

## L'extension de l'arbitrabilité dans l'arbitrage commercial international



**Tatiana Goloubtchikova- Ernst**

[tge@weissbergavocats.com](mailto:tge@weissbergavocats.com)

L'analyse comparative des systèmes démontre que la notion de l'arbitrabilité et son équivalent anglais *arbitrability*<sup>1</sup> sont aujourd'hui consacrés par la majorité des systèmes juridiques pratiquant l'arbitrage.<sup>2</sup> Selon son acception objective elle signifie la capacité d'une matière d'être réglée par voie d'arbitrage et constitue une condition légale de la validité de la clause d'arbitrage et partant, de la compétence des arbitres. En droit américain et en droit chinois, l'arbitrabilité est entendue dans un sens plus large qu'en droit français et suisse. Elle inclut également la portée matérielle de la clause d'arbitrage telle que délimitée par les parties.<sup>3</sup> Ainsi pour qu'une matière soit qualifiée d'arbitrable au regard de ces deux systèmes, il faut qu'une matière soit non seulement conforme aux dispositions légales d'arbitrabilité mais aussi à la volonté des parties de soumettre cette question à la compétence des arbitres.

Or, presque aucun instrument international ne pose de critère clair quant à son contenu ni ne précise son régime juridique. Par conséquent, la question de l'arbitrabilité sera traitée *de facto* par les états. Ce qui explique l'intérêt et l'importance d'étudier les systèmes législatifs nationaux ( $\alpha$ ). Cependant, malgré la multitude de critères, la pratique des

---

<sup>1</sup> Le droit suisse, français, chinois et le droit des Etats-Unis usent du même terme. En Angleterre, cette notion existe également mais on y parle plus fréquemment de «matters capable of settlement by arbitration», Sec. 81 (1) (a) of the Arbitration Act (1996).

<sup>2</sup> Level P., *L'arbitrabilité*, Rev. arb., 1994, p. 213. Cet auteur préfère parler de la restriction à la liberté contractuelle des parties et à la compétence des arbitres plutôt que de l'arbitrabilité ou de non-arbitrabilité.

<sup>3</sup> Poudret/Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, 2<sup>nd</sup> ed., Sweet & Maxwell, London 2007, p. 281, § 326; Fouchard/Gaillard/Goldman, *Traité sur l'arbitrage commercial international*, p. 328, § 532 ss.; Graig /Park/Paulsson, *ICC*, 3<sup>rd</sup> ed., Oceania Publishing, Paris 2000, p. 60; Jingzhou T., *Arbitration Law and Practice in China*, Wolters Kluwer, The Hague 2008, p. 59; Denhua H., *Arbitrability in China, US- China Law Review*, 3 (4) 2006, p. 45.

tribunaux démontre une tendance à l'extension généralisée de l'arbitrabilité aux domaines jadis réservés exclusivement aux juridictions étatiques. De sorte que l'idée de la consécration de l'arbitrabilité universelle sort du champ d'une pure hypothèse ( $\beta$ ).

*a. L'absence de critère unique applicable à la notion*

La question de l'arbitrabilité est en effet restée indécise dans les conventions internationales portant sur l'arbitrage commercial international. Ainsi *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* ne contient aucune définition de l'arbitrabilité.<sup>4</sup> Bien au contraire, l'article 1 (5) dispose que la convention n'entend pas affecter les lois nationales des Etats en vertu desquelles une matière ne serait pas arbitrable. La plus importante des conventions internationale à ce jour, la Convention de New-York du 10 juin de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère, n'aborde la problématique de l'arbitrabilité que sous l'angle de la loi du for dans lequel la reconnaissance et/ou l'exécution de la sentence sont demandées et oblige les états de reconnaître une convention d'arbitrage « *portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage.* »<sup>5</sup> La Convention européenne sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961 reprend la même référence aux droits nationaux et l'étend expressément à l'exception d'arbitrage.<sup>6</sup>

Le droit français a adopté le critère d'ordre public international en la matière.<sup>7</sup> Ce critère ne s'applique qu'en matière d'arbitrage international à la différence de l'arbitrage interne qui est soumis à la condition de libre disposition des droits cumulée avec un critère

---

<sup>4</sup> UNICITRAL Model Law on International Commercial Arbitration de 1985 (modifiée en 2006) est une loi modèle élaborée à l'intention des Etats en vu de modernisation et de promotion de l'arbitrage en tant que mode de règlement des litiges commerciaux internationaux.

