



DIGITAL LIBRARY

Copyright © International Chamber of Commerce (ICC). All rights reserved.

(Source of the document: ICC Digital Library)

Eduardo Silva-Romero

Secrétaire général adjoint de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI ¹

Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI Vol. 13 N° 1

35

2002

L'arbitrage de la Chambre de commerce internationale et les contrats d'Etat

[State contract] [Contrat d'Etat]

French

L'arbitrage de la Chambre de commerce internationale et les contrats d'Etat

1. Introduction

2. La sécurité des échanges internationaux dans l'arbitrage CCI relatif aux contrats d'Etat

a. L'arbitrabilité subjective

b. La fixation du lieu de l'arbitrage

c. Les effets de la convention d'arbitrage

3. L'intérêt public dans l'arbitrage CCI relatif aux contrats d'Etat

a. La formation de la convention d'arbitrage

b. La constitution du tribunal arbitral

c. L'examen préalable de la sentence arbitrale

4. Conclusion

Introduction

1. L'arbitrage commercial international est une matière transversale et interdisciplinaire. Le jeu du langage ² de l'arbitrage commercial international contient et se heurte à des catégories juridiques appartenant à de nombreuses branches du droit et à d'autres domaines de la connaissance. Selon Oppetit :

L'attrait que suscitent chez les juristes la pratique et l'étude de l'arbitrage commercial international ne tient pas qu'aux intérêts matériels, parfois considérables, qui s'y trouvent en jeu ; il s'explique aussi, pour une part non négligeable, par la séduction intellectuelle qu'exerce sur les esprits *une notion située au carrefour de presque toutes les disciplines juridiques, de droit substantiel comme de méthodologie*, ce qui interdit le cloisonnement qu'entraînent trop souvent à notre époque la spécialisation à outrance et l'étroite technicisation, devenues les tendances dominantes de la doctrine moderne. Bien plus : l'arbitrage commercial international, par sa problématique même, ne peut résoudre nombre de difficultés qu'il rencontre qu'au prix d'une réflexion sur les questions les plus fondamentales susceptibles de se poser dans le cadre d'un système juridique : la justice, ses formes et ses buts, la juridicité, ses sources et sa nature, la structure de l'ordre juridique, les fins du droit ³.

L'arbitrage commercial international se place entre le droit international et le droit interne, entre le droit privé et le droit public, entre le droit matériel et le droit procédural ⁴, et, plus encore, entre la science du droit (la *jurisprudencia* des jurisconsultes romains), l'économie et la politique.

2. Les institutions juridiques, en général, se trouvent fréquemment au milieu de valeurs et d'intérêts divers, voire opposés. L'arbitrage, par exemple, se heurte parfois à l'opposition entre le principe du contradictoire et le droit à une justice rapide. Le droit, ou, pour reprendre le terme d'Aristote, le juste (*to dikaion*), ne serait qu'un milieu entre deux ou plusieurs intérêts opposés. Ainsi le philosophe grec écrit-il au sujet de la « justice rectificative ou corrective » :

Le juste rectificatif sera le moyen entre une perte et un gain. C'est pourquoi [...], en cas de contestation, on a recours au juge. Aller devant le juge c'est aller devant la justice, car le juge tend à être comme une justice vivante ; et on cherche dans un juge un moyen terme (dans certains pays on appelle les juges des médiateurs), dans la pensée qu'en obtenant ce qui est moyen on obtiendra ce qui est juste. Ainsi le juste est une sorte de moyen, s'il est vrai que le juge l'est aussi [...] le juge restaure l'égalité ⁵.

3. L'ontologie juridique aristotélicienne et le point de vue d'Oppetit sur l'arbitrage trouvent, nous semble-t-il, une excellente illustration dans les enjeux résultant du [Page36:] présent sujet ⁶. Ces enjeux sont particulièrement importants dans les systèmes juridiques qui, à l'instar du droit français, séparent le droit et les juridictions administratifs du droit privé et des juridictions judiciaires. En effet, dans une procédure d'arbitrage commercial international impliquant des personnes morales de droit public s'opposent tout au moins deux intérêts, l'un économique, l'autre politique. De ces intérêts découlent deux positions théoriques plus ou moins antinomiques envers l'arbitrage des contrats d'Etat ⁷.

La position économique : la sécurité des opérations commerciales internationales

4. Les défenseurs de l'arbitrage commercial international, dont la plupart sont des « privatistes », soutiennent que l'arbitrage commercial international impliquant des personnes morales de droit public doit être considéré comme n'importe quel autre arbitrage commercial international. Par conséquent, ils affirment que, lorsque l'Etat (ou l'une des émanations) participe au commerce international, il perd les prérogatives que lui accorde le droit interne et doit être considéré, sur le plan juridique, comme n'importe quel commerçant international. Il devient alors un simple opérateur économique et doit se soumettre sans conditions, comme tout autre opérateur économique, aux règles juridiques régissant les rapports entre commerçants internationaux, y compris celles relatives à l'arbitrage commercial international ⁸.

5. Dans le même sens, le droit français, le droit suisse et la jurisprudence arbitrale internationale ⁹ reconnaissent aujourd'hui, sans exception, ce que l'on appelle l'*arbitrabilité subjective*, c'est-à-dire l'aptitude de l'Etat et de ses émanations de consentir à une convention d'arbitrage commercial international. L'arrêt *Galakis*¹⁰ a clairement affirmé que la prohibition de compromettre frappant les personnes morales de droit public françaises s'appliquait seulement en matière interne ¹¹ et non pas en matière internationale. L'article 177(2) de la loi suisse sur le droit international privé de 1987 dispose que « si une partie à la convention d'arbitrage est un Etat, une entreprise dominée ou une organisation contrôlée par lui, cette partie ne peut invoquer son propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige ou sa capacité d'être partie à un arbitrage » ¹².

De nos jours, les jeux du langage juridique expriment de plus en plus des réalités et des impératifs économiques. Expriment-ils, par ailleurs, des valeurs politiques ? [Page37:]

La position politique : primauté de l'intérêt public

6. D'autres auteurs, essentiellement des « publicistes », se veulent beaucoup plus prudents à l'égard des intérêts protégés par l'Etat et respectueux de la finalité de l'Etat et de ses émanations. Pour eux, nul ne doit oublier que derrière l'Etat et ses émanations se trouve ce que l'on appelle l'*intérêt général*, l'*intérêt public* ou l'*intérêt commun*¹³. Selon eux, même si l'Etat et ses émanations participent de temps à autre au commerce international, cela ne signifie pas qu'ils agissent dans le commerce international comme de véritables marchands, c'est-à-dire dans un but lucratif. L'Etat, par exemple, ne passe pas un contrat international de construction d'une autoroute avec une entreprise privée étrangère afin d'obtenir un bénéfice économique, mais, bien au contraire, pour assurer à la population à sa charge un meilleur réseau de voies de transport. Les éventuels péages instaurés sur cette autoroute n'auraient pour but que la maintenance de l'autoroute en question. Les tenants de la position politique concluent, en bref, que les personnes morales de droit public et les commerçants internationaux ne sauraient être assimilés car ils poursuivent des objectifs fondamentalement différents.

7. En poussant à l'extrême la position décrite ci-dessus, l'on pourrait affirmer, par exemple, que l'intérêt public qui se trouve à l'arrière-plan des agissements de l'Etat et de ses émanations interdit le recours à l'arbitrage commercial international - mode de résolution de litiges créé par et pour les commerçants internationaux - pour résoudre les litiges impliquant une personne morale de droit public. Sans aller jusque-là, les tenants d'une position politique plus modérée acceptent que l'Etat et ses émanations ont, sur le plan international, la capacité de compromettre, mais soutiennent que l'arbitrage commercial international doit être ajusté à leur égard afin de tenir compte de la finalité de l'appareil étatique qui consiste en la protection de l'intérêt public.

C'est ainsi que les jeux du langage juridique n'expriment pas que des réalités ou des impératifs économiques. Ils expriment aussi, bien que moins souvent à l'époque contemporaine, des directives de nature politique des Etats et, parfois, de la communauté internationale.

8. A cet égard, Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman justifient l'application des concepts et des règles de l'arbitrage commercial international à l'arbitrage des contrats d'Etat de la manière suivante :

D'abord, en raison de la fréquence, voire de la « banalisation » de la présence d'opérateurs publics dans le commerce international. Ensuite, parce que leur qualité (qui peut être ignorée de leur cocontractant) n'a pas toujours une incidence sur le régime juridique du contrat et de l'arbitrage international auquel ils participent. Et lorsqu'une telle spécificité apparaît, parce que sont en jeu des règles propres au droit public interne de la personne morale en cause, ou l'exercice par elle de prérogatives de puissance publique et de souveraineté, *il importe de concilier leur application et leur exercice avec les besoins du commerce international, et particulièrement la sécurité due à des engagements contractuels librement consentis*¹⁴.

L'expression « la sécurité due à des engagements contractuels librement consentis » pourrait être remplacée, à notre avis, par l'expression « la protection des investissements privés ». L'impact que le droit public d'un Etat est susceptible d'avoir sur un arbitrage commercial international ne saurait porter atteinte aux droits acquis [Page38:] par une entreprise étrangère lors de la conclusion avec ledit Etat ou avec l'une de ses émanations d'un contrat d'Etat.

