



Arbitrage en Suisse et “Lex mercatoria”

(Note sur un important arrêt anglais)

Le 23 mars 1987, la “Court of Appeal” d'Angleterre, composée de Sir John DONALDSON (Master of the Rolls) et des Juges WOOLF et RUSSELL, a rendu à l'unanimité un arrêt qui, bien qu'il ait fait l'objet d'un recours aujourd'hui pendant devant la “House of Lords”, mérite la plus grande attention, et notamment celle des arbitres siégeant en Suisse.

Dans cette “affaire DST” (Deutsche Schachtbau- & Tiefbohrgesellschaft mbH v. The R'as Al Khaimah National Oil Company and Shell International Petroleum Ltd.), les faits étaient en résumé les suivants:

Suivant la clause compromissoire (CCI) contenue dans un contrat d'exploration pétrolière de 1976, le demandeur DST avait entamé une procédure arbitrale à Genève en mars 1979. Le mois suivant, le défendeur (RAKOIL) introduisait action devant les Tribunaux étatiques de son pays (l'Emirat de R'as Al Khaimah) pour obtenir l'annulation du contrat et des dommages intérêts. Aucune des parties ne prit part à l'action intentée par l'autre, et chacune eut gain de cause dans l'instance intentée par elle, DST par une sentence arbitrale rendue à Genève le 4 juillet 1980, RAKOIL par un jugement d'annulation et de dommages intérêts rendu le 3 décembre 1979, donc environ sept mois avant la sentence arbitrale.

[page "165"](#)

Une société tierce, la SHELL, ayant acheté du pétrole à RAKOIL, DST entreprit de faire exécuter la sentence arbitrale en Angleterre et de se faire payer sur la créance détenue par le vendeur RAKOIL envers l'acheteur SHELL.

Laissant de côté maints aspects intéressants de ce curieux litige (touchant par exemple la question de la localisation ou “situs” des créances en droit international privé), nous nous bornerons à indiquer ici les aspects principaux de l'arrêt qui touchent au droit de l'arbitrage.

La Suisse ayant, comme le Royaume Uni, ratifié la Convention de New York de 1958, la sentence constituait donc un “Convention award” au sens de l'Arbitration Act, 1975, dont la section 5 énumère les motifs de refus de reconnaissance. Il s'agissait notamment de savoir, vu la position prise par le défendeur RAKOIL, (a) si la clause arbitrale était régie par le droit de R'as Al Khaimah et nulle selon ce droit, (b) si le défendeur pouvait se prévaloir du jugement intervenu dans l'Etat de R'as al Khaimah sans égard aux règles anglaises de droit international privé sur la reconnaissance des jugements étrangers, (c) si la sentence avait statué hors compromis, et (d) si son exécution n'était pas contraire à l'ordre public.

Sur le droit applicable (proper law) à la clause arbitrale, la Court of

Author

Jurisdiction

Switzerland

Source

, Arbitrage en Suisse et “Lex mercatoria”, ASA Bulletin, (© Association Suisse de l'Arbitrage; Kluwer Law International 1987, Volume 5 Issue 2) pp. 165 - 173

Appeal, appliquant bien entendu les règles anglaises de conflits de lois, constate notamment [page "166"](#)

<p>... that an arbitration agreement constitutes a self-contained contract collateral or ancillary to the substantive agreement ... and that it need not be governed by the same law as that agreement.</p> <p>Citant l'art. 8, para. 4 du Règlement CCI, dont les parties sont censées avoir eu connaissance, la Cour constate aussi que</p> <p>the intention of the parties that the agreement to arbitrate shall be an independent and collateral contract could not be more clearly indicated.</p> <p>Looking at the arbitration agreement in isolation, there can only be one answer, namely, that it is governed by Swiss law. Of course, it is not permissible to do this and regard must be had to all the surrounding circumstances, including the proper law governing the substantive contract and to the fact that the contract was to be performed in R'as Al Khaimah. However, in view of the international character of the enterprise, it is far from self-evident that the substantive contract is governed by the law of R'as Al Khaimah.</p> <p>On notera l'importance de ce passage et des développements, qui suivent, de cette idée: à très juste titre, la Cour d'Appel met en évidence le caractère international du contrat, caractère voulu par les parties et n'attribue pas une valeur décisive au lieu d'exécution ou aux autres éléments (comme le caractère étatique de la société pétrolière de R'as Al Khaimah, agent ou organe du Gouvernement). L'arrêt poursuit en ces termes: page "167"</p>	<p>© 2014 Kluwer Law International BV (All rights reserved).</p> <p>Kluwer Arbitration is made available for personal use only. All content is protected by copyright and other intellectual property laws. No part of this service or the information contained herein may be reproduced or transmitted in any form or by any means, or used for advertising or promotional purposes, general distribution, creating new collective works, or for resale, without prior written permission of the publisher. If you would like to know more about this service, visit www.kluwerarbitration.com or contact our Sales staff at sales@kluwerlaw.com or call +31 (0)172 64 1562.</p>
---	--

