

PIERRE LALIVE^{*}

L'ORDRE PUBLIC TRANSNATIONAL
ET L'ARBITRE INTERNATIONAL

Le sujet de la présente étude nous a paru convenir à l'hommage collectif rendu ici, ainsi qu'au témoignage personnel de vive estime et d'amitié, à Fausto Pocar, professeur, arbitre et juge international – aussi à l'aise, conformément à la belle tradition italienne, dans le domaine du droit des gens que dans celui du droit international privé. En effet, ce sujet concerne à la fois ces deux matières et la théorie générale du droit, tout en revêtant un intérêt pratique certain, et même croissant à une époque où l'arbitrage est devenu le mode ordinaire de solution des litiges internationaux, qu'ils soient commerciaux ou non-commerciaux, et en particulier s'agissant des rapports entre un État et des investisseurs étrangers.

Pour mieux saisir le problème et les difficultés qui peuvent se poser à l'arbitre international, il y a lieu de rappeler d'abord quelques notions à la base du droit international privé comparé, si connues soient-elles, tout en laissant de côté les controverses sur la terminologie. Après quoi on s'interrogera sur la notion d'ordre public « transnational », et sa reconnaissance grandissante dans des décisions judiciaires et arbitrales, nonobstant certaines réticences doctrinales.

Dans un rapport présenté en 1986 au Congrès de New York de l'International Council for Commercial Arbitration, nous avons émis l'idée que, dans le vaste domaine de l'arbitrage international, il était peu de sujets plus

^{*} Professeur émérite de l'Université de Genève et de l'Institut de Hautes Études Internationales, Membre de l'Institut de Droit International, Avocat au Barreau de Genève, Président d'honneur de l'Association Suisse de l'Arbitrage.

complexes et plus controversés que celui de l'existence et du contenu d'un ordre public « véritablement international » ou transnational¹.

Depuis lors, la situation a bien entendu évolué, tant dans la pratique judiciaire qu'arbitrale, et bien des articles ont été publiés à ce sujet, dont la plupart ont contribué à sa clarification, sans pourtant remettre en cause l'essentiel de notre rapport, ce que nous avons constaté avec satisfaction. Quoi qu'il en soit, il s'agit toujours d'un « sujet brûlant », comme l'a relevé un excellent rapport du professeur C. Kessedjian au Congrès de l'ICCA de 2006².

Rappelons rapidement que la notion d'ordre public constitue depuis longtemps une partie indispensable de tous les systèmes nationaux de droit et spécialement de droit international privé. Elle vise à maintenir un équilibre entre le caractère « ouvert » des règles de conflit de lois conduisant à l'application ou à la reconnaissance de lois ou de décisions étrangères et, d'autre part, la nécessité de protéger les valeurs, morales et sociales, fondamentales du pays du for. Selon une vieille décision de la Chambre des Lords, la notion de « public policy » (pratiquement équivalente à celle d'ordre public, encore que, pour des raisons tenant aux particularités du droit anglais, elle semble d'application moins fréquente), a été décrite comme s'agissant du « principle of law which holds that no subject can lawfully do that which has a tendency to be injurious to the public or against "public good" »³. On sait que, par sa nature même, le concept d'ordre public n'est pas susceptible d'une définition précise ou stable, mais est essentiellement relatif, variable et souple, à la fois dans l'espace et dans le temps. Puisqu'il s'agit d'une notion essentiellement « fonctionnelle », dont le but est de protéger la moralité et la justice fondamentales, soit le cœur même d'un système de valeurs, on a pu considérer que la question de sa définition n'était qu'un « faux problème »⁴.

En résumé, il semble exister aujourd'hui une remarquable concordance de vues, en droit international privé comparé, en ce qui concerne les caractéristiques principales de la notion d'ordre public, que ce soit dans la pratique judiciaire des États ou dans la doctrine. C'est ainsi que les effets négatifs et positifs de l'ordre public sont généralement reconnus ; d'une part son intervention doit être admise avec réserve et comme une exception au fonctionnement normal des règles de conflit et, d'autre part, l'ordre public peut avoir un effet positif en imposant l'application d'un principe fondamental du droit

¹ *Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration* ICCA Congress Series 1987 n° 3, 257 ; version française RevArb 1986, 329.

