

OBSERVATIONS sur l'ARBITRAGE

par M. Simon Rundstein

Le rapport présenté par M. DAVID nous donne une image fidèle des législations modernes sur l'arbitrage conventionnel droit privé. En évitant les discussions de pure théorie et de construction juridique dont l'importance reste néanmoins appréciée par lui, il nous met en possession d'un système détaillé basé sur la méthode comparative. Dès lors les identités, les analogies, parallélismes et les différences des systèmes variés deviennent plus clairs en facilitant le choix d'une voie rationnelle qui mène à l'oeuvre de l'unification.

Si, sur la base du rapport, on se demande quelles sont les chances d'une unification future, la réponse ne pourra être, d'après mon avis, que favorable.

Toutefois cette affirmation n'est pas inconditionnelle. L'unification envisagée dépend de certaines prémisses, elle doit être entourée de certaines réserves. En plus elle reste fonction de l'étendue de la matière juridique à laquelle s'applique le régime que du caractère soit impératif, soit dispositif des règles à envisager.

Enfin, il convient de prendre en considération certaines conditions psychologiques de l'ambiance et du milieu qui pourront être peu propices à l'oeuvre entreprise.

Quant à ce dernier point il peut être souligné que la marche victorieuse de l'arbitrage conventionnel si caractéristique pour l'époque d'après-guerre est devenue plus lente et plus précautionnée; mais elle a gagné en profondeur. M. NUSSEBAUM a fait observer dans la préface au III^e volume de son Annuaire que l'arbitrage est entré en une période de consolidation. L'oeuvre entreprise à Genève a largement contribué au développement organique

des législations particulières. L'activité des organismes permanents d'arbitrage, conçue sur un plan international, gagne de plus en plus de terrain.

Mais il est de toute évidence que ni l'activité de caractère privé ni le règlement par voie de conventions internationales touchant exclusivement aux problèmes de la solution des conflits des lois ne remplaceront l'unification, même s'il fallait la concevoir sur un plan restreint. Le rapport de M. DAVID souligne avec raison que le problème de l'exécution des sentences arbitrales ne pourra être résolu que par la voie de l'unification " il est vain de prétendre assurer un régime pleinement satisfaisant à l'exécution des sentences arbitrales étrangères tant que n'aura pas été opérée une unification des différentes lois sur l'arbitrage ou du moins un sensible rapprochement entre ces lois (p. 138). C'est pourquoi en se prononçant en faveur de l'unification on ne fait aucunement double emploi et on n'entrave pas le règlement des conflits de lois par voie de conventions internationales; les buts de l'unification s'harmonisent avec l'oeuvre de Genève et se présentent comme un complètement nécessaire de celle-ci.

D'autre part on pourrait objecter que l'unification de règles sur l'arbitrage sera dangereuse, vue la tendance bien nette du commerce international à délaisser de plus en plus les tribunaux d'Etat en soumettant les différends à la juridiction arbitrale dont les décisions sont rapides, peu coûteuses et conforme aux exigences de l'équité. Il est hors de doute que la soumission parfois forcée à la juridiction arbitrale - qui n'est pas toujours voulue par un contractant plus faible - peut devenir dangereuse; l'équité qui se met au dessus des règles de droit peut

favoriser les agissements et les manœuvres malhonnêtes; la juridiction susvisée liée parfois aux intérêts des grandes organisations d'envergure mondiale peut exercer une pression économique très forte sur les intéressés. On connaît le système des clauses pénales, des lettres de change données en garantie d'exécution, la pression par les mesures d'exclusion et de boycottage menant à un asservissement économique et à une obéissance inconditionnelle. L'exécution par les groupes professionnels ("Exekution durch soziale Interessengruppen") peut donc être très efficace et n'étant pas contrôlée - très dangereuse. Pour ces motifs l'arbitrage moderne, qui a souvent un caractère professionnel, peut vite dégénérer en abus.

M. RABEL dans ses "Observations concernant l'utilité de l'unification au point de vue des besoins du commerce international" présentées en 1929 à notre Institut, a souligné (p.10, 11) les dangers de l'arbitrage dont les conditions sont aujourd'hui encore si embrouillées. Mais en même temps M. Rabel a fait observer que dans les cas où de grands intérêts sont en jeu et où les questions difficiles d'ordre juridique vont se poser, les parties elles-mêmes préfèrent la procédure plus lente mais plus sûre des tribunaux de droit commun. L'institution anglo-saxonne des "test cases" y est un remède le plus approprié.

