Convention – prévoit seulement que la reconnaissance d'une sentence qui n'est pas encore investie de l'autorité de la chose jugée *peut* être refusée, c'est-à-dire, si elle est encore soumise à un contrôle judiciaire de sa validité.[959]

Le fait qu'une sentence soit a-nationale ne constitue pas un obstacle à sa validité. La sentence finale a-nationale est, à partir du moment où elle est prononcée (acte qui met fin au procès arbitral[960]), définitive et obligatoire ; à partir de ce moment, comme elle n'est soumise à aucune forme de *révision* judiciaire, elle est investie de l'autorité de la chose jugée, répondant à l'exigence de finalité (facultative, il convient de souligner) établie par la Convention de New York. C'est le cas des sentences « internes » qui ne sont pas soumises au contrôle primaire de validité en vertu de la volonté des parties ou de celles qui – même soumises à un tel contrôle – ne sont pas remises en cause par la partie perdante dans le délai légal prévu à cet effet ou sont respectés volontairement (même dans ces cas, la nécessité d'une procédure de reconnaissance peut survenir à des fins bureaucratiques et formalistes). Par conséquent, comme il n'est pas nécessaire de faire confirmer la validité de la sentence par les tribunaux étatiques, il n'y a aucune raison de traiter différemment les sentences arbitrales a-nationales.

---

958 BRUNO, Giusi. *L'arbitrato a Modalità Irrituale nella Riforma dell'Arbitrato*. Thèse (Doctorat). Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli, p. 189, en citant ITALIE. Cour de cassation, 15 juin 2002, n. 9281 : « il profilo della natura rituale o meno del lodo sarebbe assolutamente irrilevante ai fini della sua circolazione internazionale secondo il sistema disciplinato dalla Convenzione di New York ». Contre : LEW, Julian D. M. ; MISTELIS, Loukas A. ; KRÖLL, Stefan Michael. *Comparative International Commercial Arbitration*. La Haye : Kluwer Law International, 2003, p. 699.

959 Pour une analyse au sujet de l'interprétation linguistique de la Convention de New York, voir la sous-section 7.2.3 *infra*.

960 BRÉSIL. Loi d'arbitrage de 1996, article 29 : « **Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem**, devendo o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda, entregando-a diretamente às partes, mediante recibo » (soulignement ajouté).

La Convention doit être considérée comme autosuffisante, dispensant de la nécessité de se référer constamment au droit du siège ou à tout autre droit national. L'objectif de la Convention de créer une procédure simplifiée pour la circulation des sentences arbitrales étrangères gagne encore de sens par le remplacement de la notion de nationalité de la sentence par une « notion pratique de validité en tant qu'élément factuel »,[961] vérifiée sur la base de principes largement acceptés. Une interprétation plus permissive de la Convention permet de l'adapter à des approches plus modernes du droit de l'arbitrage, en évitant une difficile réforme législative.

7.2. Le droit applicable aux effets de la sentence arbitrale

« il existe un principe d'effectivité de la procédure arbitrale qui obéit à un leitmotiv : la sentence ne doit pas rester lettre morte ».
Laure Bernheim-van de Casteele[962]

L'acte juridictionnel de type sentence valide – y compris l'arbitrale – est capable de produire des effets. De tels effets ont un double caractère : en même temps, la sentence arbitrale valide produit des effets positifs et négatifs. D'une part, en résolvant les crises juridiques (c'est-à-dire, les litiges) soumises à résolution arbitrale par les parties, elle peut produire des effets constitutifs, déclaratoires et condamnatoires (**7.2.1**). En revanche, lorsqu'elle statue avec un caractère définitif, elle produit des effets terminatifs à l'égard des arbitres, qui ne seront plus investis d'un pouvoir juridictionnel, et préclusifs à l'égard des parties, les empêchant de resoumettre à résolution les mêmes crises juridiques précédemment résolues (**7.2.2**). Enfin, en conséquence des prémisses établies, notamment l'inefficacité extraterritoriale du jugement d'annulation, il existe la possibilité de faire

---

961 PETROCHILOS, Georgios. *Procedural Law in International Arbitration*. Oxford Private International Law Series. Oxford : Oxford University Press, 2004, p. 381 (« The conclusion is that one must not lose sight of the Convention's goal of simplicity, which is served by substituting the notion of 'nationality' with the practical notion of validity as a matter of fact, in Article V(1)(e). That is by contrast with other international treaties, that insist on a close and prior connection with the law of the place of the rendition of an award »).

962 BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, Laure. *Les Principes Fondamentaux de l'Arbitrage*, Bruxelles : Édition Bruylant, 2012, p. 585.

reconnaître par d'autres ordres juridiques la validité de la sentence arbitrale annulée par le juge étatique qui la considère comme « interne » (**7.2.3**).

7.2.1. Les effets positifs de la sentence arbitrale : constitution, déclaration et condamnation

La sentence arbitrale est un acte juridictionnel qui met fin aux crises juridiques qui peuvent exister entre les parties. Selon la leçon de Dinamarco, la protection accordée par l'arbitre par le biais de la sentence arbitrale peut être déclaratoire, constitutive ou condamnatoire, selon la crise à résoudre :

> L'arbitrage se prête à la solution de toutes les *crises juridiques* qui conduisent à un processus de connaissance, c'est-à-dire (a) les crises de certitude, qui légitiment la protection simplement *déclaratoire*, (b) les crises de situations juridiques, susceptibles d'être résolues par la sentence *constitutive*, et (c) les crises de *conformité*, qui conduisent à la protection *condamnatoire*.[963]

L'acte juridictionnel de type sentence doit être un acte revêtu de finalité. En d'autres termes, il doit résoudre de manière définitive – ce qui ne doit pas être confondu comme intégrale, puisqu'une sentence peut résoudre partiellement les crises soumises à la juridiction arbitrale – les crises qu'il se propose à résoudre. L'exigence de finalité est essentielle. En conséquence, les mesures conservatoires ou les décisions prises par des arbitres d'urgence ne peuvent être considérées comme des sentences arbitrales ; il s'agit de décisions précaires soumises à confirmation après conclue l'instruction. Ils ne bénéficient donc pas des effets accordés aux actes juridictionnels de type sentence.

La sentence arbitrale, comme c'est aussi le cas des jugements étatiques, en plus de constituer des droits matériels pour la partie gagnante, a également pour effet de constituer des droits procéduraux pour les deux parties – gagnante et perdante. Pour les seconds, elle ouvre la voie à un recours en annulation ; pour les premiers, la voie à

---

963 DINAMARCO, Candido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo : Editora Malheiros, 2013, p. 180.

l'exécution. C'est le prononcé de la sentence arbitrale qui marque le terme initial pour les délais prescriptifs de ces actions. Toutefois, elle se distingue des jugements étatiques par le fait que le recours en annulation n'a pas, *a priori*, d'effets suspensifs et le décret d'annulation, d'effets *ex nunc*, ce qui renforce également la présomption de validité accordée à la sentence « interne ».[964]

Le droit brésilien, ainsi que la plupart des systèmes juridiques, reconnaît que la sentence arbitrale est un instrument d'exécution judiciaire,[965] ce qui permet son exécution forcée.[966] Depuis l'avènement de la Convention de New York,[967] dans un cadre général, l'exigence d'une double homologation est supprimée.[968] Par conséquent, la sentence arbitrale existante est valide et efficace dès le moment où elle est prononcée, sans avoir besoin d'une confirmation de sa validité par le juge étatique.

La sentence arbitrale jouisse également de force probante, les déclarations et conclusions des arbitres en faisant foi, à moins que – et jusqu'au moment où – la fraude ou la fausseté des déclarations est prouvée.[969]

Le contrôle des effets de la sentence arbitrale est soumis à la *lex fori*, le droit du lieu où les effets se manifesteront. Par conséquent, une fois que la validité de la sentence arbitrale a été établie par le juge d'accueil, en application des droits régissant chaque moyen spécifique de refus, l'efficacité de la sentence est soumise au droit du for.

---

964 DINAMARCO, Candido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo : Editora Malheiros, 2013, p. 180 ; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Poder judiciário e sentença arbitral*. Curitiba : Juruá, 2008, p. 93 (sauf que l'inexistence ou la nullité de la sentence arbitrale peut être prononcée d'office et que la décision du tribunal a des effets *ex tunc*).

965 BRÉSIL. Code de procédure civile de 2015, article 515 : « [s]ão títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os Artigos previstos neste Título: [...] VII - a sentença arbitral ».

966 BRÉSIL. Loi d'arbitrage de 1996, article 31 : « A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo ».

967 CNUDCI. Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York).

968 BRÉSIL. Loi d'arbitrage de 1996, article 18 : « O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir **não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário** » (soulignement ajouté).

969 SERAGLINI, Christophe ; ORTSCHEIDT, Jérôme. *Droit de l'Arbitrage Interne et International*. Paris : Lextenso Éditions, 2013, p. 828.

C'est le contrôle final du juge du for de réception qui, même s'il reconnaît la validité de la sentence, peut limiter les effets qu'elle produira sur son territoire, au cas où ils violeraient ses préceptes fondamentaux. Dans la pratique, cependant, la validité et l'efficacité sont confondues et il est courant de voir la conduite d'un contrôle unique et non détaillé. Il convient de souligner que, dans la mesure où elle résulte du contrôle de validité, la reconnaissance de l'efficacité de la sentence arbitrale par le juge étatique d'un système juridique donné n'implique pas sa reconnaissance par le juge d'un autre ordre ; de même, la déclaration d'inefficacité n'a pas d'effets extraterritoriaux et, par conséquent, ne lie pas l'autorité destinataire d'un autre système.

Enfin, il convient de souligner que la sentence arbitrale produit également des effets systémiques, puisqu'elle est source de création du droit transnational. C'est également à partir de la protection arbitrale qu'il est possible de vérifier l'acceptation pratique des principes internationalement reconnus, en plus de la création de précédents – non contraignants, bien sûr – qui peuvent servir de guide pour d'autres tribunaux. Cependant, la compréhension de la sentence arbitrale comme source de droit transnational se heurte à une difficulté pratique. En raison de l'obligation de confidentialité qui prévaut normalement dans les procédures arbitrales, peu de sentences arbitrales sont publiées. À notre avis, pour contribuer à la formation du droit transnational, la publication des sentences arbitrales devrait être largement encouragée par les acteurs de l'arbitrage (institutions arbitrales, arbitres, parties, académiciens, *etc.*), même si anonymisées, afin de garantir la confidentialité des parties et d'éventuelles questions sensibles.

7.2.2. Les effets négatifs de la sentence arbitrale : dessaisissement du tribunal arbitral et préclusion en vertu de l'autorité de la chose jugée

Les principaux effets négatifs de la sentence arbitrale, largement reconnus au niveau international, sont en nombre de deux. Le premier concerne le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, qui prend fin avec le prononcé de la sentence ; le second concerne l'empêchement de remettre en cause les crises résolues avec finalité – et de manière immutable – par le biais de la protection juridictionnelle arbitrale.

Le prononcé de la sentence arbitrale finale (qui comprend la déclaration finale de l'arbitre en réponse à toute demande de clarification des parties – pour remédier à d'éventuelles contradictions, omissions ou erreurs formelles que la sentence pourrait avoir) a pour effet de mettre fin au pouvoir juridictionnel confié aux arbitres par les parties.[970] Ainsi, une fois que la mission confiée est accomplie, l'arbitre ne jouit plus des pouvoirs juridictionnels confiés à cette fin exclusive.[971] Cette conséquence automatique renforce le fait que la source du pouvoir des arbitres repose sur la volonté des parties.

En outre, le prononcé de la sentence arbitrale (partielle ou finale) a pour conséquence la production des effets propres de l'autorité de la chose jugée. Comme pour les jugements étatiques, il est entendu que les sentences arbitrales sont également investies de l'autorité de la chose jugée, garantissant leur immutabilité, ce qui empêche les parties de soumettre leurs litiges précédemment jugés à un nouvel arbitrage ou aux tribunaux étatiques.[972] La sentence arbitrale partielle, par exemple, empêche même le tribunal qui l'a rendue de revenir sur la question dans une décision ultérieure. En droit français, la sentence arbitrale est investie de l'autorité de la chose jugée de manière automatique au

---

970 FRANCE, Code de procédure civile, article 1506, alinéa 4, renvoyant à l'article 1486, alinéa 1 : « la sentence dessaisit le tribunal de la contestation qu'elle tranche ».

971 SERAGLINI, Christophe ; ORTSCHEIDT, Jérôme. *Droit de l'Arbitrage Interne et International*. Paris : Lextenso Éditions, 2013, p. 823.

972 BERMANN, George A. International Arbitration and Private International Law : General Course on Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law,* v. 381, 2016, p. 458 (« it would seem anomalous for awards to enjoy less preclusive effects in subsequent arbitration than the New York Convention entitles them to enjoy in subsequent litigation ») ; CCI n. 6363 (1991), *Yearbook Commercial Arbitration*, v. 17, 1992 ; CCI n. 4126 (1984), *in* ARNALDEZ, Jean-Jacques ; DERAINS, Yves ; JARVIN, Sigvard. *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985.* La Haye : Kluwer Law International, 1965 ; LY, Filip de ; SHEPPARD, Audley. ILA Interim Report on *Res Judicata* and Arbitration. *Arbitration International*, v. 25, n. 1, 2009, p. 2.

moment où elle est prononcée.[973] C'est également le cas en droit anglais, allemand et suisse.[974]

La reconnaissance de l'effet immédiat de l'autorité de la chose jugée n'empêche évidemment pas la partie irrésignée d'utiliser les voies de recours qui lui sont ouvertes pour contester la validité de la sentence arbitrale. Toutefois, ces recours, compte tenu du caractère immédiat de cet autorité, n'auront pas d'effets suspensifs. Seule la déclaration d'invalidité peut retirer à l'acte son autorité de chose jugée, mais uniquement pour ce territoire, puisque les jugements étatiques résultant du contrôle de la validité et de l'efficacité de la sentence arbitrale n'ont pas d'effets extraterritoriaux. L'immédiateté de la chose jugée arbitrale confirme également la limitation du contrôle du juge d'accueil. Bien entendu, il est uniquement chargé de vérifier l'adéquation de la sentence par rapport à son ordre juridique, n'ayant pas le pouvoir de la réformer ni de déconstituer l'autorité de la chose jugée.

La chose jugée arbitrale produit des effets exclusivement *interpartes* et ne peut être étendue à des tiers, bien que le contenu de la sentence puisse leur être opposable. Si la chose jugée, d'une part, empêche la remise en cause de la crise déjà soumise à la résolution des arbitres (à moins que toutes les parties ne s'entendent pour écarter la sentence et rejuger cette crise), d'autre part, elle ne crée aucun effet obligatoire de reconnaissance au juge étatique d'accueil. Comme on l'a vu précédemment, l'État de réception aura toujours le droit de refuser la reconnaissance lorsqu'il considère que la sentence arbitrale viole ses préceptes fondamentaux, même si elle est investie de l'autorité de la chose jugée ; chaque

---

973 FRANCE. Code de procédure civile, article 1506, alinéa 4, renvoyant l'article 1484, alinéa 1 : « la sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendu, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche » Voir aussi, HASCHER, Dominique. L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales. *in Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 15º Année, 2002/2003. Paris : Pedone, 2004, p. 17 ; MAYER, Pierre. Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international. *in Liber Amicorum Claude Reymond Autour de L'Arbitrage*. Mélanges Offertes à Claude Reymond. Paris : Litec, 2004, p. 185.

974 ANGLETERRE. Loi sur l'Arbitrage, article 58(1) : « Unless otherwise agreed by the parties, an award made by the tribunal pursuant to an arbitration agreement is final and binding both on the parties and on any persons claiming through or under them » ; ALLEMAGNE. Code de procédure civile (ZPO), article 1055 : « Amongst the parties, the arbitration award has the effect of a final and binding judgment handed down by a court » ; SUISSE. Loi fédérale sur le droit international privé, article 190(1) : « La sentence est définitive dès sa communication ».

État a le droit de ne pas reconnaître aux actes étrangers les effets qui découlent de l'autorité de la chose jugée.[975] Néanmoins, même si sa reconnaissance est refusée, la sentence arbitrale reste revêtue de l'autorité de la chose jugée, et la décision du juge étatique ne peut la priver de cet effet.

C'est en raison du risque de décisions contradictoires qu'une partie de la doctrine soutient que l'annulation d'une sentence arbitrale au siège devrait empêcher sa reconnaissance dans d'autres juridictions. Cette raison nous semble cependant insuffisante et contraire à l'autonomie du système de droit transnational.

Il reste à voir quel est le droit applicable pour vérifier qu'une sentence arbitrale est couverte par l'autorité de la chose jugée. Il existent plusieurs possibilités lorsque cette analyse incombe à l'arbitre appelé à se prononcer sur la possibilité de trancher une question précédemment décidée en arbitrage. On peut appliquer le droit applicable à la procédure arbitrale du premier arbitrage ou le droit qui régit la procédure du second arbitrage. Il est également possible d'appliquer le droit régissant la résolution au fond de chacun des arbitrages ou le droit du siège de l'un d'entre eux. Les possibilités étant multiples, comme pour d'autres questions soumises à la détermination du droit qui les régit, la chose jugée exige, dans un premier temps, que soit effectué un exercice de qualification pour définir s'il s'agit d'une question de procédure ou d'une question en lien avec le fond du litige.[976]

Comme il s'agit d'une question substantielle indissociable de la cause d'action sous-jacente, et comme la revendication de l'autorité de la chose jugée constitue une cause de non-recevoir, une partie de la doctrine considère que le droit applicable au fond doit également régir l'autorité de la chose jugée.[977] Pour Bermann, cependant, le fait que la défense de la chose jugée ne soit pas spécifiquement liée à une cause d'action, mais d'application systématique, exige qu'elle soit traitée comme une question de procédure et

---

975 DEBOURG, Claire. Les Contrariétés de Décisions dans l'Arbitrage International. Paris : LGDJ, 2012, p. 410.

976 Un autre exemple est la question de la prescription. Pour une analyse détaillée des débats sur sa qualification et ses conséquences pour la détermination du droit applicable, voir NUNES, Thiago Marinho. *Arbitragem e Prescrição*. São Paulo : Atlas, 2014.

977 BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2 éd. La Haye : Kluwer Law International, 2014, p. 2669 e ss.

non soumise à la *lex causae*. L'auteur va plus loin et défend qu'il n'existe pas de droit interne capable de réglementer la question de la chose jugée en arbitrage, étant nécessaire l'application de standards internationaux, avec ce qui nous sommes d'accord.[978] En ce sens, il affirme que « tout comme les tribunaux arbitraux n'ont pas de règles de conflit de lois préexistantes, ils n'ont pas non plus de normes préexistantes en matière de *res judicata* ».[979]

La source de ces normes internationales se trouve dans les recommandations de l'ILA concernant la litispendance et l'autorité de la chose jugée dans les arbitrages. Le rapport indique l'adoption du critère de la triple identité, également reconnu par le droit brésilien et le droit français, par exemple.[980] Ainsi, pour qu'une certaine cause d'action soit considérée comme non-recevable en fonction de l'existence d'une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée, il est nécessaire d'établir qu'il existe une identité (i) des parties, (ii) de la demande et (iii) de la cause d'action.[981] Si l'exigence d'une triple identité est

---

978 Le caractère de l'autorité de la chose jugée en tant que principe international a été reconnu par la pratique et la doctrine. Voir dans ce sens : BERMANN, George A. International Arbitration and Private International Law : General Course on Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law,* v. 381, 2016, p. 464 ; CIRDI n. ARB(AF)/98/2, 2 juin 2000, *Waste Management, Inc. vs. United Mexican States* ; CIRDI n. ARB/81/1, 10 mai 1988, *Amco Asia Corporation vs. Republic of Indonesia* ; UNITED NATIONS. Reports of International Arbitral Awards : *Trail Smelter Case* (United States vs. Canada), 11 mars 1941 ; PCA. *The Pious Fund of the Californias* (The United States of America vs. The United Mexican States), 22 mai 1902, 1902-01.

979 BERMANN, George A. International Arbitration and Private International Law : General Course on Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law,* v. 381, 2016, pp. 460-461 (« Just as arbitral tribunals have no pre-existing choice of law rules, so too do they lack pre-existing res judicata standards »).

980 DE LY, Filip ; SHEPPARD, Audley. Final Report on *Lis Pendens* and Arbitration. *Arbitration International*, v. 25, n. 1, 2009, pp. 83–86. Voir, aussi, LY, Filip de ; SHEPPARD, Audley. ILA Interim Report on *Res Judicata* and Arbitration. *Arbitration International*, v. 25, n. 1, 2009 ; MARTINEZ-FRAGA, P. J. How about a Second Bite of the Apple ? Revisiting the Need for Uniformity Application of Res Judiciata to International Commercial and Treaty-based Arbitration, *in* ROVINE, Arthur W. (ed.). *Contemporary issues in International Arbitration and Mediation.* Leiden : Martinus Nijhoff Publishers, 2011, p. 142 ; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo : Editora Malheiros, 2013, pp. 202-207 ; BRÉSIL. Code de procédure civile, article 337, § 2º: « Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido » ; SERAGLINI, Christophe ; ORTSCHEIDT, Jérôme. *Droit de l'Arbitrage Interne et International*. Paris : Lextenso Éditions, 2013, p. 398.

981 DE LY, Filip ; SHEPPARD, Audley. Recommandations on *Lis Pendens* and *Res Judicata* and Arbitration, *Arbitration International*, Vol. 25, n. 1, 2009, pp. 83–86, Recommendation 3 :

« An arbitral award has conclusive and preclusive effects in further arbitral proceedings if:
• it has become final and binding in the country of origin and there is no impediment to recognition in the country of the place of the subsequent arbitration;
• it has decided on or disposed of a claim for relief which is sought or is being reargued in the further

remplie, l'autorité de la chose jugée empêche la remise en cause des éléments de fait et de droit qui ont fait l'objet d'une première décision, lorsqu'ils ont été substantiellement soumis à l'appréciation de l'autorité juridictionnelle.[982] Par conséquent, il est assez similaire à ce que nous comprenons comme des exigences de la préclusion consommatrice des systèmes juridiques de la tradition romano-germanique.

Compte tenu des prémisses de cette étude, il nous semble que les recommandations de l'ILA peuvent être sujettes à critique en ce qui concerne l'exigence de la recommandation 3.1 selon laquelle la sentence arbitrale doit être finale et contraignante dans son ordre juridique d'origine pour être considérée comme ayant l'autorité de la chose jugée. Bien qu'une telle confirmation de validité puisse être exigée par l'ordre de réception, une telle exigence ne doit pas être considérée comme une règle absolue, et encore moins comme un principe de droit international.

Les recommandations de l'ILA sont un exemple de la nécessité d'un consensus entre les nations sur un certain principe afin d'être considéré comme faisant partie du droit transnational.[983] L'exigence d'une « triple identité » est largement reconnue tant dans les ordres issus de la *common law* que dans celles de la tradition romano-germanique. D'autre part, les juridictions de *common law* ont une règle qui empêche la mise en cause d'une nouvelle action liée à une même transaction et qui aurait pu faire l'objet d'une première instance – qu'elle soit arbitrale ou judiciaire – mais qui ne l'a pas été. Pour les ordres de la

---

arbitration proceedings;
• it is based upon a cause of action which is invoked in the further arbitration proceedings or which forms the basis for the subsequent arbitral proceedings; and
• it has been rendered between the same parties »

Voir aussi : DE LY, Filip ; SHEPPARD, Audley. ILA Final Report on *Lis Pendens* and Arbitration. *Arbitration International*, v. 25, n. 1, 2009, p. 76.

982 DE LY, Filip ; SHEPPARD, Audley. ILA Recommendations on *Lis Pendens* and *Res Judicata* and Arbitration, *Arbitration International*, Vol. 25, n. 1, 2009, pp. 83–86, Recommendation 4 :

« An arbitral award has conclusive and preclusive effects in the further arbitral proceedings as to:
• determinations and relief contained in its dispositive part as well as in all reasoning necessary thereto;
• issues of fact or law which have actually been arbitrated and determined by it, provided any such determination was essential or fundamental to the dispositive part of the arbitral award ».

