

Un Faux Problème : Monisme ou Dualisme dans la législation arbitrale ?

Pierre LALIVE

Avocat, Professeur honoraire de l'Université de Genève
Membre de l'Institut de Droit International, Président d'honneur de l'Association Suisse d'Arbitrage (ASA) et de l'Institut du Droit des Affaires Internationales de l'ICC

De tous les sujets qui, dans le vaste domaine de l'arbitrage du commerce international, seraient propres à servir de thème à un hommage au professeur DESSEMONTET, notre savant et dynamique collègue lausannois, la question qui forme le titre de la présente contribution n'est certes pas celle qui soulève le plus d'intérêt des praticiens ou des auteurs. Il semble même qu'elle passe le plus souvent inaperçue. Aussi se justifie-t-il sans doute, en guise d'introduction, de tenter d'en justifier le choix.

L'élaboration d'une loi fédérale de procédure civile a conduit certains des experts consultés à s'interroger sur la réglementation de l'arbitrage interne et, parfois, sur la place du Concordat intercantonal d'arbitrage. A cette occasion, quelques voix se sont même fait entendre pour regretter les « lacunes » du Chapitre 12 de la Loi fédérale de droit international privé (LDIP) sur l'arbitrage international, voire pour préconiser son remplacement par une loi unique et plus détaillée, qui régirait simultanément et de manière identique tant l'arbitrage interne que l'arbitrage international, selon la doctrine « moniste ».

Bien que ces opinions soient restées minoritaires, et même isolées à notre connaissance, à juste titre ainsi qu'on va le voir, elles ne laissent pas de mériter un minimum d'attention et de discussion.

Sur le premier point – les « lacunes » ou prétendues lacunes de la LDIP en matière d'arbitrage international – il n'est guère nécessaire de s'étendre tant la critique nous paraît manifestement mal fondée, pour plusieurs raisons.

Elle l'est tout d'abord, d'un point de vue historique et politique. Un bref rappel suffira ici aux efforts déployés par l'Association Suisse de l'Arbitrage (ASA)¹ pour surmonter l'opposition d'une poignée de partisans de la « souveraineté cantonale »

¹ Voir par exemple N. 2 du Bulletin ASA, 1983, p. 22-28 et N. 3 p. 17-25, 1984.

en matière de procédure, hostiles à toute codification fédérale. Il est également amusant que cette hostilité ait été motivée, chez quelques juristes, par l'idée singulière qu'une codification fédérale du droit international privé freinerait, voire tarirait, l'œuvre créatrice de la jurisprudence ! Nous n'inventons rien. De tels exemples valent d'être rappelés, car ils pourraient servir de leçons d'humilité doctrinale et montrent que, même chez de savants auteurs, le bon sens n'est pas toujours la chose du monde la mieux partagée. C'est l'occasion de citer une pensée indulgente de CALVIN : « *Neque sic entendum rigorem ut non aliqua in re ineptere liceat* »².

D'un point de vue « politique », les experts qui furent appelés, par la Commission du Conseil National, à proposer un projet de Chapitre 12, étaient bien conscients de l'opportunité et même de la nécessité d'un texte simple. A céder au perfectionnisme et à vouloir trop « charger le bateau », le risque était grand de compromettre l'adoption parlementaire de ce chapitre relatif à l'arbitrage dans la LDIP, chapitre dont le Conseil des Etats n'avait pas hésité, on le sait, lors d'une phase précédente à voter la suppression par 18 voix contre 17 !

A ces considérations que l'on peut appeler de « politique suisse » s'ajoutait une considération, plus permanente, de politique législative propre à la matière en cause : les auteurs du Chapitre 12 de la LDIP (praticiens ou législateurs) comprenaient les inconvénients qu'aurait une législation détaillée, dont les dispositions compromettraient la nécessaire flexibilité de l'arbitrage et la liberté d'action des arbitres, comme des parties, et risqueraient de favoriser les incidents et contestations de procédure. En d'autres termes, ils n'ont pas entendu céder, à l'époque, à ce que nous avons cru pouvoir appeler la « fureur réglementaire »³, soit une certaine manie contemporaine, flagrante notamment, aujourd'hui encore, chez diverses institutions d'arbitrage nationales ou internationales, consistant – parfois faute d'activité plus concrète – à multiplier, dans un optimisme naïf, les règlements, modèles, directives ou « *guidelines* » de détail, en croyant par là réaliser des progrès.