<sup>5</sup> En réalité, les deux articles de la Convention touchent à la question de l'arbitrabilité de manière tangentielle. A ce titre, l'art. II (1) de la Convention de New-York oblige les états de reconnaître la convention d'arbitrage portant sur « *une question pouvant être réglée par voie d'arbitrage* ». Il s'agit donc de la condition de la validité de la convention d'arbitrage. Alors que l'article V (2) (a) de la Convention dispose que « *la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance ou l'exécution sont requises constate :*

a. *Que, d'après la loi de ce pays, l'objet du litige ne peut pas être réglé par voie d'arbitrage ;* »

<sup>6</sup> Art. VI (2) (c) dernière phrase permet au juge de ne pas reconnaître une sentence arbitrale si, à défaut de la loi applicable à la convention d'arbitrage, le litige n'est pas arbitrable selon la loi du for.

<sup>7</sup> Il en est ainsi au Québec (art. 2639 CC du Québec), en Algérie (art. 1 du décret législatif sur l'arbitrage du 25 avril 1993), au Maroc (art. 527 du CPC du Maroc), en Tunisie (art. 7 du code de l'arbitrage), en Lybie (art. 740 du CPC), en Egypte (art. 11 de la loi sur l'arbitrage de 1994), au Danemark (art. 1020 al. 3, *Dutch Arbitration Act* de 1986), en Espagne (art. 1 de la loi de l'arbitrage espagnole), au Japon (art. 786 du CPC japonais). Cf. Hanotiau, *op. cit.*, p.97.

d'ordre public.<sup>8</sup> La distinction entre l'arbitrage interne et internationale est une conséquence de la règle d'autonomie de la clause d'arbitrage telle qu'interprétée par la jurisprudence française. L'arbitrabilité des litiges internationaux dépend donc des seules limites tracées par la conception française de l'ordre public international.<sup>9</sup> D'après la Cour d'appel de Paris l'inarbitrabilité est désormais limitée aux cas qui « *intéressent au plus près l'ordre public international* » c'est à dire des matières qui ne « *doi[vent] en aucun cas échapper à la juridiction étatique* ». <sup>10</sup> Le droit pénal et la capacité des personnes en seraient un bon exemple. Notons que même si la réserve d'ordre public international paraît être plus libérale que la libre disposition des droits, elle peut toutefois créer un climat d'incertitude juridique vu sa nature « *éminemment évolutive* ». <sup>11</sup> Cette référence à l'ordre public est parfois regrettée par la doctrine favorable à l'arbitrage international. <sup>12</sup>

A la différence du droit français, les droits suisse et américain sont souvent loués d'avoir adopté un critère clair et univoque d'arbitrabilité. En Suisse cette question est définie selon un critère matériel. La disposition 177 al. 1 de la loi suisse sur le droit international privé du 18 décembre 1987 prévoit que « *toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage* ». <sup>13</sup> La nature patrimoniale de la cause est une notion large et porte sur « *toutes les prétentions qui ont une valeur pécuniaire pour les parties à titre d'actif ou de passif, autrement dit, les droits qui présentent, pour l'une au moins de celles-ci, un intérêt pouvant être apprécié en argent.* » <sup>14</sup> De plus, le Tribunal fédéral a précisé que ladite disposition opère en tant que règle matérielle de droit international privé et s'applique « *sans égard aux dispositions peut-être plus strictes de la lex causae ou de la loi nationale*

---

<sup>8</sup> Art. 2059 et 2060 du CCfr ne s'appliquent désormais qu'à l'arbitrage interne. Cette distinction est un fruit de l'évolution jurisprudentielle qui, après avoir constaté le caractère inapproprié des critères de disponibilité et d'ordre public aux affaires du commerce international, est passée au critère plus général d'ordre public international. Cf. Fouchard/Gaillard/Goldman, *op. cit.*, p. 345, § 560 ss. ; Hanotiau, *op. cit.*, p. 101.

<sup>9</sup> Arrêt *Ganz* rendu par la Cour d'appel de Paris le 29 mars 1991, Rev. Arb. 1991, p. 478, note Idot. Dans le même sens, l'arrêt *Labinal* de la Cour d'appel de Paris du 19 mai 1993, Rev. Arb., 1993, p. 645. Cf. Fouchard/Gaillard/Goldman, *op. cit.*, p. 352, § 566.

<sup>10</sup> Cette précision sur le critère d'ordre public international a été apportée par M. Ancel J.-P., ancien président de la première chambre supplémentaire de la Cour d'appel de Paris après la publication de l'arrêt *Ganz*, citée par Racine J. B., *op. cit.*, p. 36.

<sup>11</sup> Ancel, *ibid.*

<sup>12</sup> Hanotiau, *op. cit.*, p. 97.