Le système d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale : un effort de synthèse

9. L'arbitrage des contrats d'Etat se trouve donc, du moins en théorie, au milieu d'intérêts économiques et politiques, c'est-à-dire entre un système économique mondial à connotation capitaliste et un système politique mondial plus ou moins socialiste selon les régions et encore largement basé sur l'idée de l'Etat-providence. Se pose ainsi la question de savoir quel est le juste milieu, pour reprendre l'expression d'Aristote, entre la position économique et la position politique. Comment tenir compte à la fois de la sécurité des opérations commerciales internationales et de l'intérêt public ? Aucune des deux positions décrites ci-dessus ne semble répondre pleinement aux besoins et aux enjeux découlant de l'arbitrage des contrats d'Etat. Certes, une personne morale de droit public qui accepte de recourir à l'arbitrage commercial international doit respecter les « règles du jeu ». Mais ces règles sont-elles adaptées à tous les joueurs, y compris ceux qui ne cherchent pas des fins lucratives ? Le droit de l'arbitrage commercial international se doit de tenir compte de la notion politico-juridique de l'intérêt public qui vise le bien-être des populations.

10. Le système d'arbitrage de la CCI est-il en mesure de concilier la sécurité des opérations commerciales internationales et l'intérêt public ? En 1985 déjà, Sigvard Jarvin, alors conseiller général auprès de la Cour d'arbitrage de la CCI, comme elle s'appelait à cette époque, exposait le traitement spécial qui serait réservé aux affaires arbitrales impliquant un Etat ou une entreprise publique ¹⁵. Selon Sigvard Jarvin, la Cour d'arbitrage aurait notamment traité d'une manière spéciale le défaut total de participation à l'arbitrage d'une partie étatique, sa présence malgré elle dans la procédure, sa contestation de l'existence ou de la validité de la convention d'arbitrage et l'indépendance des arbitres désignés par une telle partie.

11. Grâce à presque 80 ans d'expérience et de réflexion, le système d'arbitrage de la CCI a su trouver, à l'égard de l'arbitrage des contrats d'Etat, un juste milieu entre la sécurité des opérations commerciales internationales et l'intérêt public protégé par les personnes morales de droit public. La preuve en est que de nombreuses personnes morales de droit public et leurs cocontractants privés étrangers ont déjà fait confiance au système d'arbitrage de la CCI. Les statistiques de la Cour internationale d'arbitrage en témoignent : 67 des 541 demandes d'arbitrage soumises à la Cour en 2000 ont impliqué une ou plusieurs entités publiques ou semi-publiques ; sur les 566 affaires d'arbitrage enregistrées en 2001, 49 ont impliqué des parties étatiques ou semi-publiques venant principalement d'Europe centrale et de l'Est, d'Asie du Sud et de l'Est, d'Afrique subsaharienne et d'Amérique latine. Il semblerait, par conséquent, que la plupart des personnes morales de droit public participant à des procédures arbitrales de la CCI viennent de pays en voie de développement.

12. L'universalité et la souplesse ¹⁶ du règlement d'arbitrage de la CCI, et notamment celui de 1998 (ci-après le « Règlement »), ont permis à la Cour internationale d'arbitrage, aux arbitres CCI et aux juges étatiques de développer une pratique de l'arbitrage commercial international en matière de contrats d'Etat qui tient compte à la fois des intérêts de l'arbitrage commercial international, y compris la [Page39:] sécurité des échanges internationaux, et de l'intérêt public que les Etats et leurs émanations sont censés exprimer et protéger. Nous examinerons successivement ces deux impératifs.

La sécurité des échanges internationaux dans l'arbitrage CCI relatif aux contrats d'Etat

13. *La sécurité des échanges internationaux* serait l'une des composantes de la *lex mercatoria* dégagées par la jurisprudence arbitrale, notamment celle de la CCI ¹⁷. Eric Loquin ¹⁸ regroupe sous cette appellation la présomption de compétence des opérateurs du commerce international, l'inopposabilité du défaut de pouvoir du négociateur du contrat, l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui et - le principe qui nous intéresse le plus ici - l'effectivité de la clause compromissoire. Les défenseurs de l'institution de l'arbitrage commercial international considèrent en effet que l'efficacité des clauses compromissoires incluses dans les contrats conclus entre une personne morale de droit public et une société de droit privé étrangère est indispensable pour assurer la sécurité des opérations commerciales internationales.

14. Guidés par le principe de la sécurité des opérations du commerce international, la Cour internationale d'arbitrage, les arbitres CCI et certains juges étatiques ont élaboré des pratiques et des règles visant à assimiler le statut juridique des commerçants internationaux et le statut juridique de l'Etat et de ses émanations lorsque ces derniers agissent en tant qu'opérateurs commerciaux. Ces règles et pratiques concernent l'arbitrabilité subjective, la fixation du lieu de l'arbitrage et les effets de la convention d'arbitrage, notamment l'exécution de la sentence arbitrale.

L'arbitrabilité subjective

15. Selon une analyse classique de la question, la notion d'arbitrabilité subjective se réfère à *la capacité de l'Etat et de ses émanations à compromettre*. En d'autres termes, la possibilité pour une personne morale de droit public de passer une convention d'arbitrage ne constituerait pas, *stricto sensu*, une question d'arbitrabilité, mais supposerait plutôt, d'après la théorie classique du contrat ¹⁹, une simple question de capacité.

16. Si la question est considérée comme relevant de la capacité, la résolution de tout litige relatif à la possibilité pour une partie étatique de compromettre doit être soumise à la loi applicable à sa capacité contractuelle. Dans les droits appartenant à la famille romano-germanique, la capacité est régie par la loi de la nationalité de la personne ²⁰. Dans la *common law*, la capacité est régie par la loi soit du domicile soit de la résidence de la personne. Ainsi la capacité d'une partie étatique de compromettre serait-elle régie, irrémédiablement, par le droit de l'Etat auquel elle appartient ou de son domicile, c'est-à-dire par le droit de ladite partie étatique. Or, que faire si le droit de la partie étatique, exprimé par la loi ou par la jurisprudence, contient une disposition prohibant à l'Etat et à ses émanations de conclure des conventions d'arbitrage ? [Page40:]

17. Pour éviter l'application de la loi de la personne morale de droit public en cause, la jurisprudence française et la législation suisse ont préféré qualifier la question d'*arbitrabilité subjective*. Par ce biais, ils font en sorte que la capacité d'une partie étatique de compromettre sera régie, en matière internationale, non pas par la loi applicable à sa capacité contractuelle, mais par la loi applicable à la convention d'arbitrage. En France, l'arbitrabilité subjective est aujourd'hui régie par les règles matérielles du droit français de l'arbitrage commercial international dégagées par les arrêts de la Cour de cassation dans les affaires *Galakis*²¹ et *Dalico*²². En Suisse, l'article 177(2) de la loi sur le droit international privé fait expressément référence à la notion d'*arbitrabilité*²³.

18. Face à une exception de défaut de capacité de compromettre soulevée par une partie étatique, les arbitres internationaux, et notamment ceux agissant sous l'égide de la CCI, n'hésitent plus à affirmer qu'une telle partie ne saurait légitimement échapper aux obligations découlant d'une convention d'arbitrage à laquelle elle a librement consenti. Pour appuyer cette position, qui est aujourd'hui bien établie dans la jurisprudence arbitrale, les arbitres CCI ont proposé deux fondements : l'ordre public international ²⁴ et la bonne foi ²⁵.

19. Les principes dégagés en droit français et en droit suisse et mentionnés ci-dessus, ainsi que la jurisprudence élaborée par les arbitres CCI, ont fait croire au monde de l'arbitrage commercial international, nous semble-t-il, que l'arbitrabilité subjective n'était plus à débattre mais avait été résolue une fois pour toutes, la capacité de compromettre des personnes morales de droit public étant bel et bien acquise et, par conséquent, la sécurité des opérations commerciales internationales assurée.

20. Il n'en est rien, pourtant. Plusieurs Etats en voie de développement ont récemment maintenu, dans le cadre de procédures arbitrales CCI ou ailleurs, que ni eux ni les organismes public qui dépendaient d'eux n'avaient la capacité de conclure des conventions d'arbitrage internes ou internationales, en raison de la limitation de leur capacité de compromettre par le biais des notions d'*acte administratif* et de contrat administratif.

La limitation de l'arbitrabilité subjective par le biais de l'

21. Prenons l'exemple de la Colombie. La cour constitutionnelle colombienne et le conseil d'Etat colombien ont reconnu dans plusieurs arrêts ²⁶ que les personnes morales de droit public avaient la capacité de compromettre en matières interne et [Page41:] internationale, tout en précisant qu'aucun litige découlant de la promulgation par l'administration d'un acte administratif ne pouvait être soumis à l'arbitrage. Il en résulte que la juridiction administrative jouit d'une compétence exclusive pour connaître des conflits résultant de la délivrance d'un acte administratif et en particulier ceux qui portent sur la légalité de celui-ci.

22. La notion d'*acte administratif*, en Colombie, est très large ²⁷. En général, n'importe quelle manifestation de la volonté de l'administration, même orale ou *de facto*, constitue un acte administratif. Il s'ensuit que l'administration colombienne délivre des actes administratifs relatifs à toutes les phases du contrat, de sa négociation jusqu'à sa résiliation. En droit colombien, par conséquent, la notion d'acte administratif prime et limite au maximum l'*arbitrabilité subjective*.

23. Jusqu'à présent, aucune partie étatique colombienne n'a contesté dans un arbitrage CCI l'arbitrabilité du litige au motif qu'il résulte de la délivrance d'un acte administratif. En revanche, une exception de ce genre a déjà été soulevée dans un arbitrage commercial international *ad hoc* soumis au règlement d'arbitrage de la CNUDCI entre Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Ltda, personne morale de droit public, et un consortium hispano-allemand. Le conseil d'Etat colombien, dans cette affaire, a fait droit à l'exception.

La limitation de l'arbitrabilité subjective par le biais du

24. Dans les pays du Mercosud, et notamment au Brésil et en Argentine, l'arbitrabilité subjective se voit limitée par la notion de contrat administratif. Dans ces pays, l'Etat et ses émanations n'ont pas aptitude à compromettre dans des contrats administratifs. En revanche, au Brésil et en Argentine, les personnes morales de droit public agissant en qualité d'opérateurs privés peuvent insérer une clause compromissoire dans les contrats dits de *jure gestionis*, c'est-à-dire les contrats de droit privé de l'administration ²⁸.