As is not unusual in the oil industry, it involved parties of different nationalities, using United States dollars as the money of account, who have chosen a neutral forum [Geneva, Switzerland) for the resolution of disputes and may well be thought to have chosen a neutral law to govern their rights and liabilities.

De l'avis du Master of the Rolls, cette dernière probabilité est renforcée, s'agissant d'un arbitrage CCI, par l'art. 13, para. 3 du Règlement CCI, article qui suggère

that the parties intended to delegate to the arbitrators the choice of law governing the substantive contract, applying what they considered to be appropriate principles and, in the event, the arbitrators did not hold that the contract was governed by the law of R'as Al Khaimah.

Giving the fullest possible weight to any argument favouring the law of R'as Al Khaimah as the proper law of the substantive contract and to the fact that it was undoubtedly the law of the place of performance, I find myself in complete agreement with Leggatt J. that the proper law of the arbitration agreement is Swiss.

Cela étant, le jugement de R'as Al Khaimah (sur la nullité du contrat) devient sans aucune pertinence, dès lors qu'a été prouvée la validité de la clause arbitrale selon le droit suisse applicable. Cependant, la Cour se réfère au "Civil Jurisdiction and Judgements Act, 1982" (dont la section 32 prévoit la non-reconnaissance d'un jugement étranger notamment lorsque celui-ci a été rendu à la suite d'une action en justice contraire à un engagement de régler un litige d'une autre manière, et par exemple par l'arbitrage). *page "168"* Or, remarque l'arrêt

the bringing of proceedings by RAKOIL in the Court of R'as Al Khaimah was a breach of the arbitration agreement, whose scope was amply wide enough to cover all matters in dispute in those proceedings and accordingly the judgement cannot be recognized or enforced.

Après avoir rejeté l'objection d'un prétendu excès de pouvoir des arbitres, la Cour arrive à la question sans doute la plus intéressante et la plus nouvelle, relativement, de toutes celles qui lui étaient posées: Etait-il contraire à l'ordre public anglais d'exécuter une sentence arbitrale appliquant, non pas un système national de droit, mais des "principes généraux internationalement reconnus"?

Les parties n'ayant pas choisi le droit applicable à leur contrat, les arbitres, agissant selon l'art. 13, para. 3 du Règlement CCI, avaient estimé que le droit applicable aux obligations substantielles des parties était "internationally accepted principles of law governing contractual relations", ce qu'il est permis de désigner ici par l'expression abrégée et bien connue de "lex mercatoria". Dans leur sentence, les arbitres avaient considéré que

the Concession Agreement, the Assignment Agreement and the 1976 Operating Agreement are contracts between, on one hand, a number of companies organized under various laws, and, on the other hand, a State respectively a company which is actually an agency of such State.

page "169"

Reference either to the law of anyone of the companies, or of such State^(*), or of the State on whose territory one or several of these contracts were entered into, may seem inappropriate, for several reasons. The Arbitration Tribunal will refer to what has become common practice in international arbitrations, particularly in the field of oil drilling concessions, and especially to arbitrations located in Switzerland. Indeed, this practice, which must have been known to the parties, should be regarded as representing their implicit will ...

Cependant de l'avis du Conseil de RAKOIL,

It would be contrary to English public policy to enforce an award which holds that the rights and obligations of the parties are to be determined, not on the basis of any particular national law, but upon some

unspecified, and possibly ill-defined internationally accepted principles of law.