<sup>13</sup> A l'exemple du droit suisse, le critère de patrimonialité a été également adopté en Allemagne. Cf. § 1030 du nouveau code de procédure civile du 22 décembre 1997.

<sup>14</sup> ATF 118 II 353, c. 3 b). Cf. Poudret/Besson, *op. cit.*, p. 284, § 332.

*des parties* ». <sup>15</sup> Ainsi l'arbitrabilité d'une matière en Suisse sera examinée au regard de la loi du siège de l'arbitrage uniquement.

Le droit des Etats-Unis dispose lui aussi de la loi sur l'arbitrage qui s'applique dans les litiges interétatiques et internationaux. Hormis ces deux hypothèses, chaque état de l'Union est compétent pour adopter sa propre loi sur l'arbitrage interne. Au sens du *Federal Arbitration Act* de 1925<sup>16</sup> la clause d'arbitrage a le même effet qu'un contrat qui « *shall be valid, irrevocable and enforceable save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract* ». <sup>17</sup> La notion de l'arbitrabilité n'est pas définie par le FAA, et c'est donc une création jurisprudentielle des tribunaux des Etats-Unis. L'étendue de celle-ci est plus large qu'en droit continental et englobe, comme nous l'avons déjà évoqué, les matières couvertes par la convention d'arbitrage. Elle s'apprécie donc en deux temps. Premièrement, l'arbitrabilité signifie l'accord des parties de soumettre à l'arbitrage tel ou tel objet. Deuxièmement, elle signifie que la matière peut être réglée par voie d'arbitrage au vu des restrictions légales existantes. <sup>18</sup> Néanmoins, la jurisprudence de la Cour Suprême a largement étendu le domaine de l'arbitrabilité et a pris une attitude claire en faveur de l'arbitrage. <sup>19</sup> C'est pourquoi l'arbitrabilité sera refusée uniquement s'il existe un intérêt substantiel exprimé dans une loi fédérale. Le libéralisme en la matière est toutefois tempéré par la *second-look doctrine* développée par la Cour suprême dans *Mitsubishi v. Soler*. Selon cette jurisprudence tous les litiges sont *a priori* arbitrables, le juge américain étant habilité à revoir la cause au stade d'exécution. <sup>20</sup>

A l'instar du droit américain, la notion de l'arbitrabilité en droit chinois comprend également la portée matérielle de la clause d'arbitrage. Cependant, eu égard à l'adhésion de la Chine en 1986 à la Convention de New York, la question de l'arbitrabilité sera,

---

<sup>15</sup> ATF 118 II 193, c. 5 c aa). Cf. Poudret/Besson, *op. cit.*, p. 285, § 333.

<sup>16</sup> FAA a été codifié sous chapitre 9 de U.S.C., §1- 208 (1988).

<sup>17</sup> 9 U.S.C. § 2 (1988).

<sup>18</sup> Graig /Park/Paulsson, *op. cit.*, p. 60; Poudret/Besson, *op. cit.*, p. 282, § 326. Cf. aussi Hanotiau, *op. cit.*, p. 245.

<sup>19</sup> *Moses H. Cone Memorial Hosp. v. Mercury Constr. Corp.*, 460 US 1 at 24-25 (1983); *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 US 506 (1974); *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 US 614 (1985) cités in McLaughlin: *Arbitrability: Current Trends in the United States*, Arb. L. Rev, 1996, pp.906 ss.

<sup>20</sup> Dans *Mitsubishi v. Soler* précité, à la page 614 la Cour Suprême a précisé notamment : « *Having permitted the arbitration to go forward, the national courts of the United States will have the opportunity at the award enforcement stage to ensure that the legitimate interest in the enforcement of antitrust laws has been addressed.* » Cf. Redfern/Hunter, *op. cit.*, p. 600, §§ 10-41 ss.

rappelons-le, décidée en vertu des dispositions internes d'un état.<sup>21</sup> Ainsi selon l'art. 2 de la loi chinoise sur l'arbitrage du 31 août 1994, sont arbitrables les différends contractuels et non contractuels existant entre les sujets égaux tels que les citoyens, personnes morales, et autres entités. Cependant l'article 3 de la même loi prévoit que les litiges portant sur le mariage, l'adoption, la tutelle, la responsabilité parentale et les différends administratifs sont exclus de l'arbitrage. Ainsi le droit chinois semble soustraire à l'arbitrage les matières indisponibles de nature extrapatrimoniale.<sup>22</sup> Il est également le seul parmi les quatre systèmes de cette étude qui interdit expressément l'arbitrage pour les litiges impliquant les autorités administratives. Il faut noter en outre que le droit chinois ne se réfère nulle part à la réserve d'ordre public en tant que critère de l'arbitrabilité.<sup>23</sup>