² *Transnational Public Policy* ICCA Congress Series 2006 n° 13, 857.

³ *Egerton v Earl Brownlow* [1853] IV HLC 1, 196.

⁴ P. LAGARDE *Recherches sur l'Ordre Public en droit international privé* 1958, 177.

du for. Ajoutons que c'est le résultat choquant qu'aurait la règle ou la décision étrangère, plutôt que son contenu abstrait, qui justifie l'intervention de la notion. Enfin, il suffira de rappeler que la source des règles de droit international privé demeure essentiellement nationale (quelques traités internationaux et des principes généraux de droit, comme celui de l'autonomie de la volonté, mis à part), si bien que le point de départ de toute analyse est le droit international privé du for.

Or, il est généralement admis que, à la différence du juge, l'arbitre international n'a pas de « *lex fori* » ; il n'est donc pas lié par un système particulier de conflit de lois. Il en résulte nécessairement des difficultés particulières pour l'arbitre. À quel système de droit international privé va-t-il emprunter la règle de conflit qui, au moins en l'absence d'un choix par les parties, lui permettra de déterminer la loi applicable au fond du litige ? Et à quel ordre public va-t-il pouvoir ou devoir recourir le cas échéant ? Serait-ce celui du « siège » de l'arbitrage (dont on sait bien qu'il est souvent choisi, en définitive, pour sa totale absence de lien avec le litige ou avec les parties) ? Serait-ce plutôt l'ordre public de la « *lex causae* » ou du pays du lieu, ou d'un des lieux, de l'exécution de la future décision ? Aucune de ces « solutions » ou prétendues telles ne paraît vraiment satisfaisante, au moins lorsque le litige présente un caractère international d'un *minimum* d'intensité. Comme l'a remarqué C. Kessedjian : « We are all familiar with the weaknesses of the conflict analysis. One of the ways to fight against these weaknesses is to allow room for the concept of transnational public policy ».

L'idée d'une « familiarité » de tous les juristes, et de tous les praticiens de l'arbitrage, avec les mécanismes et les faiblesses du conflit des lois ne manque pas d'optimisme. Certes, la majorité des praticiens et des commentateurs nous paraissent accepter aujourd'hui l'idée d'un ordre public transnational. Il reste pourtant que certains en contestent l'existence ou tout au moins l'importance. C'est le cas notamment de quelques internationalistes de droit public, parfois éminents dans leur domaine mais, peut-être, manquant d'expérience pratique de l'arbitrage international. Quoi qu'il en soit, le rapport Kessedjian, déjà mentionné, nous semble fournir une réfutation convaincante de ces vues minoritaires.

On en trouvera une autre réfutation, avec une analyse approfondie du sujet, dans le remarquable cours donné à l'Académie de Droit International de La Haye par E. Gaillard, professeur et praticien bien connu et particulièrement expérimenté, sous le titre « Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international »⁵. L'ouvrage contient une synthèse fort claire des

⁵ RCADI t. 329 2007, 49-216, et dans *Les Livres de Poche de l'Académie* n° 1 2008.

principales conceptions doctrinales existant au sujet de l'arbitrage international et de leurs diverses conséquences pratiques. Aussi souhaiterait-on que tous les praticiens de l'arbitrage le lisent, qui sont trop souvent peu familiers du droit international privé comme du droit international public.

Selon Gaillard, il convient de distinguer trois « représentations » générales de l'arbitrage international. La première est « territorialiste » et assimile l'arbitre international au juge du « siège de l'arbitrage ». Cette approche, fondée sur un seul critère de rattachement, a été illustrée notamment par le rapport de G. Sauser-Hall à la Session d'Amsterdam de l'Institut de Droit International en 1952⁶ et, en 1967, par F.A. Mann dans un article sur la « *lex arbitri* »⁷. Une seconde représentation est fondée sur la pluralité des localisations ou ordres juridiques étatiques connaissant le phénomène arbitral. Et l'Auteur de la baptiser de représentation « westphalienne », par analogie avec l'idée, consacrée par la paix de Westphalie en 1648, d'un ordre juridique mondial consistant dans la juxtaposition de pouvoirs souverains, à l'exclusion de toute supranationalité. Enfin, une troisième approche est « transnationale », en ce sens qu'elle accepte l'idée que le caractère juridique de l'arbitrage puisse être fondé, non pas sur un droit étatique (celui du siège ou d'un autre pays) ni sur le droit international public, mais sur une source tierce, que l'Auteur appelle *l'ordre juridique arbitral*.