Si pour la matière de la vente internationale le danger du recours à l'arbitrage peut enlever toute l'utilité à l'unification, le règlement de la vente ne restera certainement pas lettre morte, si précisément l'arbitrage lui-même est soumis à une opération d'unification soit intégrale, soit partielle.

Certes, les dangers d'abus persistent; mais ce sera la tâche de l'oeuvre future d'empêcher qu'un règlement unifié ne prête à des abus.

Vu le regain de faveur dont jouit aujourd'hui l'arbitrage conçu sur un plan international, il conviendrait de canaliser les courants - dangereux s'ils sont laissés à eux-mêmes - hautement utiles s'ils sont dûment contrôlés et soumis à la surveillance de qui de droit. Et c'est précisément le contrôle d'Etat qui, en laissant la liberté nécessaire au développement des opérations de commerce, doit veiller sur les abus et sur les déviations toujours possibles, mais évitables en principe.

L'oeuvre de l'unification est favorisée par la circonstance que les différences parfois si profondes entre les systèmes continentaux et les systèmes du droit anglo-saxon ne prennent pas en matière d'arbitrage les proportions qu'on peut observer en d'autres matières de droit matériel et formel. De plus, il serait peut-être utile que les systèmes continentaux utilisent quelques idées-maîtresses du système anglo-saxon qui préconise largement le contrôle et la surveillance de tribunaux d'Etat en matière d'arbitrage; ce système organise en effet une collaboration étroite des organismes arbitraux avec l'autorité judiciaire (cf. Rapport de M. David p. 91, 97).

° °

Le problème principal qui se pose préalablement à toutes discussions sur les éventualités d'unification est le suivant:

- Convierait-il d'envisager une unification intégrale tendant à ce qu'aux dispositions respectives du droit interne traitant sur l'arbitrage conventionnel soient substituées les dispositions d'un règlement unifié?

- Ou, en envisageant une solution plus restreinte, faudrait-il procéder par voie d'unification limitée?

C'est-à-dire que dans l'éventualité susvisée le régime d'unification n'engloberait que certains contrats ou certains rapports juridiques ayant trait au commerce international, tandis que les matières non soumises à l'unification demeureraient sous le régime du droit interne.

Si l'on se prononce pour la deuxième éventualité (unification restreinte) il faudrait de même résoudre le problème du caractère exclusif ou - le cas échéant - cumulatif du règlement envisagé.

- Faudrait-il accepter la solution conformément à laquelle le dit règlement serait inconditionnel et obligatoire en qualité de jus cogens, en tant qu'il s'agirait des matières qui y seraient énumérées?

- Ou, au contraire, le règlement unifié ne devrait-il jouer que dans les cas où la volonté expresse des parties intéressées se serait prononcée en sa faveur soit à l'avance (clause compromissoire), soit dans le cas d'un différend déjà surgi sur l'application du règlement unifié (compromis) ?

Il ne serait certainement pas désirable de faire dépendre l'application du règlement de l'attitude passive et du silence des parties: ces circonstances ne devraient donc pas être interprétées comme des "facta concludentia" relatifs à l'application présumée du règlement.

Pour que le règlement soit applicable, il conviendrait de se baser sur la volonté expresse des parties. Si les parties ne se prononcent pas sur l'acceptation expresse, le règlement devra être éliminé et les règles de droit commun en connexité avec les normes sur les conflits de lois devront trouver leur applica

D'après mon avis et compte tenu des réalités de la vie juridique contemporaine, le règlement unifié restreint et limité serait préférable.

Il est peu probable que dans les conditions présentes un accord entre les Etats (même si l'on envisageait l'éventualité d'accords régionaux) soit possible à atteindre dans la portée d'un accord visant la substitution d'un règlement international à toutes les dispositions de droit interne qui se rapportent à l'arbitrage conventionnel. Les règles de procédure, nonobstant leur caractère formel, sont intimement liées au droit matériel; un règlement unifié intégral serait donc contraint d'introduire des réformes visant les questions purement matérielles (p.e. quant à la capacité des parties, à la conclusion et aux effets du compromis, la situation juridique de l'arbitre, sa responsabilité, ses droits etc.). S'il n'est pas contestable qu'en matière d'arbitrage les législations particulières présentent une analogie parfois frappante et qu'un droit commun législatif ou jurisprudentiel est en train de s'élaborer progressivement, il ne faut pas perdre de vue qu'il ne s'agit que d'une identité partielle et parfois seulement apparente, et qu'en plus cette identité n'est point absolue.