A titre de comparaison, la loi russe sur l'arbitrage adopte une approche positive quant à la définition de l'arbitrabilité en désignant comme arbitrables toutes les matières de nature contractuelle et plus généralement celles qui relèvent du droit civil sous réserve des lois qui l'excluent expressément.<sup>24</sup> Une telle définition est regrettable dans la mesure où les restrictions à l'arbitrabilité d'un litige peuvent être contenues dans d'autres dispositions législatives ce qui étend, du moins potentiellement, le champ de l'arbitrable. D'autres droits ont préféré le critère de disponibilité des droits. Il en est ainsi en droit belge et italien et en droit français mais uniquement dans l'arbitrage interne.<sup>25</sup>

L'étude des critères définissant les matières arbitrables du point de vue des lois nationales des états amène logiquement à l'interrogation sur la loi applicable à l'arbitrabilité dans le contexte d'arbitrage international qui implique plusieurs ordres juridiques à la fois. Et

---

<sup>21</sup> II (1) dernière phrase et V (2) (a) de la Convention de New York.

<sup>22</sup> Jinghzou, p.45; Yang C., *Validité de la convention d'arbitrage dans le commerce international*, thèse de doctorat en droit comparé entre le droit français et le droit chinois, Panthéon-Assas (Paris 2) 2007, p. 77.

<sup>23</sup> A ce titre, il est tout à fait remarquable que les deux thèses de doctorat en droit de l'arbitrage en Chine ici présentées s'accordent à dire que l'ordre public comme motif de non exécution d'une sentence étrangère en Chine n'a jamais encore été invoqué avec succès. Yang, *op. cit.*, p. 56 et Wunschheim C. von, *Enforcement of Commercial Arbitration Awards in China*, Thèse de doctorat en droit de l'Université de Fribourg (Suisse), 2010, p. 273 § 8 :45.

<sup>24</sup> Art. 1 al. 2 et al. 4 de la loi de la Fédération de Russie sur l'arbitrage commercial international du 7 juillet 1994. Cf. Söderlund Ch., *A Comparative Overview of Arbitration Laws : The Swedish Arbitration Act of 1999, The English Arbitration Act of 1996 and The Russian Federal Arbitration Law of 1994*, Arb Int'l 20 (1) 2004, p. 75.

<sup>25</sup> Art. 1676 CJB, art. 806 CPCI, et art. 2059 CCfr.

comme la question de la loi applicable se posera aux stades différents de la procédure - avant la constitution du tribunal arbitral, au cours de l'instance et au stade post-arbitral - les parties et les arbitres tout comme les juges en sont donc également concernés. Par qui la loi applicable doit-elle être décidée ? De plus, s'agissant des arbitres, sont-ils tenus par les prescriptions légales étant donné que l'arbitre n'a pas de for ? En effet, la Convention de New York s'adresse aux juridictions nationales et non pas aux arbitres, ces derniers doivent-ils s'en sentir néanmoins liés? Comme l'a remarqué un éminent spécialiste de l'arbitrage international M. E. Gaillard, la réponse dépendra inévitablement de la représentation que se fait l'arbitre de son investiture.<sup>26</sup> Ainsi à supposer qu'un ordre arbitral transnational existe, l'arbitre ne serait tenu par d'autres règles que celles qui relèvent de l'ordre public véritablement international. Notons que même si la tentative d'élaborer un ordre juridique qui ne serait propre qu'à l'arbitrage international détaché de toute loi nationale peut paraître intellectuellement séduisante elle manque d'assise réaliste. En effet, à l'état actuel du droit international en la matière, une sentence arbitrale est toujours susceptible d'être sanctionnée au stade de son intégration dans un ordre juridique donné que ce soit sur le fondement de l'inarbitrabilité ou sur la base de violation de l'ordre public d'un état.<sup>27</sup> Par conséquent, l'arbitre soucieux de l'effectivité de sa sentence portera nécessairement un regard attentif sur les normes législatives pertinentes.<sup>28</sup>

Quoi qu'il en soit, comme l'ont bien exprimé les auteurs : "*Considering the multiplicity of the laws that may define arbitrability, one can make only general comments with respect to the categories that give rise to difficulties. [...] there is no substitute to the specific potential applicable national law.*"<sup>29</sup> Il n'est donc pas possible de considérer que toutes les hypothèses dans lesquelles cette problématique complexe se présente puissent recevoir une réponse incontestable et univoque. Notons qu'une partie de la pensée doctrinale semble définir l'arbitrabilité du point de vu de la *lex loci arbitrii* alors que d'autres

---

<sup>26</sup> Gaillard E., *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston 2008. Cf. aussi Fouchard/Gaillard/Goldman, *op. cit.*, p. 363, § 580.