25. Dans les pays du Mercosud, par conséquent, l'arbitrabilité est déterminée en fonction de la définition du *contrat administratif*. Or, la distinction entre les contrats administratifs et les contrats de droit privé de l'administration n'est pas toujours aisée ²⁹. Bien au contraire, la portée de la notion de contrat administratif s'élargit ou se rétrécit selon les oscillations politiques entre protectionnisme et libéralisme des pays en voie de développement.

26. Des difficultés similaires sont connues en droit libanais. Dans les arrêts *Etat libanais c. société FTML (Cellis) SAL et Etat libanais c. Libancell SAL* ³⁰, le conseil d'Etat libanais a annulé les clauses compromissoires CCI insérées dans des contrats d'Etat, qu'il a qualifiés de contrats de concession, au motif que (i) ces derniers étaient des contrats administratifs et (ii) « l'interdiction de l'arbitrage dans les contrats administratifs constitue un principe ancré dans la jurisprudence et la doctrine administratives ».

27. Quelle est l'attitude de la Cour internationale d'arbitrage lorsque, au préalable, se posent des questions sur l'arbitrabilité subjective d'un litige ? Dans une récente affaire arbitrale CCI, une partie étatique latino-américaine, dans sa réponse à la [Page42:] demande d'arbitrage, a contesté la validité de la convention d'arbitrage en soutenant que le contrat principal comprenant cette convention - contrat d'Etat conclu avec une personne morale de droit privé étrangère - était un contrat administratif et que la constitution du pays concerné interdisait le recours à l'arbitrage pour résoudre des litiges découlant de contrats administratifs. En vertu de l'article 6(2) du Règlement ³¹, la Cour avait deux options.

28. D'une part, en interprétant et appliquant le droit constitutionnel de l'Etat en question, elle aurait pu conclure que l'arbitrage ne pouvait pas avoir lieu, compte tenu de l'interdiction à l'Etat et à ses émanations de compromettre édictée par cette constitution. Une telle décision aurait été défavorable à l'arbitrage commercial international et, à notre avis, aurait porté atteinte au principe de la *Kompetenz-Kompetenz*. En effet, la Cour est censée appliquer le Règlement ³² ; l'application des dispositions d'un droit national n'est pas de sa compétence. La Cour aurait pu décider que la question de la validité d'une convention d'arbitrage conclue entre une personne morale de droit privé étrangère et un Etat dont la constitution lui interdisait de compromettre devait être portée devant la juridiction étatique compétente.

Cette première solution ne favorise pas la sécurité des opérations commerciales internationales. En renvoyant le litige au juge étatique compétent, la Cour internationale d'arbitrage ne ferait prévaloir ni la bonne foi ni le respect de la parole donnée. Est-il conforme à la morale des affaires internationales qu'un opérateur conclut une convention et, par la suite, allègue que son propre droit, peu ou pas connu du cocontractant, lui interdisait de la conclure ? L'attitude de l'Etat latino-américain dans notre exemple respecte-t-elle le principe essentiel du commerce international exprimé par la formule *pacta sunt servanda* ?

29. La seconde option ouverte à la Cour internationale d'arbitrage était de faire une application positive de l'article 6(2) du Règlement en décidant que l'arbitrage devait avoir lieu. C'est ce qu'elle a fait en l'espèce, en estimant *prima facie* possible l'existence d'une convention d'arbitrage visant le Règlement. Elle a ainsi respecté la valeur de la sécurité des opérations commerciales internationales.

30. Lorsqu'une partie soulève un moyen relatif à la validité de la convention d'arbitrage, la Cour internationale d'arbitrage se limite à constater la possible existence de cette convention, conformément à l'article 6(2) du Règlement, et laisse la résolution du litige sur la validité de la convention d'arbitrage à la charge du tribunal arbitral. Comme nous l'avons déjà indiqué, suivant le principe de la *Kompetenz-Kompetenz*, le tribunal arbitral est seul compétent pour examiner le droit applicable à la convention d'arbitrage et pour évaluer les preuves soumises par les parties quant à leur capacité de compromettre et leur volonté de soumettre les litiges les opposant à l'arbitrage CCI.

31. Lorsqu'une partie étatique allègue la non-arbitrabilité subjective d'un litige dans une procédure arbitrale CCI, il se peut que le lieu de l'arbitrage, qui détermine souvent le droit applicable à la convention d'arbitrage ³³ et, par voie de conséquence, au problème de l'aptitude de l'Etat et de ses émanations à compromettre, n'ait pas été choisi. Il sera alors fixé par la Cour internationale d'arbitrage qui, par sa décision, doit essayer de faire en sorte que la sentence arbitrale qui sera rendue par le tribunal arbitral sera susceptible de sanction légale. [Page43:]

La fixation du lieu de l'arbitrage

32. Dans une affaire CCI, une partie étatique latino-américaine et une société commerciale française avaient conclu un contrat comprenant une clause compromissoire faisant référence au Règlement mais sans préciser le lieu de l'arbitrage. Conformément à l'article 14 du Règlement, il appartenait donc à la Cour internationale d'arbitrage de fixer celui-ci. La société française, partie demanderesse, invoquant les garanties juridiques du droit arbitral français, demandait à la

Cour internationale d'arbitrage de fixer Paris comme lieu de l'arbitrage. La partie étatique défenderesse, invoquant le fait que le contrat avait été signé dans la capitale de l'Etat auquel il appartenait, demandait à la Cour de fixer cette ville comme lieu de l'arbitrage. En même temps, la partie défenderesse alléguait la nullité de la convention d'arbitrage au motif que, selon la constitution de l'Etat auquel elle appartenait, elle n'avait pas la capacité de compromettre.

33. Après avoir considéré les faits de l'espèce et les positions des parties, la Cour internationale d'arbitrage (i) a décidé que l'arbitrage devait avoir lieu conformément à l'article 6(2) du Règlement (la décision finale quant à la validité de la convention d'arbitrage devant être prise par le tribunal arbitral lui-même) et, ce qui nous intéresse ici, (ii) a fixé Genève (Suisse) comme lieu de l'arbitrage. En fixant Genève comme lieu de l'arbitrage, la Cour internationale d'arbitrage a mis en oeuvre deux principes essentiels du système d'arbitrage de la CCI. D'une part, elle a respecté la neutralité du lieu de l'arbitrage en choisissant un endroit neutre par rapport aux Etats auxquels les parties appartenaient³⁴. D'autre part, elle a protégé l'efficacité de l'arbitrage et, par là même, la sécurité des échanges internationaux, car l'article 177(2) de la loi suisse sur le droit international privé³⁵ interdisait à la partie étatique latino-américaine d'invoquer auprès du Tribunal fédéral suisse, dans l'hypothèse d'un recours en annulation de la sentence arbitrale, le fait que son propre droit lui refuse la capacité de compromettre.

34. La localisation de l'arbitrage en Suisse constitue une tentative de garantir que la parole donnée par l'Etat en passant la convention d'arbitrage soit respectée. Il y va de la « morale des contrats internationaux », de la bonne foi contractuelle, bref, des composantes essentielles de la *lex mercatoria*. Il serait manifestement contraire à la bonne foi qu'une personne morale de droit public, ayant passé une convention d'arbitrage avec une personne morale de droit privé étrangère qui ne connaît pas le droit de son cocontractant, demande la nullité de la convention d'arbitrage, lorsqu'un litige naît, en alléguant qu'une règle de son propre droit lui interdisait de conclure une telle convention. En agissant dans les limites de ses fonctions purement administratives, la Cour internationale d'arbitrage contribue à garantir la sécurité des opérations commerciales internationales en fixant le lieu de l'arbitrage dans un endroit favorable à l'arbitrage des contrats d'Etat.

35. Néanmoins, la fixation du lieu de l'arbitrage en Suisse, ou dans un autre endroit favorable à l'arbitrage des contrats d'Etat, n'assure pas pleinement que la sentence arbitrale qui sera éventuellement rendue sur cette question sera susceptible de sanction légale. On peut raisonnablement croire que si le tribunal arbitral rejette l'exception d'incompétence soulevée par la partie défenderesse dans une sentence qui le déclare compétent pour trancher le litige au fond, la partie défenderesse n'obtiendra pas l'annulation de la sentence en Suisse. En revanche, l'exécution de la [Page44:] sentence sur la compétence ou de la sentence finale dans l'Etat latino-américain auquel appartient la défenderesse ne sera pas facile.

Les effets de la convention d'arbitrage

36. L'un, sinon le plus important, des effets de la convention d'arbitrage, et la finalité même de celle-ci, est l'obtention d'une décision finale quant au litige qui soit susceptible d'exécution ou, pour reprendre les termes du Règlement, de sanction légale. Une société de droit privé ayant conclu un contrat avec une personne morale de droit public d'un Etat étranger pourrait légitimement douter de la possibilité de faire exécuter dans cet Etat la sentence arbitrale qui pourrait être rendue en sa faveur. Pour se prémunir contre le risque de non-exécution, elle pourrait envisager de demander des mesures conservatoires ou

provisoires. Or, de telles mesures peuvent-elles être ordonnées avec succès à l'encontre d'une personne morale de droit public ? Cette question, très politique, sur laquelle se sont penchés les juges étatiques des nations ayant une législation libérale en matière d'arbitrage commercial international, concerne l'immunité d'exécution de l'Etat. Elle souligne l'opposition entre les intérêts du commerce international et les valeurs politiques exprimées par la notion d'*intérêt public*³⁶.

Mesures conservatoires et provisoires dans l'arbitrage des contrats d'Etat

37. Dans le système d'arbitrage de la CCI, il existe deux mécanismes à la disposition d'une partie qui souhaite demander des mesures conservatoires ou provisoires : l'article 23 du Règlement et la procédure de référé pré-arbitral de la CCI.