Un des intérêts de ce cours sur les aspects philosophiques est qu'il expose, avec autant d'objectivité que de clarté, la diversité des conséquences pratiques découlant de l'une ou l'autre de ces trois « représentations » pour des problèmes comme les limites de la liberté des arbitres ou des parties, le choix du droit régissant la procédure ou le fond du litige, les questions de compétence, d'arbitrabilité, de reconnaissance ou d'annulation des sentences arbitrales, *etc.*

Pour notre part, la lecture de cet ouvrage nous a fait penser que, en tant que praticien de l'arbitrage, nous avons jusqu'ici, à l'instar du Bourgeois Gentilhomme de Molière qui faisait de la prose sans le savoir, combiné généralement, et sans trop philosopher, l'approche « westphalienne » et l'approche « transnationale », plutôt que de nous accrocher à une vision étroitement processualiste fondée sur le droit du siège de l'arbitrage. On verra plus loin que cette dernière conception, procédurale ou conflictualiste, chère à notre Maître G. Sauser-Hall et approuvée en 1952 par l'Institut de Droit International, a été clairement rejetée par la suite par le même Institut, dont fait partie le professeur Fausto Pocar, destinataire du présent hommage.

⁶ AnnIDI 1957 II, 394-472 et 479-496.

⁷ F.A. MANN *Lex Facit Arbitrum* dans *Liber Amicorum Martin Domke* 1967, 157.

Depuis la présentation de notre rapport de 1986 sur l'ordre public transnational ou « véritablement international », les juges de divers pays, de nombreux arbitres internationaux et commentateurs ont admis l'existence de règles transnationales et le rôle d'un ordre public transnational dans l'arbitrage international. Bornons-nous à illustrer cette évolution par quelques exemples ; en commençant par les décisions judiciaires.

Le 31 mars 2003, la Cour d'Appel de Québec, dans l'affaire *Air France v Libyan Arab Airlines*⁸, a jugé que la Résolution 883 du Conseil de Sécurité (interdisant aux États d'admettre les réclamations de parties libyennes) appartenait à « l'ordre public transnational ». Une illustration notable est la décision de la Chambre des Lords dans le cas *Kuwait Airways Corporation v Iraqi Airways Company*, du 16 mai 2002 concernant une autre Résolution du Conseil de Sécurité de l'ONU⁹. Après avoir déclaré que la justice anglaise violerait l'ordre public interne si elle adoptait une position contraire aux obligations de la Grande-Bretagne selon la Charte des Nations-Unies et les Résolutions du Conseil de Sécurité, la décision poursuit en précisant que cette conclusion : « does not reflect an insular approach... [and] does not stand alone. In recent years... principles of international public policy (*l'ordre public véritablement international*) have been developed in relation to subjects such as traffic in drugs, traffic in weapons, terrorism, and so forth... Similarly, there may be an international public policy requiring States to respect human rights... The public policy condemning Iraq's flagrant breaches of public international law is yet another illustration of such a *truly international public policy in action* ».

L'émergence graduelle d'un concept d'ordre public « transnational », donc distinct de la notion traditionnelle de l'ordre public « international » (par son but mais national par sa source) peut être illustrée aussi par l'évolution de la jurisprudence du Tribunal Fédéral Suisse. Dans un arrêt (tristement fameux) de 1976¹⁰, il montrait son incompréhension et son scepticisme à l'égard de la conception transnationale. En 1994, en revanche, dans la célèbre affaire *Westland*¹¹, la Cour suprême suisse soulignait la distinction à faire entre l'effet traditionnel et négatif de l'ordre public, comme une « clause d'incompatibilité » et, d'autre part, un ordre public universel avec lequel une sentence arbitrale serait incompatible si elle était contraire aux principes

⁸ V. de larges extraits dans BullASA 2003, 630-661 note PH. PINSOLLE.