<sup>27</sup> V (2) (a-b) Convention de New York de 1958.

<sup>28</sup> La nécessité de tenir compte des lois nationales applicables à l'arbitrabilité est notamment soutenue par : Redfern/Hunter, *op. cit.*, p. 124, § 2.115 ; Lew/Mistelis/Kröll, *op. cit.*, §§ 9-16 ss. Pour une étude approfondie sur la loi applicable à l'arbitrabilité cf. Arfazadeh H., *Arbitrability under the New York Convention : The Lex Fori Revisited*, *Arb. Int'l* 17 (2001), pp. 73 ss. Le courant opposé soutient que l'arbitrabilité doit être appréciée selon l'ordre public réellement international. Fouchard/Gaillard/Goldman, *op. cit.*, p. 345, § 559.

<sup>29</sup> Graig/Park/Paulsson, *op. cit.*, p. 63.

prennent en compte *la lex causae*.<sup>30</sup> Cependant que les juges l'apprécient le plus souvent du point de vu de la *lex fori*.<sup>31</sup> Ainsi, vu la multiplicité de droits potentiellement applicables, tout pronostic à ce sujet relève d'un exercice spéculatif.

Et que l'indécision doctrinale continue à planer sur la notion floue et fuyante qu'est l'arbitrabilité, cela n'a pas empêché d'étendre l'arbitrabilité aux domaines d'ordre public.

*β. L'effacement de l'ordre public et la naissance de l'arbitrabilité universelle dans l'arbitrage commercial international*

Au cours des trois dernières décennies l'importance d'ordre public s'est d'abord affaiblie dans la détermination des matières qui peuvent être réglées par voie d'arbitrage.<sup>32</sup> Puis son rôle a diminué en tant que moyen de refus de l'exécution des sentences arbitrales étrangères eu égard à l'article V (2) (b) de la Convention de New-York de 1958. La réduction de l'ordre public a inévitablement augmenté le domaine de l'arbitrable. Bien évidemment cette tendance a été appuyée par des systèmes devenus « [...] *more supportive of the parties' right to elect private dispute resolution [in lieu of courts], even where the public interest might appear to be compromised by the nature of the dispute* ». <sup>33</sup>

Le mouvement libéral en matière d'arbitrabilité a été lancé par la jurisprudence des Etats-Unis d'Amérique. Tout d'abord, la Cour Suprême a étendu le champ d'application du droit de l'arbitrage aux activités économiques substantiellement imprégnées d'intérêts publics, notamment au droit de la concurrence.<sup>34</sup> En se fondant sur l'argument d'intérêts impérieux de prévisibilité et de sécurité dans la résolution des conflits du commerce international la Cour Suprême a offert un cadre conceptuel nécessaire à l'apparition de l'arbitrabilité universelle. Ensuite, la progression de l'arbitrabilité dans le droit des Etats

---

<sup>30</sup> Poudret/Besson, *op. cit.*, p. 284 § 332 ; Craig/Park/Paulsson, p. 62.

<sup>31</sup> V (2) (a) de la Convention de New York réserve expressément ce principe pour la reconnaissance et l'exécution des sentences. Selon Poudret/Besson, cette réserve doit également jouer lorsque le juge est saisi d'un recours en annulation de la sentence ou lorsqu'il est requis d'assister une procédure arbitrale, *op. cit.*, p. 285, § 334.

<sup>32</sup> Kirry, *op. cit.*, p. 121 ss.

<sup>33</sup> Douglas J., *Arbitration and Party Autonomy: How free is the Choice to Arbitrate?* in the *Commercial Way to Justice*, Kluwer, the Hague 1997, p. 121 ss.

<sup>34</sup> L'arrêt faitier dans ce sens est incontestablement *Mutsubishi v Soler* (1985) cité *supra*. Dans cet arrêt la Cour Suprême des Etats-Unis a admis la compétence des arbitres d'appliquer les dispositions impératives du droit de la concurrence des Etats-Unis en matière de contrats internationaux.