38. L'article 23 du Règlement permet aux parties de demander l'octroi de mesures conservatoires ou provisoires auprès du tribunal arbitral ou, si par exemple le tribunal arbitral n'a pas encore été constitué et en cas d'urgence, auprès de la juridiction étatique compétente.

39. Il nous semble peu probable que, dans un Etat qui a adopté la distinction française entre droit privé et droit administratif, l'on accepte qu'un tribunal arbitral - juge privé - puisse octroyer des mesures conservatoires et provisoires en faveur d'une société de droit privé étrangère et à l'encontre d'une personne morale de droit public appartenant à cet Etat³⁷. L'on peut penser que ceci sera d'autant plus le cas lorsque la mesure conservatoire entraîne la saisie de biens situés sur le territoire de l'Etat concerné. Dans cette hypothèse, l'article 23(2) du Règlement, qui permet aux parties de demander des mesures provisoires ou conservatoires auprès de la juridiction étatique compétente, dans des « circonstances appropriées », après la remise du dossier au tribunal arbitral, aura vocation à s'appliquer. En effet, on peut considérer que la demande de mesures provisoires ou conservatoires faite par une personne morale de droit privé à l'encontre d'une personne morale de droit public fait partie des circonstances appropriées auxquels il est fait référence dans ce texte. En vertu de l'article 23(2) du Règlement, une telle demande faite auprès de la juridiction étatique compétente (qui sera généralement la juridiction administrative de l'Etat en cause) ne saurait être considérée comme une violation de la convention d'arbitrage. [Page45:]

40. La société de droit privé étrangère qui cherche des mesures conservatoires ou provisoires à l'encontre de son cocontractant public peut se trouver face à une double difficulté. D'une part, l'octroi de ces mesures peut s'avérer urgent alors que le tribunal arbitral n'a pas encore été constitué. D'autre part, la société peut avoir des doutes, plus ou moins légitimes, sur l'indépendance de la juridiction administrative de l'Etat dont dépend son cocontractant et, partant, quant à la probabilité d'obtenir de cette juridiction les mesures conservatoires ou provisoires qu'elle cherche. Dans ce cas, elle pourrait envisager de recourir au référé pré-arbitral de la CCI.

41. Le règlement de référé pré-arbitral de la CCI est entré en vigueur le 1er janvier 1990³⁸. Il met en place un mécanisme de prise rapide de décisions lorsque des difficultés surviennent dans le cadre de relations contractuelles. Il prévoit le recours à un tiers habilité à ordonner des mesures provisoires ayant un caractère d'urgence.

42. Le recours à ce règlement suppose un accord écrit conclu entre les parties soit lors de la conclusion de leur contrat soit ultérieurement. Ceci explique peut-être le peu de succès qu'a connu la procédure à ses débuts, car il était rare de trouver dans des contrats une référence à cette procédure et encore plus rare de voir les parties se mettre d'accord sur son utilisation, une fois un litige né. La procédure a toutefois été mise en œuvre dans trois affaires récentes,

conformément aux clauses de résolution des litiges insérées par les parties dans leurs contrats ³⁹.

43. Le référé pré-arbitral de la CCI peut s'avérer particulièrement utile dans le cadre des contrats d'Etat ⁴⁰. Il permet de surmonter la crainte d'un manque d'indépendance de la juridiction étatique à l'égard de l'Etat dont dépend la personne morale de droit public. Il est donc conseillé à la partie privée à un contrat d'Etat qui cherche à préserver ses droits acquis et la sécurité des opérations commerciales internationales de suggérer l'insertion de la clause type recommandée par la CCI ⁴¹ ou d'une disposition similaire dans la clause de résolution des différends.

44. Il n'en reste pas moins que la validité d'une clause contractuelle donnant compétence à un tiers statuant en référé pour prendre des mesures provisoires ou conservatoires à l'égard d'une personne morale de droit public n'est pas acquise, à notre avis. Le Liban, par exemple, en vertu des décisions du conseil d'Etat déjà évoquées ⁴², aurait du mal à accepter qu'un tiers tirant ses pouvoirs d'une clause contractuelle puisse ordonner la saisie des biens d'une entité publique. L'opposition entre les intérêts du commerce international et l'intérêt public rend hautement risqué et discutable l'octroi de mesures conservatoires ou provisoires à l'encontre d'une entité publique par un juge privé, arbitre ou tiers statuant en référé, avant le commencement d'un arbitrage relatif à un contrat d'Etat ou en cours de procédure arbitrale. Les sociétés de droit privé concluant des contrats avec une personne morale de droit public étrangère auraient plutôt intérêt à s'assurer qu'une sentence finale rendue en leur faveur pourra être exécutée à l'encontre de leur cocontractant public.

L'immunité d'exécution des Etats

45. Il nous semble important de souligner et d'approuver le tout dernier développement de la jurisprudence française concernant l'immunité d'exécution dans [Page46:] le cadre de l'arbitrage CCI. La Cour de cassation, dans un arrêt du 6 juillet 2000 ⁴⁴, a déclaré que « viole les principes du droit international régissant les immunités des Etats étrangers et l'article 24 du règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale l'arrêt qui, pour ordonner la mainlevée de saisies-attribution et de saisies-conservatoires, retient qu'il n'est pas établi que l'Etat en cause ait renoncé à l'immunité d'exécution et que le fait d'avoir accepté une clause d'arbitrage ne peut faire présumer la renonciation à cette immunité, qui est distincte de l'immunité de juridiction, alors que l'engagement pris par l'Etat signataire de la clause d'arbitrage d'exécuter la sentence dans les termes de l'article 24 du règlement d'arbitrage de la CCI impliquait renonciation de cet Etat à l'immunité d'exécution » ⁴⁵. Cette décision qui, sans nul doute, vise à garantir la sécurité des opérations commerciales internationales, pose, à notre avis, deux questions juridiques intéressantes. Elles concernent, d'une part, la valeur juridique de l'article 24 du règlement de 1988 et, d'autre part, la véritable portée du principe affirmé par la Cour de cassation dans cet arrêt.

46. On pourrait considérer que la Cour de cassation française érige l'article 24 du règlement de 1988 en principe général du droit du commerce international, autrement dit en l'un des principes de la *lex mercatoria*. On pourrait même ajouter qu'elle considère ce règlement comme faisant partie de la *lex mercatoria*. La mention de l'article 24 du règlement au visa de l'arrêt ⁴⁶ corrobore cette interprétation. Il nous semble cependant que l'on peut interpréter cette mention de deux manières différentes.

47. D'une part, il serait plausible de conclure que la Cour de cassation, en visant l'article 24 du règlement de 1988, a voulu y voir un principe du droit international public relatif à l'immunité de l'Etat. Ce principe consisterait à dire que, lorsque l'Etat ou l'une de ses émanations conclut une convention d'arbitrage visant un règlement d'arbitrage contenant une disposition équivalente à celle des articles 24 du règlement de 1988 et 28(6) de celui de 1998, l'Etat ou l'entreprise

publique en question renonce à son immunité d'exécution. Les articles 24 et 28(6) mentionnés contiendraient ainsi un principe du droit international public ⁴⁷. Si cette interprétation était juste, la mention de l'article 24 du règlement de 1988 serait superflue, car la Cour de cassation aurait pu se limiter à faire référence, au visa de son arrêt, au droit international régissant les immunités des Etats étrangers.

48. On pourrait d'autre part envisager la mention de l'article 24 du règlement de 1988 dans une optique purement contractuelle, comme le fait Philippe Leboulanger dans son commentaire de l'arrêt : « Le règlement d'arbitrage étant incorporé dans la convention d'arbitrage, il participe de la nature contractuelle de celle-ci et acquiert la même force obligatoire. Dès lors, la référence au règlement d'arbitrage n'est que la conséquence nécessaire de l'article 1134 du Code civil, que la Cour n'a toutefois pas visé mais qui l'est nécessairement de façon implicite. Ce faisant, elle élève solennellement au statut de norme juridique les dispositions d'un règlement d'arbitrage auquel les parties se sont référées dans leur convention d'arbitrage. Est-ce pour signifier que le principe *pacta sunt servanda* est à la fois la source de la renonciation à l'immunité d'exécution et la limite de cette dernière ? ⁴⁸ » La réponse à cette question devrait être affirmative. Il est pour nous clair que la Cour de cassation, en mettant sur un pied d'égalité la société Creighton - personne morale de droit privé - et l'Etat du Qatar - personne morale de droit public -, a voulu faire respecter la sécurité des échanges internationaux, la parole donnée, la « morale contractuelle », [Page47:] la bonne foi et, en plus, l'efficacité de la convention d'arbitrage et de l'arbitrage commercial international en tant que mécanisme de résolution des litiges résultant de contrats d'Etat.

49. L'arrêt *Creighton* ne doit pourtant pas être considéré comme une panacée. Sa portée a été fortement modérée et limitée par l'identification des biens publics dont la société privée, dans le cadre de l'exécution d'une sentence arbitrale à l'encontre d'une personne morale de droit public, pourrait demander la saisie. La cour d'appel de Paris, par exemple, a précisé que la renonciation implicite à l'immunité d'exécution affirmée dans l'arrêt *Creighton* ne vaudrait que pour les biens de l'Etat ou de son émanation qui ne seraient pas affectés à une mission de service public ⁴⁹. Le problème a donc été déplacé, tout au moins en droit français, vers la détermination de l'affectation des biens de l'Etat. Nous avons pourtant l'impression que la plupart, sinon la totalité, des biens de l'Etat et de ses émanations sont destinés, tôt ou tard, de près ou de loin, à une activité de service public.