983 MEHREN, Arthur von. *Limitations on Party Choice of the Governing Law* : Do they Exist for International Commercial Arbitration ? The Mortimer and Raymond Sackler Institute of Advanced Studies, Tel Aviv University, 1986, p. 21. Voir également le Chapitre 4 *supra* pour les discussions sur l'exigence de consensus pour la création d'un droit transnational.

tradition romano-germanique, une telle situation ne constitue pas une préclusion consommatrice et la partie est libre de décider, en fonction de son analyse de convenance, si elle souhaite présenter toutes ses demandes dans une même instance ou si elle souhaite n'en présenter qu'une partie dans un premier temps et, le cas échéant, le reste par la suite. De même, dans les recommandations de l'ILA, constitue une situation d'injustice ou d'abus de procédure avérée le fait de ne pas mettre en cause une demande à la première occasion procédurale dont dispose la partie et empêche sa mise en cause dans une procédure ultérieure.[984]

Néanmoins, la communauté arbitrale ne considère pas à l'unanimité que les recommandations de l'ILA présentent les standards internationaux pour la question de la détermination de la portée et des effets de la chose jugée. En conséquence, les tribunaux arbitraux agissant conformément aux règles de la CCI ont appliqué à l'autorité de la chose jugée les standards en vigueur au lieu où ces décisions – qu'il s'agisse d'une sentence arbitrale ou un jugement étatique – ont été rendues, bien qu'elles fassent également référence au principe transnational de la triple identité.

7.2.3. L'inexistence des effets extraterritoriaux des jugements reconnaissant la validité ou annulant la sentence arbitrale : possibilité de reconnaissance des sentences arbitrales annulées à l'origine

Un reflet important des théories délocalisatrices est la possibilité de reconnaissance dans d'autres juridictions de la sentence arbitrale annulée par le juge étatique du siège. En effet, la reconnaissance de la validité ou l'annulation des sentences arbitrales dans une juridiction donnée n'a pas d'effets extraterritoriaux.[985] Nous comprenons

---

984 DE LY, Filip ; SHEPPARD, Audley. ILA Recommendations on *Lis Pendens* and *Res Judicata* and Arbitration, *Arbitration International*, Vol. 25, n. 1, 2009, pp. 83–86, Recommendation 5 : « An arbitral award has preclusive effects in the further arbitral proceedings as to a claim, cause of action or issue of fact or law, which could have been raised, but was not, in the proceedings resulting in that award, provided that the raising of any such new claim, cause of action or new issue of fact or law amounts to procedural unfairness or abuse ».

985 Voir, dans ce sens, la décision de la Cour d'appel de Paris selon laquelle « les décisions rendues à la suite d'une procédure d'annulation, à l'instar des décisions d'exequatur, **ne produisent pas d'effets internationaux car elles ne concernent qu'une souveraineté déterminée sur le territoire où elle**

qu'il s'agit là d'une conséquence naturelle de la reconnaissance de la sentence arbitrale comme un acte juridictionnel transnational. Logiquement, si chaque État a le droit de décider de reconnaître la validité de l'acte et de lui permettre de produire des effets sur son territoire, ils ne peuvent pas tous être liés par les effets d'une décision prise par un autre État. Le contrôle de validité est individuel et autonome. Ainsi, l'annulation d'une sentence arbitrale par les tribunaux de son siège ne devrait pas constituer un obstacle à la reconnaissance de sa validité par les autres tribunaux. Si la question s'est révélée choquante et découragée dans le passé, elle est aujourd'hui acceptée (bien que pas encore majoritairement) dans plusieurs ordres juridiques et par plusieurs tribunaux. C'est à travers ces décisions, dans un premier temps, et des instruments juridiques qui les autorisent, dans un deuxième temps, que nous analyserons cette possibilité.[986]

On attribue aux sagas *Hilmarton-Putrabali* le développement initial de la théorie. L'affaire *Hilmarton*[987] (ou "saga Hilmarton", pour le nombre d'actions judiciaires qu'elle implique), très controversée, découle d'une sentence arbitrale prononcée contre la société Hilmarton – résultant d'une procédure arbitrale menée conformément au Règlement

---

s'exerce, aucune appréciation ne pouvant être portée sur ces décisions émises par un juge étranger à l'occasion d'un procès indirect » (soulignement ajouté). FRANCE, Cour d'appel de Paris, 29 oct. 2005, *Direction Générale de l'Aviation Civile de l'Émirat de Dubai vs. International Bechtel*, *Revue de l'Arbitrag*e, 2006, pp. 695-700.

986 Pour des textes qui analysent la question de manière plus retenue, voir : GAILLARD, Emmanuel. Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin : The French Experience, *in* VAN DEN BERG, Albert Jan. Improving the Efficiency of Arbitration and Awards : 40 Years of Application of the New York Convention, *ICCA Congress Series*, 1998, pp. 505-527 ; *Id*. O destino da sentença arbitral anulada na ordem jurídica da sede. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 48, janv.-mars 2016, pp. 205-210 ; FOUCHARD, Philippe. Sugestões para aumentar a eficácia internacional das sentenças arbitrais**.** *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 8, avr.-juin 2000, pp. 331-345 ; KOCH, Christopher. The Enforcement of Awards Annulled in their Place of Origin. *Journal of International Arbitration*, v. 26, 2 éd. pp. 267–292 ; BRAGHETTA, Adriana. A Importância da Sede na Arbitragem : visão a partir do Brasil. Rio de Janeiro : Renovar, 2010 ; SCHEFFER DA SILVEIRA, Gustavo. Os Efeitos da Sentença Arbitral Anulada em seu País de Origem em Direito Francês, *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. VII, n. 26, pp. 35-72 ; CASELLA, Paulo Borba ; GRUENBAUM, Daniel. Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira Anulada. *Revista de Arbitragem e Mediação***,** v. 9, avr.-juin 2006, pp. 207-251 ; WALD, Arnoldo. Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira Anulada pela Justiça Local no País da Sede da Arbitragem, *in* LEMES, Selma Ferreira ; BALBINO, Inez (coord.). Arbitragem : Temas Contemporâneos. São Paulo : Quartier Latin, 2012, pp. 55-72 ; RIBEIRO, Rafael Pellegrini. O reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras no direito brasileiro, *in* JOBIM, Eduardo ; MACHADO, Rafael Bicca (coord.) *Arbitragem no Brasil : Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo : Quartier Latin, 2008, pp. 417-435.

987 FRANCE. Cour de cassation, 1ère Chambre Civile, 23 mars 1994. *Hilmarton Ltd. vs. Omnium de Traitement et de Valorisation (OTV*), *Revue de l'Arbitrage*, 1994, p. 327.

d'arbitrage de la CCI et siégée à Genève – annulée en Suisse mais reconnue en France, conformément à l'article VII de la Convention de New York. Ce qui est important dans ce cas, c'est non seulement la décision de reconnaissance d'une sentence annulée à l'origine, mais aussi l'affirmation de la Cour de Cassation française selon laquelle cette sentence ne faisait pas partie de l'ordre juridique suisse (le lieu où elle a été rendue), « de sorte que son existence demeurait établie malgré son annulation et que sa reconnaissance en France n'était pas contraire à l'ordre public international ».[988]

À Genève, une nouvelle procédure arbitrale a eu lieu, cette fois avec Hilmarton comme vainqueur, qui a alors demandé la reconnaissance de cette deuxième sentence en France. Après les décisions du Tribunal de grande instance de Nanterre et de la Cour d'appel de Versailles, la Cour de cassation lui a finalement refusée la reconnaissance, car elle connaissait l'effet de la décision reconnaissant la première sentence arbitrale, entraînant l'impossibilité de reconnaître la seconde.[989] En Angleterre, Hilmarton a réussi à obtenir la reconnaissance de la deuxième sentence. Les cours anglaises ont décidé que la reconnaissance de cette sentence ne constituerait pas une violation à l'ordre public.[990] En conséquence, la première sentence arbitrale a produit ses effets en France, et la seconde en Suisse et en Angleterre – ce qui a suscité un débat intense quant au manque de prévisibilité et de sécurité juridique que cette approche impliquait.[991]

Plusieurs autres décisions confirmant la position française ont suivi l'arrêt *Hilmarton*, notamment dans les affaires *Norsolor*, *Chromalloy* et *Betchel*.[992] L'affaire

---

988 FRANCE. Cour de cassation, 1ère Chambre Civile, 23 mars 1994. *Hilmarton Ltd. vs. Omnium de Traitement et de Valorisation (OTV*), *Revue de l'Arbitrage*, 1994, p. 327.

989 FRANCE. Cour de cassation, 1ère Chambre Civile, 10 juin 1997, *Omnium de Traitement et de Valorisation vs. Hilmarton.*

990 ANGLETERRE. Haute cour, 24 mai 1999, *Omnium de Traitement et de Valorisation vs. Hilmarton,* 2 All ER (Comm) 146.

991 Dans le même sens : FRANCE. Cour d'appel de Paris, 10 juin 2004, *Société Bargues Agro Industrie vs. Société Young Pecan Company*, publié dans la *Revue de l'Arbitrage*, 2006, pp. 154-155: « n'est pas intégrée dans l'ordre juridique [de l'État du siège] de sorte que son éventuelle annulation par le juge du siège ne porte pas atteinte à son existence en empêchant sa reconnaissance et son exécution dans d'autres ordres juridiques nationaux ».

992 FRANCE. Cour de cassation, 1ère Chambre Civile, 9 oct. 1984, *Pabalt Tikeret Sirketi vs. Norsolor*, *Revue de l'Arbitrage*, 1985, p. 431 ; FRANCE. Cour d'appel de Paris, 14 janv. 1997, *Arab Republic of Egypt vs. Chromalloy Air Services*, *Revue de l'Arbitrage*, 1997, p. 395 ; FRANCE. Cour d'appel de

Norsolor est devenue célèbre parce qu'elle a été la première où la validité et le caractère exécutoire d'une sentence arbitrale annulée ont été reconnus au siège. Conduit selon le Règlement d'arbitrage de la CCI et siégée en Autriche, l'arbitrage a abouti à une décision fondée sur la *lex mercatoria*. Après avoir obtenu gain de cause, la partie Pablak a demandé l'exécution de la sentence au Tribunal de grande instance de Paris, qui lui a été accordée. Peu après, la Cour d'appel de Vienne a annulé la sentence au motif que les arbitres avaient outrepassé leur mission en décidant conformément à la *lex mercatoria*. Par la suite, la Cour d'appel de Paris a alors décidé de ne pas confirmer l'exécution sur la base de l'article V(1)(e) de la Convention de New York. Acte continu, les deux décisions ont été réformées par leurs cours supérieures respectives ; la Cour autrichienne a décidé de renverser la décision précédente, rétablissant la validité de la sentence arbitrale ; la Cour française a décidé d'accorder l'*exequatur*, appliquant pour la première fois l'article VII de la Convention de New York pour vérifier la validité de la sentence conformément à son droit interne.[993]

L'affaire *Chromalloy* mérite aussi d'être mentionnée car elle concerne également les cours américaines, étant la première affaire annulée à la source reconnue dans cette juridiction. En l'espèce, la sentence arbitrale rendue dans un arbitrage siégé au Caire en faveur de Chromalloy a vu ses effets suspendus par les tribunaux de cette juridiction, au motif que le tribunal arbitral aurait appliqué un droit non choisi par les

---

Paris, 29 oct. 2005, *Direction Générale de l'Aviation Civile de l'Émirat de Dubai vs. International Bechtel*, *Revue de l'Arbitrage*, 2006, pp. 695-700.

993 En commentant l'affaire *Norsolor*, Gaillard affirme : « the decision did effectively establish the principle that Art. VII of the New York Convention takes precedence in situations that also implicate Art. V. In so doing, the ruling opened the door by applying the 'more favorable right' principle to the recognition in France of an award set aside in the country of origin ». GAILLARD, Emmanuel. Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin : The French Experience, *in* VAN DEN BERG, Albert Jan. Improving the Efficiency of Arbitration and Awards : 40 Years of Application of the New York Convention, *ICCA Congress Series*, 1998, pp. 508-509. Dans le même sens : FRANCE. Cour de cassation, 1ère Chambre Civile, 10 mars 1993, *Polish Ocean Line vs. Jolasry*, *Revue de l'Arbitrage*, 1993, p. 255 ; en comparant avec les affaires Norsolor et Polish Ocean, Koch explique : « While in Norsolor the French Supreme Court had only stated that Article V(1)(e) of the New York Convention was not in itself a sufficient grounds to deny the enforcement of an annulled foreign award, it now [en *Polish Ocean*] clearly held that the more favourable law provision of Article VII, and thus application of Article 1502 NCCP, prevailed over Article V(1)(e) of the Convention ». KOCH, Christopher. The Enforcement of Awards Annulled in their Place of Origin. *Journal of International Arbitration*, v. 26, pp. 267–292. Voir aussi, FRANCE. Cour d'appel de Paris, 24 fév. 1994, *Ministère Tunisien de l'Equipement vs. Société Bec Frères*, *Revue de l'Arbitrage*, 1995, p. 275.

parties pour résoudre le fond du litige (le tribunal a appliqué les règles du droit civil, alors que, selon le juge étatique, il aurait dû appliquer le droit administratif égyptien). Irrésignée, Chromalloy a demandé la reconnaissance de la sentence arbitrale en France et aux États-Unis, sa demande étant acceptée par les deux juridictions : la France, suivant le précédent établi dans l'affaire *Hilmarton*[994] ; les États-Unis, suivant le même raisonnement, fondé sur l'affirmation du caractère facultatif de l'article V de la Convention de New York et l'application du principe du droit le plus favorable, conformément à l'article VII de la Convention, mais aussi sur l'interprétation que la clause compromissoire stipulée par les parties contenait une renonciation à toute forme de révision judiciaire, y compris le recours en annulation, qui empêchait la reconnaissance par les tribunaux américains de l'efficacité d'un jugement étatique égyptienne rendu en violation de la volonté des parties.[995]

L'affaire *Betchel*, en revanche, est importante en ce qui concerne la déclaration de la Cour d'appel de Paris dans le sens de l'inexistence des effets extraterritoriaux d'un jugement étatique d'annulation.

---

994 FRANCE. Cour d'appel de Paris, 14 janv. 1997, *Arab Republic of Egypt vs. Chromalloy Air Services*, *Revue de l'Arbitrage*, 1997, p. 395.

995 ETATS-UNIS. Cour du District de Columbia, n. 94-2339, 31 juil. 1996, *Chromalloy Aeroservices vs. Arab Republic of Egypt* ; KOCH, Christopher. The Enforcement of Awards Annulled in their Place of Origin. *Journal of International Arbitration*, v. 26, 2 éd. pp. 267–292 (« Determining that '[t]he U.S. public policy in favour of final and binding arbitration of commercial disputes is unmistakable, and supported by treaty, by statute, and by case law,' the District Court examined whether 'comity' and the act of state doctrine obliged it to give the Egyptian judgment res judicata effect: No nation is under an unremitting obligation to enforce foreign interests which are fundamentally prejudicial to those of the domestic forum. […] The court thus decided that it was under no obligation to enforce the Egyptian judgment which had been issued in proceedings that contradicted the parties' agreement to waive all judicial recourse against the award and thus violated the emphatic U.S. public policy in favour of arbitration »). Voir aussi : SCHWARTZ, Eric A. A Comment on Chromalloy Hilmarton, à l'américaine. *Journal of International Arbitration*, v. 4, n. 2, 1997, pp. 125-136 ; WAHL, Philipp. Enforcement of Foreign Arbitral Awards Set Aside in their Country of Origin - The Chromalloy Case Revisited. *Journal of International Arbitration*, v. 16, n. 4, 1999, pp. 131-140. Contre : ETATS-UNIS. Cour d'appel du Second Circuit, 12 août 1999, *Baker Marine Nigeria vs. Chevron Nigeria and Others*, 191 F 3d 194 (« This case is unlike Chromalloy […]. Unlike the petitioner in Chromalloy, Baker Marine is not a United States citizen, and it did not initially seek confirmation of the award in the United States. Furthermore, Chevron and Danos did not violate any promise in appealing the arbitration award within Nigeria. Recognition of the Nigerian judgment in this case does not conflict with United States public policy »). Koch précise toutefois que l'affaire Baker Marine ne peut être considérée comme un renversement de l'affaire Chromalloy : « While the Baker Marine court did not overrule Chromalloy, by distinguishing the cases, it relegated the Chromalloy decision's Article VII approach to the case where the foreign vacatur has been obtained in proceedings that violated an express waiver of any recourse against the award before the courts of the place of arbitration […] » ; voir aussi : ETATS-UNIS. Cour du District de New York, 22 oct. 1999, *Martin I. Spier vs. Calzaturificio Tecnica*, 71 F.Supp.2d 279.

Mais c'est avec la décision dans l'affaire *Putrabali* que les tribunaux français ont présenté une évolution de la doctrine et ont établi le principe fondamental de la reconnaissance de l'autonomie de la sentence arbitrale par rapport aux ordres juridiques nationaux, en précisant qu'une « sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées ».[996] Contrairement à l'arrêt *Hilmarton*, dans lequel la Cour de cassation a reconnu que la sentence arbitrale ne faisait pas partie d'un ordre juridique national, dans l'affaire *Putrabali*, la Cour est allée plus loin en affirmant qu'il s'agissait d'une véritable décision de justice internationale.

Malgré le fait qu'aux États-Unis les décisions qui ont suivi l'affaire *Chromalloy* ont limité la possibilité de reconnaissance des sentences arbitrales annulées à l'origine, des affaires comme *Karaha Bodas* et *COMMISA* nous permettent d'affirmer que cette décision n'est pas isolée. Dans la première affaire, la société privée des Iles Caïmans, Karaha Bodas, et la société publique indonésienne de gaz et pétrole, Pertamina, ont discuté de questions contractuelles dans le cadre d'une procédure arbitrale siégée en Suisse, conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et avec l'application du droit matériel indonésien, Karaha Bodas sortant vainqueur.

Karaha Bodas a alors demandé l'exécution de la sentence au Texas. Au même temps, Pertamina a demandé l'annulation de la sentence auprès des tribunaux suisses, ce qui lui a été refusé. Les tribunaux du Texas ont reconnu la sentence arbitrale et ont autorisé son exécution par Karaha Bodas,[997] tandis que Pertamina a continué à demander l'annulation de la sentence en Indonésie (en plus d'une mesure anti-procès pour empêcher son exécution aux États-Unis), procès dont elle est sortie victorieuse. Le jugement d'annulation en main, elle a ensuite demandé à la Cour du Cinquième Circuit de réformer

---

996 FRANCE. Cour de cassation, 1ère Chambre Civile, 29 juin 2007, *Société PT Putrabali Adyamulia vs. Société Rena Holding et Société Moguntia Est Epices*, *Revue de l'Arbitrage*, 2007, p. 507. Voir aussi le Chapitre 2 *supra*.

997 Le tribunal texan a autorisé l'enregistrement du jugement à New York, au Delaware et en Californie. Karaha Bodas a également commence des procédures de reconnaissance et d'exécution à Hong Kong, au Canada et à Singapour.

la décision texane, qui à son tour a rejeté la demande au motif que le jugement d'annulation des tribunaux indonésiens ne pouvait pas empêcher les tribunaux américains d'exécuter la sentence arbitrale car ils n'avait juridiction que pour le contrôle secondaire de la validité.[998]

Il est intéressant de noter que, tout en admettant le caractère contraignant des décisions d'annulation des tribunaux américains de première instance, cette décision reconnaît que non seulement les tribunaux du siège de l'arbitrage doivent être considérés comme tels, mais aussi que les tribunaux du pays dont le droit procédural est applicable, ce qui démontre la reconnaissance de la volonté des parties et du texte de la Convention de New York.[999]

Dans la seconde affaire et la plus récente, *COMMISA*, la Cour du district de Columbia a reconnu la possibilité de reconnaissance par les tribunaux de ce pays des sentences annulées à l'origine, sur la base d'une analyse de la « violation des notions fondamentales de justice » dans la motivation du jugement d'annulation.[1000] Les tribunaux néerlandais ont également appliqué cette approche.[1001]

Au Brésil, la question a été soumise à l'appréciation de la Cour supérieure de justice à une seule occasion, dans l'affaire *EDF*.[1002] En l'espèce, la sentence arbitrale

---

998 La saga Karaha Bodas comprend également : un ordre anti-procédure accordé par conférence téléphonique par le tribunal du Texas ; une infinité de requêtes croisées ; de nombreuses décisions de justice ; la participation de l'Indonésie et des États-Unis en tant *qu'amicus curiae* ; l'action intentée par Petramina contre Karaha Bodas aux îles Caïmans au motif que l'arbitrage était frauduleux ; la demande d'ordonnance de *certiorari* auprès de la Cour suprême des États-Unis, etc. Pour un rapport complet de l'affaire : 07-619 US Supreme Court PT Pertamina (Persero) v. Karaha Bodas Co., L.L.C. - Amicus Invitation (Petition) (2007).

999 ETATS-UNIS. Cour d'appel du Cinquième Circuit, 23 mars 2004, *Karaha Bodas vs. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, 364 F.3d 274 : « Under the Convention, 'the country in which, or under the [arbitration] law of which, [an] award was made' is said to have primary jurisdiction over the arbitration award. All other signatory states are secondary jurisdictions, in which parties can only contest whether that state should enforce the arbitral award ».

1000 ETATS-UNIS. Cour du District de Columbia, 23 août 2013, *Corporación Mexicana de Matenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. vs. Pemex-Exploración y Producción.*

1001 PAYS-BAS. Hoge Raad. 23 nov. 1973, *SEEE vs. Yougoslavie*, *Revue de l'Arbitrage*, 1974, p. 311 ; PAYS-BAS. Cour d'appel d'Amsterdam, affaire n° 200.005.269/01, 28 avr. 2009, *Maximov vs. NLMK* ; PAYS-BAS. Cour d'appel d'Amsterdam, affaire n° 200.100.508/01, 18 sept. 2012, *Yukos Capital S.A.R.L. vs. OAO Rosneft*.

1002 BRÉSIL. Cour supérieure de justice, SEC 5782, Rapporteur Jorge Mussi, 02 déc. 2015, *EDF vs. Endesa*

rendue à l'issue d'un arbitrage mené sur la base du Règlement d'arbitrage de la CCI a été annulée par les tribunaux du siège de l'arbitrage, à Buenos Aires, puis soumise à une procédure de reconnaissance au Brésil. La Cour brésilienne, alléguant que la sentence arbitrale n'était pas revêtue avec l'autorité de la chose jugée car des vois des recours était encore ouvertes au siège, et en considérant, par conséquent, que les conditions autorisatrices de la reconnaissance n'étaient pas remplies, a rejeté la demande d'EDF. Les tribunaux chiliens, également appelés à reconnaître la sentence arbitrale annulée par les tribunaux argentins, se sont prononcés de la même manière.[1003]

En raison de l'isolement *apparent* de la position française, une partie de la doctrine reste opposée à la possibilité de reconnaissance des sentences annulées à

---

e YPF (« 1. O Artigo 34 da Lei n. 9.307/1996 determina que a sentença arbitral estrangeira será homologada no Brasil, inicialmente, de acordo com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e que, somente na ausência destes, incidirão os dispositivos da Lei de Arbitragem Brasileira. 2. No caso em exame, a sentença arbitral que se pretende homologar foi anulada judicialmente pelo Poder Judiciário Argentino, com decisão transitada em julgado. 3. A legislação aplicável à matéria — Convenção de Nova York, Artigo V(1)(e) do Decreto n. 4.311/2002; Convenção do Panamá, Artigo 5(1)(e) do Decreto n. 1.902/1996); Lei de Arbitragem Brasileira, Artigo 38, inciso VI, da Lei n. 9.307/1996; e Protocolo de Las Leñas, Artigo 20(e) do Decreto n. 2.067/1996, todos internalizados no ordenamento jurídico brasileiro — não deixa dúvidas quanto à imprescindibilidade da sentença estrangeira, arbitral ou não, ter transitado em julgado para ser homologada nesta Corte Superior, comungando a doutrina pátria do mesmo entendimento. [...]. 6. Na hipótese sob exame, sendo nulo na Argentina o presente laudo arbitral — por causa de decisão judicial prolatada naquele País, com trânsito em julgado devidamente comprovado nos autos —, nula é a sentença arbitral no Brasil que, por isso, não pode ser homologada. 7. Pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira indeferido »). À cet égard, voir : NORTHFLEET, Ellen Gracie. Parecer – Homologação de Sentença Estrangeira Contestada 5.782. *Revista de Arbitragem e Mediação,* v. 9, n. 35, 2012, pp. 279-295 ; ZIADE, Daniela Farah, *et. al. Pesquisa de Jurisprudência CBAr e ABEARB*. Relatório do Tema: Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira, 2016, pp. 29-32. Disponible à l'adresse suivante : < http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2018/04/6-relatoriohomologacacc83o-de-sentenccca7asarbitrais-estrangeiras-03-08.pdf>. Accès le 9 janv. 2021.