Unis a marqué, tour à tour, le droit boursier, le droit de la propriété intellectuelle et les litiges impliquant la corruption.<sup>35</sup> La Cour aurait ainsi souligné la nécessité d'avoir un système juridictionnel propre aux intérêts du marché économique mondial qui seraient supérieurs aux objectifs économiques protectionnistes nationaux. En outre, vu que la clause d'arbitrage est traitée aux Etats-Unis en tant que simple contrat, en cas de doute sur l'arbitrabilité d'une matière le juge américain doit appliquer le principe contractuel fondamental, à savoir la présomption en faveur de l'arbitrabilité.<sup>36</sup> Il s'ensuit qu'aux Etats Unis une matière est présumée arbitrale sans égard à la nature du différend.<sup>37</sup>

En droit français, le recul de l'ordre public en matière d'arbitrage a été pour la première fois clairement exprimé par la Cour d'appel de Paris dans l'arrêt *Ganz* du 29 mars 1991. La Cour a en effet statué qu' « *en matière internationale, l'arbitre [...] dispose du pouvoir d'appliquer les principes et règles relevant de [l']ordre public [international] ainsi que de sanctionner leur méconnaissance éventuelle, sous le contrôle du juge de l'annulation* ». <sup>38</sup> Ainsi sous l'impulsion de la jurisprudence, la conception initialement restrictive de l'arbitrabilité du droit français est devenue relativement libérale.<sup>39</sup> L'exclusion *ex ante* de tous les litiges susceptibles d'*intéresser* l'ordre public en vertu de l'article 2060 du Code civil français est aujourd'hui dépassée.<sup>40</sup> Donc, l'inarbitrabilité en droit français serait essentiellement réservée aux causes indisponibles de nature extrapatrimoniale pour lesquelles l'éviction du recours à l'arbitrage est impérative (droit pénal, l'état et la capacité des personnes, par exemple).

---

<sup>35</sup> *Shearson/American Express, Inc. v. McMahon*, 482 U.S. 220 (1987) en droit boursier ; *Saturday Evening Post v. Rumbleseat Press Inc.*, 816 F. 2d. 1191 (7th Cir. 1987) en droit de la propriété intellectuelle ; *Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express, Inc.*, 490, U.S. 477 (1989) pour les litiges soumis au *Racketeer Influenced and Corrupt Organisations Act*.

<sup>36</sup> *Moses v. Mercury Corp.*, (1983), cité *supra*.

<sup>37</sup> McLaughlin, *op. cit.*, p. 113.

<sup>38</sup> Rev. arb., 1991 p. 478, note L. Idot. La solution a été ensuite confirmée par les arrêts *Beyrard*, CA de Paris, 12 janv. 1993, Rev. arb 1994, p. 685, note de P. Mayer et l'affaire *Labinal*, CA de Paris, 19 mai 1993, Rev. arb., 1993, p. 645, note Ch. Jarrosson.

<sup>39</sup> L'on verra par la suite que d'autres ordres juridiques connaissent une approche encore plus ouverte en la matière. Tel est le cas du droit suisse, par exemple.

<sup>40</sup> De manière étonnante cette évolution libérale a commencé tout d'abord dans l'arbitrage interne marquée notamment par l'affaire *Impex c. Société PAZ* rendu par 1<sup>ère</sup> civ., Cass., 18 mai 1971, note B. Oppetit, Rev. crit. DIP, 1972, p. 124. Cf. également arrêt *Tissot*, Cass. 29 novembre 1950 et dans le même sens : CA de Paris 22 mai 1980 et Cass. com., 21 oct. 1981, Rev. arb., 1982, p. 264, note J.-B. Blaise. En matière internationale ce glissement sera annoncé par la décision *Meulemans*, CA de Paris, 21 fév., 1964, JDI 1965, p. 113, note Goldman. Dans cette arrêt la cour a déclaré que tout litige « *relatif à certains égards à une réglementation présentant un caractère d'ordre public ne serait de ce fait être soustrait à l'arbitrage* ».