* * *

50. Les jeux du langage consistant à neutraliser les expressions telles que *non-arbitrabilité subjective*, interdiction de compromettre à l'égard des personnes morales de droit public ou immunité d'exécution de l'Etat par l'emploi des antonymes *arbitrabilité subjective* et renonciation à l'immunité d'exécution de l'Etat sont-ils motivés uniquement par les objectifs de la sécurité des opérations commerciales internationales et de l'égalité des parties ? Il nous semble qu'ils reflètent avant tout les interférences de l'intérêt public dans les procédures arbitrales relatives aux contrats d'Etat.

L'intérêt public dans l'arbitrage CCI relatif aux contrats d'Etat

51. L'arbitrage commercial international doit-il se concentrer sur le commerce international et le libre échange sans se soucier du bien commun ? A cette question essentiellement politique, la Cour internationale d'arbitrage et certaines juridictions étatiques ont répondu par la négative, en tenant compte dans leurs décisions de la distinction entre les personnes morales de droit public et celles de droit privé. En particulier, la finalité de l'appareil étatique a été prise en

considération lors de l'analyse de la formation de la convention d'arbitrage, de la constitution du tribunal arbitral et de l'examen préalable du projet de sentence arbitrale.

La formation de la convention d'arbitrage

52. On n'insiste pas assez sur le fait que la convention d'arbitrage est un *contrat* au sens, par exemple, de l'article 1101 du Code civil français. Selon ce dernier, « [l]e contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ». En tant que contrat, la convention d'arbitrage crée une obligation de faire (celle, par exemple, de soumettre à l'arbitrage « [t]ous différends découlant du présent contrat ou en [Page48:] relation avec celui-ci », pour reprendre les termes de la clause type d'arbitrage de la CCI), une obligation de ne pas faire (par exemple, de ne pas saisir les juridictions étatiques en cas de litige découlant du contrat ou en rapport avec celui-ci) et, enfin, une obligation de donner (par exemple, dans le cas de l'arbitrage CCI, de payer les sommes correspondant à la provision pour frais de l'arbitrage). L'article 1108 du Code civil français précise plus loin les conditions essentielles à la validité des conventions. A partir de ce texte, la doctrine civiliste française ⁵⁰ affirme que, pour qu'un contrat soit légalement formé, quatre conditions doivent être réalisées : le consentement des parties doit être exempt de vices ; les parties au contrat doivent être capables de contracter ; l'objet sur lequel porte le contrat doit être certain et licite ; et la cause du contrat doit être licite.

53. Il est d'abord intéressant de constater que la doctrine la plus autorisée ⁵¹ en matière d'arbitrage commercial international ne consacre aucun développement à la cause de la convention d'arbitrage ⁵². On pourrait la désigner d'anti-causaliste ⁵³. Elle a préféré traiter le consentement à la convention d'arbitrage, la capacité de compromettre et l'objet de la convention d'arbitrage. La capacité de compromettre, comme nous l'avons vu ⁵⁴, est assimilée à l'arbitrabilité subjective dans les textes et la jurisprudence favorables à l'arbitrage commercial international. A notre connaissance, le problème de l'objet de la convention d'arbitrage, c'est-à-dire de l'arbitrabilité objective se pose très rarement en matière de contrats d'Etat. Nous examinerons donc, dans le cadre du système d'arbitrage de la CCI, le consentement à une convention d'arbitrage relative à un contrat d'Etat, puis l'arbitrabilité subjective.

Le consentement à une convention d'arbitrage relative à un contrat d'Etat

54. La doctrine de l'arbitrage commercial international a porté son attention davantage sur la formation, la précision et, surtout, la portée du consentement à la convention d'arbitrage que sur la validité de celui-ci ⁵⁵. Certes, il se peut que la validité du consentement soit contestée dans un arbitrage portant sur un contrat d'Etat - la partie étatique pourrait par exemple alléguer qu'elle avait donné son consentement à la convention d'arbitrage commercial international tout en croyant qu'elle conservait le droit de porter certains litiges devant la juridiction administrative de son Etat ⁵⁶ -, mais la question du consentement à la convention d'arbitrage se pose le plus souvent sous l'aspect de sa portée, *ratione personae* et *ratione materiae*.

La portée du consentement à une convention d'arbitrage concernant un contrat d'Etat

55. Il s'agit de savoir si l'effet relatif ⁵⁷ du contrat a un caractère absolu en matière d'arbitrage. Les effets d'une convention d'arbitrage peuvent-ils être étendus à une personne qui ne l'a pas signée ? La question se pose, par exemple, lorsqu'une partie demanderesse vise dans sa demande d'arbitrage non seulement son cocontractant mais également la société mère de celui-ci, s'il s'agit d'une personne morale de droit privé, ou l'Etat auquel son cocontractant appartient, s'il s'agit d'une personne morale de droit public. Lorsqu'une personne morale de droit public est visée, la Cour internationale d'arbitrage semblerait être plus exigeante

quant à la preuve *prima facie* que la partie demanderesse devrait lui apporter. Il appartiendra en général à la partie demanderesse de produire un document constatant sans ambiguïté la participation de [Page49:] l'Etat lors de la négociation, de la conclusion, de l'exécution ou de la terminaison du contrat, ce qui appelle les observations suivantes.

56. La Cour internationale d'arbitrage a adopté cette pratique plus exigeante à l'égard des personnes morales de droit public suite aux célèbres affaires *Westland* et *Pyramides*, dans lesquelles sa décision avait fait l'objet de critiques.

57. Dans l'affaire *Westland*⁵⁸, la société demanderesse a introduit une demande d'arbitrage visant non seulement son cocontractant mais aussi les quatre Etats qui avaient constitué celui-ci, à savoir l'Egypte, le Qatar, l'Arabie saoudite et les Emirats arabes unis. Dans sa réponse à la demande d'arbitrage, l'Etat égyptien a contesté la compétence de la Cour internationale d'arbitrage et, par voie de conséquence, celui du tribunal arbitral, au motif qu'il n'avait pas signé le contrat contenant la clause compromissoire sur le fondement de laquelle la demande d'arbitrage avait été introduite par *Westland*. La Cour a décidé, *prima facie*, que l'arbitrage devait avoir lieu à l'encontre des quatre Etats mentionnés et que, par conséquent, la décision finale quant à l'existence d'une convention d'arbitrage entre *Westland* et ceux-ci devait être prise par le tribunal arbitral. Celui-ci, en vertu du principe de la *Kompetenz-Kompetenz*, a décidé dans une sentence intérimaire qu'il était compétent pour connaître du litige et que, la responsabilité des Etats concernés pouvant être engagée, les effets de la convention d'arbitrage devaient leur être étendus. A la demande de l'Etat égyptien, les juges suisses ont annulé cette sentence intérimaire.

58. De même, dans l'affaire *Pyramides*, la partie demanderesse a introduit une demande d'arbitrage visant non seulement son cocontractant mais aussi la République arabe d'Egypte. Cette dernière a objecté que la Cour internationale d'arbitrage et le tribunal arbitral à constituer n'avaient pas compétence à son égard puisqu'elle n'avait pas signé la convention d'arbitrage sur la base de laquelle la demande d'arbitrage avait été introduite. La partie demanderesse a contesté cette allégation, car le ministère égyptien du tourisme avait signé le contrat et ajouté la mention « approuvé, accepté et ratifié ». Estimant possible, *prima facie*, l'existence d'une convention d'arbitrage entre la demanderesse et l'Etat égyptien, la Cour a laissé le tribunal arbitral décider de sa propre compétence. Celui-ci a rendu une sentence par laquelle il se déclarait compétent. La cour d'appel de Paris⁵⁹, ville du siège de l'arbitrage, a annulé cette sentence et cette annulation a ensuite été confirmée par la Cour de cassation⁶⁰.

59. Ce n'est pas l'annulation des sentences *Westland* et *Pyramides* en elle-même qui aurait amené la Cour internationale d'arbitrage à être plus exigeante en matière de consentement *ratione personae* lorsque la partie non signataire de la convention d'arbitrage est un Etat, mais le fondement juridique sur lequel repose cette annulation et qui justifie la distinction entre l'arbitrage commercial international pur et simple et l'arbitrage des contrats d'Etat. Lorsqu'un litige commercial international n'oppose que des parties privées, il est généralement admis que l'arbitre est le juge naturel d'un tel litige et le juge étatique l'exception. En revanche, lorsqu'une personne morale de droit public est impliquée, l'arbitrage se présente plus comme une exception à l'immunité de juridiction de l'Etat que comme mode naturel de résolution des litiges. Ceci explique l'approche de la Cour internationale d'arbitrage dans les deux cas. L'arbitrage commercial international étant incontestablement le mode naturel de résolution des litiges opposant des parties privées de nationalité différente, la Cour sera plus disposée à décider que l'arbitrage doit avoir lieu à l'encontre d'une société privée qui n'a pas signé la convention d'arbitrage, à [Page50:] condition que la partie demanderesse porte à son attention, par exemple, une allégation plausible non contestée par l'autre partie quant à la participation de la partie non-signataire

lors de la négociation, de la conclusion, de l'exécution ou de la terminaison du contrat comprenant la convention d'arbitrage. En revanche, lorsque la partie non signataire de la convention d'arbitrage est une personne morale de droit public et, notamment, un Etat, la Cour entreprendra une analyse *prima facie* beaucoup plus exigeante de la possible existence d'une convention d'arbitrage à l'égard de cette partie, ce qui nécessitera des preuves plus complètes. Ainsi, la Cour internationale d'arbitrage tient compte, dans sa manière d'interpréter et d'appliquer le Règlement, de l'intérêt public qui se trouve à l'arrière-plan des agissements de l'appareil étatique.