1003 GÓMEZ, Manuel A. La Difícil Relación entre la Anulación y el Reconocimiento y Ejecución del Laudo Arbitral Internacional, *in Arbitraje Comercial Internacional - Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros*. Washington DC : OEA, 2015, p. 300 : « Con respecto a Chile, el mejor ejemplo lo encontramos en la decisión dictada durante el 2011 en el caso EDF Internacional S.A. (Francia) con Endesa Internacional S.A. (España) y YPF S.A. (Argentina). Allí, la Corte de Suprema de Chile denegó el reconocimiento y la ejecución de un laudo previamente anulado en la sede del arbitraje (Buenos Aires, Argentina). Para fundamentar su decisión, la Corte Suprema de Chile hizo mención del artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York y del artículo 246 del Código de Procedimiento Civil chileno; este último que condiciona la autenticidad y eficacia del laudo extranjero al visto bueno u otro signo de aprobación emanado del Tribunal Superior de Argentina. Debido a que el laudo ya había sido anulado en sede judicial argentina es obvio que la obtención del visto bueno no era posible, lo cual impidió entonces que los tribunales chilenos aceptaran la solicitud de ejecución ».

l'origine.[1004] Mais, comme nous l'avons vu au Chapitre 2 *supra*, le prétendu isolement est faux. Plusieurs autres juridictions ont déjà reconnu des sentences annulées à l'origine, et beaucoup d'autres envisagent cette possibilité.[1005] De plus, une analyse retenue du texte de la Convention de New York démontre qu'il s'agit de l'interprétation la plus conforme non seulement à l'intention du législateur, mais aussi à une conception plus moderne d'arbitrage.

Créée dans le but de faciliter l'exécution des sentences arbitrales entre les pays qui en sont signataires,[1006] la Convention de New York est une source de débats sans fin qui divisent la doctrine. D'une part, ceux qui estiment que la Convention a attribué des effets extraterritoriaux au jugement d'annulation en vertu de son article V(1)(e) ; d'autre part, ceux qui estiment que cet article accorde une simple faculté aux États signataires, leur permettant de reconnaître de tels effets, mais établissant également l'applicabilité de leur propre droit, lorsqu'il est plus favorable.

La question qui nous semble centrale au débat est celle de nature linguistique concernant la formulation de l'article V de la Convention de New York. On préconise

---

1004 BRAGHETTA, Adriana. A Importância da Sede na Arbitragem : visão a partir do Brasil. Rio de Janeiro : Renovar, 2010 ; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo : um comentário à Lei n. 9.307/96*. São Paulo : Atlas, 2009, pp. 473-474 (« Anulada a sentença arbitral (no país de origem), bastará a produção de tal prova pelo réu para que a homologação seja denegada »).

1005 La CCI, dans un guide de 2012 sur les procédures nationales de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales en vertu de la Convention de New York, indique que l'Autriche, le Brunei, la Croatie, le Danemark, l'Espagne, Hong Kong, l'Irlande, le Liban, le Luxembourg, le Mexique, le Panama, la Pologne et la Turquie ont tendance à reconnaître les sentences annulées à la source. Voir : ICC International Court of Arbitration Bulletin 733 : *ICC Guide to National Procedures for Recognition and Enforcement of Awards under the New York Convention*, v. 23 – Special Supplement 2012. Voir, dans ce sens : ETATS-UNIS. Cour du District de Columbia, n. 94-2339, 31 juil. 1996, *Chromalloy Aeroservices vs. Arab Republic of Egypt* ; ETATS-UNIS. Cour du District de Columbia, 23 août 2013, *Corporación Mexicana de Matenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. vs. Pemex-Exploración y Producción* ; PAYS-BAS. Hoge Raad., 23 nov. 1973, *SEEE vs. Yugoslavia*, *Revue de l'Arbitrage*, 1974, p. 311 ; FRANCE. Cour d'appel de Rouen, 13 nov. 1984, *SEEE vs. Yougoslavie*, Revue de l'Arbitrage, 1985, p. 115 ; PAYS-BAS. Cour d'appel d'Amsterdam, affaire n° 200.005.269/01, 28 avr. 2009, *Maximov vs. NLMK* ; PAYS-BAS. Cour d'appel d'Amsterdam, affaire n° 200.100.508/01, 18 sept. 2012, *Yukos Capital S.A.R.L. vs. OAO Rosneft* ; BELGIQUE. Tribunal de première instance de Bruxelles, 6 déc. 1988, *SONATRACH vs. Ford, Bacon and Davis, Inc*. *Yearbook Commercial Arbitration*, v. 15, 1990, p. 370.

1006 Lorsque consulté, le site web de la CNUDCI a indiqué que 166 États étaient signataires de la Convention. Disponible à l'adresse suivante : < https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2 >. Accès le 31 oct. 2020.

notamment son caractère facultatif.[1007] Quatre (anglais, espagnol, russe et chinois) des cinq versions officielles (l'arabe ne faisait pas encore partie des langues officielles de la CNUDCI) ont des termes équivalents à l'anglais « *may* », à l'exception du texte français. Dans la version anglaise, on lit : « *recognition and enforcement of the award **may be** refused [...] only if [...]* »[1008] ; alors que le texte français est impératif en affirmant que « [l]a reconnaissance et l'exécution de la sentence **ne seront** refusées [...] que si [...] ».[1009] La version en portugais suit également la logique majoritaire en prévoyant « ***poderão** ser [...] unicamente [...]* ».[1010]

Certes, l'interprétation des conventions plurilingues doit être uniforme afin d'éviter les conflits entre les pays qui optent pour l'une ou l'autre version (en plus de guider dans la même direction les États qui les traduisent pour les internaliser dans leurs systèmes juridiques). La version française, la seule à contenir des formulations ayant un sens différent des autres, doit être interprétée de manière uniforme avec le sens général de la Convention, c'est-à-dire, en faisant prévaloir son caractère facultatif.[1011] Curieusement, ce sont précisément les tribunaux français qui fournissent l'interprétation la plus permissive

---

1007 PAULSSON, Jan. L'exécution des sentences arbitrales dans le monde de demain. *Revue de l'Arbitrage*, 1998, n. 4, p. 638 : « La Convention de New York ne définit pas les conditions d'exécution des sentences étrangères. Elle ne fait qu'établir un seuil. Les juridictions d'exécution liées par la Convention n'ont ainsi pas le droit de poser des conditions autres que celles admises par la Convention, mais elles sont parfaitement libres d'en poser moins ».

1008 Le texte complet de la clause est le suivant : « Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: (…) ».

1009 La version espagnole contient également une formule qui indique la *faculté* : « [s]olo se **podrá** [...] si ».

1010 CNUDCI. Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York), article V.

1011 À cet égard, voir les décisions : ETATS-UNIS. Cour d'appel du Second Circuit, 23 déc. 1974, *Parsons & Whittemore Overseas Co. vs. Société Générale de l'Industrie du Papier* ; FRANCE. Cour d'appel de Versailles, 23 janv. 1991, *Bomar Oil N.V. vs. Entreprise Runsienne d'Activités Pérolires* ; ALLEMAGNE. Cour suprême, 12 févr. 1976, *Sociedade da Romania vs. Sociedade da Alemanha* (anonymisée), *Yearbook Commercial Arbitration*, v. 2, 1977, pp. 242-243 ; ALLEMAGNE. Cour d'appel de Hambourg, 29 juin 1989, *Soviet Danube Steam Navigation Company vs. FR German Travel Agency*, *Yearbook Commercial Arbitration*, v. 16, 1991, pp. 546-547 ; PAYS-BAS. Tribunal de première instance d'Amsterdam, 24 avr. 1991, *V/O Tractoroexport vs. Dimpex Trading BV*, *Yearbook Commercial Arbitration*, v. 17, 1992, pp. 572-573 ; SUISSE. Tribunal de commerce, 20 avr. 1990, *Yearbook Commercial Arbitration*, v. 17, 1992, pp. 584-585 (anonymisée).

de la Convention de New York, alors que la grande majorité des juridictions continuent à défendre la conception territorialiste de la Convention.[1012]

L'interprétation française du texte conventionnel confirmerait donc que l'intention du législateur était de prévoir des moyens limités et facultatifs de refus de la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. La Convention de New York, une fois ratifiée par les Etats, suffirait à elle seule à guider le juge étatique. En règle générale, les États préfèrent édicter leurs propres règles internes sur la matière. Compte tenu de la hiérarchie normative des traités internationaux, deux options sont possibles : soit le législateur national reprend les hypothèses de la Convention, sans les compléter ni les aggraver, soit il prévoit des hypothèses plus légères, y compris pour l'exclusion d'une ou plusieurs de celles prévues par la Convention, créant ainsi un droit interne plus favorable. Suivant la logique de cette interprétation permissive, l'application des dispositions de l'article VII devient obligatoire : le juge étatique, lorsqu'il examine une demande de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale, **doit** appliquer son droit interne, s'il est plus favorable. C'est une conclusion qui résulte de l'exercice d'herméneutique systématique de la Convention.

Sur ce point, la législation brésilienne mérite une étude détaillée. Les hypothèses des articles 38[1013] et 39[1014] de la Loi d'arbitrage ne reproduisent pas exactement

---

1012 LIEBSCHER, Christoph. Article V, *in* WOLFF, Reinmar. (ed.) *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: commentary*. Freiburg : Verlag C.H. Beck oHG, 2012, pp. 366-371.

1013 BRÉSIL. Loi d'arbitrage de 1996, article 38 : « Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que: I - as partes na convenção de arbitragem eram incapazes; II - a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida; III - não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa; IV - a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem; V - a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória; VI - a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada ».

1014 BRÉSIL. Loi d'arbitrage de 1996, article 39 : « Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal constatar que: I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem; II - a decisão ofende a ordem pública nacional ».

celles de l'article V[1015] de la Convention ; elles ne prévoient pas non plus un droit plus souple. Par exemple, l'article V(1)(e) de la Convention prévoit la non-reconnaissance d'une sentence arbitrale qui a été annulée par le juge étatique du siège ou celui de l'ordre juridique dont le droit procédural a régi la procédure. Cette deuxième possibilité a été supprimée de l'article 38 de la Loi brésilienne d'arbitrage.

Paulsson soutient qu'en cas d'exclusion ou d'atténuation des hypothèses du texte conventionnel, le juge étatique serait lié par celles-ci. Si, au contraire, le droit interne avait prévu d'autres hypothèses que celles convenues, celles-ci seraient nulles en vertu de la hiérarchie des lois. Que se passe-t-il donc dans le cas spécifique de la législation brésilienne ? Est-ce que c'est le texte conventionnel ou le texte du droit de l'arbitrage qui en vigueur ? Lorsque l'on considère que les conventions internationales possèdent le statut de règle constitutionnelle, la Convention de New York a la priorité en raison de la hiérarchie des lois. Dans le cas brésilien, il n'est pas nécessaire de regarder si loin, la Loi d'arbitrage elle-même a prévu comment il fallait procéder face à cette situation. Son article

---

[1015] CNUDCI. Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York), article V :

« 1. La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve:
a) Que les parties à la convention visée à l'article II étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue; ou
b) Que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage, ou qu'il lui a été impossible, pour une autre raison, de faire valoir ses moyens; ou
c) Que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire; toutefois, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, les premières pourront être reconnues et exécutées; ou
d) Que la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties, ou, à défaut de convention, qu'elle n'a pas été conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu; ou
e) Que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue.
2. La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate:
a) Que, d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage; ou
b) Que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays ».

34 stipule clairement que « [l]a sentence arbitrale étrangère sera reconnue ou exécutée au Brésil conformément aux traités internationaux en vigueur dans l'ordre interne et, en son absence, en stricte conformité avec les dispositions de la présente loi ».[1016] Par conséquent, doit être reconnue la juridiction du juge étatique du siège pour contrôler la validité, mais aussi celle du juge appartenant à l'ordre juridique qui a servi de base à la procédure arbitrale. Elle représente donc une relativisation de la thèse territorialiste.

Dans la pratique brésilienne, cependant, la question est différente. Des recherches sur les procédures de reconnaissance devant la Cour supérieure de justice au cours des années 2008 et 2015 ont montré que, malgré les dispositions de l'article 34 de la Loi d'arbitrage brésilienne, la Cour applique rarement la Convention de New York.[1017] En ce qui concerne plus particulièrement l'exclusion contenue dans l'article 38 de cette Loi, van den Berg soutient qu'il s'agit d'un choix intelligent de la législation brésilienne. La Cour supérieure de justice elle-même l'a également compris ainsi dans l'affaire *Brands vs. Petroplus*.[1018] En l'espèce, une sentence arbitrale, résultant d'une procédure menée selon le Règlement d'arbitrage de la CCI et siégée aux États-Unis, a été annulée au Brésil (il y avait une disposition accordant la juridiction d'annulation aux cours brésiliennes). La Cour supérieure de justice a toutefois décidé que la nullité au Brésil n'empêchait pas la reconnaissance de la sentence arbitrale, confirmant l'interprétation brésilienne selon laquelle les tribunaux du siège ont une compétence exclusive en matière d'annulation (cela renforce également l'interprétation selon laquelle le législateur brésilien, en établissant le critère de la nationalité de la sentence arbitrale par référence au lieu de son émission, a supposé que la sentence sera toujours rendue au siège de la procédure arbitrale).

1016 La raison de cet article est que lorsque la loi a été rédigée, il n'était pas prévu que le Brésil ratifie la Convention de New York.

1017 ZIADE, Daniela Farah et. *al*. *Pesquisa de Jurisprudência CBAr e ABEARB*. Relatório do Tema: Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira, 2016, pp. 29-32. Disponible à l'adresse suivante : < http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2018/04/6-relatoriohomologacacc83o-de-sentenccca7asarbitrais-estrangeiras-03-08.pdf>. Accès le 9 janv. 2021. L'enquête a révélé que dans seulement 5% des décisions rendues au cours de la période, il était fait référence à la Convention.

1018 BRÉSIL. Cour supérieure de justice, SEC n. 611/US, *First Brands do Brasil Ltda. vs. STP – Petroplus Produtos Automotivos S.A. PPA*, Rapporteur João Otávio de Noronha, 11 déc. 2006.

Le refus de reconnaître les sentences annulées au siège représente une application rigide de la notion territorialiste. Il ne nous semble pas raisonnable que le juge du siège dispose des pouvoirs ayant une efficacité internationale que parce que l'arbitrage y a été mené – ou même pas, car le siège pouvant n'être qu'une indication formelle – au détriment du juge qui doit vérifier si cette sentence peut avoir des effets patrimoniaux, par voie d'exécution. Notamment, le juge d'accueil se réserve toujours le droit de procéder à une analyse de la validité de la sentence, même dans les cas où l'annulation est refusée dans son lieu d'origine.

La reconnaissance majoritaire du caractère facultatif de l'article VII rend le débat sans objet, considérant qu'il n'y a pas de dichotomie entre celui-ci et l'article V car il ne s'agit pas de deux dispositifs de caractère impératif.[1019] La Convention est parfaitement neutre en ce qui concerne le sort des sentences annulées dans leur lieu d'origine, puisqu'elle n'oblige pas leur reconnaissance et leur exécution, comme le prévoit l'article V(1)(e), ni ne les refuse, en vertu du principe du droit le plus favorable établi à l'article VII(1).[1020]

La Convention européenne, bien qu'elle ne soit pas consacrée à la circulation des sentences arbitrales, est considérée comme l'instrument le plus moderne en matière de reconnaissance des sentences arbitrales annulées à l'origine. Son article IX(1) prévoit l'application d'une série de normes internationales pour le refus de reconnaissance d'une sentence annulée dans un autre État, qui, en plus d'être indépendantes du droit en vigueur au siège de l'arbitrage, n'inclue pas parmi les critères de refus l'annulation éventuelle de la

---

1019 Dans ce sens, voir aussi : GOODE, Roy. The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration. *Arbitration International*, v. 17, n. 1, 2001 : « It is clear that Article V is mandatory only in precluding refusal of enforcement on grounds other than those set out in it. Proof of the existence of one of those grounds entitles the courts of a Convention state to refuse recognition and enforcement but does not oblige them to do so. Refusal is discretionary ».

1020 CASELLA, Paulo Borba ; GRUENBAUM, Daniel. Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira Anulada. *Revista de Arbitragem e Mediação***,** v. 9, 2006, pp. 207-251 : « Como afirma Fouchard, o sistema da Convenção de Nova Iorque visa assegurar uma certa coordenação internacional do controle da sentença arbitral e evitar que uma sentença seja reconhecida em um país mesmo tendo sido anulada em outro. Por outro lado, a existência da regra do regime mais favorável comprova que a Convenção de Nova Iorque objetivou traçar regras mínimas para o reconhecimento, mas não impedir que um Estado previsse um regime mais favorável. O regime mais favorável pode ser aquele previsto nas leis internas do Estado, mas também aquele decorrente de tratados internacionais ».

sentence arbitrale dans son pays d'origine.[1021] Plus soucieux d'éliminer la possibilité d'un double contrôle de la sentence rendue par les arbitres, les législateurs de la Convention Européenne ont produit un texte mieux adapté à la conception moderne de l'arbitrage, en limitant les effets extraterritoriaux des jugements d'annulation dans les pays signataires de la Convention. Hascher, commentant le texte de la Convention, indique que l'article IX préserve l'efficacité internationale d'une sentence arbitrale annulée pour quelque raison, y compris une éventuelle violation de l'ordre public, à l'exception de celles énumérées à l'article IX(1)(a)-(d). Par conséquent, le juge de l'ordre de réception ne reconnaîtra pas les effets du jugement étatique annulant la sentence pour d'autres moyens que ceux qui y sont reconnus.[1022]

C'est un exemple qui devrait être suivi par ses signataires, afin de reconnaître le caractère véritablement transnational de l'arbitrage, qui ne devrait pas être soumis à l'esprit plus national du droit du siège. De cette manière, sera respectée sa nature d'activité juridictionnelle du système autonome du droit transnational.

[1021] CONSEIL DE L'EUROPE. Convention européenne sur l'arbitrage commercial international de 1961 (Convention de Genève), article IX(1) :

« 1. L'annulation dans un Etat contractant d'une sentence arbitrale régie par la présente Convention **ne constituera une cause de refus de reconnaissance ou d'exécution** dans un autre Etat contractant **que si** cette annulation a été prononcée dans l'Etat dans lequel ou d'après la loi duquel la sentence a été rendue et ce **pour une des raisons suivantes** :
(a) les parties à la convention d'arbitrage étaient, en vertu de la loi qui leur est applicable, frappées d'une incapacité, ou ladite convention n'est pas valable en vertu de !a loi à laquelle les parties l'ont soumise ou, à défaut d'indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue; ou
(b) la partie qui demande l'annulation n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage, ou il lui a été impossible, pour une autre raison, de faire valoir ses moyens ; ou
(c) la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire ; ou contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de clause compromissoire ; toutefois, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage, les premières pourront ne pas être annulées ; ou
(d) la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties ou, à défaut de convention, aux dispositions de l'article 4 de la présente Convention. » (soulignement ajouté).

[1022] HASCHER, Dominique. European Convention on International Commercial Arbitration - Commentary, *in Yearbook Commercial Arbitration*, vol. XX, 1995, p. 1034.

CHAPITRE 7. LA DETERMINATION DU DROIT APPLICABLE A LA VALIDITE ET AUX EFFETS DE LA SENTENCE ARBITRALE

CONCLUSION

Tout au long de cette étude, les prémisses qui permettent de considérer l'arbitrage comme l'activité juridictionnelle du système du droit transnational, sous-système appartenant au système social de droit, ont été établies. Sur la base des théories systémiques luhmanniennes, il est entendu que le système du droit transnational est autonome par rapport au système du droit national, qui appartient également au système de droit. Dans ce dernier, l'autorité juridictionnelle qui en occupe le centre est le juge étatique ; dans le second, l'arbitre. Et l'arbitre et le juge, chacun agissant au nom de son propre système, conversent à travers des ponts de transition, essentiels pour la création de solutions appropriées pour leur système non pas à partir de la simple transposition de leurs propres solutions au système de l'autre, mais en s'en inspirant pour une adaptation qui aboutit à la création de solutions appropriées pour des questions spécifiques.

L'autonomie du système du droit transnational ne signifie pas pour autant que les interactions avec le juge national soient totalement rejetées ; la communication entre l'arbitre et le juge doit être reconnue et encouragée afin d'assurer de légitimité à l'activité juridictionnelle arbitrale. C'est pourquoi les concepts classiques appartenant à la tradition juridique nationale ne doivent pas être complètement écartés. La création de méthodes qui s'appliquent au mieux à l'arbitrage transnational peut également se faire à partir de l'utilisation de concepts autonomes, dotés d'un caractère universel, qui permettent une application uniforme des droits applicables à l'arbitrage, en lui accordant le minimum de prévisibilité nécessaire pour garantir un procès équitable.

La nature particulière de l'assurance de la protection juridictionnelle par voie d'arbitrage – actuellement comprise comme un mode adéquat de résolution des conflits propres aux rapports privées dans le monde globalisé – implique un élément de renonciation à la juridiction étatique, qui exige, dans un premier temps, l'autorisation de l'État. Ceci, sur la base de ses propres politiques législatives, choisit d'abdiquer une partie de sa souveraineté en faveur de l'arbitre, notamment pour les crises juridiques qui peuvent résulter des rapports privés célébrés par des parties dont le contrôle ne l'intéresse pas. Ces crises peuvent être soumises à une résolution juridictionnelle par une autorité étrangère en relation au système de droit national, comme c'est le cas de l'arbitre.

Cette autorisation fonctionne de manière systémique. Après la renonciation par l'État à la partie du pouvoir juridictionnel qui lui appartenait naturellement, l'arbitre est autorisé à être reconnu comme l'autorité juridictionnelle de son propre système et les actes juridictionnels du type sentence qu'il prononce se voient garantir les mêmes effets que les sentences prononcées par l'autorité juridictionnelle étatique. Mais la source du pouvoir juridictionnel de l'arbitre nécessaire à l'octroi de la protection juridictionnelle dans le cas spécifique repose sur la volonté des parties. C'est sur la base de l'expression de l'autonomie de la volonté dans sa dimension procédurale que les parties confient aux arbitres la tâche de résoudre leurs crises juridiques de manière définitive et immutable.

Et c'est à partir de la dimension matérielle de ce même principe – d'ailleurs largement reconnu comme un principe de droit transnational – que les parties se voient accorder une pleine autonomie pour déterminer les droits qu'elles souhaitent voir appliqués aux questions qui constituent leur arbitrage. La vérification de la volonté des parties sera toujours la tâche inaugurale de la détermination du droit applicable à l'arbitrage. En absence d'un tel choix, il est toutefois nécessaire d'identifier les méthodes permettant à l'arbitre de déterminer le droit régissant les questions liées à la protection juridictionnelle.