La loi chinoise sur l'arbitrage ne retient l'ordre public ni en tant que critère général de l'arbitrabilité ni en tant que cause de nullité de la convention d'arbitrage. Donc, le seul fait que le litige intéresse l'ordre public ne rend pas une question automatiquement inarbitrable. Cependant, la Cour Populaire Suprême de Chine semble avoir retenu récemment la violation de *l'ordre public et social de Chine* comme une cause d'annulation ou de refus d'exécution d'une sentence étrangère en se référant à l'article 258 § 2 du Code de procédure civile chinois.<sup>41</sup> Cet ordre public et social serait toutefois réduit aux *normes juridiques fondamentales de l'Etat*.<sup>42</sup> En l'absence de décision sur ce cas, Jingzhou Tao, par exemple, rend attentif à ce que la notion d'ordre public en Chine « *is to a large extent connected to political landscape, which makes it difficult to predict and control the outcome of the enforcement matters* ». <sup>43</sup> Selon l'étude de Friven et Yu, la pratique des cours populaires manifeste une attitude généralement favorable à l'arbitrage et correspond à la tendance majoritaire en la matière.<sup>44</sup> La preuve en est qu'entre 2000 et 2007, aucune sentence arbitrale étrangère n'aurait été annulée sur le fondement d'ordre public. Et conformément à la recherche qui a été menée par Mme von Wunschheim, cela continuerait même depuis 1995 déjà après la ratification de la Convention de New York par la Chine.<sup>45</sup> Notons que ces constats doivent être appréciés avec prudence. Premièrement, il y a d'autres fondements de l'inefficacité des sentences étrangères en Chine dont nous ne traitons pas ici. Deuxièmement, la pratique des cours populaires intermédiaires compétentes pour l'exécution des sentences étrangères diffère considérablement de celle de la CPS. Les recours auprès de cette dernière contre les décisions de refus d'exécution par les cours inférieures sont très fréquents. Et enfin il n'existe pas à ce jour de statistiques officielles qui permettraient d'affirmer avec certitude

---

<sup>41</sup> Article 258 §2 du code civil chinois du 9 avril 1991(modifié en 2007)dispose : « *If a people's court determines that the enforcement of an award will violate the social and public interest, the court shall make a ruling to disallow the enforcement of an arbitral award.* »

<sup>42</sup> CPS, 26 décembre 1997, Ta (1997) et CPS, 23 janvier 2006, les deux exemples sont cités dans la thèse de Yang C., *op. cit.*, p. 56. Conformément à l'interprétation de la Cour Populaire Suprême une décision étrangères doit être réputée d'avoir violé l'ordre public de Chine lorsqu'elle est « *(i) in violation of the basic principles reflected/ regulated in the Constitution or Four Fundamental Principles of China ; (ii) will damage the sovereignty or State security of China ; (iii) is in violation of the fundamental rules of Chinese Law ; (iv) is against the obligations that China undertook in international treaties [...]; (v) or against the publicly recognized principle of fairness or justice in international law* ». Les quatre principes fondamentaux de la RPC consistent en l'adhésion aux idées socialistes conformes à la pensée de Marxisme-Léninisme.

<sup>43</sup> Jingzhou., *op. cit.*, p. 189.

<sup>44</sup> Friven/Yu, *The Peoples Courts and Arbitration : Snapshot of Recent Judicial Attitudes on Arbitrability and Enforcement*, *J.Int'l Arb.*, 12(4) 2007, p. 637.

<sup>45</sup> Jingzhou., *ibid.* Et Wunschheim, *op. cit.*, p. 281, § 8 :52.

l'état de droit en la matière.<sup>46</sup> Ainsi en ce qui concerne le recul de l'ordre public dans l'arbitrage international, la Chine se démontre globalement favorable à l'arbitrage. Néanmoins, cette situation est sujette aux aléas conjoncturels politiques et doit être appréciée avec un certain sens de réalisme. En résumé, il faut remarquer que la question de l'arbitrabilité est appréhendée de façon large en Chine se qui permet de soumettre à l'arbitrage une palette vaste de matières juridiques.

En droit suisse l'obstacle de l'ordre public a été résolu avec une simplicité désarmante. En effet, comme le droit suisse admet l'arbitrabilité de toutes les causes de nature patrimoniale, le domaine inarbitrable pour des considérations d'ordre public n'est qu'une peau de chagrin. Dès lors il n'y a pas eu de difficulté pour le Tribunal fédéral d'admettre la compétence des arbitres d'appliquer les règles du droit public. Il en était ainsi dans l'arrêt resté dans les annales de la jurisprudence internationale *Fincantieri-Cantieri Navali Italiani S.p.A.*<sup>47</sup> L'affaire portait sur l'embargo sur des activités commerciales avec l'Irak édicté par les Nations Unies et applicable également à la Suisse. Le Tribunal a confirmé la compétence des arbitres d'appliquer les règles de droit international public sans égard au caractère d'ordre public de l'affaire. De plus, le critère de patrimonialité a le mérite d'être immédiatement et universellement comprise par tous. Il couvre en effet toutes les matières ayant un caractère pécuniaire pour les parties ce qui est, dans le monde de marché globalisé, un point de repère commun. Aussi, si l'arbitrabilité universelle avait à être réellement consacrée en droit de l'arbitrage, son concept existe-il *de jure* en Suisse.