60. La pratique décrite ci-dessus a été confirmée par la Cour internationale d'arbitrage à l'occasion d'une affaire récente. En l'espèce, la partie demanderesse, société de droit privé italienne, a introduit une demande d'arbitrage à l'encontre du ministère de l'électricité d'un Etat africain et de l'Etat africain en question lui-même. L'Etat africain, dans sa réponse à la demande d'arbitrage, a soulevé une objection à la compétence de la Cour internationale d'arbitrage et du tribunal arbitral au motif qu'il n'avait pas signé le contrat comprenant la clause compromissoire CCI. Ce contrat n'aurait été signé que par la demanderesse et le ministère. La partie demanderesse, invitée par le secrétariat de la Cour à soumettre ses commentaires, a souligné que l'Etat lui-même avait approuvé la conclusion du contrat et que, par ailleurs, l'Etat avait participé à la négociation, à la conclusion et à l'exécution de celui-ci. Elle n'a pourtant fourni aucune preuve, même *prima facie*, à l'appui de son allégation. Compte tenu de l'absence de preuve *prima facie* de l'existence d'une convention d'arbitrage entre la partie demanderesse et l'Etat, la Cour a décidé que l'arbitrage ne pouvait avoir lieu qu'entre la partie demanderesse et le ministère. Cette affaire nous montre que la Cour internationale d'arbitrage reste très exigeante à l'égard de l'examen *prima facie* de l'existence d'une convention d'arbitrage entre une société de droit privé signataire de la convention d'arbitrage et une personne morale de droit public non signataire de celle-ci. Ainsi, à notre avis, l'intérêt public continue à avoir un impact sur sa pratique.

61. La même conclusion s'impose lorsqu'on examine un autre type de situation illustré dans quatre affaires récentes. La partie demanderesse, société de droit privé, a introduit une demande d'arbitrage à l'encontre d'un Etat étranger ou d'une émanation d'un Etat étranger. La partie défenderesse, dans sa réponse, a demandé l'introduction d'une troisième partie à la procédure arbitrale, à savoir l'Etat auquel l'émanation publique en question appartenait ou l'une des émanations de l'Etat.

62. La pratique de la Cour internationale d'arbitrage vis-à-vis de la demande d'introduction d'une troisième partie reste assez conservatrice. Dans le passé, il était considéré que seule la partie demanderesse était en mesure d'identifier les parties à la procédure arbitrale et que la ou les parties défenderesses ne pouvaient en aucun cas obtenir l'introduction d'une troisième partie à la procédure arbitrale. Cette pratique a été récemment modérée dans deux affaires impliquant uniquement des parties privées et dans une troisième affaire impliquant une partie étatique. Il convient de noter que dans ces affaires la partie défenderesse a introduit une demande reconventionnelle à l'encontre de la partie demanderesse et de la troisième partie également. En plus, la troisième partie avait signé le contrat comprenant la clause compromissoire sur la base de laquelle la demande d'arbitrage avait été introduite. On en déduit que, pour que la Cour accepte l'introduction d'une [Page51:] troisième partie demandée par la partie défenderesse, deux conditions doivent être remplies. D'une part, la partie défenderesse doit avoir adressé des prétentions ou des demandes à la troisième partie. D'autre part, la troisième partie doit impérativement avoir signé le contrat contenant la clause compromissoire sur la base de laquelle la demande d'arbitrage a été introduite. Dans trois des quatre affaires mentionnées précédemment impliquant une personne morale de droit public, l'une ou l'autre de ces conditions n'étant pas remplies, la Cour a décidé de ne pas accepter l'introduction de la troisième partie.

63. Tant que l'intérêt public gardera sa valeur, le problème du consentement *ratione personae* à une convention d'arbitrage relative à un contrat d'Etat restera une question difficile et délicate que la Cour internationale d'arbitrage ne pourra résoudre qu'au cas par cas. Il en va de même du consentement *ratione materiae*.

La portée du consentement à une convention d'arbitrage concernant un contrat d'Etat

64. La question qui se pose ici est de savoir quels sont les litiges que les parties, en concluant une convention d'arbitrage, entendent soumettre à l'arbitrage. Il convient d'examiner deux types de situations dans lesquelles des contrats d'Etat peuvent être en cause. Premièrement, il arrive fréquemment, lors de la réalisation de projets importants d'infrastructure, qu'une société de droit privé et une personne morale de droit public relevant de deux Etats différents concluent plusieurs contrats d'Etat en rapport avec le projet. Se pose ainsi la question de savoir si plusieurs litiges résultant d'un groupe de contrats d'Etat peuvent tous être tranchés par un seul tribunal arbitral dans une procédure unique. Secondement, même si les litiges contractuels peuvent incontestablement être soumis à l'arbitrage, qu'en est-il d'un litige de nature extra-contractuelle ?

65. La première situation n'a pour l'instant été examinée par la Cour internationale d'arbitrage que dans le cadre de litiges impliquant des parties privées. Le scénario pourrait être le suivant. Deux commerçants, afin de réaliser un projet - par exemple, la construction d'une centrale électrique ou d'une autoroute - concluent trois contrats, chacun produisant des obligations différentes à la charge des parties contractantes. Tout d'abord, les parties concluent un contrat cadre dans lequel les obligations générales quant aux responsabilités lors de la réalisation du projet sont décrites. Ensuite, les parties passent un contrat de construction par lequel l'une d'entre elles s'engage à entreprendre les travaux nécessaires pour construire la centrale électrique ou l'autoroute et l'autre s'engage à payer, en contrepartie, une certaine somme à titre d'honoraires. Enfin, les parties concluent un contrat de coentreprise mettant en place une société commune chargée d'administrer, le cas échéant, les finances du projet et de passer des contrats avec des sous-traitants, si nécessaire. Ces trois contrats donnent lieu à des litiges. Le maître d'ouvrage, agissant en qualité de partie demanderesse, introduit une seule demande d'arbitrage à l'encontre de son cocontractant constructeur, en vue de soumettre à un tribunal arbitral ses prétentions résultant des trois contrats. La partie défenderesse, dans sa réponse à la demande d'arbitrage, soulève une exception à la compétence de la Cour internationale d'arbitrage et du tribunal arbitral en alléguant que la volonté des parties à l'époque de la conclusion des trois contrats était de soumettre les litiges résultant de chaque contrat à un mécanisme de résolution des litiges distinct et que, par conséquent, il n'est pas possible, juridiquement, de [Page52:] rassembler dans une seule procédure les prétentions découlant des trois contrats. La partie défenderesse conclut que la Cour doit décider, conformément à l'article 6(2) du Règlement, qu'un seul arbitrage portant sur les trois contrats ne saurait avoir lieu.

66. La Cour internationale d'arbitrage, face à ce genre de situation impliquant des parties privées, a décidé, après avoir fait l'analyse *prima facie* prévue à l'article 6(2) du Règlement, que l'arbitrage pouvait avoir lieu lorsque trois conditions étaient remplies : (i) les contrats constituant le groupe de contrats doivent avoir été conclus par les mêmes parties, (ii) ils doivent être liés au même projet économique et (iii) les conventions d'arbitrage incluses dans ces contrats doivent être, tout au moins, compatibles entre elles. Cette pratique appelle plusieurs commentaires.

67. Tout d'abord, on pourrait considérer que la problématique ne rentre pas dans le champ d'application de l'article 6(2) du Règlement mais constitue plutôt un complexe problème de procédure ⁶¹. La question ne serait pas de savoir si un tribunal arbitral est compétent pour trancher tous les litiges résultant de tous les contrats - si les contrats comprennent tous une clause compromissoire, un tribunal arbitral devrait en principe être compétent pour trancher les litiges en découlant - mais de savoir si les prétentions relatives à plusieurs contrats peuvent être soumises à une seule procédure arbitrale.

68. La Cour internationale d'arbitrage a préféré traiter ce type de situation comme une exception fondée sur la portée *ratione materiae* du consentement à la convention d'arbitrage et donc relative à la compétence arbitrale ⁶². En conséquence, elle applique l'article 6(2) du Règlement.

69. La pratique établie par la Cour internationale d'arbitrage pour répondre aux demandes d'arbitrage portant sur un groupe de contrats conclus entre parties privées peut-elle être également mise en œuvre lorsqu'une personne morale de droit public est impliquée ? Il nous semble difficile de répondre de façon générale à la question posée, car la Cour prend ses décisions au cas par cas et chaque cas a des circonstances qui lui sont particulières. Néanmoins, compte tenu des exigences plus strictes de la Cour en matière de consentement *ratione personae*, on pourrait imaginer qu'elle adoptera une pratique plus stricte également lorsqu'elle sera confrontée à un groupe de contrats d'Etat. Dans cette hypothèse, il est fort possible qu'elle pose comme condition, pour pouvoir soumettre à une seule procédure les prétentions portant sur plusieurs contrats, que les parties à ces différents contrats soient strictement les mêmes. Si, dans notre scénario, le contrat cadre était signé par l'Etat et les contrats de construction et de coentreprise par l'entreprise nationale des autoroutes entièrement sous le contrôle de cet Etat, serait-il possible de considérer les parties aux trois contrats d'Etat comme étant les mêmes ? Serait-il possible de regrouper les litiges découlant des trois contrats d'Etat dans un seul arbitrage ?

70. Il se peut que les exigences de la Cour internationale d'arbitrage soient plus strictes en ce qui concerne la troisième condition également - à savoir la compatibilité entre elles des conventions d'arbitrage incluses dans un groupe de contrats - lorsque ceux-ci sont des contrats d'Etat. Lorsque les parties à l'arbitrage sont toutes privées, la compatibilité signifie, par exemple, qu'un seul arbitrage ne pourrait pas avoir lieu si les conventions d'arbitrage prévoyaient différents lieux d'arbitrage ou différentes méthodes de constitution du tribunal arbitral. Sont compatibles, par exemple, une [Page53:] clause désignant Paris comme lieu de l'arbitrage et prévoyant la constitution d'un tribunal arbitral de trois membres et une autre clause ne désignant aucun lieu de l'arbitrage et se limitant à préciser que les litiges peuvent être soumis à un ou plusieurs arbitres. S'agissant d'un groupe de contrats d'Etat, la Cour exigera-t-elle que les clauses d'arbitrage soient non seulement compatibles mais identiques ? Nous serions tentés de répondre non. Il se peut toutefois que la Cour internationale d'arbitrage soit plus disposée à décider en faveur d'une seule procédure couvrant un groupe de contrats d'Etat lorsque ceux-ci se réfèrent les uns aux autres ou qu'ils comprennent des clauses prévoyant la jonction des litiges en découlant dans une seule procédure arbitrale.