Il serait prématuré d'entreprendre d'ores et déjà une œuvre d'une telle envergure qui risquerait de ne pas aboutir. D'autre part si l'on préconise la méthode d'unification exclusive des règles de procédure, on sera forcé de recourir à un renvoi nécessaire aux règles du droit matériel interne; il conviendrait donc de se débattre avec les difficultés bien connues des conflits de lois.

Au contraire, si l'on se prononce sur le règlement restreint, les chances d'unification se présentent d'une manière

d'une manière plus favorable. Je ne dis pas que même dans ce cas un renvoi aux règles du droit matériel soit évitable; mais vu le cercle bien restreint des personnes (arbitrage commercial) qui sont autorisées de plano à recourir à l'arbitrage unifié, vu ensuite que l'étendue de la convention d'arbitrage doit être préalablement circonscrite et qu'en conséquence les droits et les obligations des arbitres subissent une certaine simplification - les dangers de l'unification intégrale s'y laissent éviter.

Dès lors le principe d'autonomie de volonté, jouant un rôle prépondérant dans la matière des obligations et éliminant, bien que partiellement seulement, les conflits de lois, y pourr^{ait} trouver son expression adéquate. Si l'on envisage de plus que l'oeuvre de l'arbitrage sur le plan international est liée à l'autorité des grands organismes permanents qui par voie de dispositions statutaires ont pu établir des institutions respectives d'arbitrage, on voit que les difficultés perdent en importance que les chances de l'unification partielle y gagnent sans conte

Toutefois, même si l'on accepte cette base de l'unification une autre difficulté surgit. Une unification partielle demanderait naturellement une détermination préalable de son étendue or il conviendrait de dire à quels contrats ou à quels rapports juridiques le régime proposé serait applicable. Cette détermination n'aurait pas besoin d'être définitive et immuable; elle pourrait être progressivement étendue, si l'expérience de l'unification entreprise démontrait l'utilité et la viabilité du régime international; d'autre part les réserves éventuelles des Etats acceptant en principe l'unification pourraient le cas échéant restreindre le champs d'application en vertu de clauses qui écarteraient le régime pour certains types de contrats (accepté toutefois par d'autres Etats n'ayant pas des objections de fond).

De prime abord on pourrait penser à l'application du régime unifié d'arbitrage aux contrats dont le règlement sera d'ores et déjà sujet à un règlement unifié. Cela sera p.e. le cas, lorsque l'on aurait accepté un règlement uniforme de la vente internationale, tel qu'il est conçu par des travaux préparatoires de l'Institut. Ensuite on pourrait penser aux matières du droit commercial interne, pour le cas où, en raison de la diversité de domicile des parties contractantes ou du lieu étranger d'exécution, ces matières peuvent donner lieu à un conflit du droit international privé; il s'agirait donc de fixer une liste de tels contrats. Les contrats suivants pourraient entrer en ligne de compte: contrats de vente, de transport, d'assurance, rapports liés aux opérations de crédit et de banque, questions d'arbitrage etc.- On pourrait avoir des doutes légitimes si les opérations de bourse et les questions liées directement ou indirectement aux ententes industrielles (cartels) devraient être envisagées.

Supposé donc qu'on se prononce en faveur de l'unification restreinte et limitée, il conviendrait ensuite de déterminer dans quelles conditions le régime proposé et accepté par les parties au contrat aurait à jouer.

Même si l'on fixe la matière juridique qui détermine l'étendue et l'applicabilité du régime (*ratione materiae*), il faudrait nécessairement préciser les conditions dans lesquelles les personnes intéressées seraient autorisées (*ratione personarum*) à recourir par l'acte de leur volonté à ce régime de l'arbitrage. Certainement on se demandera s'il est admissible que A et B, tous les deux citoyens italiens, domiciliés à Rome, en concluant un contrat de vente à exécuter à Gênes, puissent accepter par prorogation les dispositions sur l'arbitrage, réglées par la future convention internationale au lieu d'être soumis aux prescriptions de l'art. 8 et suiv. du Code de procédure civile italien.

A mon avis la réponse négative serait à préconiser.

Quel sera donc le critère selon lequel le champ d'application du régime d'unification pourrait être appliqué soit ratione personae, soit ratione loci?