Nous passerons ici, non sans regrets, sur l'analyse de divers "précédents" concernant notamment des arbitrages où les parties avaient expressément libéré les arbitres de l'obligation d'appliquer le droit (il est vrai à l'époque du "case stated"). On lira avec intérêt les citations, par l'arrêt DST, de décisions comme *Orion v. Belfort* (1962) 2 Ll. L.Rép. 257 ou *Eagle Star v. Yuval* (1978) 1 W.L.R. 357. Mais citons encore Sir John DONALDSON: [page "170"](#)

In my judgement there are three questions which the Court has to ask itself when confronted with the clause which purports to provide that the rights of the parties shall be governed by some system of "law" which is not that of England or any other State or is a serious modification of such law: (1) Did the parties intend to create legally enforceable rights and obligations? ... (2) Is the resulting agreement sufficiently certain to constitute a legally enforceable contract? ... (3) Would it be contrary to public policy to enforce the award, using the coercive powers of this State?

Si la réponse à la première question est affirmative (contrairement au cas où les parties auraient voulu créer de simples obligations morales, par exemple), la seconde question se pose alors, à propos de laquelle la Cour mentionne "the old maxim of English law", et d'autres systèmes juridiques, "verba ita sunt intelligenda ut res magis valeat quam pereat" et mentionne aussi la "vital distinction between an agreement to agree in future and an agreement to accept terms to be determined by a third party", le second seulement pouvant être la base d'un accord exécutoire.

Mais c'est, on s'en doute, sur la troisième question que l'arrêt présente le plus d'intérêt, en particulier pour les lecteurs d'Europe continentale, qui se souviennent de la célèbre affaire *Norsolor* et des décisions de la Cour Suprême d'Autriche et de la Cour de Cassation de France ^(*); on sait que la sentence arbitrale rendue dans cette affaire avait choisi "d'écarter toute référence à une législation spécifique [page "171"](#) ... et d'appliquer la *lex mercatoria* internationale, dont l'un des principes fondamentaux est celui de la bonne foi qui doit présider à la formation et à l'exécution des contrats" (cf. *Revue critique* 1985, 3, p. 555), ce que la Cour d'Appel de Vienne avait annulé, considérant que les arbitres avaient violé l'art. 13 du Règlement CCI et n'avaient pas déterminé le droit étatique applicable, se bornant à faire référence à la *lex mercatoria* internationale "droit mondial d'une validité incertaine". La Cour Suprême d'Autriche a donné tort à cette vision "classique" voire rétrograde de la Cour d'Appel de Vienne.

Sur l'ordre public en général, l'arrêt observe, d'une manière qui rappelle beaucoup la jurisprudence du Tribunal Fédéral, que

Considerations of public policy can never be exhaustively defined, but they should be approached with extreme caution ... It has to be shown that there is some element of illegality or that the enforcement of the award would be clearly injurious to the public good or, possibly, that enforcement would be wholly

offensive to the ordinary reasonable and fully informed member of the public on whose behalf the powers of the State are exercised.

En conclusion, le Président de la Cour, avec l'accord de ses deux collègues, n'a "aucun doute"

that the parties intended to create legally enforceable rights and liabilities and that the enforcement of the award would not be contrary to public policy. That only leaves the question of whether the agreement has the requisite degree of certainty. By choosing to arbitrate under the Rules of the ICC and, in [page "172"](#) particular, art. 13.3, the parties have left proper law to be decided by the arbitrators and have not in terms confined the choice to national systems of law. I can see no basis for concluding that the arbitrators' choice of proper law - a common denominator of principles underlying the laws of the various nations governing contractual relations - is outwith the scope of the choice which the parties left to the arbitrators.

Les dimensions de ce Bulletin ne nous permettent pas d'autres commentaires mais, par le résumé et les quelques extraits qui précèdent, on aura pu juger du très grand intérêt de cette remarquable décision de la "Court of Appeal" dont il reste à voir si, comme il est permis "with respect" de le souhaiter, elle sera confirmée par la House of Lords. [page "173"](#)

* La sentence ne fait, avec raison, aucune allusion à l'idée - sommaire et dépassée - de présomption en faveur d'une application de la loi de l'Etat contractant, en l'absence de choix (cf. l'arrêt CPJI, série A, N° 20/21, 41: Emprunts serbes et brésiliens).

* Voir Bull. ASA 1984, p. 50, 109 et 176; 1985, p. 94 et 197; 1986, p. 28.