Cela précisé – et qui devait l'être – reste à aborder la véritable question : serait-il préférable de traiter en une seule législation arbitrage « interne » et arbitrage « international » ? Inutile de rappeler que cette question ne se posait pas et ne pouvait se poser à l'époque de l'élaboration de la LDIP, pour les raisons constitutionnelles que nul juriste suisse n'ignore. Elle mérite aujourd'hui quelque réflexion, non pas du seul point de vue suisse mais sur le plan du droit comparé et, mieux, de la théorie générale.

S'attarder sur le terrain du droit comparé de l'arbitrage (terrain si utile et fructueux à d'autres points de vue) serait à notre avis d'un intérêt fort limité, aux fins de déterminer la « supériorité » intrinsèque⁴ de l'un ou l'autre des deux so-

² On en trouvera la traduction, que l'on espère correcte, comme la citation, au Bulletin ASA de 1984, N. 3, p. 168.

³ In Bulletin ASA de 1994, N. 2, p. 213-219.

⁴ V. Pierre MAYER, *Faut-il distinguer arbitrage interne et arbitrage international ?*, in Revue de l'Arbitrage 2005, N. 2, p. 361-374, N. 17, qui, à la question « Faut-il distinguer arbitrage

lutions ou systèmes, moniste ou dualiste. Est-il préférable de distinguer arbitrage interne et arbitrage international ou vaut-il mieux les assimiler ? Un coup d'oeil rapide aux législations européennes montre la diversité des solutions. Ainsi trois groupes peuvent être distingués : le premier est celui des pays disposant d'une législation spéciale pour l'arbitrage international (Suisse, France, Danemark, Irlande, Grèce). Le second est celui des pays ayant opté pour une législation unique (Pays-Bas, Allemagne, Autriche, Angleterre, Espagne, Finlande, Norvège). Enfin, un troisième groupe est celui des pays qui, tout en ayant choisi le principe d'une législation unique, ont apporté à cette dernière un certain nombre de « dérogations », par des dispositions spécifiques à l'arbitrage international, ce qui pourrait ou devrait, en théorie ou en simple logique, les rattacher plutôt au groupe ou à la famille « dualiste », dès lors que l'identité de régime n'est que partielle.

Les raisons pour lesquelles un législateur a choisi l'un de ces régimes juridiques varient, inévitablement, d'un pays à l'autre et dépendent souvent de son histoire, de ses traditions nationales, de son expérience plus ou moins grande du commerce international, voire de raisons « techniques » ou d'expériences comme l'ancienne répartition constitutionnelle suisse des compétences entre procédure et droit de fond. De même, en France, la jurisprudence a graduellement introduit un régime dualiste, pour pallier l'inadaptation à l'arbitrage international du droit interne de certaines règles rigoureuses et trop contraignantes (ainsi dans les arrêts *Hecht* de 1975, *Menucci* de 1975, *Gosset* de 1963) avant de confirmer cette approche par un Décret du 12 mai 1981⁵.

Face à ce panorama contrasté des législations sur l'arbitrage, on discerne mal *a priori* selon quel critère objectif ou juridique il nous serait permis de porter un jugement de valeur entre les pays⁶, et entre monisme et dualisme. Pourtant, il est au moins un élément qui, aux yeux de certains commentateurs, justifierait la « supériorité intrinsèque » du système moniste. Il s'agit de la difficulté de définir, et d'utiliser, de manière prévisible le ou les critères de l'internationalité propres à identifier avec sûreté ce qui est arbitrage « international », auquel va s'appliquer un régime spécifique. Or les critères varient, *de lege lata*, même entre pays voisins comme la France et la Suisse, la première ayant opté, on le sait, pour un critère matériel ou substantiel, celui de la mise en cause des « intérêts du commerce international » (formule souple voire ambiguë héritée de la jurisprudence *Matter* sur les paiements internationaux), alors que la seconde a préféré s'en tenir à une méthode « conflictualiste » et trancher dans le vif avec une formule, celle de l'article

interne et arbitrage international ? » répond, à juste titre (N. 15), « il n'est pas possible de répondre dogmatiquement, et pour l'univers entier ».

⁵ L'étude, citée *supra* note 4, de MAYER, contient un résumé de l'évolution de la jurisprudence française, tout en remettant en cause la position du droit français, jugée « extrême » (N. 7-10).

⁶ Lire à ce sujet le remarquable *Droit Comparé de l'Arbitrage international* de Jean-François POUURET et Sébastien BESSON, Bruxelles, Paris, Zurich, Bâle, Genève 2002, en particulier le chap. 1.3 *L'internationalité de l'arbitrage*, p. 23 ss.

176 alinéa 1 LDIP reconnue d'emblée comme discutable mais d'un maniement plus aisé et plus prévisible⁷.