Il ne suffira pas de dire qu'il jouera dans les cas où on aura affaire à "un différend d'ordre commercial ayant un caractère international" (v. le Règlement de la Chambre de commerce internationale du 1^{er} janvier 1932, Art. 1 n^o. 1, Art. 5). J'ai souligné les difficultés d'une définition stricte dans mes observations sur la matière, présentées à l'Institut en 1929; elles ont été de même mises en lumière par M. DAVID dans son Rapport, p. 120 et suiv.- La nationalité des parties intéressées ne peut non plus entrer en ligne de compte; on pourrait se demander s'il ne conviendrait pas de recourir au critère du domicile.

Si on laisse jouer librement le principe de l'autonomie de la volonté, le recours à l'arbitrage serait légitime, soit si les parties se soumettaient aux règles du droit matériel qui n'est pas (ou ne peut pas être) leur droit commun (d'après le critère du domicile), soit si la sentence arbitrale devait être rendue dans un des Etats qui auraient adhéré au régime d'unification.

Attendu qu'il s'agit d'application du droit dispositif on n'aura pas lieu de craindre des abus ni des agissements in fraudem legis domesticæ. Mais certainement une telle éventualité est à prévoir, compte tenu que le but principal de l'unification tend à ce que les sentences rendues en vertu du règlement accepté par les Etats aient une circulation libre dans les territoires englobés par la convention future: elles devraient y être reconnues et exécutées de plano sans recours à la procédure compliquée et embarrassante de l'exequatur préalable à obtenir dans le lieu de leur exécution éventuelle.

o
o

Dans cet état de choses et vue la préparation de la matière accomplie par notre Institut il sera - d'après mon avis - expédient de procéder aux travaux ultérieurs visant l'élaboration d'un avant-projet provisoire.

Conformément aux règles de la méthodologie appliquées par l'Institut il conviendrait de nommer une commission d'experts sous la réserve toutefois d'un ajournement de cette nomination pour des motifs de tel ou tel ordre les travaux sur l'unification du Contrat de vente ne permettraient pas d'ores et déjà de s'engager dans cette voie en raison des frais et des dépenses qu'occasionnerait une nouvelle Commission.

Je peux déclarer que dans mon pays on est prêt à faire étudier la matière par des personnes que j'ai eu l'occasion d'indiquer à M. David et qui m'ont promis leur collaboration. Le Sous-Secrétaire d'Etat au Ministère de la Justice, M. Sieczkowski, m'a autorisé à déclarer qu'il est prêt à convoquer une commission spéciale composée de personnes spécialisées en la matière, commission qui pourra donner des réponses précises à un questionnaire éventuel.

Quelle que soit la méthode des travaux futurs, il faut procéder à l'élaboration d'un questionnaire détaillé.

Le dit questionnaire devrait être précédé par la position de quelques problèmes généraux, dont j'ai fait déjà mention

Il s'agira des problèmes préliminaires suivants:

1.

Convien-drait-il d'envisager le principe de l'unification intégrale ou serait-il préférable d'accepter la solution visant l'unification limitée et restreinte?

2.

Faudrait-il accepter le régime d'unification (intégrale ou restreinte) sous les points de vue des prescriptions dispositives ou impératives, en écartant en cette dernière alternative le régime du droit interne?

3.

Si l'on se prononce en faveur d'une unification limitée, quelles matières intéressant le commerce international pourraient y être prévues et quels seraient les critères de limitation des matières susdites à prévoir (ratione materiae, personae et loci)?

4.

En acceptant le régime d'unification (intégrale ou restreinte) de quelle manière et dans quelle étendue conviendrait-il de régler les pouvoirs d'autorité judiciaire interne quant au contrôle de la juridiction arbitrale?

5.

Quelles seraient les limites du contrôle susvisé, si le règlement uniforme faisait accepter l'application éventuelle de la clause d'amiable composition?

6.

Quelle importance pourrait être attribuée en vue d'une unification aux organismes permanents d'arbitrage en matière commerciale établis sur le plan international par l'initiative privée? Conviendrait-il de leur reconnaître certains privilèges, les garanties respectives du contrôle demeurant réservées?

7.

De quelle manière pourrait-on garantir l'exécution des sentences rendues conformément à un règlement uniforme, en envisageant la libre circulation et l'exécution sans formalités des sentences arbitrales reconnues dans un des pays intéressés soit comme définitives soit comme revêtues de la force exécutoire?

Telles seraient les questions principales qui auraient à précéder un questionnaire détaillé. Il se peut que ce questionnaire soit pour le moment prématuré vu que la réponse favorable p.e. à un règlement restreint influencerait certainement la rédaction des questions à poser et à résoudre.