⁹ [2002] 2 AC 882 ; [2002] UKHL 19, § 15 per Lord Steyn.

¹⁰ Arrêt 5.5.1976, *Société des grands travaux de Marseille c République populaire du Bangladesh*, ATF 102 1a, 574 ; voir P. LALIVE *Arbitrage international et Ordre public suisse. Une surprenante décision du Tribunal fédéral* ZSR 1978 II, 529-551.

¹¹ Arrêt 19.4.1994, *Émirats arabes et consorts c Westland Helicopters*, ATF 120 II, 155.

juridiques et moraux fondamentaux reconnus dans les États civilisés. Ainsi, l'ordre public international à prendre en considération n'était ni celui du siège suisse ni celui de la « *lex causae* », mais il était universel, indépendamment du droit applicable. De même, dans l'affaire *Beverly Overseas S.A. c Privredna Banka Zagreb*, de 2001, la Cour civile a décidé qu'un contrat international régi par le droit suisse et violant un *embargo* des Nations-Unies pouvait être incompatible avec les « bonnes mœurs » mais que, quoi qu'il en soit, des considérations d'ordre public universel, résultant des Résolutions du Conseil de Sécurité, devaient être prises en compte *en sus* de l'ordre public international suisse¹². On notera que la distinction revêt une importance pratique puisque la jurisprudence traditionnelle a généralement posé comme condition d'un recours à l'« exception » d'ordre public suisse l'existence d'un lien suffisant avec le territoire suisse, condition dite de la « *Binnenbeziehung* »¹³.

Enfin, il est significatif que, dans un arrêt *Larpin*¹⁴, relatif à la restitution d'un tableau volé à l'étranger, le Tribunal Fédéral n'ait pas hésité à se référer à la Convention de l'UNESCO de 1970 et à la Convention de UNIDROIT de 1995, conventions internationales non ratifiées par la Suisse et donc non en vigueur. Il mentionne leurs normes, qui « relèvent d'une commune inspiration [et] constituent autant d'expressions d'un ordre public international en vigueur ou en formation ». Cette position s'inscrit parfaitement dans la ligne tracée, en matière de biens culturels, en 1982, par la Cour suprême allemande¹⁵ et, peu avant, la même année, par le Tribunal de Turin dans l'affaire *Ecuador c Danusso*¹⁶.

Divers autres arrêts, par exemple en français et italien, pourraient être cités qui expriment eux aussi le souci de prendre en compte des principes de justice universels, considérés par l'opinion comme ayant une valeur internationale absolue, ou comme étant communs au souci de plusieurs nations de protéger un *minimum* de valeurs juridiques et morales.

Venons-en aux reconnaissances arbitrales d'un ordre public transnational. Malgré la confidentialité de l'arbitrage et l'impossibilité en résultant d'avoir une vue tant soit peu complète de la « jurisprudence » arbitrale, il est indiscutable que de nombreux arbitres recourent le cas échéant, et semble-t-il de plus en plus, à d'autres sources qu'étatiques (sinon à titre exclusif du

¹² Arrêt 28.3.2001 4 C.172/2000, BullASA 2001, 807.

¹³ Ou dans la terminologie allemande « *Inlandsberührung* ».

¹⁴ Arrêt 1.4.1997 1 A.413/1996, cons. 7c.

¹⁵ Arrêt 22.6.1982, BGHZ 59, 82 ; cf. O. SANDROCK dans P. LALIVE (éd.) *La Vente internationale d'Œuvres d'Art* 1985, 457, spéc. 473.

¹⁶ Arrêt 25.3.1982, *Republic of Ecuador c Danusso, Matta e.a.*, RDIPP 1982, 625 ; cf. R. LUZZATTO dans P. LALIVE (éd.) *supra* nt 15, 409, spéc. 417.

moins pour renforcer leurs références « nationales ») et, comme l'a noté avec raison C. Kessedjian : « Que l'on désigne ces normes de termes comme la "*lex mercatoria*" ou qu'on leur donne un autre nom, ou qu'on s'abstienne de les nommer, ne change rien à la nature de cette approche ».