La méthodologie classique des conflits de lois, en supposant la division du monde en États souverains et ordres juridiques nationaux, n'est pas adaptée à la détermination des droits applicables aux relations transnationales. Son principal objectif, comme nous l'avons vu, est de situer une question présentant des éléments d'extranéité – qui par nature touche plus d'un ordre juridique – dans un ordre national donné, en désignant un siège pour chaque rapport juridique. Mais cette situation territoriale fictive ne s'inscrit pas dans un monde où les frontières sont de moins en moins nombreuses. La rupture de ces paradigmes exige que le conflit de lois soit également repensé, notamment dans son application pour la détermination du droit applicable à l'arbitrage. Trois solutions satisfaisantes pour la détermination du droit applicable se dégagent d'un éloignement des méthodologies de droit international privé, qui se reflètent dans la doctrine et la pratique de l'arbitrage : la première, par le recours à la voie directe ; la deuxième, par le recours à des principes généraux internationalement reconnus ; et la troisième, par le recours à des règles a-nationales. Toutes les trois peuvent être appliquées avec l'objectif plus large de donner un effet utile aux dispositions contractuelles et commerciales convenues entre les parties,

reconnaissant ainsi toute l'étendue de leur autonomie de volonté. L'importance de ce principe dans le système de droit transnational est donc compréhensible.

Nous avons choisi, dans cette étude, d'analyser la détermination du droit applicable à l'arbitrage à partir de trois moments principaux d'un arbitrage : son institution, à partir d'une convention d'arbitrage valablement stipulée par les parties ; la conduite de la procédure arbitrale, dans le respect du procès équitable ; enfin, le prononcé de la sentence arbitrale, résolvant avec finalité les crises des parties soumises à jugement et mettant ainsi fin à la juridiction arbitrale. Chacune de ces questions est régie par son propre droit, qui doit être déterminé individuellement de manière à mettre en valeur ses caractéristiques et ses objectifs propres. L'ensemble de ces droits, appliqués en manifestation de la technique du *dépeçage*, compose le droit applicable ***à*** l'arbitrage.

Dans les chapitres consacrés à chacune de ces trois questions, nous avons analysé les conséquences pour la détermination du droit applicable à la lumière des différentes approches proposées par la doctrine pour expliquer l'institution de l'arbitrage, en mettant l'accent sur les quatre manifestations suivantes : monolocalisation et plurilocalisation, en tant que représentants des théories localisatrices ; délocalisation et autonomie systémique, en tant que représentants des théories autonomistes.

Partisans de la théorie systémique, nous présentons, dans la deuxième partie de cette thèse, des solutions possibles pour chacune des trois grandes questions abordées dans cette étude, en accord avec leurs présupposés théoriques. L'application de règles a-nationales pour régir la *trichotomie* de la convention d'arbitrage, par exemple, est conforme à la nature transnationale du système arbitral et à la large reconnaissance de l'autonomie de la volonté accordée aux parties dans l'exercice de leurs rapports privés.

Le procès arbitral, guidé notamment par le principe du respect au procès équitable, qui intègre l'ordre public transnational, devrait également être régie par les règles a-nationales de choix des parties, mais uniquement en ce qui concerne sa fonction interne. L'application de principes internationalement reconnus est plus appropriée à leur fonction externe. Ainsi, tout en valorisant la volonté des parties – ce qui intègre également le procès équitable – les principes fondamentaux qui garantissent la protection des droits des parties sont respectés, en assurant le respect de l'égalité et de la parité des armes entre

les parties, le contradictoire, l'indépendance et l'impartialité du juge, l'accès à la protection juridictionnelle.

La détermination du droit applicable à la validité et à l'efficacité de la sentence arbitrale exige également une approche détaillée. Si la sentence arbitrale est un acte juridictionnel étranger par rapport à l'ordre juridique du juge national de réception, elle sera toujours soumise au contrôle de validité en vigueur dans ce pays afin qu'elle puisse être internalisée dans les différents ordres juridiques nationaux. Ainsi, le régime de contrôle – qui exige souvent la qualification de la sentence arbitrale comme « interne » ou « étrangère », selon les critères d'internationalité en vigueur dans le for – doit être dicté par l'ordre de réception. Il peut prévoir le droit applicable à chacune des causes de nullité ou de refus de reconnaissance, auquel cas cette stipulation doit toujours être respectée par le juge d'accueil. La sentence arbitrale est dotée d'une finalité et d'une immutabilité. Elle est, dès son prononcée, investie de l'autorité de la chose jugée. D'une part, la chose jugée empêche une nouvelle mise en cause de la crise soumise à la solution des arbitres (à moins que toutes les parties ne conviennent de rejeter la sentence et de rejuger l'affaire), et, d'autre part, elle ne crée aucun effet obligatoire de reconnaissance au juge étatique appelé à statuer sur sa validité, que ce soit dans le cadre du recours en annulation ou dans le cadre de la reconnaissance.

Le contrôle de la validité de la sentence arbitrale est individuel et autonome. Il doit être effectué par l'autorité de l'ordre de réception conformément à ses propres préceptes fondamentaux. Ainsi, l'État de réception aura toujours le droit de refuser de reconnaître la validité de la sentence – l'empêchant ainsi d'y prendre effet – lorsqu'il estime que la sentence arbitrale viole ses préceptes fondamentaux, alors même qu'elle est investie de l'autorité de la chose jugée. Néanmoins, même si elle n'est pas reconnue, la sentence arbitrale reste investie de l'autorité de la chose jugée, et la décision du juge étatique de la soustraire à cet effet n'est pas valable. Par conséquent, si chaque État possède le droit de décider de reconnaître la validité de l'acte et de lui permettre de produire des effets sur son territoire, ils ne peuvent pas tous être liés par les effets de la décision rendue par le juge national d'un autre État. Or, l'annulation d'une sentence arbitrale par les tribunaux de son siège ne doit pas constituer un obstacle à la reconnaissance de sa validité par les autres tribunaux.

Enfin, il convient de souligner que la sentence arbitrale produit également des effets systémiques, puisqu'elle est à l'origine de la création du droit transnational. C'est également à partir de la protection juridictionnelle arbitrale qu'il est possible de vérifier l'acceptation pratique des principes internationalement reconnus, en plus de la création de précédents qui peuvent servir de guide pour d'autres tribunaux. La création d'un ordre public transnational à partir du système autonome d'arbitrage est le reflet de l'auto-constitutionnalisation des systèmes autopoïétiques. C'est une expression de la fragmentation sectorielle du droit mondial, par laquelle les attentes cognitives résultant des secteurs de l'économie, de la science et de la technologie, pour n'en citer que quelques-uns, deviennent le point de départ de l'activité normative, par opposition au système législatif traditionnel axé sur la politique, la morale et le droit.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages et articles

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e Produção de Provas na Arbitragem Internacional*. São Paulo : Atlas, 2014.

AFTALIÓN, Enrique R. ; VILANOVA, José ; RAFFO, Julio. Introducción al Derecho. 4e éd. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 2004.

AKEHURST, Michael. Jurisdiction in International Law. *The British Yearbook of International Law*, v. 46, 1975.

AL-BAHARNA. Husain M. Keynote Speech by Husain M. Al-Baharna. *in* VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.). International Arbitration in a Changing World. *ICCA Congress Series*, v. 6, Bahrain : Kluwer Law International, 1994.

ALBORNOZ, Maria Mercedes. Choice of Law in International Contracts in Latin American Legal Systems. *Journal of Private International Law*, v. 6, n.1, 2010.

ALVES, Rafael Francisco. *A inadimissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro.* São Paulo : Atlas, 2009.

_____. O Devido Processo Legal na Arbitragem. *in* JOBIM, Eduardo ; MACHADO, Rafael Bicca (coord.) *Arbitragem no Brasil : Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo : Quartier Latin, 2008.

ALVIM, Eduardo Arruda. Competência Internacional. *Studi in Onore di E.T. Liebman*. 2 v. Milán : Giuffrè, 1979.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999, 1 v.

AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. *Drafting Dispute Resolution Clauses : A Practical Guide*. Etats-Unis : 2013

ANCEL, Bertrand ; LEQUETTE, Yves. *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. Paris : Dalloz, 1998.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Cláusula Compromissória : Aspectos Contratuais. *Revista do Advogado*, v. 116, 2012.

_____. *Ordem Pública e Processo* : O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Processual Civil. São Paulo : Atlas, 2011.

_____. Alocação de custas e despesas e a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais em arbitragem. *in 20 anos da Lei de Arbitragem* : Homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo : Atlas, 2017.

ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado*. 5e éd. Rio de Janeiro : Renovar, 2011.

ARAÚJO, Nádia de ; GAMA JR., Lauro. A Escolha da Lei Aplicável aos Contratos do Comércio Internacional : Os Futuros Princípios da Haia e Perspectivas para o Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 34, 2012.

ARFAZADEH, Homayoon. Arbitrability under the New York Convention : The Lex Fori Revisited. *Arbitration International*, v. 17, 2001.

ARNALDEZ, Jean-Jacques ; DERAINS, Yves ; JARVIN, Sigvard. *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985*. La Haye : Kluwer Law International, 1965.

AUDIT, Bernard. Le droit international privé en quête d'universalité. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 305, 2003.

AUDIT, Bernard ; VON MEHREN, Arthur Taylor ; JUENGER, Friedrich K. A Continental Lawyer Looks at Contemporary American Choice-of-Law Principles. *in The American Journal of Comparative Law*, v. 27, n. 4, 1979.

AUDIT, Bernard ; D'AVOUT, Louis. *Droit international privé*. 6e éd. Paris : LGDJ, 2010.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico : Existência, Validade e Eficácia*. 4e éd. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406 de 10.01.2002). São Paulo : Saraiva, 2002.

BANTEKAS, Ilias. The Proper Law of the Arbitration Clause : A Challenge to the Prevailing Orthodoxy. *Journal of International Arbitration*, v. 27, 2010.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos contratos internacionais – uma visão teórica e prática*. São Paulo : Saraiva, 1994.

BARCELÓ III, John J. Who Decides the Arbitrators' Jurisdiction ? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 36, n. 4, 2003.

BARRACLOUGH, Andrew ; WAINCYMER, Jeff. Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration. *Melbourne Journal of International Law*, v. 6, 2005.

BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. Coimbra : Almedina, 2013.

BARTIN, Etienne-Adolphe. La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit des lois. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 31, 1930.

_____. *Études de droit international privé*. Paris : A. Chevalier-Marescq, 1899.

BASEDOW, Jürgen. *The Law of Open Societies. Private Ordering and Public Regulation in the Conflicts of Law*. La Haye : Brill Nijhoff, 2015.

BASEDOW, Jürgen ; KONO, Toshiyuki ; RUHL, Gisela (ed.). *An Economic Analysis of Private International Law*. Tübingen : Mohr Siebrek Ek, 2006.

BATIFFOL, Henri. La loi appropriée au contrat. *in Le droit de relations économiques internationales : Études Offertes à Berthold Goldman*. Paris : Litec, 1982.

_____. Les tendances doctrinales actuelles en DIP. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law, v. 72*, 1948.

BAUER, Hubert. *Compétence Judiciaire Internationale des Tribunaux Civils Français et Allemands (Etude Comparative)*. Paris : Dalloz, 1965.

BAXTER, William F. Choice of Law and the Federal System. *Stanford Law Review*, v. 16, n. 1, 1963.

BEALE, Joseph H. *A Treatise on the Conflict of Laws.* New York : Baker, Voorhis & Co, 1935.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Código de Processo Civil Interpretado. *in* MARCATO, Antônio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil Interpretado.* 3e éd. São Paulo : Atlas, 2008

BELLET, Pierre. La détermination du tribunal compétent en droit international privé. *Études de Droit Contemporain*, v. 31, 1966.

BELLET, Pierre ; MEZGER, Ernst. L'arbitrage international dans le nouveau code de procédure civile. *Revue Critique de Droit International Privé,* 1981.

BELOHLAVEK, Alexander J. Law Applicable to Arbitration Agreement and Arbitrability of a Dispute. *in* VIRGINIJA, Kondratiené (coord.). *Methods of Alternative Dispute Resolution in Central and Eastern Europe*. Vilnius : Kazimieras Simonavičius University, 2012.

BENETI, Sidnei. Arbitragem e tutelas de urgência. *Revista do Advogado*, n. 87, 2006.

BENEVENUTO, Rachel. *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards in Brazil : a comparative study with Switzerland*. Zurique : Schulthess, 2010.

BENN, Gottfried. Der Ptolemäer. Berliner Novelle, 1947. *Sämtliche Werke*, v. 5, 1991.

BERGER, Klaus Peter. Re-examining the Arbitration Agreement : Applicable Law – Consensus or Confusion? in International Arbitration 2006 : Back to Basics? *ICCA Congress Series*, v. 13, 2006. Montreal : Kluwer Law International, 2007.

_____. *The Creeping Codification of the Lex Marcatoria*. 2e éd. La Haye , Londres, Boston : Kluwer Law International, 2010.

_____. The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. *Law and Policy in International Business*, v. 28, 1997.

BERGSON, Henri. *The Two Sources of Morality and Religion.* Indiana : University of Notre Dame Press, 1954.

BERMANN, George A. International Arbitration and Private International Law : General Course on Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law,* v. 381, 2016,

_____. Le rôle respectif des cours et des arbitres dans la détermination de la compétence arbitral. *Revista de Arbitragem e de Mediação*, v. 31, 2011.

BERNARDINI, P. L'arbitrage en Italie après la récente réforme. *Revue de l'Arbitrage*, 1994.

BESSON, Sebastien. L'importance du lieu du siège de l'arbitrage. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 4, n. 13, 2007.

_____. Les conséquences de l'annulation d'une sentence arbitrale dans l'Etat du siège de l'arbitrage. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 3, n. 12, 2006.

BESSON, Sebastien ; PITTET, Luc. La reconnaissance à l'étranger d'une sentence annulée dans son Etat d'origine : réflexions sur la suite de l'Affaire Hilmarton. *ASA Bulletin*, v. 16, n. 3, 1998.

BISCOTTINI, G. *La reciprocità come criterio di giurisdizione.* Scritti in Memoria di Antonino Giuffrè. Milán : Giuffrè, 1967.

BLACKABY, Nigel ; HUNTER, Martin ; PARTASIDES, Constantine ; REDFERN, Alan. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6e éd. Oxford : Oxford University Press, 2015.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emmanuel Kant*. 4e éd. Brasília : Editora UnB, 1997.

BOBBIO, Norberto ; MATTEUCCI, Nicola ; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília : UnB, 2008, 2 v.

BODEN, Didier. Le pluralisme juridique en droit international privé. *Archives de philosophie du Droit*, v. 49, 2005

BODIN, Jean. *Les six livres de la république : un abrégé du texte de l'édition de Paris de 1583*. Édition et Présentation de Gérard Mairet. Saguenay : [s.n.], 2011.

BOISSÉSON, Matthieu de. Interrogations et doutes sur une évolution législative (l'article 9 de la loi du 19 août 1986*). Revue de l'Arbitrage*, 1987.

_____. L'Arbitrage et le Problème de la Qualification. *in Liber Amicorum Claude Reymond Autour de L'Arbitrage. Mélanges Offertes à Cl. Reymond*. Paris : Litec, 2004.

BOLLÉE, Silvain. *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*. Paris : Economica, 2004.

_____. L'Impérativité du Droit Choisi par les Parties devant l'Arbitre International. *Revue de l'Arbitrage*, 2016

BOLLÉE, Sylvain ; PÉRÈS, Cécile. Le Caractère Impératif ou Supplétif des Nouvelles Règles du Droit des Contrats devant l'Arbitre. *Revue de l'Arbitrage*, 2017.

BONATO, Giovanni. Panorama de arbitragem na França e na Itália. Perspectiva de Direito Comparado com o Sistema Brasileiro. *Revista Brasileira de Arbtiragem*, v. 43, 2014.

BORCHERS, Patrick Joseph. Categorical Exceptions to Party Autonomy in Private International Law. *Tulane Law Review*, v. 82, 2008.

BORCHERS, Patrick J ; HAY, Peter ; SCOLES, Eugene F ; SYMEONIDES, Symeon C. *Conflicts of Laws*. Hornbook Series and Other Textbooks. 4e éd. Minnesota : West Group, 2004.

BORN, Gary. *International Commercial Arbitration.* 2e éd. Kluwer Law International, 2014.

BOVE, Mauro. *Ancora sui Rapport Tra Arbitro e Giudice Statale*. Disponible à l'adresse suivante : <https ://www.unirc.it/documentazione/materiale_didattico/697_2007_65_339.pdf.>

BRAGHETTA, Adriana. *A Importância da Sede na Arbitragem : visão a partir do Brasil*. Rio de Janeiro : Renovar, 2010.

BREKOULAKIS, Stravos L. Law Applicable to Arbitrability : Revisiting the Revisited Lex Fori. *in* BREKOULAKIS, Stravos L. ; MISTELIS, Loukas A. (eds.). *Arbitrability : International & Comparative Perspectives*. Alphen aan den Rijn : Kluwer Law International, 2009.

BRILMAYER, Lea. Rights, Fairness, and Choice of Law. *Yale Law Journal*, v. 98, 1989.

BRUNNER, Christoph. *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles :* Exemption for Non-Performance in International Arbitration. La Haye : Kluwer Law International, 2008.

BRUNO, Giusi. *L'arbitrato a Modalitá Irrituale nella Riforma dell'Arbitrato*. Tese (Doutorado). Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli, p. 189, citando ITÁLIA, Corte de Cassação, 15.6.2002.

BÜHLER, Michael ; WEBSTER, Thomas. Handbook of ICC Arbitration : Commentary, Precedents, Materials. 2e éd. Londres : Sweet & Maxwell, 2008.

BUREAU, Dominique ; WATT, Horatia Muir. *Droit International Privé*. *Partie Générale*, 3e éd. Paris : Presses Universitaires de France, 2014.

CADIET, Loïc ; NORMAND, Jacques ; MEKKI, Soraya Amrani. *Théorie Générale du Procès*, 2e éd. Paris : PUF, 2013.

CAHALI, José Francisco. *Curso de Arbitragem*. 5e éd. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015.

CAIVANO, Roque J. *Arbitraje.* Buenos Aires : Editora Ad-Hoc, 2000.

CALEB, Marcel. *Essai sur le Principe de l'Autonomie de la Volonté en Droit International Privé.* Travaux de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Strasbourg. Paris : Recueil Sirey, 1927.

CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE (CCI). ICC International Court of Arbitration Bulletin 733 : ICC Guide to National Procedures for Recognition and Enforcement of Awards under the New York Convention, v. 23, 2012.

_____. *ICC Dispute Resolution 2019 Statistics*. Disponible à l'adresse suivante : <https ://iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics/ >.

CAMARGO, Solano do. *Forum shopping : modo lícito de escolha de jurisdição?* Mémoire (Master) – Faculté de droit de l'Université de São Paulo, São Paulo, 2015.

CAPRASSE, O. Le nouveau droit belge de l'arbitrage. *Revue de l'Arbitrage*, 2013.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo : um comentário à lei 9.307/96*. 3e éd. São Paulo : Atlas, 2009.

_____. Arbitragem e Jurisdição. *Revista de Processo*, v. 58, 1990

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência*. São Paulo : Saraiva, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. Lite e funzione processuale. *Rivista di Diritto Processuale Civile.*, 1928.

_____. *Sistema del Diritto Processuale Civile*. Pádua : Cedam, 1936, 1 v.

CARRUTHERS, Janeen ; FAWCETT, James ; NORTH, Peter (ed.). *Cheshire, North & Fawcett : Private International Law*. 14e éd. Oxford : Oxford University Press, 2008.

CASELLA, Paulo Borba ; GRUENBAUM, Daniel. Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira Anulada. *Revista de Arbitragem e Mediação***,** v. 9, 2006.

CASSESE, Sabino. *A Crise do Estado*. Trad. Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas, SP : Saberes Editora, 2010.

CAVERS, David F. Contemporary Conflicts Law in American Perspective. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 131, 1970.

_____. A Critique of the Choice-of-Law Problem. *Harvard Law Review*, v. 47, n. 2, 1933.

_____. *The choice of law process*. Ann Arbor : University of Michigan Press, 1965.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições do Direito Processual Civil*. São Paulo : Saraiva, 1969, 2 v.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo ; GRINOVER, Ada Pellegrini ; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo : Editora Malheiros, 2005.

CIRLIG, Ramona Elisabeta. Party Autonomy in Determining the Law Applicable in International Commercial Arbitration and its Limits Derived from the New York Convention. *Revista del Club Español del Arbitraje*, v. 34, 2019.

CLAY, Thomas. A Sede da Arbitragem Internacional : entre "Ordem" e "Progresso". *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 5, n. 17, 2008.

_____. La Importancia de la sede del arbtraje en el arbitraje internacional : ¿es todavia relevante?. *in* MANTILLA-SERRANO, F. (Coord.) *Arbitraje Internacional : Tensiones actuales*. Bogotá : Legis Editores S.A., 2007.

_____. *Le Nouveau Droit Français de l'Arbitrage*. Paris : L'Extenso Editions, 2011.

CLERMONT, Kevin M. Governing Law on Forum-Selection Agreements. *Hastings Law Journal*, v. 66, 2015.

COHEN, Jean L. Sovereignty in the Context of Globalization : A Constitutional Pluralist Perspective. *in* BESSON, Samantha ; TASIOULAS, Tihn (ed.). *Philosophy of International Law*. Oxford University Press, New York, 2010.

COLLINS, Lord (ed). *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*. 15 e éd. London : Sweet & Maxwell, 2012.

CORDERO-MOSS, Giuditta. Limits on Party Autonomy in International Commercial Arbitration. *Penn State Journal of Law & International Affairs*, v. 4, n. 1, 2015

CORDERO-MOSS, Giuditta ; ARROYO, Diego P. Fernández. Private International Law and Commercial Arbitration – A Dialogue about the Usefulness ans Awareness of the Former for the Latter. *in* ABOU-NIGM, Veronica R ; TAQUELA, María Blanca N. (eds.). *Diversity and Integration in Private International Law*. Edinburgh : Edinburgh University Press, 2019.

CORREIA, António Ferrer. O problema da lei aplicável ao fundo ou mérito da causa na arbitragem comercial internacional. *in Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado.* Coimbra : Almedina, 1988.

_____. O Direito Aplicável pelo Árbitro Internacional ao Fundo da Causa. *Boletim da Faculdade de Direito (Universidade de Coimbra)*, v. 77, 2001.

_____. *Lições de Direito Internacional Privado I*. 8e éd. Coimbra : Almedina, 2000

_____. Algumas Considerações acerca da Convenção de Roma de 19 de Junho de 1980 sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, v. 122, n. 3787, 1990.

COSTA, José Augusto Fontoura. A vontade e a forma : a percepção da arbitragem no caso do contrato de seguro do Projeto Jirau. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 38, 2013.

CRAIG ; William Laurence ; PARK, William W ; PAULSSON, Jan. *Craig, Park & Paulsson's Annotated Guide to the 1998 ICC Arbitration Rules : With Commentary*. New York : Oceana Publications, Paris : International Chamber of Commerce, 1998.

CRAVO, Daniela Copetti. Escolha Implícita da Lei nos Contratos Internacionais : Caso Farady Reinsurance v. Howden North America. Cadernos do Programa de Pós Graduação em Direito da UFRGS, v. 10, n. 1, 2015.

CRAWFORD, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*. Oxford : Oxford University Press, 2012.

CREMADES, Bernardo ; CAIRNS, David. El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores. *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2002.

CROFF, Carlo. The Applicable Law in an International Commercial Arbitration : Is It Still a Conflict of Laws Problem? *The International Lawyer*, v. 16, n. 4, 1982.

CURRIE, Brainerd. *Selected Essays on the Conflict of Laws*. Durham, North Carolina : Duke University Press, 1963.