71. En ce qui concerne la question de savoir si le consentement à l'arbitrage s'étend aux litiges de nature extra-contractuelle, la réponse est assez incertaine en théorie ⁶³ tandis que les arbitres CCI ont adopté une approche extrêmement simple et pragmatique, comme le montrent les exemples suivants.

72. Dans une première affaire, une société de droit privé italienne avait conclu un contrat de construction avec une entité publique africaine. Plusieurs litiges ont surgi de ce contrat. En vertu d'un compromis faisant référence au Règlement, la société italienne a introduit une demande d'arbitrage CCI. Le tribunal arbitral a été constitué et l'acte de mission a été établi avec la participation des arbitres et des parties. Dans son premier mémoire, la société demanderesse a présenté de

nouvelles prétentions, de nature extra-contractuelle, liées à l'exécution du contrat de construction. En réponse, l'entité publique africaine a allégué que le tribunal arbitral n'était pas compétent pour examiner ces nouvelles prétentions puisqu'elles n'avaient pas été incorporées dans l'acte de mission. Elle alléguait, en outre, que des prétentions extra-contractuelles ne pouvaient pas être soumises à l'arbitrage puisque celui-ci avait été exclusivement et spécialement conçu pour la résolution de litiges de nature contractuelle. Le tribunal arbitral a déclaré que sa compétence ne provenait pas de l'acte de mission, dont le but principal était l'organisation de la procédure arbitrale, mais plutôt du compromis arbitral. Celui-ci prévoyait que « tout litige entre [les parties] lié à l'exécution du contrat de construction » devait être soumis à l'arbitrage. Estimant que les prétentions extra-contractuelles de la société italienne avaient un lien certain avec l'exécution du contrat de construction, le tribunal s'est déclaré compétent pour examiner et trancher le différend entre les parties concernant la faute extra-contractuelle qui aurait été commise par l'entité publique africaine. Il est important de souligner que le tribunal arbitral, pour arriver à cette conclusion, s'est limité à lire et à interpréter le texte du compromis et n'a pas trouvé nécessaire d'examiner les règles juridiques applicables à celui-ci.

73. Dans une seconde affaire, le tribunal arbitral a adopté une approche identique. Une société de droit privé française a passé un contrat de construction avec une entité publique africaine. Au cours de l'exécution du contrat, la société française est arrivée à la conclusion que l'entité publique africaine n'avait pas agi de bonne foi lors de la négociation du contrat car elle n'aurait pas divulgué toutes les informations nécessaires à la société française pour entreprendre les travaux. La société française a introduit une demande d'arbitrage, alléguant une faute pré-contractuelle de la part de l'entité publique africaine. L'entité publique africaine, dans sa réponse, a contesté la compétence du tribunal arbitral au motif que la prétention de la société française était de nature extra-contractuelle et ne rentrait pas dans le champ d'application de la clause compromissoire CCI incluse dans le contrat de construction. Le tribunal arbitral, [Page54:] constatant que la clause compromissoire contenait la formule suivante « tout litige découlant de ce contrat ou en relation avec celui-ci », a décidé que le litige pré-contractuel avait une relation certaine avec le contrat de construction et que, par conséquent, il était compétent pour en connaître.

74. Le pragmatisme des arbitres CCI nous semble tout à fait justifié lorsqu'ils sont en présence d'une faute pré-contractuelle. En effet, nul ne saurait nier que les fautes commises avant la conclusion du contrat et en relation avec celui-ci rentrent dans le champ d'application de la convention d'arbitrage. Nous sommes confortés dans cette conclusion par les deux piliers du droit de l'arbitrage, à savoir le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage, qui permet aux arbitres de trancher des litiges sur la nullité du contrat principal même si la cause de cette nullité a précédé la conclusion du contrat, et le principe de la *Kompetenz-Kompetenz*, qui permet aux arbitres de connaître d'un litige sur la validité de la convention d'arbitrage même si le vice dont elle serait entachée a précédé sa conclusion.

75. En revanche, le pragmatisme des arbitres CCI nous semble critiquable lorsqu'ils sont en présence d'une véritable faute extra-contractuelle commise par une entité publique. En effet, les systèmes juridiques qui, à l'instar du droit français, font la distinction entre droit civil et droit administratif, attribuent à la juridiction administrative compétence exclusive pour connaître des litiges portant sur la responsabilité extra-contractuelle de l'Etat ou de l'une de ses émanations⁶⁴. Se pose ainsi la question, certes complexe, de savoir si les arbitres internationaux doivent s'interroger d'office sur l'éventuelle existence de règles impératives attribuant compétence exclusive à la juridiction administrative d'un Etat pour connaître des litiges relatifs à la responsabilité extra-contractuelle de l'Etat et de ses émanations. Il n'est pas dans notre propos d'aborder la question de la prise en compte de lois de police par l'arbitre international. Nous dirons simplement que l'arbitre international, lorsqu'il est en présence d'un litige découlant d'un contrat d'Etat, doit se poser la question de l'applicabilité de règles

impératives de l'Etat impliqué. Cette solution, respectueuse de l'intérêt public qui motive les agissements de l'appareil étatique, serait la seule, à notre avis, qui donnerait aux Etats en voie de développement la confiance nécessaire pour insérer des conventions d'arbitrage dans les contrats d'Etat qu'ils concluent et pour participer à des procédures arbitrales internationales.

76. Le mot *confiance* met en évidence la composante psychologique du thème de l'arbitrage des contrats d'Etat. Les Etats en voie de développement expriment souvent leur méfiance à l'égard de l'arbitrage commercial international. C'est souvent le pouvoir exécutif de l'Etat qui fait preuve de méfiance, en refusant de participer à l'arbitrage ou, une fois la sentence rendue à son encontre, en refusant d'accomplir les obligations en découlant. Plus grave cependant est la situation dans laquelle cette méfiance est manifestée par la juridiction administrative de l'Etat en cause, par exemple à l'occasion d'une procédure d'exéquatur ou d'annulation d'une sentence arbitrale. C'est cette même méfiance qui a conduit à la mise en cause de la notion d'*arbitrabilité subjective*.

Le sort de l'arbitrabilité subjective

77. Comme nous l'avons vu ⁶⁵, les juridictions administratives colombienne et libanaise, notamment, ont neutralisé linguistiquement la notion d'*arbitrabilité subjective* par le biais des notions d'*acte administratif* et de *contrat administratif*. A notre avis, la position du conseil d'Etat de chacun de ces deux Etats reflète une vision politique extrême, qui donne la primauté absolue à l'intérêt public. Si tous les autres Etats en voie de développement qui participent à l'arbitrage international opéraient des neutralisations semblables, la notion d'arbitrabilité subjective serait vouée à l'échec. Nous croyons cependant qu'une telle neutralisation linguistique est mal fondée.

78. Les législateurs colombien et libanais ont expressément autorisé l'Etat et ses émanations à compromettre ⁶⁶. En limitant l'aptitude de l'Etat à compromettre, les conseils d'Etat de ces pays ont commis une erreur. Ils semblent oublier, d'une part, comme certains commentateurs l'ont fait remarquer ⁶⁷, que l'Etat et ses émanations agissent souvent en tant qu'opérateurs du commerce international. D'autre part, les conseils d'Etat colombien et libanais méconnaissent dans leurs décisions la distinction entre *Etat* et *administration* relevé par Pierre Mayer :

Pour apprécier la portée de l'implication d'un Etat souverain dans un rapport avec une personne privée, il faut préciser que par « Etat souverain » on entend désigner une entité distincte de l'« Etat-Administration », partie ordinaire aux contrats administratifs du droit interne [...]

Le mot « Etat » n'a pas le même sens lorsqu'on l'emploie dans le domaine interne et dans le domaine international.

Lorsque l'on évoque les relations entre un citoyen et l'Etat - qu'il s'agisse de l'obligation de payer des impôts, de la responsabilité de l'Etat pour le mauvais fonctionnement du service public de la justice ou de la police, ou encore du droit pour un fonctionnaire d'obtenir le paiement de son traitement - le mot Etat est pris au sens d'« appareil d'Etat » ou d'Administration. Il ne constitue que l'élément de « gouvernement » (au sens large) dont la coexistence avec deux autres éléments (la population et le territoire) formera ce qui, au sens des internationalistes de droit public, est l'Etat. Il est significatif d'ailleurs que la langue anglaise utilise le mot *Government* pour désigner l'Etat au premier sens, et le mot *State* dans le second sens ⁶⁸.

Il existe aujourd'hui une confusion entre *Etat* et *administration*, les deux réalités étant désignées dans le langage juridique par le même terme d'*Etat*. C'est le langage ordinaire qui, selon Pierre Mayer, peut nous aider à clarifier cette confusion :

La distinction [entre Etat et Administration], bien qu'elle ne soit pas ignorée, n'est guère utilisée. On se contente presque toujours de faire référence à l'« Etat » sans préciser dans quel sens le mot est pris. Il est d'ailleurs très difficile d'analyser l'opposition des deux notions. C'est en dehors du domaine du droit que l'on peut le plus facilement en former une vue intuitive. Ainsi, il est bien clair que lorsqu'un entrepreneur français déplore la place excessive (selon lui) que prend l'Etat, en France, dans le fonctionnement de l'économie, et qu'il se réjouit par ailleurs de la place occupée par la France dans l'économie mondiale, il ne parle pas à chaque fois de la même chose. Dans le premier cas, il se situe dans le cadre interne et ressent l'Etat comme distinct de lui-même, voire en conflit avec lui ; il se plaint de l'Etat-Administration. Dans le second cas, il envisage l'Etat français, en opposition avec d'autres Etats, donc dans le cadre international ; de cet Etat-là il est, ne serait-ce que pour une faible part, un élément constitutif ; il ne voit plus en lui l'Administration qui le persécute, mais la nation à laquelle il appartient ⁶⁹.