Dans deux études récentes, notre estimé collègue genevois François PERRET a démontré, après d'autres critiques, quelques imperfections de la LDIP à cet égard. Avec raison. Mais il convient d'indiquer d'emblée, à ce stade, qu'il n'en résulte aucunement, à notre avis, un argument en faveur d'un régime moniste de l'arbitrage – la question n'étant pas, ainsi qu'on le verra, celle des critères ou des méthodes de distinction mais celle de savoir s'il est ou non souhaitable, d'un point de vue politique, social et juridique, qu'arbitrage interne et arbitrage international soient soumis à une réglementation identique.

Sur le terrain du droit international privé, dont les processualistes purs semblent avoir tendance à oublier ou minimiser les enseignements, la difficulté de définir ce qui est « international » (appelant un régime particulier) et ce qui ne l'est pas est un vieux problème, tout à fait général, qui se pose quasiment dans tous les domaines du droit et y reçoit nécessairement des solutions diverses. Personne n'en a jusqu'ici tiré argument, même en notre époque de globalisation croissante, pour soutenir qu'il faudrait abolir la distinction entre ce qui est national et « interne », et ce qui est étranger et « international ». Ainsi l'article premier de la LDIP énonce les matières que la loi régit « *en matière internationale* », sans tenter de définir de façon uniforme cette « internationalité », dont l'existence et l'intensité sont à l'évidence susceptibles selon les cas de multiples variations et nuances. En bref, dans le domaine de l'arbitrage, comme dans celui de la compétence judiciaire ou dans ceux du droit privé matériel, les auteurs, législateurs et praticiens qui sont conscients de la réalité internationale du monde contemporain ne sauraient ignorer l'expérience pluriséculaire qui a donné naissance à la science du droit international privé, lequel est fondé sur l'identification et l'importance des éléments d'extranéité de chaque donnée et voit « *son rôle augmenter et ses tâches s'accroître dans le contexte actuel de globalisation et de mondialisation* »⁸.

Il n'en reste pas moins qu'une absence de distinction – entre l'« interne » et l'« international » – offre en pratique au moins un avantage, par exemple en matière d'arbitrage. Et l'on comprend aisément que des processualistes l'appellent de leur vœu – ce d'autant plus que la « spécificité » de l'arbitrage international – sur laquelle nous avons fortement mis l'accent (avec d'éminents collègues et amis français comme Berthold GOLDMAN et Philippe FOUCHARD) – notamment pour promouvoir une législation fédérale – n'exclut nullement des analogies entre les deux institutions. Le monisme présente en effet cette « supériorité » de supprimer la question, théoriquement délicate, de la qualification. Il devient inutile de rechercher les meilleurs critères de distinction et si telle ou telle donnée de fait

⁷ V. Pierre LALIVE / Jean-François POUDRET / Claude REYMOND, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne 1989, ad 176.2.3, p. 292 ss.

⁸ Bernard DUTOIT, *Le droit international privé ou le respect de l'altérité*, Bruxelles / Genève / Zurich / Bâle et al. 2006, p. 1 ; v. aussi p. 5.

présente ou non des éléments d'extranéité suffisants, ou une internationalité d'une intensité assez grande pour justifier l'application de règles spécifiques. Cette supériorité, théoriquement incontestable, semble avoir motivé, à en croire A. J. VAN DEN BERG, le choix du législateur néerlandais d'un régime unique, dans l'idée que : « *what was good for domestic arbitration was also appropriate for international arbitration* ».

L'observation est intéressante non pas en tant qu'elle nierait la spécificité de l'arbitrage international (elle semble au contraire la reconnaître), mais en ce qu'elle prend pour modèle ou pour point de départ le régime interne néerlandais pour l'étendre ensuite à l'arbitrage international. Ce raisonnement (bon ou mauvais ?) ne saurait, selon nous, être critiqué. Il s'agit d'un simple jugement de politique législative, qu'il appartient à chaque pays de former ou d'adopter dans l'exercice de sa souveraineté (sous réserve bien sûr des traités et de la coutume internationale), et qui n'est donc ni meilleur ni pire que celui des Etats ayant, eux, préféré une législation dualiste.

Ajoutons que dans les autres pays partisans d'une législation unique (donc identique pour les « deux arbitrages », comme l'Allemagne ou l'Angleterre), il se peut que la motivation essentielle ait consisté plutôt – si l'on peut dire à l'inverse – à considérer que « *what was good for international arbitration was also appropriate for domestic arbitration* »⁹.