_____. Notes on methods and objectives in the conflict of laws. *Duke Law Journal*, v. 8, n. 2, 1959.

D'ARGENTRÉ, Betrand. *De Statutis Personalibus et Realibus*. *in* LAINÉ, Armand (trad.). *Introduction au droit international privé, contenant une critique et des rapports de cette théorie avec le Code civil*. Paris : F. Pichon, 1982, 1 v.

DAVID, René. L'arbitrage dans le commerce international. Economica : Paris, 1982.

_____. Normas Imperativas e Arbitragem Internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 40, 2014.

DEBOURG, Claire. Les Contrariétés de Décisions dans l'Arbitrage International. Paris : LGDJ, 2012.

DE CASTEELE, Laure Bernheim-Van. *Les Principes Fondamentaux de l'Arbitrage*, Bruxelas : Édition Bruylant, 2012.

DELANOY, L. C. Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions. *Revue de l'Arbitrage*, 2007.

DELEUZE, Gilles ; GUATTARI, Félix. *Anti-Oedipus : Captalism and Schizophrenia*. Mineápolis : University of Minnesota Press, 1983.

DE LY, F. The Place of Arbitration in the Conflict of Laws of International Commercial Arbitration : An Exercise in Arbitration Planning. *Northwestern Journal of International Law & Business*, v. 12, 1991.

DE LY, Filip ; SHEPPARD, Audley. ILA Final Report on *Lis Pendens* and *Res Judicata* and Arbitration, *Arbitration International*, v. 25, n. 1, 2009.

_____. ILA Interim Report on *Res Judicata* and Arbitration. *Arbitration International*, v. 25, n. 1, 2009.

DERAINS, Yves. Les normes d'application immédiates dans la jurisprudence arbitrale internationale. *in Le droit de relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman*. Paris : Litec, 1982.

_____. *Droit et pratique de l'arbitrage international en France*. Paris : Feduci, 1984.

_____. *Jurisprudencia Arbitral de la Camara de Comercio Internacional*. Madrid : Civitas e Corte Española de Arbitraje, 1985.

_____. Les nouveaux principes de procédure : confidentialité, célérité, loyauté. *in* CLAY, Thomas (coord.). *Le Nouveau Droit Français de l'Arbitrage*. Paris : Lextenso, 2011.

_____. Is there a group of companies doctrine? *in* HANOTIAU, Bernard ; SCHWARTZ, Eric A. (eds.). *Multiparty Arbitration.* ICC Publication, n. 701. Paris : International Chamber of Commerce, 2010

_____. *Jurisprudencia Arbitral de la Camara de Comercio Internacional*. Madrid : Civitas e Corte Española de Arbitraje, 1985.

_____. *The ICC International Court of Arbitration Bulletin, v. 6, n. 1*.

_____. Foreword. *in* NAÓN, Horacio A. Grigera ; AFFAKI, Georges (eds). Jurisdictional Choices in Times of Trouble. *Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, v. 12, International Chamber of Commerce, 2015.

DERAINS, Yves ; SCHWARTZ, Eric A. *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*. 2e éd. La Haye : Kluwer Law International, 2005.

DE VAREILLES–SOMMIERES, P. La compétence internationale de l'État en matière de droit privé. *Droit international public et droit international privé*, Paris : LGDJ, 1997.

DE WINTER, Louis I. Excessive Jurisdiction in Private International Law. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 17, n. 3, 1968.

DIALLO, Ousmane. *Le consentement des parties à l'arbitrage international*. (Collection de l'Institut de hautes études internationales et du développement). Genève : Graduate Institute Publications, 2015.

DIDIER JR, Fredie. Negócios Jurídicos Processuais Atípicos no CPC-2015. *in Ensaios sobre os Negócios Jurídicos Processuais.* São Paulo : Juspodivm, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo : Editora Malheiros, 2013.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado (Parte Geral)*. Rio de Janeiro : Renovar, 1996.

_____. *Direito Internacional Privado (Parte Especial)*. Rio de Janeiro : Renovar, 2007.

DOLINGER, Jacob ; TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado : Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro : Renovar, 2003.

DUGUIT, Leon. The Law and The State. *Harvard Law Review*, v. 31, n. 1, 1917.

ECKART, Gottschalk ; HEIN, Jan von ; RALF, Michaels ; RÜHL, Gisela. *Conflicts*

of Law in a Globalized World. Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

EHRENZWEIG, Albert. A. A Proper Law in a Proper Forum : a Restatement of the "Lex Fori" Approach. *Oklahoma Law Review*, v. 18, 1965.

EHRLICH, Eugen. O estudo do Direito Vivo. *in* FALCÃO, J. ; SOUTO, C. (Org.). *Sociologia e Direito*. São Paulo : Pioneira Thomson, 2002.

FAWCETT, James ; CARRUTHERS, Janeen ; NORTH, Peter (ed.). *Cheshire, North & Fawcett : Private International Law*. 14e éd. Oxford : Oxford University Press, 2008.

FALLON, Marc. Le droit des Rapports Internationaux de Consummation. *Journal du Droit International*, Clunet, v. 112, 1984.

FERNANDES, M. v. T. da C. *Anulação da sentença arbitral*. São Paulo : Atlas, 2007.

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. El derecho internacional privado en el diván – Tribulaciones de un ser complejo. *in Derecho internacional privado y Derecho de la integración*. Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano. Asunción : CEDEP, 2013.

_____. The curious case of an arbitration with two annulment courts : comments on the YPF saga. *Arbitration International*, n. 33, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo : Martins Fontes, 2002.

FERREIRA-SNYMAN, M. P. The Evolution of State Sovereignty : A Historical Overview. *Fundamina :* A Journal of Legal History, Pretoria, v. 12, n. 2, 2006.

FICHTNER, José Antonio ; MANNHEIMER, Sergio Nelson ; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro : Forense, 2019.

FISCHER-LESCANO, Andreas ; TEUBNER, Gunther. Regime-Collisions : The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, n. 4, 2004.

FLESSNER, Axel. *Interessenjurisprudenz Im Internationalen en Privatrecht [Jurisprudence of Interests]*. Tubingen : J.C.B. Mohr, 1990.

FONSECA, José Arnaldo da. Jurisdição estatal e jurisdição arbitral : conflito aparente. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 6, n. 23, 2009.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. O princípio competência-competência na arbitragem. Uma perspectiva brasileira. *Revista de Arbitragem e Mediação*.

FOUCHARD, Philippe. *Écrits : droit de l'arbitrage, droit du commerce international*. Paris : Comité Français de l'Arbitrage, 2007.

_____. La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine. *Revue de l'Arbitrage*, 1997.

_____. Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales. *Revue de l'Arbitrage*, 1998.

FOUCHARD, Philippe ; GAILLARD, Emmanuel ; GOLDMAN, Berthold. *Traité de l'arbitrage commercial international.* Paris : Litec, 1996

FOUCHARD, Philippe ; POUDRET Jean-François. Quelle solution pour en finir avec l'affaire Hilmarton ? – Réponse à Philippe Fouchard, *Revue de l'Arbitrage*, 1998.

FRAGISTAS, C.N. La Compétence Internationale en Droit Privé. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 104, 1961.

_____. Problèmes résultant du conflit des règles sur la compétence judiciaire internationale. *Annuaire de l'A.A.A*., 1957.

FRANCESCAKIS, Phocion. Conflits des Lois. Principes Généraux. *Répertoire de Droit International*, v. 131, 1968.

_____. Quelques précisions sur les «lois d'application immédiate» et leurs rapports aves les règles de conflit de lois. *Revue Critique de Droit International Privé*, 1966

_____. *La Théorie du Renvoi et les Conflits de Systèmes en Droit International Privé*. Paris : Sirey, 1958.

FRICK, Joachim G. *Arbitration and Complex International Contracts :* With special emphasis on the determination of the applicable substantive law and on the adaptation of contracts to changed circumstances. La Haye : Kluwer Law International, 2001.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Le droit d'accès à la justice et au droit. *in* CABRILLAC, Rémy ; FRISON-ROCHE, Marie-Anne ; REVET, Thierry. (dir.). *Libertés et Droits Fondamentaux.* 18e éd. Paris : Dalloz, 2012.

FRY, Jason ; GREENBERG, Simon ; MAZZA, Francesca. *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*. Paris : ICC Publishing, 2012.

FUMAGALLI, Luigi. La Legge Applicabile al Merito della Controversia nell'Arbitrato Commerciale Internazionale. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, v. 21, 1985.

GAILLARD, Emmanuel. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*. Leiden-Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

_____. Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin : The French Experience. *in* VAN DEN BERG, A. J. (ed). Improving the efficiency of Arbitration and Awards : 40 years of the New York Convention. *ICCA Congress Series*, v. 9. Paris : Kluwer Law International, 1999.

_____. L'exécution des sentences annulées dans leur pays d'origine. *Journal du Droit International*, Clunet, v. 3, 1998.

_____. L'interférence des juridictions du siège dans le déroulement de l'arbitrage. *in Liber Amicorum Claude Reymond : Autour de l'arbitrage*. Paris : Litec, 2004.

_____. L'ordre juridique arbitral : réalité, utilité et spécificité. Conférence Commémorative John E. C. Brierley. *McGill Law Journal*, v. 55, 2010.

_____. *Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional*. São Paulo : Atlas, 2014.

_____. Souveraineté et Autonomie : réflexions sur les représentations de l'arbitrage international. *Journal du Droit International,* Clunet, v. 134, 2007.

_____. O destino da Sentença Arbitral Anulada na Ordem Jurídica da Sede. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 48, 2016.

GALLAIRD, Emmanuel ; SAVAGE, John. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. La Haye : Londres : Boston : Kluwer Law International, 1999.

GAUDEMET-TALLON, Hélène. Note following Municipalité de Khoms El Mergeb v. Société Dalico, 20 December 1993, Cour de Cassation*, Revue de l'Arbitrage*, 1994.

GHARAVI, H. *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award*. Kluwer Law International. 2002.

GIAMBASTIANI, Catherine A. Lex Loci Arbitri and Annulment of Foreign Arbitral Awards in U.S. Courts, *American University International Law Review*, v. 20, n. 5, 2005.

GOLDMAN, Berthold. Frontières du droit et « lex marcatoria ». *Archives de Philosophie du Droit*, v. 09, 1965.

_____. Instance judiciaire et instance arbitrale internationale. *in Etudes offertes à Pierre Bellet*. Paris : Litec, 1991.

_____. Les conflits des lois dans l'arbitrage international de droit privé. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 109, 1963.

_____. Nouvelles réflexions sur la Lex Mercatoria. *in* DOMINICÉ, C. ; RAYMOND, C. (Coord.). *Festschrift Lalive (Pierre) : études de droit international*. Basel : Helbing & Lichtenhahn, 1993.

_____. La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international : réalité et perspectives. *Journal du Droit International,* Clunet, v. 106, 1979.

GOLDMAN, Lee. Contractually Expanded Review of Arbitration Awards, *Harvard Negotiation Law Review*, v. 8, 2003.

GOMES, Eduardo Biacchi ; WINTER, Luis Alexandre Carta. Contratos Internacionais e Arbitragem : o direito fundamental à liberdade das partes na escolha da lei a ser aplicável nas relações privadas. Revista Jurídica, v. 1, n. 42, 2016.

GÓMEZ, Arturo Sanabria. La formación del consentimiento con relación al contrato de arbitraje. *in* SILVA ROMERO, Eduardo e MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (org.). *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá : Legis, 2005.

GÓMEZ, Manuel A. La Difícil Relación entre la Anulación y el Reconocimiento y Ejecución del Laudo Arbitral Internacional. *in Arbitraje Comercial Internacional –*

Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros. Washington DC : OEA, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 6e éd. Saraiva : São Paulo, 2009.

GOODE, Roy. The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration, *Arbitration International*, v. 17, n.1, 2001.

GORDON, Suzanne E. *Changing Concepts of Sovereignty and Jurisdiction in the Global Economy :* Is there a Territorial Connection? Working Paper Series Number 1, CCGES/CCEAE, 2001.

GOULENE, A ; RACINE, J-B. As flutuações processuais da arbitragem. *in* CASELLA, P. B. (Coord.). *Arbitragem : a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. São Paulo : LTr, 1997.

GRAFFI, Leonardo. The law applicable to the validity of the arbitration agreement : A practitioner's view. In FERRARI, Franco ; KROLL, Stefan (ed.). *Conflict of Laws in International Arbitration.* Munique : European Law Publishers GmbH, 2011.

GREENAWALT, Alexander K.A. Does International Arbitration Need a Mandatory Rules Method? *American Review of International Arbitration*, v. 18, 2008.

GREENBERG, Simon, KEE, Christopher ; WEERAMANTRY, J. Romesh. International Commercial Arbitration : An Asia-Pacific Perspective. Cambridge University Press, 2011.

GRIMM, Dieter. The Achievement of Constitutionalism. *in* DOBNER, Petra e LOUGLIN, Martin. *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford : Oxford University Press, 2010.

GRINSWOLD, Erwin. Mr. Beale and the Conflict of Laws. *Harvard Law Review*, v. 56, n. 5, 1943.

GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz*. Ijuí : Unijuí, 2005.

GUZMAN, Andrew T. Arbitrator Liability : Reconciling Arbitration and Mandatory Rules. *Duke Law Journal*, v. 49, n. 5, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro*. Estudos de Teoria Política. São Paulo : Loyola, 2007.

_____. *La paix perpétuelle : le bicentenaire d'une idée kantienne*. Paris : Cerf, 1996.

_____. *O ocidente dividido*. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2006.

_____. *A era das transições*. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *The Postnational Constellation : Political Essays*. Cambridge : Polity Press, 2001.

_____. *Vérité et Justification*. Paris : Gallimard, 2001.

HARISANKAR, K. S. International Commercial Arbitration in Asia and the Choice of Law Determination. *Journal of International Arbitration*, v. 30, n. 6, 2013.

HASCHER, Dominique. European Convention on International Commercial Arbitration – Commentary. *Yearbook Commercial Arbitration*, v. 20, 1995.

_____. L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales. *in Travaux du Comité Français de Droit International Privé,* 15º Ano, 2002/2003. Paris : Pedone, 2004.

_____. Principes et Pratique de Procédure dans l'Arbitrage Commercial International, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 279, 1999.

_____. The Law Governing Procedure : Express or Implied Choice by the Parties – Contractual Practice. in VAN DEN BERG, A. J. (ed.), *Planning Efficient Arbitration Proceedings : The Law Applicable in International Arbitration*. ICCA Congress Series, v. 7, 1994. Vienna : Kluwer Law International, 1996.

HASSON, Felipe. *Direito Internacional Privado e Liberdades :* A Dimensão Funcional voltada ao Desenvolvimento Humano. Thèse (Doctorat) –a Mémoire (Master) – Faculté de droit de l'Université Fédérale do Paraná. Curitiba, 2018.

HAURIOU, Maurice. *La Teoria de la Instituicion y de la Fundacion*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1968.

HAY, Peter. Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law Reflections on Current European and United States Conflicts Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law,* v. 226, 1991.

HAYEK, A. Friedrich. *The Constitution of Liberty : The Definitive Edition*. Chicago : The University of Chicago Press, 2011.

HEISKANEN, Veijo. And/Or : The Problem of Qualification in International Arbitration, Arbitration International. *Arbitration International*, v. 26, n. 4, 2010.

HENDERSON, Alastair. Lex Arbitri, Procedural Law and the Seat of the Arbitration : Unraveling the Laws of the Arbitration Process. *Singapore Academy of Law Journal*, n. 26, 2014.

HOBBES. Thomas. *Leviatã. Ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo : Martins Fontes, 2014.

HOBSBAWM, Eric. *Nations and Nationalism since 1780 : Program, Myth, Reality*. Cambridge : CUP Cambridge, 1990.

HOLLEAUX, D. *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*. Paris : Dalloz, 1970.

HOLTZMANN, H. M. L'arbitrage et les tribunaux : des associés dans un système de justice internationale. *Revue de l'Arbitrage*, 1978.

_____. Centripetal and Centrifugal Forces in Modern Arbitration. *Journal of the Chartered Institute of Arbitrators,* v. 65, n. 4, 1999.

HOOK, Maria. Arbitration Agreements and Anational Law : A Question of Intent. *Journal of International Arbitration,* v. 28, n. 3, 2011.

HUBER, Ulrich. *Conflito de Leis*. Trad. Seminário de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito da PUC-RJ. Rio de Janeiro, PUC-RJ, 1951.

HUCK, Hermes Marcelo ; CASELLA, Paulo Borga (Org.). *Direito e Comércio Internacional.* Tendências e Perspectivas. Estudos em Homenagem ao Prof. Irineu Stranger. São Paulo : LTr, 1994.

INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION (ICCA).

ICCA Reports n. 1. *Guia do Young ICCA Sobre Secretários Arbitrais*. Disponible à l'adresse suivante : <https ://www.arbitration-icca.org/icca-reports-no-1-young-icca-guide-arbitral-secretaries>.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. Session d'Amsterdam. *Yearbook of the Institute of International Law*, v. 47, 1957.

_____. Session de Santiago de Compostela 1989. Arbitration Between States, State Enterprises, or State Entities, and Foreign Enterprises. *Yearbook of the Institute of International Law,* v. 63, 1989.

JACQUET, Jean-Michel. Le Principe d'Autonomie entre Consolidation et Évolution. *in Vers de Nouveaux Équilibres entre Ordres Juridiques* : Liber Amicorum. Mélanges en l'Honneur de Hélène Gaudement-Tallon. Paris : Dalloz, 2008.

JANDARD, Léonor. *La relation entre l'arbitre et les parties : critique du contrat d'arbitre*. 2018. Thèse (Doctorat) – École Doctorale Droit et Science Politique, Université Paris Nanterre, 2018.

JARROSON, Charles. Réflexions sur l'imperium. *in Études Offertes à Pierre Bellet*. Paris : Litec, 1991.

_____. *La notion d'arbitrage*. Paris : LGDJ, 1987.

JARVIN, Sigvard ; DERAINS, Yves ; ALNALDEZ, Jean-Jacques. Collection of ICC Arbitral Awards, 1986-1990 (Kluwer-ICC Publishing 1994).

JUENGER, Friedrich K. The lex mercatoria and private international law. *Louisiana Law Review*, v. 60, n. 4, 2000.

KAHN-FREUND, Otto. General problems of private international law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 143, 1974.

KAUFMAN-KOLLER, Gabrielle. Le lieu de l'arbitrage à l'aune de la mondialisation - Réflexions à propos de deux formes récentes d'arbitrage, *Revue de l'Arbitrage*, 1998.

_____. Identifying and Applying the Law Governing the Arbitral Procedure – The Role of the Law of the Place of Arbitration. *in Improving the Efficiency of Arbitration*

and Awards : 40 Years of Application of the New York Convention. ICCA Congress Series, v. 9, La Haye : Kluwer Law International, 1999.

_____. Qui contrôle l'arbitrage? Autonomi des parties, pouvoirs des arbitres et principe d'efficacité. *in Liber Amicorum Claude Reymond : Autour de L'Arbitrage.* Mélanges Offertes à Claude Reymond. Paris : Litec, 2004.

_____. La Qualification en Arbitrage Commercial International. *Droit International Privé*. Travaux du Comité Français de Droit International Privé. Paris : A. Pedone, 2013.

KEGEL, Gerhard ; SCHURING, Klaus. *Internationales Privatrecht.* 9e éd. Munique : Beck'sche CH Verlagsbuchhandlung Oskar Beck ; 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* Tradução João Baptista Machado. 8e éd. São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2009.

_____. Théorie du Droit International Public. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1932.

KEYES, Mary ; POSNER, Richard A ; WHINCOP, Michael J. *Policy and Pragmatism in the Conflict of Laws*. Londres : Routledge, 2001.

KLEINHEISTERKAMP, Jan. Legal certainty, proportionality and pragmatism : overriding mandatory laws in international arbitration. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 67, n. 4, 2018.

KOCH, Christopher. The Enforcement of Awards Annulled in their Place of Origin. *Journal of International Arbitration*, v. 26.

KOHLER, Christian. *L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme*. Leiden : Brill – Nijhof, 2013.

KRABBE, Hugo. *The Modern Idea of the State*. Nova Iorque : D. Appleton and Company, 1922.

KRAMER, Larry. Rethinking Choice of Law. *Columbia Law Review*, v. 90, 1990.

KREINDLER Richard H. Arbitral forum shopping. *in* CREMADES, Bernardo M. ; LEW, Julian D. M. (ed.) *Dossiers of the ICC Institute of World Business Law :*

Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration. Paris : ICC Publishing, 2005.

KULESZA, Gustavo Santos ; TRIPODI, Leandro. Noções Gerais sobre a Arbitragem Comercial Internacional. *in* BASSO, Maristela ; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (org.). *Arbitragem Comercial : Princípio, Instituições e Procedimentos – A prática no CAM-CCBC*. São Paulo : Marcial Pons, 2013.

KURKELA, Matti S. ; TURUNEN, Santtu. Due Process in International Commercial Arbitration, 2e éd. Oxford : Oxford University Press, 2010.

L'HEREUX-DUBÉ, Claire. The Importance of Dialogue : Globalization and International Impact of the Rehnquist Court. Tulsa, *Tulsa Law Review*, v. 34, n. 1, 1998.

LA CHINA, Sergio. *L'Arbitrato – Il Sistema e l'Esperienza*. Milão : Giuffrè, 2011.

LACRETA, Isabela. Aspectos Contratuais da Cláusula Compromissória. *Revista de Direito Empresarial,* v. 20, 2016.

LADEIRA, Ana Clara Viola Ladeira, Conflito de Competência em Matéria de Arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 11, n. 41, 2014.

LALIVE, Pierre. Le Droit Applicable au Fond par l'Arbitre International. *in* Droit International et Droit Communautaire : Actes du Colloque, Paris, 5 et 6 Avril 1990. Paris : Fondation Calouste Gulbenkian Centre Culturel Portugais, 1991.

_____. Tendance et métodes em droit international privé. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 155, 1977.

_____. Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration. *in* SANDERS, Pieter (ed.). *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration.* ICCA Congress Series, v. 3. New York : Kluwer Law International, 1987.

_____. Les Règles de Conflit de Lois Appliquées au fond du Litige par l'Arbitre International Siégeant en Suisse. *Revue de l'Arbitrage*, 1976.

LANDAU, Toby. The Regularization of International Commercial Arbitration : Comparative Trends and Tensions. *in* HAMADA, Koich ; MATSUSHITA, Mitsuo, KOMURA, Chikara (eds.) *Dreams and Dilemas : Seikei University 50th Aniversary International Conference.* Pasir Panjang : Institute of Southeast Asian Studies, 2000.

LANDO, Ole. The Law Applicable to the Merits of the Dispute. *in* LEW, Julian (org.). Contemporary Problems in International Arbitration, Londres : School of International Arbitration, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College, University of London, 1986.

_____. The Conflict of Laws of Contracts. General Principles. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 189, 1984.

LARROUMET, Christian. A propósito de la naturaleza contractual del acuerdo de arbitraje en materia internacional y de su autonomía. *in* SILVA ROMERO, Eduardo e MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (org.). *El Contrato de Arbitraje*. Legis : Bogotá, 2005.

LASTENOUSE, P. Why Setting Aside an Arbitral Award is not Enough to Remove it from the International Scene, *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International, 1999, Volume 16 Issue 2, pp. 25 – 48.

LEE, João Bosco. A Lei 9.307/96 e o Direito Aplicável ao Mérito do Litígio na Arbitragem Comercial Internacional. *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, v. 5, 2014.

_____. A Especificidade da Arbitragem Comercial Internacional. *in* CASELLA, Paulo Borba (coord.). *Arbitragem : Lei Brasileira e Praxe Internacional*. São Paulo : LTR, 1999

LEE, João Bosco ; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *A Arbitragem no Brasil*. Programa CACB-BID de fortalecimento da arbitragem e da mediação comercial no Brasil. Brasília : Confederação das Associações Comerciais do Brasil, 2001.