C'est ainsi que, dans une sentence CCI du 15 mars 1972, statuant à Genève comme arbitre unique, dans un litige né d'un conflit armé entre l'Inde et le Pakistan, nous parvenons à la conclusion que l'arbitre siégeant en pays neutre et agissant en application des règles de l'arbitrage CCI, n'était nullement obligé de tenir compte de l'ordre public international d'une des parties en cause mais avait seulement l'obligation de respecter l'ordre public *réellement international*¹⁷.

De même, l'arbitre unique, dans une affaire CCI n° 3913¹⁸, prononça la nullité du contrat obtenu par le paiement de commissions illicites, jugeant que « Cette solution n'est pas seulement conforme à l'ordre public français interne, elle résulte également de la conception de l'ordre public international tel que la plupart des nations le reconnaît. Si de telles pratiques ont pu être constatées dans certains pays, il est patent, néanmoins, que la communauté internationale des affaires et la plupart des gouvernements s'opposent à toute pratique corruptive »¹⁹.

Par ailleurs, dans une autre affaire CCI (n° 8891), il fut décidé que « un contrat incitant ou favorisant la corruption des fonctionnaires est contraire à l'ordre public transnational et que, si tel s'avérait être l'objet d'un contrat de consultance, il [le Tribunal arbitral] n'a d'autre option que d'en constater la nullité » ; la même décision constate la contrariété du contrat (ayant pour objet « l'exercice d'un trafic d'influence par le versement de pots de vin ») avec « l'ordre public international français ainsi qu'à l'éthique des affaires internationales telle que conçue par la plus grande partie des États de la communauté internationale ».

Le fait ou, mieux, la règle selon laquelle la corruption, s'agissant de fonctionnaires ou autres représentants d'un État, viole l'ordre public transnational, a été confirmée naguère, en termes aussi fermes que clairs, par un Tribunal arbitral du CIRDI (présidé par le Judge Guillaume, Ancien Président de la Cour Internationale de Justice et Membre de l'Institut de Droit International) dans l'affaire *World Duty Free Company Limited v Kenya*. Après une analyse approfondie des conventions internationales et des arrêts des

¹⁷ ICC Award n° 1664, 15.3.1972, cité par J. LEW *Applicable Law in International Commercial Arbitration* 1978, 545-548.

¹⁸ JDI 1985, 989.

¹⁹ V. A. SAYED *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration* 2004.

Tribunaux étatiques, ainsi que de la pratique arbitrale, le Tribunal arbitral poursuit : « In light of domestic laws and international conventions relating to corruption, and in light of the decisions taken in this matter by courts and arbitral tribunals, this Tribunal is convinced that bribery is contrary to international public policy of most, if not all, States or, to use another formula, to transnational public policy »²⁰.

Les exemples qui précèdent devraient suffire à établir que l'interdiction de la corruption de fonctionnaires ou autres représentants d'États constitue bien une règle transnationale, et un élément de l'ordre public transnational auxquels les arbitres *doivent* donner effet dans les procédures arbitrales, y compris dans le cadre du système CIRDI. L'exemple de la corruption n'est pas seulement indiscutable ; il a en outre l'intérêt de montrer, comme l'a observé E. Gaillard²¹, que « la méthode de l'ordre public transnational ne se limite pas nécessairement à la constatation de certains principes d'une extrême généralité » mais « montre que la communauté internationale a développé, en la matière, des règles précises susceptibles d'être appliquées par les arbitres au titre de l'ordre public transnational ».

La doctrine contemporaine nous paraît pour sa part reconnaître dans sa très grande majorité l'existence et l'importance de cet ordre public. Face aux décisions judiciaires et arbitrales dont nous venons de citer quelques exemples, les Auteurs devraient avoir quelques difficultés, on le conçoit, à fermer les yeux sur la réalité du phénomène.