Et cette façon de présenter le problème nous paraît clairement préférable à la précédente, en ce qu'elle illustre mieux le choix, répétons-le politique, ouvert à chaque législateur, dès lors que l'on admet la généralisation suivante : si l'arbitrage international moderne appelle, et est caractérisé par la liberté, par la souplesse et une très large autonomie des parties, il n'en est pas nécessairement de même pour l'arbitrage interne et local, lequel constitue toujours en quelque mesure une exception au monopole de justice détenu par l'Etat et une concurrence pour le pouvoir judiciaire. Preuve en serait, s'il en était besoin, que les critères de l'arbitrabilité sont souvent, voire généralement plus stricts, plus contraignants que ce n'est le cas en matière internationale.

Un législateur national qui, pour la première fois, serait appelé à réglementer l'arbitrage – ou, mieux, les arbitrages – et placé devant le choix entre monisme et dualisme, pourrait certes opter pour le premier terme de l'alternative, à la néerlandaise. Mais il n'aurait alors, en réalité, pas le choix. On voit mal comment, à peine de méconnaître le grand libéralisme et la souplesse qui ont fait le succès de l'arbitrage international moderne – devenu le moyen ordinaire de solution des litiges du commerce international – il pourrait imposer à ce dernier les mêmes règles détaillées généralement prescrites pour l'arbitrage interne (par exemple sur le mode de constitution du tribunal arbitral, le contenu et les formes de la sentence, le déroulement de la procédure). Pourrait-il sérieusement méconnaître les conditions encore spécifiques (malgré la mondialisation et l'unification partielle du

⁹ Selon POUURET / BESSON, *op. cit.*, N. 25.

droit réalisée par exemple par la CNUDI et sa « Loi Modèle ») du commerce international, sans risquer un isolement préjudiciable à ses intérêts ?

En fait l'assimilation, chère aux partisans de la doctrine moniste, n'est concevable que dans un sens, dans la soumission de l'arbitrage interne au même régime qui est applicable à l'arbitrage international, et non pas en sens inverse. Ainsi, et seulement ainsi, à notre avis, pourrait être réalisé le « rêve unificateur » des processualistes qui, en Suisse, par perfectionnisme et dans un souci de simplification, croient pouvoir préconiser l'extension de la nouvelle loi fédérale de procédure civile à l'arbitrage international.

Dans le volume *Unification de la Procédure Civile*¹⁰, le Professeur PERRET se demandait à plusieurs reprises « *s'il était opportun de maintenir la dualité de régimes entre arbitrage interne et arbitrage international alors même que dans d'autres pays, tel l'Allemagne, cela depuis la réforme du 22 décembre 1997, l'arbitrage interne et l'arbitrage international font l'objet d'une seule et même réglementation (§ 1025 al. 2 ZPO). La question se pose d'autant plus que l'avant-projet de CPCS présente non seulement des améliorations notables au regard du concordat qu'il est appelé à remplacer, mais encore résout certaines questions laissées ouvertes par le Chapitre 12 de la LDIP* ».

Une opinion analogue est professée dans le même ouvrage par un autre éminent processualiste, le professeur Jean-François POUDRET¹¹, selon qui la dualité de régimes « *peut être à certains égards jugée rétrograde, alors qu'elle était considérée il y a une vingtaine d'années comme une solution d'avant-garde propre à promouvoir la spécificité de l'arbitrage international* ». On observera sans surprise que, selon ces deux auteurs, la sous-commission d'experts sur l'arbitrage interne, composée de processualistes, s'est montrée d'emblée convaincue de l'opportunité d'adopter une solution moniste, mais « *n'a pu que s'incliner devant la volonté bien arrêtée de l'autorité fédérale* »¹².

Encore une fois il nous paraît vain de rechercher les valeurs respectives du choix législatif moniste et du choix dualiste, ou de se demander si l'option actuelle de l'autorité fédérale est « progressiste » ou « rétrograde ». Et que plusieurs de nos voisins aient opté pour l'un ou pour l'autre nous paraît d'une pertinence limitée voire nulle, pour les raisons esquissées ci-dessus. Plus intéressantes nous semblent les considérations suivantes, qui procèdent, certes d'une autre vision que procédurale ou « processualiste », celle d'un internationaliste, familier de l'arbitrage international beaucoup plus, avouons-le, que du formalisme et des subtilités de la procédure civile¹³.

¹⁰ Rita TRIGO TRINDADE / Nicolas JEANDIN (édit.), *Unification de la procédure civile : présentation et critique de l'Avant-projet de Loi fédérale de procédure civile suisse : journée en l'honneur du Professeur François Perret*, Genève 2004.

¹¹ *Op. cit.*, p. 153.

¹² POUDRET, *loc. cit.* ; PERRET p. 152 et *passim*.

¹³ Encore que les vicissitudes des carrières universitaires nous aient amené à enseigner à nos débuts, entre autres, la procédure civile !