LEFLAR, Robert A. Choice-Influencing Considerations in Conflicts Law. New York University Law Review, v. 41, 1966.

_____. *American Conflicts of Law,* 4e éd. New York : Michie Company, 1986.

LEHMANN, Matthias. Liberating the Individual from Battles between States : Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 41, n. 2, 2008.

LEMES, Selma M. F. Os princípios jurídicos da lei de arbitragem. *in* BATISTA MARTINS, Pedro A. ; LEMES, Selma M. F. ; CARMONA, Carlos Alberto (coord.). *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro : Forense, 1999.

LEQUETTE, Yves. Protection Familiale et Protection Étatique des Incapables. Paris : Dalloz, 1976.

LEW, Julian D. M. The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause. In BERG, Albert Jan van den (ed). Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards : 40 Years of Application of the New York Convention. *ICCA Congress Series*, v. 9. Kluwer Law International, 1999.

LEW, Julian D. M ; MISTELIS, Loukas A ; KRÖLL, Stefan Michael. *Comparative International Commercial Arbitration*. La Haye : Kluwer Law International, 2003.

LIEBSCHER, Christoph. Article v. *in* WOLFF, Reinmar. (ed.) *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards : commentary*. Freiburg : Verlag C.H. Beck oHG, 2012.

LOSANO, Mario. *Sistema e Estrutura no Direito*. O Século XX. São Paulo : WMF Martins Fontes, 2010.

LOUSSOUARN, Yvon. L'Etat et la compétence juridictionnelle internationale. *in Mélanges offets à R.D. Kollewijn* J. Offerhaus, Leiden, Sijthoff, 1962.

LOUSSOUARN, Yvon ; BOUREL, Pierre ; VAREILLES-SOMMIERES, Pascal de. *Droit International Privé*. Paris : Dalloz, 2013.

LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México : Universidad Iberoamericana, 2006.

_____. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1983.

_____. *Law as a Social System*. Oxford : Oxford University Press, 2004.

MACHADO, João Baptista. *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis* (Limite das Leis e Conflito das Leis). Coimbra : Almedina, 1998.

_____. *Lições de Direito Internacional Privado.* 3e éd. Coimbra : Almedina, 2015.

MAGALHÃES, José Carlos de. Do Estado na Arbitragem Privada. *Revista de Informação Legislativa*, v. 22, n. 86, 1985.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. Arbitragem e Convenção Arbitral. Belo Horizonte : Mandamentos, 2006.

MANCINI, Pasquale Stanislao. Direito Internacional. Ijuí : Unijuí, 2003.

MANGE, Flavia Foz. Processo Arbitral : Aspectos Transnacionais. São Paulo : Quartier Latin, 2013.

MANIRUZZAMAN, A. F. Munir. International Arbitrator and Mandatory Public Law Rules in the Context of State Contracts : An Overview. *Journal of International Arbitration*, v. 7, n. 3, 1990.

MANN, Frederick Alexander. Lex Facit Arbitrum. Arbitration International, v. 2, n. 3, 1986.

_____. The Doctrine of International Jurisdiction Revisited after Twenty Years. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, v. 186, 1984.

_____. The Doctrine of Jurisdiction in International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 111, 1964.

MANTILLA-SERRANO, Fernando. La autonomía del derecho del arbitraje internacional : ¿hacia un arbitraje realmente autónomo? *in* MANTILLA-SERRANO, F. (Coord.) *Arbitraje Internacional : Tensiones actuales*. Bogotá : Legis Editores S.A., 2007.

MARTINEZ-FRAGA, P. J. How about a Second Bite of the Apple? Revisiting the Need for Uniformity Application of Res Judiciata to International Commecial and Treaty-based Arbitration. *in* ROVINE, Arthur W.. Rovine, (ed.). *Contemporary issues in International Arbitration and Mediation.* Leiden : Martinus Nijhoff Publishers, 2011.

MARTINS, Pedro A. Batista. Anotações sobre a arbitragem no Brasil e o projeto de Lei do Senado 72/92. *Revista Forense,* v. 332, 1995.

_____. Anotações sobre a sentença proferida em sede arbitral. *in* BATISTA MARTINS, Pedro A. ; FERREIRA LEMES, Selma M. ; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro : Forense, 1999.

_____. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro : Forense, 2008.

_____. As Três Fases da Arbitragem. *Revista do Advogado*, v. 87, 2006.

_____. Da Convenção de Arbitragem e seus efeitos. *in* MARTINS, Pedro A. Batista ; FERREIRA LEMES, Selma M. ; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro : Forense, 1999.

_____. O Poder Judiciário e aArbitragem – quatro anos da Lei 9.307/96. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, v. 3, n. 9, 2000.

MARTINS, Pedro A. Batista ; LEMES, Selma M. Ferreira ; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro : Forense, 1999.

MAYER Pierre. L'Autonomie de l'Arbitre International dans l'Apréciation de sa Propre Compétence. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 217, 1989.

_____. Les Limites de la Séparabilité de la Clause Compromissoire. *Revue de l'Arbitrage*, 1998.

_____. Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international. *in Liber Amicorum Claude Reymond Autour de L'Arbitrage.* Mélanges Offertes à Claude Reymond. Paris : Litec, 2004.

_____. The Extension of the Arbitration Clause to Non-Signatories **-** The Irreconcilable Positions of French and English Courts. *American University International Law Review*, v. 27, 2012.

_____. *Droit International Privé*. Paris : LGDJ, 1977.

_____. Reflections on the International Arbitrator's Duty to Apply the Law. The 2000 Freshfields Lecture. *Arbitration International*, v. 17, 2001.

_____. Mandatory Rules of Law in International Arbitration. *Arbitration International*, v. 2, n. 4, 1986.

MAYER, Pierre ; HEUZÉ, Vincent. *Droit International Privé* 10e éd. Paris : LGDJ, 2010.

MEDAGLIA, Ivo de Paula ; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. O Direito Aplicável ao Mérito das Controvérsias Internacionais Submetidas à Arbitragem. São Paulo : Universidade de São Paulo, 2017.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. Plano de Existência. 14e éd. São Paulo : Saraiva, 2007.

MENDES, Rodrigo Otávio Broglia. *Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal : uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional.* São Paulo : Quartier Latin, 2010.

_____. Regras Imperativas e Arbitragem Internacional : Por um Direito Transnacional Privado? *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 19, 2008.

MERRIAM-WEBSTER. *Legal Dictionary*. Dépecage. Disponible à l'adresse suivante : <https ://www.merriam-webster.com/legal/depecage>.

_____. *Webster's Third New International Dictionary*. 8e éd. Springfield : Merriam-Webster, 2002.

MEZGER, Axel. The Arbitrator and Private International Law. *in* DOMKE, M (ed.). *International Trade Arbitration*. New York : [s.n], 1958.

MIAJA DE LA MUELA, Afonso. El imperialismo jurisdiccional español y el Derecho internacional. *in Mélanges en hommage à M. le prof. Ch. Fragistas.* Tesalónica, 1968.

MICHAELS, Ralf. After the Revolution – Decline and Return of U.S. Conflicts of Laws. *Yearbook of Private International Law*, v. 11. Köln : Verlag Dr. Otto Schmidt, 2009. Disponible à l'adresse suivante : <https ://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/2129/>.

MILLS, Alex. Rethinking Jurisdiction in International Law. *British Yearbook of International Law*, v. 84, n. 1, p. 195, 2014.

_____. The Identities of Private International Law : Lessons from the U.S. and EU Revolutions. *Duke Journal of Comparative & International Law*, v. 23, 2013.

MISTELIS, Loukas A. Reality Test : Current State of Affairs in Theory and Practice Relating to 'Lex Arbitri'. *American Review of International Arbitration*, v. 17, 2006

MOSES, Margaret L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. 2e éd. Cambridge : Cambridge Universiry Press, 2012.

MOTULSKY, Henry. *Écrits* : *Etudes et notes sur l'arbitrage*. Paris : Dalloz, 1974.

MOURRE, Alexis. Le droit français de l'arbitrage face à la convention européene des droits de l'Homme. *Cahiers de l'Arbitrage*, 2002.

NANNI, Giovanni Ettore. Cláusula Compromissória como negócio jurídico : análise de sua existência, validade e eficácia. *in* NANNI, Giovanni Ettore. *Direito Civil e Arbitragem.* São Paulo : Altas, 2014.

NAÓN, Horacio A. GRIGERA Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 289, 2001.

NERY JR, Nelson. O Juiz Natural No Direito Processual Civil Comunitário Europeu**.** *Revista de Processo*, v. 101, 2001

NEVES, José Roberto de Castro. Os honorários advocatícios de sucumbência na arbitragem. *in 20 anos da Lei de Arbitragem : homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo : Atlas, 2017.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Transconstitucionalismo.* Thèse présentée au concours pour le poste de professeur titulaire dans le domaine du droit constitutionnel, à la Faculté de droit de l'Université de São Paulo, São Paulo, 2009.

NIBOYET, Jean-Pierre. La Théorie de l'Autonomie de la Volonté. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 16, 1927.

_____. *Traité de Droit International Privé Français.* Paris : Recueil Sirey, 1938, 1 v.

NIBOYET, Marie-Laure. Contre le Dogme de la *Lex Fori* en Matière de Procédure. *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Liber amicorum Hélène Gaudement-Tallon*. Paris : Dalloz, 2008.

_____. De L'optimisation Juridique dans les Relations Internationales. *in* HEUZÉ, Vincent ; LIBCHABER, Rémy ; VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de (Org.). *Mélanges en l'Honneur du Professeur Pierre Mayer : Liber Amicorum*. Issy-les-Moulineaux : LGDJ Lextenso Éditions, 2015.

NISHITANI, Yuko. Party Autonomy in Contemporary Private International Law : The Hague Principles on Choice of Law and East Asia. *Japanese Yearbook of International Law*, v. 59, 2016.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. Parecer – Homologação de Sentença Estrangeira Contestada 5.782. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 9, n. 35, 2012.

NOTARPASQUALE, Rita. Osservazione sulla applicazione nel tempo del nuovo Artigo829, comma 3, c.p.c. *Rivista dell'Arbitrato*, v. 23, n. 2, 2013.

NUNES, Thiago Marinho. *Arbitragem e Prescrição*. São Paulo : Atlas, 2014.

OPPENHEIN, Lassa. International Law, A Treatise. Londres : Longmans Green & Co, 1905. Disponible à l'adresse suivante : <https ://archive.org/details/internationallaw12oppe/page/n5>.

OPPETIT, Bruno. Justice étatique et justice arbitrale. *in Études offertes à Pierre Bellet*. Paris : Litec, 1991.

_____. *Théorie de l'arbitrage*. Paris : P.U.F., 1998.

ORLANDI, C. G., La Nouvelle Réglementation Italienne de L'arbitrage Après la Loi du 2 Février 2006. *Revue de l'Arbitrage*, 2008.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo Arbitral e Sistema*. São Paulo : Atlas, 2012.

PARK, William. Judicial Control in the Arbitral Process. *Arbitration International*. London : Kluwer Law International, v. 5, 1989.

_____. *The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration, The International and Camparative Law Quartely*. v. 32, n. 1, 1932.

PATAUT, Étienne. *Principe de Souveraineté et Conflits de Juridictions : Étude de Droit International Privé*. Paris : LGDJ, 1999.

PAULSSON, Jan. May or Must Under the New York Convention : An Exercise of Syntax and Linguistics. *Arbitration International*, v. 14, 1998.

_____. *Arbitration in Three Dimensions*. LSE Legal Studies Working Paper n. 2/2010. Disponible à l'adresse suivante : <http ://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1536093>.

_____. L'exécution des sentences arbitrales dans le monde de demain. *Revue de l'Arbitrage*, 1998.

_____. *The Idea of Arbitration.* Londres : Oxford Press, 2013.

_____. Arbitration-Frindliness : Promises of Principle and Realities of Practice. *Arbitration International*, v. 23, 2007.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Cláusula rebus sic stantibus. *Revista Forense*, v. 92, 1942.

PERETTI, Luiz Alberto Salton. Caso Jirau : Decisões na Inglaterra e no Brasil Ressaltam Métodos e Reações Distintas na Determinação da Lei Aplicável à Convenção de Arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*. CBAr e IOB : 2013.

PETROCHILOS, Georgios. Procedural Law in International Arbitration. Oxford Private International Law Series. Oxford University Press : Oxford, 2004.

PETSCHE, Markus A. International Commercial Arbitration and the Transformation of the Conflict of Law Theory. *Michigan State Journal of International Law*, v. 18, n. 3.

PHILIP A., The Seat of Arbitration as Place of Arbitration, and Limits to Court Intervention in Procedural Decisions. *in* VAN DEN BERG, A. J. (ed.). *Improving the Efficiency of Arbitration and Awards* : 40 Years of Application of the New York Convention. ICCA Congress Series, v. 9, 1998. Paris : Kluwer Law International, 1999.

PILLET, Antoine. *Principes de Droit International Privé.* Paris : Pedone, 1903.

_____. La Théorie Générale des Droit Acquis. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 8, 1925

PINHEIRO, Luís de Lima. Direito Aplicável ao Mérito da Causa na Arbitragem Transnacional. Revista da Ordem dos Advogados, v. 63, 2003.

_____. *Direito Internacional Privado*. Introdução e Direito de Conflitos – Parte Geral. 3e éd. Coimbra : Almedina, 2016.

_____. The Confluence of Transnational Rules ans National Directives as the Legal Framework of Transnational Arbitration. *in* VICENTE, Dário Moura (ed.). *Towards a Universal Justice?* Putting International Courts and Jurisdictions into Perspective. Leiden, Boston : Brill Nijhoff, 2016.

PINSOLLE, Philippe ; KREINDLER, Richard. H. Les limites du rôle de la volonté des parties dans la conduite de l'instance arbitrale. *Revue de l'Arbitrage*, 2003.

PINTO, José Emilio Nunes. Artivo V (inciso 1 "C" e "D") : A recusa de reconhecimento à sentença arbitral estrangeira com base no artigo V, (1), alíneas (C) e (D), da Convenção de Nova Iorque de 1958. I *in* WALD, Arnoldo ; LEMES, Selma Ferreira (coord.). *Arbitragem Comercial Internacional. A Convenção de Nova Iorque e o Direito Brasileiro.* São Paulo : Saraiva, 2011.

PLANIOL, Marcel. *Traité Élémentaire de Droit Civil*. 3e éd. Paris : LGDL, 1946, 1 v.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo, RT, 1974, 26 v.

POUDRET Jean-François. Quelle solution pour en finir avec l'affaire Hilmarton? – Réponse à Philippe Fouchard. *Revue de l'Arbitrage*, 1998.

POUDRET, Jean-François, BESSON, Sébastien. *Droit comparé de l'arbitrage international*. Genève : LGDJ, 2002.

_____. *Comparative Law of International Arbitration*. Sweet & Maxwell : Zurich, 2007.

PRADO, Lucas de Melo. A crise da soberania e do Estado moderno em uma perspectiva tridimensional. *Revista de Direito Público*, v. 7, n. 2, 2012.

PRIBÁN, Jiri. A Questão da Soberania do Pluralismo Jurídico Global. *in* SCHWARTZ, Germano ; PRIBÁN, Jiri ; ROCHA, Leonel Severo (org.). *Sociologia Sistêmico-autopoiética das Constituições*. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2015.

PROSSER, William. Interstate Publication. *Michigan Law Review*, v. 51, n. 7, 1953.

PUFENDORF, Samuel. *De Iure Naturae et Gentium Libri Octo*, Livro 7, capítulo 6, 1672. *in* CARR, Craig L. *The Political Writings of Samuel Pufendorf*. Nova Iorque : Oxford University Press, 1994.

QUADRI, R. *Studi Critici di Diritto Internzazionale Private*. Milán : Guiffrè, 1958.

QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON ; WHITE & CASE LLP. *International Arbitration Survey :* Improvements and Innovations in International Arbitration, 2018. Disponible à l'adresse suivante : <https ://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/qmul-international-arbitration-survey-2018-19.pdf>.

_____. *International Arbitration Survey* : Improvements and Innovations in International Arbitration, 2015. Disponible à l'adresse suivante : <https ://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/qmul-international-arbitration-survey-2015_0.pdf>.

RABEL, Ernst. International Tribunals for Private Matters. *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, v. 50, n. 1, 1986.

RACINE, Jean-Baptiste. L'Arbitrage Commercial International et les Mesures d'Embargo. A Propos de l'Arrêt de la Cour d'Appel du Québec du 31 Mars 2003. *Journal du Droit International*, Clunet, v. 131, 2004.

RADICATI DI BROZOLO, Luca G. The Rules Governing the Merits in International Commercial Arbitration : What Scope for Party Autonomy? *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 15, n. 58, 2018.

_____. Arbitration and Competition Law : The Position of the Courts and of Arbitrators. *Arbitration International*, v. 27, n. 1, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. Direito Internacional Privado de Matriz Legal e sua Evolução no Brasil. *Revista da AJURIS*, v. 42, n. 137, 2015

RAMOS, André de Carvalho ; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 2016.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 16e éd. São Paulo : Saraiva, 1988.

REDFERN, Alan ; HUNTER, J. Martin ; BLACKABY, Nigel ; PARTASIDES, Constantine. *International Arbitration*, Oxford : Oxford University Press, 2009.

REESE, Willis L. M. Conflict of Laws and the Restatement Second, Law and Contemporary Problems. *Law and Contemporary Problems,* v. 28, 1963.

REIS, Gabriel Valente dos. *Por uma análise Cosmopolita da Determinação da Lei Aplicável.* Mémoire (Master) – Faculté de droit de l'Université de São Paulo, São Paulo, 2012.

RIBEIRO, Rafael Pellegrini. O reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras no direito brasileiro. *in* JOBIM, Eduardo ; MACHADO, Rafael Bicca (coord.) *Arbitragem no Brasil : Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo : Quartier Latin, 2008.

RICCI, Edoardo Flavio. *Lei de arbitragem brasileira : oito anos de reflexão : questões polêmicas*. Com colaboração de Mariulza Franco. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004.

ROGERS, A. The Enforcement of Awards Nullified in the Country of Origin. *in* VAN DEN BERG, A. J. (ed*.). Improving the Efficiency of Arbitration and Awards* : 40 Years of Application of the New York Convention. ICCA Congress Series, v. 9, 1998. Paris : Kluwer Law International, 1999.

ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2008.

ROSA, P. di ; COX-ALOMAR, R. El control judicial del arbitraje : ¿simpre tributário de un foro local? *in* MANTILLA-SERRANO, F. (Coord.) *Arbitraje Internacional : Tensiones actuales*. Bogotá : Legis Editores S.A., 2007.

ROSANVALLON, Pierre. *La Légitimité Démocratique : impartialité, réflexivité, proximité*. Paris : Éditions du Seuil, 2008.

ROTHBARD, N. Murra. *For a New Liberty : The Libertarian Manifesto*. Nova Iorque : Collier Macmillan Publishers, 2002, p. 231-239.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social : princípios do direito político*. São Paulo : Martins Fontes, 2006.

ROZAS, José Carlos Fernández. Rigidez versus Flexibilidad en la Ordenación de la Competencia Judicial Internacional : el Forum Necessitatis. *in* ROJAS, V (coord.). *Desarrollos Modernos del Derecho Internacional Privado.* Libro Homenaje al Dr. Leonel Pereznieto Castro. México : Tirant lo Blanch, 2017.

RUHL, Gisela. Party Autonomy in the Private International Law of Contracts : Transatlantic Convergence and Economic Efficiency. *in* GOTTSCHALK, Eckart ; MICHAELS, Ralf ; RUHL, Gisela ; HEIN, Jan von. *Conflict of Laws in a Globalized World*. Cambridge : Cambridge University Press, 2007.

RYNGAERT, Cedric. The concept of Jurisdiction in International Law. *in* Orakhelashvili, A (ed.). *Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law*. Cheltenham : Edward Elgar Publishing Inc, 2015. Disponible à l'adresse suivante : <https ://unijuris.sites.uu.nl/wp-content/uploads/sites/9/2014/12/The-Concept-of-Jurisdiction-in-International-Law.pdf>.

SAMPLINER, G. H. Enforcement of Nullified Foreign Arbitral Awards - Chromalloy Revisited. *Journal of International Arbitration*, v. 14, n. 3, 1997.

SAMUEL, Adam. *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration.* A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, USA and West German Law. Publications de l'Institut Suisse de Droit Compare, n. 11. Zürich : Schulthess, 1989

SANTOS, Boaventura de Souza. *Towards a New Legal Common Sense*. 2e éd. Londres : Butterworths, 2002.

SAUSER-HALL, Georges. *Annuaire de l'Institut de Droit International,* v. 394. Paris : Éditions A. Pedone, 1957.SAVIGNY, Friederich Carl Von. *Sistema de Direito Romano atual*. Vol. VIII. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí : Editoria Unijuí, 2004.

SAVIGNY, Friederich Karl von. *Sistema del Derecho Romano Actual*. Madrid : F. Goncora y Compañia, 1878.

_____. *A Treatise on The Conflict of Laws*. 2e éd. Edinburgh : T. and T. Clarke

SAVILLE, Lord Justice. Departmental Advisory Committee on Arbitration Law 1996 Report on the Arbitration Bill. *Arbitration International*, v. 13, n. 3, 1997.

SCHWARTZ, Eric A. A Comment on Chromalloy Hilmarton, à l'américaine. *Journal of International Arbitration*, v. 4, n. 2, 1997,

SCHWEBEL, Stephen ; SOBOTA, Luke ; MANTON, Ryan. *International Arbitration : Three Salient Problems.* 2e éd. Cambrigde : Cambridge University Press, 2020.

SERAGLINI, Christophe ; ORTSCHEIDT, Jérôme. *Droit de l'Arbitrage Interne et International.* Paris : Lextenso Éditions, 2013.

SHAMAN, Jeffrey M. The Choice of Law Process : Territorialism and Functionalism. *William and Mary Law Review*, v. 22, n. 2, 1980.

SHEPPARD, Audley W. Applicable Substantive Law. *in* BOR, Harris ; FULLELOVE. Gregory ; GREENAWAY, Joanne ; LEW, Julian D. M (eds.). *Arbitration in England with chapters on Scotland and Ireland.* La Haye : Kluwer Law International, 2013.

SILVEIRA, Gustavo Scheffer da. Os Efeitos da Sentença Arbitral Anulada em seu País de Origem em Direito Francês. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 7, n. 26.

SINGER, Peter. *One World : The Ethics of Globalization.* 2e éd. New Haven : Yale University Press, 2004.

SMIT, Hans. Contractual Modification of the Scope of Judicial Review of Arbitral Awards. *American Review of International Arbitration*, v. 8, 1997.

SOLOMON, Dennis. The Private International Law of Contracts in Europe : Advances and Retreats. *Tulane Law Review*, v. 82, 2008.

SOROMENHO-MARQUES, Viriato. Kant : o federalismo visto da história. *Revista Portuguesa De Filosofia*, Cidade, v. 61, n. 2, 2005.

SOUSA, Francisco Pereira de. Crítica ao Direito Cosmopolita Hebermasiano. *Problemata : Revista Internacional de Filosofia*, v. 7, n. 3, 2016.

STAKER, Christopher. Jurisdiction. *in* EVANS, Malcolm D (ed.). *International Law.* 4e éd. Oxford : Oxford University Press, 2014.

STORY, Joseph. *Commentaries on the Conflict of Laws*. Boston : Hilliard, Gray and Company, 1834.

STRAUBE, Frederico Gustavo ; SOUZA, Marcelo Junqueira Inglez de ; GAGLIARDI, Rafael Villar. Leis Aplicáveis à Arbitragem. *in* BASSO, Maristela ; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (org.). *Arbitragem Comercial : Princípio, Instituições e Procedimentos – A prática no CAM-CCBC*. São Paulo : Marcial Pons, 2013.

STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais do Comércio*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1986.