En effet, comme l'a justement noté M. M. Mohamed Salah, « à défaut d'un droit international uniforme, la possibilité offerte aux opérateurs économiques grâce aux effets conjugués de l'autonomie de la volonté et de la libéralisation de l'arbitrage commercial international de développer un espace juridique, dans lequel la distinction entre le national et l'étranger est appelée à disparaître, semble une alternative crédible ».<sup>48</sup> Dans ces circonstances, le concept de l'arbitrabilité universelle est plus qu'utile, il est tout simplement indispensable à la sécurité des transactions économiques internationales souvent étroitement imbriquées dans le domaine du droit public. Ainsi les penseurs de

---

<sup>46</sup> Jingzhou., *op. cit.*, p. 192.

<sup>47</sup> ATF 118 II 353.

<sup>48</sup> Cités dans Farjat G., *Propos critiques et utopiques sur l'évolution du droit économiques et la mondialisation*, Revue international de droit économique, 2003 /3-4 (t. XVII), p. 26.

droit de l'arbitrage s'en sont promptement pris pour essayer d'éliminer l'obstacle d'inarbitrabilité. Même les pays du tiers monde qu'on aurait pu penser les plus restrictifs en la matière, semblent aujourd'hui évoluer rapidement vers une attitude ouverte et tolérante à l'arbitrage commercial international dans les domaines d'intérêt général. La pléthore de facteurs – la protection des investissements étrangers, le besoin de prêts, les contraintes dues à la régulation de l'économie de marché mondial - ont contribué à l'élargissement de la notion de l'arbitrabilité dans ces pays. Même si les restrictions locales continuent à y exister, « *there are more reminiscences of past unpleasant arbitration experiences, than true reflection of present and potentially future attitudes* ». <sup>49</sup> Le domaine de l'arbitrable s'est ainsi étendu simultanément dans deux directions : il est sorti du domaine propre au contrat <sup>50</sup> et il comprend désormais les matières du droit public. <sup>51</sup> La ligne de démarcation entre le privé et le public s'estompe peu à peu en renforçant du même coup la certitude de ceux qui pensent que l'inarbitrabilité est vouée à disparaître.

---

<sup>49</sup> Youssef, *op. cit.*, p. 61.

<sup>50</sup> Aujourd'hui les litiges portant sur la responsabilité délictuelle et les droits créés directement par la loi peuvent en principe être arbitrés dans pratiquement tous les systèmes législatifs. *Cf.* en droit chinois ces litiges sont arbitrables. Friven/Yu, *op.cit.*, *J.Int'l Arb.*, 12(4) 2007, p. 637.

<sup>51</sup> Kirry, *op. cit.*, p. 374: "*in recent years, a marked tendency to reduce the importance of public policy as a test for arbitrability is possible [...] by permitting arbitration even in cases involving to a large extent the application of public policy rules*". Mc Laughlin, *op. cit.*, p. 134.

Am. J. Int'l L.	American Journal of International Law
Arb. Int'l	Arbitration International
ASA Bulletin	Bulletin de l'Association suisse de l'arbitrage
ASA	Association suisse de l'arbitrage
ATF	Arrêts du Tribunal Fédéral suisse
Berkeley J. Int'l	Berkeley Journal of International Law
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (German Civil Code)
CA	Cour d'appel (court of appeal)
Cass.	Cour de Cassation française
Cass. Civ.	Cour de cassation (Chambre civile)
Cass. Com.	Cour de cassation (Chambre commerciale et financière)
CC	Code civil
CCI	Chambre du commerce international
CCP	Code of Civil Procedure
CCP	Code de procédure civile
CPS	Cour Populaire Suprême (Chine)
CE	Communauté européenne
CIETAC	China International Economic and Trade Arbitration Commission
Convention de Washington	Convention de Washington pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements de 1965
CPC	Code de procédure civile
FAA	United States Federal Arbitration Act
ICC Bulletin	Bulletin de la Chambre du commerce international
ICCA	International Council for Commercial Arbitration
JDI	Journal du droit international

JO	Journal Officiel des Communautés européennes
LBI	Loi suisse sur le brevet d'invention
LDIP	Loi suisse sur le droit international privé de 1988
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
Model Law	Model Law UNCITRAL on International Commercial Arbitration de 1985
NCPC	Nouveau code de procédure civile français
New York Convention	Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958
OEB	Office européen de brevet
OMPI	Organisation mondiale de la Propriété intellectuelle
Rev. arb	Revue de l'arbitrage
RPC	République Populaire de Chine
SIPO	State Intellectual Property Office
SPC	Supreme People's Court of China
TGI	Tribunal de grande instance (français)
UE	Union européenne
UNCITRAL	United Nations Commission for International Trade Law
USC	United States Code
USPTO	United States Patent and Trademark Office
WIPO	World Intellectual Property Organisation
ZPO	Code de procédure civile allemand