Il n'est pourtant pas inutile, croyons-nous, de jeter un coup d'œil sur les principales objections des détracteurs de cette méthode, comme on en trouve notamment chez des juristes pourtant éminents, internationalistes conservateurs ou, en droit international privé, prisonniers de conceptions étroitement processualistes ou « conflictualistes ». Auparavant, on se doit de mentionner au moins le nom et l'influence des grands précurseurs que furent B. Goldman (le « père » de la « *lex mercatoria* »), B. Oppetit, ou encore R. David, pour la doctrine française, et C. Schmitthoff, pour l'Angleterre.

Une première objection a consisté à souligner l'« imprécision » de la notion d'ordre public transnational et son « almost unlimited and protean potential »²². Cette critique facile, bien connue des internationalistes de droit privé, est aisée à réfuter. Elle a été faite depuis bien des décennies à l'égard de l'ordre public interne comme de l'ordre public classique des conflits de

²⁰ ICSID, 25.9.2006 case ARB/00/7, § 157.

²¹ Cf. E. GAILLARD *supra* nt 5 (II), 183-184 n° 120.

²² W.M. REISMAN *Law, International Public Policy (So-called) and Arbitral Choice in International Commercial Arbitration* ICCA Congress Series 2006 n° 13, 849, spéc. 854.

lois, considéré comme un « caméléon »²³ ou comme un « *unruly horse* », entre autres épithètes peu flatteuses.

Une critique voisine a été faite par des opposants à la « *lex mercatoria* », ainsi que par certains spécialistes du droit des gens, pour qui la source transnationale était « incomplète » et ne pouvait constituer un « système juridique », et encore moins un « tiers ordre juridique ». Une première réponse consiste à relever que les praticiens de l'arbitrage commercial international, dans leur immense majorité, ne se soucient nullement de ce « problème ». En outre, le juriste et philosophe danois A. Ross a démontré qu'aucun droit, notamment le droit interne, n'est jamais « complet », et M. Virally a clarifié de façon définitive cette controverse doctrinale en montrant que rien ne s'opposait théoriquement à l'existence d'un ordre juridique tiers, entre les droits internes et le droit international public classique²⁴. On sait aussi que la critique à l'égard d'un ordre juridique transnational (comme de l'ordre public transnational) est fondée sur le postulat selon lequel il devrait contenir une liste complète et précise de règles²⁵. Une critique analogue a visé la notion et l'utilité des « principes généraux de droit » reconnus par les nations civilisées, ou encore la notion de « *jus cogens* » en droit international public, et elle est tout aussi peu convaincante.

De manière analogue, certains se refusent à admettre que le *consensus* des États puisse ici fonder la notion d'ordre public transnational dès lors que, à leur avis, ce consentement ou cette approbation ne serait jamais « unanime ». L'objection mérite que l'on s'y arrête un instant bien qu'elle relève, sur le plan théorique, du sophisme à notre avis, et n'ait aucune justification pratique, comme suffit à le montrer du reste le seul exemple de la corruption. L'objection a été parfaitement réfutée par E. Gaillard, dans son Cours précité, au sujet de ce qu'il appelle « l'ajout artificiel d'une condition d'unanimité pour qu'une règle puisse être qualifiée de règle transnationale ou de principe général de droit »²⁶.

²³ E.g. B. DUTOIT dans B. DUTOIT, J. HOFSTETTER, P. PIOTET (éd.) *Mélanges Guy Flattet : recueil de travaux offerts à M. Guy Flattet* 1985, 475 et seq.

²⁴ M. VIRALLY *Un Tiers Droit ? Réflexions théoriques* dans PH. FOUCHARD (éd.) *Le droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman* 1982, 373. Pour une analyse théorique et pratique approfondie, v. par ex. F. MARRELLA *La Nuova Lex Mercatoria* 2003, avec de nombreuses références à l'abondante doctrine sur le sujet. Voir en particulier ch. 2, 789 et seq, sur l'arbitrage et l'éthique des affaires, et 801 et seq, sur la théorie de l'ordre public transnational.

²⁵ Cf. E. GAILLARD *supra* nt 5, 183-184.

²⁶ E. GAILLARD *supra* nt 5, 118 et seq n° 54. L'Auteur critique notamment (nt 328) P. MAYER *La Règle morale dans l'arbitrage international* dans *Études offertes à Pierre Bellet* 1991,