STRIK, Daniella. Growing number of countries allowing exclusion agreements with respect to annulment warrants greater scrutiny of arbitral clauses. *Kluwer Arbitration Blog*, 2012. Disponible à l'adresse suivante : <http ://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2012/01/11/growing-number-of-countries-allowing-exclusion-agreements-with-respect-to-annulment-warrants-greater-scrutiny-of-arbitration-clauses/>.

SWEET, Alec Stone. The New Lex Mercatoria and Transnational Governance. *Journal of European Public Policy*, v. 13, 2006.

SYMEONIDES, Symeon C. *The American Choice-of-Law Revolution : past, present and future*. Hague Academy of International Law Monographs. Leiden : Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

_____. General Report. *in Private International Law at the End of the 20th Century* : Progress or Regress? La Haye : Kluwer Law International, 1999.

TEIXEIRA, Bruno Barreto de Azevedo ; CUNHA, Ana Victoria Pelliccione da. A Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira não Fundamentada : Comentários à Sentença Estrangeira Contestada 5.692 do STJ, *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 11, n. 43, 2014.

TEPEDINO, Gustavo ; PINTO, José Emílio Nunes. Notas sobre o ressarcimento de despesas com honorários de advogado em procedimentos arbitrais. *in Arbitragem doméstica e internacional : estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos.* Rio de Janeiro : Forense, 2008.

TEUBNER, Gunther. A Burkowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. *Revista Impulso*, Piracicaba, v. 14, n. 33, 2003.

_____. Breaking Frames : Economic Globalization and the Emergence of lex mercatoria. *European Journal of Social Theory 5(2)*. Londres : Sage Publications.

_____. Global Burkowina : Legal Pluralism in the World Society. *in* TEUBNER, Gunther. (ed.). *Global Law without a State.* Aldershot : Dartmouth, 1997, pp. 3–28.

TIBURCIO, Carmen. A arbitragem como meio de solução dos litígios comerciais internacionais envolvendo o petróleo e uma breve análise da cláusula arbitral da sétima rodada de licitações da ANP. *in* TIBÚRCIO, Carmem. *Temas de Direito Internacional*. Rio de Janeiro : Renovar, 2006.

TIMPONI, Ana Letícia *et. al*. *Pesquisa de Jurisprudência CBAr e ABEARB*. Relatório do Tema : Existência, Validade e Eficácia da Convenção Arbitral, 2016. Disponible à l'adresse suivante : < http ://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2017/08/3-Relatorio-Validade-Clausula-03.08.pdf >.

TIERNEY, Stephen. Reframing Sovereignty? Sub-Sate National Societies and Contemporary Challenges to the Nation-State. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 54, n. 1, 2005.

TOMMASEO, F. Lex fori e tutela cautelare nell'arbitrato commercial internazionale. *Rivista dell'arbitrato*. Milão, v. 9, n. 1, 1999.

TWERSKI, Aaron. Enlightened Territorialism and Professor Cavers : The Pennsylvania Method. *Duquense Law Review*, v. 9, 1970.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *A arbitragem em juízo*. Thèse (Doctorat) – Faculté de droit de l'Université de São Paulo, São Paulo, 2015.

_____. *Poder judiciário e sentença arbitral*. Curitiba : Juruá, 2008, p. 45.

_____. Sentença arbitral e juízo de execuções. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 87, 2006.

_____. A propósito do Artigo 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem : O Direito Aplicável à Convenção de Arbitragem, à Jurisdição Direita do Juiz do Foro e à Indireta do Juiz Estrangeiro. *in* LEMES, Selma Ferreira ; MARTINS, Pedro Batista (coord). *20 anos da lei de arbitragem : homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo : Atlas, 2017.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo ; LACRETA, Isabela. Interim and Provisional Measures in Arbitration Proceedings : an analysis of article 8 of the CAM/CCBC's 2012 Arbitration Rules. *in* STRAUBE, Frederico José ; FINKELSTEIN, Claudio ; CASADO FILHO, Napoleão (eds.). *The CAM-CCBC Arbitration Rules 2012 : a Commentary*. Eleven International Publishing : The Netherlands, 2016

VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). *Yearbook Commercial Arbitration*, v. 30, 2005.

_____. *The New York Arbitration Convention of 1958.* La Haye : Kluwer, 1981.

_____. Annulment of Awards in International Arbitration. *in* LILLICH, Richard B. ; BROWER, Charles N. (eds.). *International Arbitration in the 21st Century : Towards "Judicialization" and Uniformity?* Nova Iorque : Transnational Publishers, 1992.

_____. *The New York Convention of 1958 :* Towards a Uniform Judicial Interpretation. Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 1981.

_____. *Improving the Efficiency of Arbitration and Awards :* 40 Years of Application of the New York Convention. ICCA Congress Series, 1998.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil :* Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 3e éd. São Paulo : Altas, 2003, 2. v.

VERÇOSA, Fabiane. Arbitragem interna v. Arbitragem internacional : Breves contornos da distinção e sua repercussão no ordenamento jurídico brasileiro face ao princípio da autonomia da vontade. *in* BARROSO, Luís Roberto ; CÂMARA, Alexandre Freitas ; TIBÚRCIO, Carmen. *O direito comercial contemporâneo : estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro : Renovar, 2006.

VICENTE, Dário Moura. *Da Arbitragem Comercial Internacional. Direito Aplicável ao Mérito da Causa.* Coimbra : Coimbra Editora, 1990.

VIEIRA DA ROCHA, C. C**.** *Limites do controle judicial sobre a jurisdição arbitral no Brasil.* 2012. Thèse (Doctorat) – Faculté de droit de l'Université de São Paulo, São Paulo, 2012.

VIGNANO, Tomaso Tommasi di. Arbitrato Commerciale Internazionale e Diritto Sostanziale Applicabile. *Rassegna dell'Arbitrato :* Bollettino dell'Associazione Italiana per l'Arbitrato, v. 17, 1977.

VISCHER, Frank. General Course on Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 232, 1992.

VISCONTE, Debora. *A jurisdição do árbitro e seus efeitos*. 2009. Mémoire (Master) – Faculté de droit de l'Université de São Paulo, São Paulo, 2009.

_____. Comentário à SEC 978. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 24, 2009.

VITTA, Edoardo. The Impact in Europe of the American Conflicts Revolution. *The American Journal of Comparative Law*, v. 30, n. 1, 1982.

VON MEHREN, Arthur Taylor. Limitations on Party Choice of the Governing Law : Do They Exist for International Commercial Arbitration? *The Mortimer and Raymond Sackler Institute of Advanced Studies.* Tel Aviv University, 1986.

_____. Arbitration between States and Foreign Enterprises : The Significance of the Institute of International Law's Santiago de Compostela Resolution. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, v. 5, n. 1, 1900.

VON MEHREN, Arthur Taylor ; TRAUTMAN, Donald T. *The Law of Multistate Problems*. Boston : Little, Brown & Co, 1965.

VOSER, Nathalie. Mandatory Rules of Law as a Limitation on the Law Applicable in International Commercial Arbitration. *American Review of International Arbitration*, v. 7, n. 3-4, 1996.

WAHL, Philipp. Enforcement of Foreign Arbitral Awards Set Aside in their Country of Origin - The Chromalloy Case Revisited. *Journal of International Arbitration*, v. 16, n. 4, 1999.

WALD, Arnoldo. Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira Anulada pela Justiça Local no País da Sede da Arbitragem. *in* LEMES, Selma Ferreira ; BALBINO, Inez (coord.). Arbitragem : Temas Contemporâneos. São Paulo : Quartier Latin, 2012.

WATT, Huratia Muir. *La globalisation et le droit international privé. in* ANCEL, Bertrand ; AUDIT, Mathias ; LAGARDE, Paul (eds.). *Mélanges en l'Honneur du Professeur Pierre Mayer.* Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2015.

WEINTRAUB, Russel J. An Approach to Choice of Law that Focuses on Consequences. *Albany Law Review*, v. 56, 1993, n. 4.

WEIZUO, Chen ; BERTRAND, Lyvia ; NORD, Nicola. La Nouvelle Loi Chinoise de Droit International Privé du 28 Octobre 2010. Contexte Législatif, Principales Nouveautés et Critiques. *Journal du Droit International*, 2011.

WELLER, Matthias. Mandatory Elements of the Choice-of-Law Process in International Arbitration : Some reflection on teubnerian and kelsenian legal theory. *in* GOTTSCHALK, Eckart ; MICHAELS, Ralf ; RUHL, Gisela ; HEIN, Jan von. *Conflict of Laws in a Globalized World*. Cambridge : Cambridge University Press, 2007.

WESTEN, Peter Kay. False Conflicts. *California Law Review*, v. 55, 1967.

WLADECK, Felipe Scripes. Da modificação da competência. *in* CRUZ E TUCCI, José Rogério ; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano ; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho et al. (coord.). *Código de Processo Civil anotado*. São Paulo : Editora GZ, 2015.

ZANELATO, Thiago del Pozzo. *A Internacionalidade da Arbitragem à Luz do Direito Brasileiro*. Mémoire (Master) – Faculté de droit de la Pontifie Université Catholique de São Paulo, São Paulo, 2020.

ZHANG, Mo. Party Autonomy and Beyond : An International Perspective of Contractual Choice of Law. *Emory International Law Review*, v. 20, 2006, 2006.

ZIADE, Daniela Farah *et. al*. *Pesquisa de Jurisprudência CBAr e ABEARB*. Relatório do Tema : Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira, 2016. Disponible à l'adresse suivante : <http ://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2018/04/6-relatoriohomologacacc83o-de-sentenccca7as-arbitrais-estrangeiras-03-08.pdf>.

ZIEGERT, Klaus A. A Descrição densa do Direito – uma introdução à teoria dos sistemas operacionais fechados de Niklas Luhmann. *Confluências - Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*, v. 9, n. 1, 2007.

ZOLO, Danilo. The Rule of Law : A Critical Reappraisal. *in* COSTA, Pietro ; ZOLO, Danilo (eds.). *The Rule of Law History, Theory and Criticism*. Dordrecht : Springer, 2007.

ZULETA, E. El reconocimiento internacional de laudos anulados. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 4, n. 15, 2007.

Jurisprudence et Sentences Arbitrales

ALLEMAGNE. Cour d'appel d'Hambourg, 29 juin 1989, *Soviet Danube Steam Navigation Company vs. FR German Travel Agency*. *Yearbook Commercial Arbitration*, v. 16, 1991.

ALLEMAGNE. Cour d'appel de Frankfurt, 29 juin 1989. *Yearbook Commercial Arbitration,* 546.

ALLEMAGNE. Cour suprême, 12 fév. 1976, *Société de la Roumanie vs. Société de l'Allemagne*. *Yearbook Commercial Arbitration*, v. 2, 1977.

ANGLATERRE. 1990, *Home & Overseas Insurance Co. Ltd. vs. Mentor Insurance Co*, 1 WL.R. 153, 166-67.

ANGLATERRE. 2002, *Sonatrach Petroleum Corp. (BVI) vs. Ferrel International Ltd,* 1 All E.R. 627

ANGLATERRE. 2006, *Occidental Exploration & Production Co. vs. Republic of Ecuador*, Q.B. 432.

ANGLATERRE. Cour d'appel, 1984, *Bank Mellat vs. Helliniki Techniki.*

ANGLATERRE. Cour d'appel, 1988, *Naviera Amazonica Peruana SA vs. Compania Internacional de Seguros del Peru*, 1 Lloyd's Rep 116.

ANGLATERRE. Cour d'appel, 1990, *Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrgesellschaft m.b.H. vs. Ras Al-Khaimah National Oil Co*, 1 A.C. 295, 312, 312-16.

ANGLATERRE. Cour d'appel, 2007, *Fiona Trust & Holding Corp. vs. Privalov*, UKHL 40.

ANGLATERRE. Cour d'appel, division civile, 16 mai 2012, *Sulamerica Cia Nacional de Seguros S.A. vs. Enesa Engenharia S.A*.

ANGLATERRE. High Court, 18 fév. 1991, *Paul Smith Ltd. vs. H and S International Holding Co. Inc*.

ANGLATERRE. High Court, 2012, *Abuja Int'l Hotels Ltd. vs. Meridien SAS*, EWHC 87.

ANGLATERRE. High Court, 2012, *Arsanovia Ltd. vs. Cruz City 1 Mauritius Holdings*.

ANGLATERRE. High Court, 24 mai 1999, *Omnium de Traitement et de Valorisation vs. Hilmarton*, 2 All ER (Comm) 146.

ANGLATERRE. High Court, 9 oct. 2020, *Enka Insaat Ve Sanayi A.S. vs. OOO Insurance Company Chubb*.

ANGLATERRE. High Court, Queen's Bench Division, 1979, *Bunge SA vs. Kruse*, 1 Lloyd's Rep. 279;

ANGLATERRE. High Court, Queen's Bench Division, 1979, *Mertens & Co PVBA vs. Veevoeder Import Export Vimex BV,* 2 Lloyd's Rep. 372.

ANGLATERRE. High Court, Queen's Bench Division, 1981, *Black Clawson International Ltd. vs. Papierwerke Waldhof Aschaffenburg AG*, 2 Lloyd's Rep 446.

ANGLATERRE. High Court, Queen's Bench Division, 1981, *Peter Cremer vs. Granaria BV Granaria BV vs. C. Schwarze*, 2 Lloyd's Rep. 583.

ANGLATERRE. High Court, Queen's Bench Division, 1993, *Union of India vs. McDonnell Douglas Corp*, 2 Lloyd's Rep 48 at 50.

ANGLATERRE. High Court, Queen's Bench Division, 2006, *Halpern vs. Halpern,* 2 Lloyd's Rep. 83.

ANGLATERRE. House of Lords, 1984, *Amin Rasheed Shipping Corp. vs. Kuwait Insurance Co,* AC 50 at 65.

ANGLATERRE. House of Lords, 1993, *Channel Tunnel Group. vs. Balfour Beatty Construction*, AC 334, 457-58.

ANGLATERRE. House of Lords, 1995, *SA Coppée-Lavalin NV vs. Ken-Ren Chemicals and Fertilizers Ltd*.

ARGENTINE. Tribunal fédéral d'appel administratif, 4eme chambre, Affaire n. 41.255/2013, arrêts du 7 oct. 2014 et du 22 déc. 2015.

AUSTRALIE. Cour suprême de New South Wales, *American Diagnostica vs. Gradipore*, 26 mars 1998. *New South Wales Law Reports*, v. 44.

BELGIQUE. Cour de première instance de Bruxelles, 6 déc. 1988, *SONATRACH vs. Ford, Bacon and Davis, Inc*. *Yearbook Commercial Arbitration*, v. 15, 1990, p. 370.

BRÉSIL Cour supérieure de justice, Chambre spéciale, SEC n. 978/GB, Rapporteur Hamilton Carvalhido, 17 déc. 2008. *RIOBDCPC*, v. 58.

BRÉSIL. Cour supérieure de justice, Chambre spéciale, SEC n. 611/US, Rapporteur João Otávio de Noronha, 11 déc. 2006, *First Brands do Brasil Ltda. vs. STP – Petroplus Produtos Automotivos S.A. PPA*.

BRÉSIL. Cour supérieure de justice, 26 mars 2006, Rapporteur Marco Aurélio Bellizze.

BRÉSIL. Cour supérieure de justice, 3eme chambre, Appel 616 RJ 1989/0009853-5, 24 avr. 1990, Rapporteur Claudio Santos. 13 aout 1990.

BRÉSIL. Cour supérieure de justice, 3eme chambre, Appel 904813 PR 2006/0038111-2, 20 oct. 2011, Rapporteur Nancy Andrighi.

BRÉSIL. Cour supérieure de justice, Appel nº 1.297.974/RJ (2011/0240991-9).

BRÉSIL. Cour supérieure de justice, Chambre spéciale SEC n. 6335/EX, Rapporteur Felix Fischer, 21 mars 2012.

BRÉSIL. Cour supérieure de justice, Chambre spéciale SEC n. 6761/EX, Rapporteur Nancy Andrighi, 02 oct. 2013.

BRÉSIL. Cour supérieure de justice, Chambre spéciale SEC n. 856-EX. Rapporteur Carlos Alberto Menezes Direito, 27 juin 2005.

BRÉSIL. Cour supérieure de justice, Chambre spéciale SEC n. 885/EX, Rapporteur Francisco Falcão, 18 avr. 2012.

BRÉSIL. Cour supérieure de justice, Chambre spéciale SEC n. 967, Rapporteur José Delgado, 15 fév. 2006.

BRÉSIL. Cour supérieure de justice, Chambre spéciale, SEC 5.782/EX, Rapporteur Jorge Mussi, 16 déc. 2015, *EDF International vs. Endesa LatinoAmérica S/A et YPF S/A*.

BRÉSIL. Cour supérieure de justice, Chambre spéciale, SEC 5692-EX, 20 aout 2014, Rapporteur Ari Pargendler, *Newedge vs. Manoel Fernando Garcia.*

BRÉSIL. Cour supérieure de justice, Chambre spéciale, SEC nº 11593/GB, Rapporteur Benedito Gonçalves, 16 déc. 2015.

BRÉSIL. Cour supérieure de justice, Chambre spéciale, SEC n. 4213/EX, Rapporteur

João Otávio de Noronha 19 juin 2013.

BRÉSIL. Cour suprême, Appel dans la SEC nº 5.206-7, 08 mai 1997.

BRÉSIL. Tribunal de justice de Minas Gerais, 5eme chambre, nº 393.297-8, Rapporteur Mariné da Cunha, 15 mai 2003, *GMK Equipamentos Industriais LTDA. vs. Daimler Cryler do Brasil Ltda.*

BRÉSIL. Tribunal de justice de São Paulo, 2eme chambre de droit privé, nº 285.741-4/6, Rapporteur Boris Kauffmann, 29 avr. 2003, *Altram do Brasil Ltda. vs. José Fernando Correa Parra.*

BRÉSIL. Tribunal de justice de São Paulo, 3eme chambre de droit privé, nº 090.709-4/4, Rapporteur Ênio Santarelli Zulianni, 01 déc. 1998, *Campari do Brasil Ltda. vs. Distillerie Stock do Brasil Ltda.*

BRÉSIL. Tribunal de justice de São Paulo, 7eme chambre de droit privé, nº 089.522/4-0-01, Rapporteur Júlio Vidal, 02 sept. 1998, *Converse Network Systems vs. Computel Computadores e Telecomunicações S.A. Revista de Mediação e Arbitragem*, v. 3, 2005.

BRÉSIL. Tribunal de Minas Gerais, 11eme chambre civile, appel nº 273.072-3, c/c nº 262.252-4, Rapporteur Edílson Fernandes, 24 fév. 1999, *Sociedade Hospitalar de Uberlândia LTDA. vs. Ademar Margonari de Carvalho.*

BRÉSIL. Tribunal régional fédéral de la 2eme région, nº 2003.02.01.010784-5, 22 juin 2004, Rapporteur J. E. Carreira Alvim, *Companhia Energética de Petrolina (CEP) vs. Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial (CBEE)*.

BULGARIAN CHAMBER OF COMMERCE AND INDUSTRY, BCCI 52/65, 26 mai 1965. *Yearbook Commercial Arbitration,* v. 1, 1976.

CANADA. Cour de justice de Ontario, 2 nov. 1988, *Noble China Inc vs. Lei Kat Cheong*

CANADA. Cour suprême, 2007, *Dell Computer Corp vs. Union des Sonsommateurs*.

CCI n. 11869. *Yearbook Commercial Arbitration*, v. 36, 2011; *Recueil des cours,* v. 289, 2001.

CCI n. 12124. *Special Supplement 2010 : Decisions on ICC Arbitration Procedure: A Selection of Procedural Orders issued by Arbitral Tribunals acting under the ICC Rules of Arbitration 2003-2004.* Paris : ICC Publications, 2010.

CCI n. 12297. *Special Supplement 2010 : Decisions on ICC Arbitration Procedure: A Selection of Procedural Orders issued by Arbitral Tribunals acting under the ICC Rules of Arbitration 2003-2004.* Paris : ICC Publications, 2010,

CCI n. 16232/JRF/CA. Sentence arbitrale partielle, 8 mai 2013.

CCI n. 2138, 1974. *Journal du Droit International*, 1975.

CCI n. 3540, 1980. *French Enterprise vs. Yugoslav Subcontractor*. *Journal du Droit International*, v. 4, 1981; *Yearbook Commercial Arbitration*, v, 7, 1982.

CCI n. 3896. *Journal de Droit International*, v. 110, 1992.

CCI n. 4126, 1984.

CCI n. 4132, 1983, *Italian Company vs. Korean Company*. *Journal du Droit International*, Clunet, v. 110, 1983; *Yearbook Commercial Arbitration*, v. 10, 1986.

CCI n. 4392, 1983. DERAINS, Yves. *Jurisprudencia Arbitral de la Camara de Comercio Internacional*. Madrid : Civitas e Corte Española de Arbitraje, 1985.

CCI n. 5, 1965. *Yearbook Commercial* Arbitration, v. 1, 1976.

CCI n. 5029, 1986. ARNALDEZ, Jean-Jacques ; DERAINS, Yves ; JARVIN, Sigvard. *Collection of ICC Arbitral Awards 1986-1990.* La Haye : Kluwer Law International, 1994.

CCI n. 5485, 1987. *Yearbook Commercial Arbitration*, v. 14, 1989.

CCI n. 5551, 1996. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, v. 7, n. 1.

CCI n. 5730, 1990, Orri. *Journal du Droit International*, Clunet, 1990.

CCI n. 6363, 1991. *Yearbook Commercial Arbitration*, v, 17, 1992.

CCI n. 6379. *Yearbook Commercial Arbitration*, v. 17, 1992.

CCI n. 6632.

CCI n. 6850. *Yearbook Commercial Arbitration*, v. 23, 1998.

CCI n. 7920, 1993. Yearbook *Commercial* Arbitration, v. 23, 1988.

CCI. *Uzuc S.A. vs. Prakash Steelage Ltd.*

CENTRE INTERNATIONAL POUR LE REGLEMENT DES DIFFERENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS (CIRDI). ICSID n. ARB(AF)/98/2, 2 juin 2000, *Waste Management, Inc. vs. United Mexican States*.

CENTRE INTERNATIONAL POUR LE REGLEMENT DES DIFFERENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS (CIRDI). ICSID n. ARB/81/1, 10 mai 1988, *Amco Asia Corporation vs. Republic of Indonesia*.

CENTRE INTERNATIONAL POUR LE REGLEMENT DES DIFFERENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS (CIRDI). ICSID n. ARB/98/2, Sentence sur mesures conservatoires, 25 sep. 2001, *Pey Casado et Fundación Allende vs. Chile*.

COUR PERMANENTE D'ARBITRAGE (CPA). CPA n. 1902-01. *The Pious Fund of the Californias* (The United States of America *vs.* The United Mexican States), 22 mai 1902.

COUR PERMANENTE D'ARBITRAGE (CPA). CPA n. 2007-02/AA277, Sentence partielle sur le fond, 30 mars 2010, *Chevron Corporation e Texaco Petroleum Company vs. République de l'Équateur (I)*.

COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNACIONALE. S.S. Lotus (Fr. *vs.* Turk.), 1927. Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A - No. 10; Collection of Judgments. Leyden: A.W. Sijthoff's Publishing Company, 1927. Disponible à l'adresse suivante : <http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus.htm>.

ETATS-UNIS. Cour suprême, *Sherk vs. Alberto-Culver Co.*, 417 US 506, 1974.

ETATS-UNIS. *Parsons & Whittemore Overseas Co. vs. Societe Generale de l'Industrie du Papier*.

ETATS-UNIS. *A.F.C.O. Metals, Inc. vs. Local Union* 580, 638 N.Y.S.2d 585 (1995);

ETATS-UNIS. *Allstate Ins. Co. vs. Cook*, 21 Ariz.App.p. 313 (1974);

ETATS-UNIS. Cour d'appel de New York, 9 mai 1963, *Babcock vs. Jackson*, 12 NY2d 473

ETATS-UNIS. Cour d'appel de New York, *Mobil Oil vs. Asamera Oil,* 43 N.Y.2d 276, 401 N.Y.S.2d 186, 372 N.E.2d 21, 1977.

ETATS-UNIS. Cour d'appel du 1er circuit, 1982, *Ledee vs. Ceramiche Ragno*, 684 F. 2d 184.

ETATS-UNIS. Cour d'appel du 2e circuit, 12 aout 1999, *Baker Marine Nigeria vs. Chevron Nigeria and Others*, 191 F 3d 194.

ETATS-UNIS. Cour d'appel du 2e circuit, 12 aout 1999, n. 97-9615, 97-9617, *TermoRio S.A.E.S.P. vs. Electranta* S.P, 487 F. 3d 928 (D.C. Cir. 2007).

ETATS-UNIS. Cour d'appel du 2e circuit, 1983, *Sigval Bergesen vs. Joseph Muller AG*

ETATS-UNIS. Cour d'appel du 2e circuit, 23 déc. 1974, *Parsons & Whittemore Overseas Co. vs. Societe Generale de l'Industrie du Papier*.

ETATS-UNIS. Cour d'appel du 2e circuit, *Robert Lawrence Co. vs. Devonshire Fabric Inc*, 271 F. 2d 402, 405 n. 3, 1959.

ETATS-UNIS. Cour d'appel du 3e circuit, 1983, *Rhone Mediterranée Compagnia Franchesa di Assicurazioni e Riassicurazioni vs. Achille Lauro*, 721 F. 2d 50.

ETATS-UNIS. Cour d'appel du 5e circuit, 23 mars 2004, *Karaha Bodas vs. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, 364 F.3d 274.

ETATS-UNIS. Cour du District de Columbia, 18 janv. 1980, *Libyan American Oil Company vs. Socialist People's Libyan Arab Jamahirya*, 482 F. Supp. 1175.

ETATS-UNIS. Cour du District de Columbia, 23 aout 2013, *Corporación Mexicana de Matenimiento Integral, S. de R.L. de C.v. vs. Pemex-Exploración y Producción*.

ETATS-UNIS. Cour du District de Columbia, n. 94-2339, 31 juil. 1996, *Chromalloy Aeroservices vs. Arab Republic of Egypt*.

ETATS-UNIS. Cour du District de New York, 22 oct. 1999, *Martin I. Spier vs. Calzaturificio Tecnica*, 71 F.Supp.2d 279.

ETATS-UNIS. Cour suprême de la Californie, 18 sept. 1978, *Offshore Rental Company, Inc. et al. vs. Continental Oil Company.*

ETATS-UNIS. Cour suprême, 2000, *Cortez Byrd Chips, Inc. Petitioner vs. Bill Harbert Construction Company*.

ETATS-UNIS. Cour suprême, 2007, *PT Pertamina (Persero) vs. Karaha Bodas Co., L.L.C*.

ETATS-UNIS. Cour suprême, arrêt n. 343, 12 mai 1967. *Prima Paint Corp. vs. Flood & Conklin Mfg. Co.*, 388 U.S. (1967) 395, 403-04.

ETATS-UNIS. Cour suprême, *Mitsubishi Motors vs. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 US 614, 1985.

ETATS-UNIS. *Flood vs. Country Mutual Ins. Co*., 41 Ill.2d 91, 94, 1968.

ETATS-UNIS. *Gangel vs. DeGroot*, 393 N.Y.S.2d 698 (N.Y. 1977).

ETATS-UNIS. *Mitsubishi, Pacificare Health Sys., Inc. vs. Book*, 538 US 401, 2003.

ETATS-UNIS. *Shuffman vs. Rudd Plastic Fabrics Corp*., 407 N.Y.S.2d 565, 566 (App. Div. 1978).

ETATS-UNIS. Society of Maritime Arbitrators, New York, 24 avr. 1987, n. 2373. *Buques Centroamericanos vs. Refinadora Costarricense de Petroleo*. *Yearbook Commercial Arbitration*, v. 13, 1998.

ETATS-UNIS. *Terminex Int'l Co. vs. Michaels*, 668 So.2d 1013, 1015 (Fla. Ct. App. 1996).

ETATS-UNIS. *Vimar Seguros y Reaseguros, SA vs. M/V Sky Reefer*, 515 US 528, 1995.

FRANCE. Cour d'appel de Paris, 01 juil. 1999, *Braspetro Oil (Brasoil) Services Company vs. the Managment Authority of the Great Man-made River Project.*

FRANCE. Cour d'appel de Paris, 09 déc. 1980, *AKSA vs. Norsolor*. *Revue de l'Arbitrage*, 1981.

FRANCE. Cour d'appel de Paris, 10 juin 2004, *Société Bargues Agro Industrie vs.*

Société Young Pecan Company. *Revue de l'Arbitrage,* 2006.

FRANCE. Cour d'appel de Paris, 12 juin 2003, *Citel vs. Mungovan*. *Revue de l'Arbitrage*, 2004.

FRANCE. Cour d'appel de Paris, 13 juil. 1989, *Compania Valenciana de Cementos Portaland SA vs. Primary Coal Inc. Journal du Droit International*, 1990 ; *Yearbook Commercial Arbitration*, v. 16, 1991.

FRANCE. Cour d'appel de Paris, 14 janv. 1997, *Arab Republic of Egypt vs. Chromalloy Air Services*. *Revue de l'Arbitrage*, 1997.

FRANCE. Cour d'appel de Paris, 15 mai 2008. *Revue de l'Arbitrage*, 2008.

FRANCE. Cour d'appel de Paris, 17 fév. 2011, arrêts n. 09/28533, 09/28535 et 09/28541, *Gouvernement du Pakistan — Ministre des affaires religieuses vs. Socite Dallah Real Estate and Tourism Holding Company*.

FRANCE. Cour d'appel de Paris, 1e chambre civile, 14 fév. 1989, *Société Ofer Brothers vs. The Tokyo Marine and Fire Insurance Co.* Revue de l'Arbitrage, 1989.

FRANCE. Cour d'appel de Paris, 1e chambre civile, 5 mai 2011, *Kosa France vs. Rhodia*.

FRANCE. Cour d'appel de Paris, 1e chambre civile, arrêt n° 12/04027, 23 oct. 2012, *S.A. Cubana de Aviación vs. Societé Becheret Thierry Senechal Gorrias*.

FRANCE. Cour d'appel de Paris, 21 fév. 1980, *Libyan General National Maritime Transport Co. vs. Götaverken Arendal AB*. *Revue de l'Arbitrage*, 107, 1981 e em *Year Book of Commercial Arbitration*, v. 6.

FRANCE. Cour d'appel de Paris, 24 fév. 1994, *Ministère Tunisien de l'Equipement vs. Société Bec Frères*. *Revue de l'Arbitrage*, 1995, p. 275.

FRANCE. Cour d'appel de Paris, 24 fév. 2005, *Sidermétal*. Revue de l'Arbitrage, 2006.

FRANCE. Cour d'appel de Paris, 25 fév. 2020, *Prakash Steelage Ltd. vs. Uzuc S.A.*

FRANCE. Cour d'appel de Paris, 25 mars 1994, *Société Sardisud vs. Société Technip*. *Revue de l'Arbitrage*, 1994, note de Charles Jarrosson.

FRANCE. Cour d'appel de Paris, 29 nov. 1991, *Société Distribution Chardonnet vs. Société Fiat Auto France*. *Revue de l'Arbitrage*, 1993.

FRANCE. Cour d'appel de Paris, 29 oct. 2005, *Direction Générale de l'Aviation Civile de l'Émirat de Dubai vs. International Bechtel*. *Revue de l'Arbitrage*, 2006.

FRANCE. Cour d'appel de Paris, 29 sept. 2005, *Direction Générale de l'Aviation Civile de l'Émirat de Dubai vs. International Bechtel*. *Yearbook Commercial Arbitration,* 2006.

FRANCE. Cour d'appel de Paris, 31 janv. 2008, *Société Ivoirienne de Raffinage vs. Société Teekay Shipping Norway AS.*

FRANCE. Cour d'appel de Paris, 6 fév. 1997. *Revue de l'Arbitrage,* 1997.

FRANCE. Cour d'appel de Paris, 7eme chambre civile, 09 déc. 2003, *AGRR Prévoyance. vs. ACE Insurance S.A. NV et autres*. *Revue de l'Arbitrage*, v. 2, 2004.

FRANCE. Cour d'appel de Rouen, 13 nov. 1984, *SEEE vs. Yugoslavia*. *Revue de l'Arbitrage*, 1985.

FRANCE. Cour d'appel de Versailles, 23 janv. 1991, *Bomar Oil N.v. vs. Entreprise Rusienne d'Activités Pérolires*.

FRANCE. Cour de cassation, 1e chambre civile Civil, 29 juin 2007, *Société PT Putrabali Adyamulia vs. Société Rena Holding et Société Moguntia Est Epices*. *Revue de l'Arbitrage*, 2007.

FRANCE. Cour de cassation, 1e chambre civile, 04 juil. 1972, *Hetch vs. Busiman's*, Journal du Droit International, 1972.

FRANCE. Cour de cassation, 1e chambre civile, 07 mai 1963, *Etablissements Raymond Gosset vs. Frère Carapelli S.P.A.*

FRANCE. Cour de cassation, 1e chambre civile, 09 oct. 1984, *Pabalt Tikeret Sirketi vs. Norsolor. Revue de l'Arbitrage*, 1985.

FRANCE. Cour de cassation, 1e chambre civile, 10 juin 1997, *Omnium de Traitement et de Valorisation vs. Hilmarton.*

FRANCE. Cour de cassation, 1e chambre civile, 10 juin 2004, *Société Bargues Agro Industrie vs. Société Young Pecan Company*. *Revue de l'Arbitrage*, 2006.

FRANCE. Cour de cassation, 1e chambre civile, 10 mars 1993, *Polish Ocean Line vs. Jolasry*. *Revue de l'Arbitragem*, 1993.

FRANCE. Cour de cassation, 1e chambre civile, 18 déc. 2003. *Société Civile Immobilière (SCI) La Chartreuse vs. M Thierry Cavagna*. *ASA Bulletin*, 2004.

FRANCE. Cour de cassation, 1e chambre civile, 19 avr. 1988, *Roho vs. Caron et autres*. *Revue Critique de Droit International Privé*, v. 78, 1989.

FRANCE. Cour de cassation, 1e chambre civile, 20 déc. 1993, *Municipalité de Khons El Mergeb vs. Société Dahco*.

FRANCE. Cour de cassation, 1e chambre civile, 20 déc. 2000, *Société Prodexport vs. Société FMT Productions*, 98-21.548.

FRANCE. Cour de cassation, 1e chambre civile, 22 nov. 2005, *SPC Ménard-Quimbert vs. Beachard*. *Revue de l'Arbitrage*, v. 4, 2005, note de Dominique Bureau.

FRANCE. Cour de cassation, 1e chambre civile, 22 nov. 2005, *SPC Ménard-Quimbert. vs. Beachard*. *Revue de l'Arbitrage*, v. 4, 2005, note de Dominique Bureau.

FRANCE. Cour de cassation, 1e chambre civile, 23 mars 1994, *Hilmarton Ltd. vs. Omnium de Traitement et de Valorisation (OTV)*. *Revue de l'Arbitrage*, 1994.

FRANCE. Cour de cassation, 1e chambre civile, 29 juin 2007, *Société PT Putrabali Adyamulia vs. Société Rena Holding et Société Moguntia Est Epices*. *Revue de l'Arbitrage*, 2007.

FRANCE. Cour de cassation, 1e chambre civile, 29 mars 2007, *Société Alcatel Bus. Sys. vs. Amkor Tech.*

FRANCE. Cour de cassation, 1e chambre civile, 3 juin 1997, *Société Prodexport vs. Société FMT Productions*, 95-17.603.

FRANCE. Cour de cassation, 1e chambre civile, 30 mars 2004, *Uni-Kod vs. Ouralkal*.

FRANCE. Cour de cassation, 1e chambre civile, 4 déc. 1990, *Soc. Coveco et autres vs. Soc. Vesoul transports et autres*. *Revue Critique de Droit International Prive*, v. 80, 1991.

FRANCE. Cour de cassation, 1e chambre civile, 7 nov. 2012, *Amplitude vs. Promodos*.

FRANCE. Cour de cassation, 1e chambre civile, 9 nov. 1993, *Société Bomar Oil N.v. vs. Entreprise Tunisienne d'Activités Pétrolières (ETAP),* 91-15.194.

FRANCE. Cour de cassation, 1e chambre civile, arrêt n. 404, 1 fév. 2005, *National iranian oil company (NIOC) vs. Etat d'Israël.*

FRANCE. Tribunal de grande instance de Paris, 16 mai 2012, *Maximov vs. NLMK*.

INDE. Cour suprême, 1998, *National Thermal Power Corp. vs. Singer Co*., 1992, 3 S.C.C. 51; *Sumitomo vs. ONGC Ltd.*, 1 S.C.C. 305.

INDE. Cour suprême, 2011, *Aastha Broadcasting Network Ltd. vs. Thaicom Public Co. Ltd*., MANU/DE/4410/2011.

INDE. Cour suprême, 2011, *Eitzen Bulk A.S. vs. Ashapura Minechem Ltd*., 2011, AIR 2011 Guj 13.

ITALIE. Cour de cassation, 17 juil. 2008, section nº 1959.

ITALIE. Cour de cassation, 17 sep. 1947, arrêt n. 1570.

ITALIE. Cour de cassation, 1e chambre civile, 19 avr. 2012, arrêt n. 6148, *Vitrone Pres., Cristiano Est.; Imm. Contrada Canova vs. B. e V.*

NATIONS UNIES. Las Palmas Island Case. *Reports of International Arbitration Awards*, 2006, v. II.

NATIONS UNIES. Reports of International Arbitral Awards: *Trail Smelter Case* (United States *vs.* Canada), 11 mars 1941.

NATIONS UNIES. *Reports of International Arbitration Awards*, v. XII.

PAYS-BAS. Cour d'appel de Amsterdam, arrêt n. 200.005.269/01, 28 avr. 2009, *Maximov vs. NLMK*.

PAYS-BAS. Cour d'appel de Amsterdam, arrêt n. 200.100.508/01, 18 sep. 2012, *Yukos Capital S.A.R.L. vs. OAO Rosneft.*

PAYS-BAS. Cour de premier instance de Amsterdam, 24 avr. 1991, *V/O Tractoroexport vs. Dimpex Trading Bv. Yearbook Commercial Arbitration*, v. 17, 1992.

PAYS-BAS. Cour suprême, 23 nov. 1973, *SEEE vs. Yugoslavia*. *Revue de l'Arbitrage*, 1974.

SENTENCE ARBITRALE *AD HOC*, 15 mars 1963, *Sapphire International Petroleum Ltd. vs. National Iranian Oil Co*.

SINGAPOURE. Cour d'appel, 2002, *PT Garuda Indonesia vs. Birgen Air*.

SINGAPOURE. Cour supérieure, 2007, *Government of the Republic of Philippines vs. Philippine International Air Terminals*, 1 S.L.R. 278.

SUÈDE. Cour suprême, 18 avr. 1989, *Solel Boneh Int'l Ltd. et Water Resources Dev. (Int'l) Ltd. vs. République de Uganda.*

SUISSE. Cour commerciale, 20 avr. 1990, anonimizé. *Yearbook Commercial Arbitration*, v. 17, 1992.

SUISSE. Cour de justice de Genève, 17 nov. 1989, *Société Hilmarton vs. Société OTv.*

SUISSE. Tribunal fédéral, 02 sep. 1993, *National Power Corporation. vs. Westinghouse*.

SUISSE. Tribunal fédéral, 07 oct. 1933, *Tobler vs. Justizkommision vs. Kantons Schwyz*.

SUISSE. Tribunal fédéral, 17 avr. 1990, *Société Hilmarton vs. Société OTV*.

UNION EUROPÉENE. Cour de justice de l'Union européenne, jugement du 23 nov. 1999*,* procédures pénales contre Jean-Claude Arblade et Arblade & Fils SARL (C-369/96) et Bernard Leloup, Serge Leloup et Sofrage SARL (C-376/96).

UNION EUROPÉENNE. Cour de justice de l'Union européenne, jugement n. C-126/97, ECR I-3055, 1999, *Eco Swiss China Time vs. Benetton International*.

URUGUAY. Cour civil de Montevideo n. 18, 27 juin 2014, cité dans l 'affaire CCI n. 16232/JRF/CA, Sentence arbitrale finale, 20 avr. 2016, § 30.

URUGUAY. Cour d'appel civil de Montevideo n. 2, 20 aout 2014, cité dans l 'affaire CCI n. 16232/JRF/CA, Sentence arbitrale finale, 20 avr. 2016, § 36.

Lois, Conventions et Règlements

ALGERIE. Code de Procédure Civile et Administrative, 2008.

ALLEMAGNE. Code de procédure civile. Zivilprozessordnung, ZPO, 1877.

ANGLATERRE. Arbitration Act, 1996.

ARGENTINE. Ley de Arbitraje Comercial Internacional. Ley 27449, 2018.

ASSOCIAZIONE ITALIANA PER L'ARBITRATO (AIA). Règlement d'arbitrage. Regolamento di Arbitrato AIA, 2020.

BAHRAIN. Economic, Financial and Investment Dispute Resolution Decree. Legislative Decree 30, 2009.

BELGIQUE. Code judiciaire, 1967.

BRÉSIL. Code civil. Lei n. 10.406, du 10 janvier 2002.

BRÉSIL. Code de procédure civile. Lei n. 13.105, du 6 mars 2015.

BRÉSIL. Code de procédure civile. Lei n. 5.869, du 11 janvier 1973.

BRÉSIL. Constitution fédérale. Constituição Federal, 1988.

BRÉSIL. Loi d'introduction aux règles du droit brésilien. Decreto-Lei n. 4.657, du 4 septembre 1942.

BRÉSIL. Loi d'arbitrage. Lei n. 9.307, du 23 septembre 1996.

CAMERA ARBITRALE DI MILANO. Règlement d'arbitrage. Regolamento Arbitrale CAM, 2020.

CANADA. Columbia Anglaise. Loi d'arbitrage commercial international. International Commercial Arbitration Act, 1996.

CANADA. Ontario. Loi d'arbitrage commercial international. International Commercial Arbitration Act, 1990.

CANADA. Québec. Code de procédure civile, 1966.

CENTRE D'ARBITRAGE ET DE MÉDIATION DE L'OMPI, Règlement d'arbitrage, 2020.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ (CAM-CCBC). Règlement d'arbitrage. Regulamento de Arbitragem, 2012.

CENTRO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE MADRID. Règlement d'arbitrage. Reglamento de Arbitraje, 2020.

CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE (CCI). Règlement d'arbitrage, 2021.

CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS (CIARB). Guidelines on the Use of Party-Appointed Experts in International Arbitration, 2007.

CHINE. Loi chinoise de droit international privé de 2010. Décret présidentiel du 28 octobre 2010.

CIDIP. Convention interaméricaine sur la Loi applicable aux contrats internationaux (Adoptée à la troisième séance plénière).

CNUDCI. Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York), 1958.

CNUDCI. Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as Amended in 2006, 2008.

CNUDCI. Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985, avec les amendements adoptés en 2006.

CNUDCI. Règlement d'arbitrage, 2013.

CNUDCI. UNCITRAL, Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration UN Doc A/CN.9/264, 1985.

COMMERCIAL ARBITRATION AND MEDIATION CENTRE FOR THE AMERICAS (CAMCA) Règlement d'arbitrage. CAMCA Arbitration Rules, 1996.

COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE. Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE. Convention sur les accords d'élection de for, du 30 juin 2005.

CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE. Principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux, du 19 mars 2015.

CONSEIL DE L'EUROPE. Convention européenne des droits de l'homme, 1950.

CONSEIL DE L'EUROPE. Convention européenne sur l'arbitrage commercial international de 1961 (Convention de Genève).

COUR PERMANENTE D'ARBITRAGE (CPA). Règlement d'arbitrage, 2012.

CROATIE. Loi d'arbitrage, 2001.

DINAMARQUE. Loi d'arbitrage, 2005.

ESPAGNE. Loi d'arbitrage. Ley 36, 1988.

ESPAGNE. Loi d'arbitrage. Ley 60, 2003.

ESPAGNE. Loi sur l'arbitrage et le droit privé. Ley de los Arbitrajes de Derecho Privado, 1953.

ETATS-UNIS. American Law Institute. *Restatement (Second) of Conflict of Laws*. Philadelphia, 1971.

ETATS-UNIS. American Law Institute. *Restatement (Third) of the* Foreign Relations Law. Philadelphia, 1986.

ETATS-UNIS. Code commercial uniforme. Uniform Commercial Code, 1952.

ETATS-UNIS. Loi fédéral d'arbitrage. Federal Arbitration Act, 1925.

FEDERATION OF OILS, FEEDS AND FATS ASSOCIATION (FOSFA). Règlement d'arbitrage. Rules of Arbitration and Appeal, 2020.

FRANCE. Code de Procédure Civile, 1971.

FRANCE. Constitution de la République, 1958.

FRANCE. Opinion de l'Assemblée Générale du Conseil d'État du 6 mars 1986. In: *Etudes et documents du Conseil d'Etat*. Paris: Sirey, n. 38, 1987.

HONG KONG INTERNATIONAL ARBITRATION CENTRE (HKIAC). *Model Clauses:* Arbitration under the HKIAC Administered Arbitration Rules.

INDE. Loi d'arbitrage. Arbitration and Conciliation Act, 1996.

INSTITUT ALLEMAND D'ARBITRAGE (DIS). Règlement d'arbitrage. DIS-Schiedsgerichtsordnung, 2018.

INSTITUT D'ARBITRAGE DE LA CHAMBRE DE COMMERCE DE STOCKHOLM (CCS). Règlement d'arbitrage. The SCC Rules, 2017.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION (IBA). Guidelines on Conflicts of Interest in International, 2014.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION (IBA). Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, 2010.

INTERNATIONAL CENTRE FOR DISPUTE RESOLUTION (ICDR). Règlement d'arbitrage. ICDR International Dispute Resolution Procedures, 2021.

ITALIE. Code de procédure civile. Codice di Procedura Civile, 2020.

KENYA. Loi d'arbitrage, 1995.

LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION (LCIA). Règlement d'arbitrage. LCIA Arbitration Rules, 2020.

MEXIQUE. Code commercial. Código de Comercio, 1993.

NATIONS UNIES. Charte des Nations Unies de 1945.

NATIONS UNIES. Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948.

NEDERLANDS ARBITRAGE INSTITUUT (NAI). Règlement d'arbitrage. Reglementen, 2015.

PAYS-BAS. Code de procédure civile, 2002.

PAYS-BAS. Loi d'arbitrage, 2015.

PÉROU. Loi des contrats et acquisitions de l'État. Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Ley 26.850/1997.

PORTUGAL. Lei da Arbitragem Voluntária. Lei n. 63/2011.

ROYAUME-UNI. Committee Office and House of Commons. *The EU Bill and Parliament Sovereignty – European Scrutiny Committee*. Disponível em: <https://publications.parliament.uk/pa/cm201011/cmselect/cmeuleg/633/63302.htm>.

SINGAPORE INTERNATIONAL ARBITRATION CENTRE (SIAC). Règlement d'arbitrage. SIAC Rules, 2016.

SUÈDE. Loi d'arbitrage n. 1999:116, 2019.

SUISSE. Code de procédure civile, 2008.

SUISSE. Loi fédérale sur le droit international privé, 1987.

TUNISIE. Code de l'Arbitrage, 1993.

UNION EUROPÉENE. Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, 1991**.**

UNION EUROPÉENE. Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

UNION EUROPÉENE. Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II)

UNION EUROPÉENE. Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte) (Bruxelles I).

URUGUAY. Loi d'arbitrage. Ley de Arbitraje Comercial Internacional. Ley 19636, 2018.

URUGUAY. Loi général de droit international privé. Lei Geral de Direito Internacional Privado. Ley 19920, 2020.