La distinction entre *Etat* et *administration* nous semble cruciale pour déterminer le droit applicable aux contrats passés par l'administration et aux contrats d'Etat. [Page56:]

79. Sur le plan interne, l'administration conclut des contrats avec des parties privées ayant la même nationalité qu'elle. Dans les pays qui font la distinction entre droit administratif et droit privé, ces contrats sont régis soit par le droit administratif - et, dans ce cas, l'administration détient certaines prérogatives de puissance publique -, soit par le droit privé - et, dans ce cas, l'administration et la partie privée sont placées sur un pied d'égalité. La distinction entre droit privé et droit administratif s'impose à la fois à l'administration et aux personnes privées relevant du même Etat parce qu'elle est édictée par une autorité - le législateur de l'Etat - dont elles dépendent toutes ⁷⁰.

80. Sur le plan international, l'Etat ne saurait plaider l'application à un contrat d'Etat conclu avec une société de droit privé étrangère des règles de droit qu'il a lui-même édictées. Ces règles ne sont pas hétéronomes par rapport aux deux parties ni, par conséquent, juridiques *stricto sensu* ⁷¹. Autrement dit, l'Etat, dans le domaine international, ne saurait plaider à l'encontre de son cocontractant privé étranger l'application des catégories juridiques qui s'appliquent aux rapports entre l'administration et les particuliers de la même nationalité que celle-ci. Ainsi Pierre Mayer affirme-t-il :

le concept même de contrat d'Etat (*stricto sensu*) exclut l'application du droit de l'Etat au lien contractuel [...] Quant au classement dans la catégorie du droit privé ou dans celle du droit public, c'est finalement un faux problème. La présence de l'Etat exclut la première qualification, mais la seconde supposerait un rapport interne à l'Etat. En fait, lorsque l'Etat souverain est l'un des sujets d'une relation, le concept d'Administration, par référence auquel le droit public s'oppose au droit privé, n'est plus en cause ; l'on entre dans une autre sphère, la sphère proprement internationale, dans laquelle les oppositions traditionnelles n'ont pas de place, ou en tout cas n'ont plus le même sens ⁷².

81. Le conseil d'Etat colombien a imposé à des sociétés de droit privé étrangères la notion interne d'*acte administratif*. Pourtant, selon le raisonnement exposé ci-dessus, l'Etat ne peut légitimement émettre des actes administratifs ayant des effets à l'égard de sociétés de droit privé étrangères. De tels actes, qui ne peuvent être émis que par l'administration, créent des effets juridiques uniquement à l'égard des administrés, c'est-à-dire des personnes de la même nationalité que l'administration. Le conseil d'Etat libanais, pour sa part, a imposé à des sociétés de droit privé étrangères la distinction interne entre *contrats* de droit privé passés par l'administration et *contrats administratifs*. Pourtant, cette distinction n'est valable que dans la sphère interne pour les contrats conclus entre l'administration et les personnes ayant la même nationalité que celle-ci et soumises en conséquence au même droit. L'Etat libanais ne peut conclure avec des sociétés de droit privé étrangères que des contrats d'Etat.

82. On peut conclure que les notions d'*acte administratif* et de *contrat administratif* font partie du jeu du langage juridique interne créé par l'Etat en Colombie et au Liban afin que l'administration, protectrice de l'intérêt public de ces deux nations, puisse se prévaloir de prérogatives de puissance publique à l'égard des administrés. L'usage de ces notions dans le jeu du langage juridique des contrats d'Etat serait abusif et susceptible d'induire en erreur, comme l'attestent les décisions commentées du conseil d'Etat de chacun de ces deux pays.

83. Il semblerait que ces hautes juridictions administratives, en prononçant ces décisions, visaient avant tout à protéger l'intérêt public. On peut avoir l'impression, à court terme, que cet objectif ayant été réalisé, il s'agissait de bonnes mesures politiques. Nous en doutons pourtant. L'emprise de la mondialisation étant [Page57:] aujourd'hui de plus en plus forte et la survie des nations de plus en plus liée aux échanges qu'elles entretiennent avec d'autres nations, est-il de l'intérêt public d'annuler une convention d'arbitrage sur un fondement discutable pour mettre ainsi en cause la sécurité des échanges internationaux et décourager les éventuels investisseurs privés étrangers ? Il est plus que probable qu'à moyen et à long termes, les décisions colombienne et libanaise soient contraires à l'intérêt public en raison de l'insécurité juridique qui en résulte pour les contrats internationaux d'investissement dans ces pays.

84. Les conseils d'Etat colombien et libanais semblent par ailleurs avoir méconnu l'avantage de la neutralité de l'arbitrage commercial international. Dans une situation comme celle-ci, où, d'une part, la personne morale de droit public, et particulièrement l'Etat lui-même, ne peut soumettre un litige découlant d'un contrat d'Etat à la décision d'une juridiction étatique étrangère en raison de son immunité de juridiction et, d'autre part, la société de droit privé étrangère, à tort ou à raison, ne peut faire entièrement confiance à la juridiction étatique de son cocontractant public, l'arbitrage commercial international permet de sortir de l'impasse.

85. Au fond, la Colombie et le Liban semblent se méfier de la justice arbitrale, croyant qu'une *justice privée* favoriserait les *intérêts privés* de la société de droit privé étrangère au détriment de l'intérêt public exprimé et protégé par la personne morale de droit public. Pour cette raison, ces nations préfèrent soumettre les litiges découlant d'un contrat d'Etat à la juridiction administrative de l'Etat en cause que de constituer un tribunal arbitral pour les trancher.

La constitution du tribunal arbitral

86. Selon Platon, les tribunaux les plus sacrés sont ceux que les parties ont créés elles-mêmes et dont les membres ont été élus d'un commun accord ⁷³. En effet, il est fort probable que les parties fassent davantage *confiance* à un tribunal qu'elles ont constitué elles-mêmes que, par exemple, à un tribunal imposé par l'Etat ou par un organisme de résolution de litiges. L'expression *constitution du tribunal arbitral* serait par conséquent intimement liée à la *confiance*.

87. Ainsi la pratique de la Cour internationale d'arbitrage en ce qui concerne la constitution du tribunal arbitral chargé de trancher un litige découlant d'un contrat d'Etat est fortement imprégnée de la notion de *confiance*. Etant donné que la participation des parties à la procédure arbitrale est un élément clé pour assurer leur confiance en celle-ci, la Cour cherche à gagner la confiance de la personne morale de droit public en faisant en sorte que (i) la partie étatique, parfois hostile à l'arbitrage et peu disposée à participer à une procédure arbitrale à leur rencontre, participe à celle-ci ; et (ii) la partie étatique désigne au moins l'un des membres du tribunal arbitral, qui, bien qu'indépendant de cette partie, pourra néanmoins s'assurer que la position de la personne morale de droit public sera bien analysée et prise en considération au moment du délibéré et du prononcé de la sentence arbitrale. La participation active de la partie étatique à la procédure arbitrale rend également plus probable son exécution spontanée d'une éventuelle sentence arbitrale prononcée à son rencontre.

88. La pratique de la Cour internationale d'arbitrage vise en outre à sauvegarder, lors de la constitution du tribunal arbitral, l'intérêt public protégé par les personnes [Page58:] morales de droit public. Nous pourrions le constater à trois étapes de la procédure : la détermination du nombre d'arbitres, l'examen de l'indépendance des arbitres désignés par l'Etat ou par l'une de ses émanations et la nomination d'un arbitre en lieu et place d'une partie étatique défaillante.

La protection de l'intérêt public par la détermination du nombre d'arbitres

89. Les parties à un litige découlant d'un contrat d'Etat déterminent souvent elles-mêmes, dans la convention d'arbitrage ou par un accord conclu lors de la naissance du litige, le nombre d'arbitres appelés à trancher le différend. Les parties préfèrent le plus souvent soumettre ce genre de litiges à la décision d'un tribunal arbitral composé de trois membres, ce qui permet à la partie étatique, en désignant elle-même l'un des arbitres, d'avoir davantage confiance en la procédure.

90. Il arrive cependant de temps à autre que les parties ne soient pas convenues du nombre d'arbitres. Dans ce cas, l'article 8(2) du Règlement prévoit que « la Cour nomme un arbitre unique, à moins que le différend ne lui paraisse justifier la nomination de trois arbitres ». La Cour décide de soumettre le litige à un tribunal arbitral de trois membres lorsque, dans le cadre de la discrétion que lui accorde l'article 8(2) du Règlement, elle considère que le litige est *complexe*. Il résulte de l'approche au cas par cas de la Cour internationale d'arbitrage ⁷⁴ que le terme de *complexité* peut avoir trois sens différents lorsqu'il s'agit de déterminer le nombre d'arbitres.

91. En premier lieu, ce terme peut se rapporter à l'importance du montant en litige. Par le biais d'une présomption, la Cour internationale d'arbitrage induit d'un montant plus ou moins élevé le degré de complexité du différend. Le raisonnement est le suivant : plus la somme est élevée, plus la probabilité que des difficultés juridiques ou techniques apparaissent au cours de la procédure est élevée, ces difficultés étant mieux résolues par un tribunal arbitral de trois membres que par un arbitre unique.

92. En deuxième lieu, la constitution d'un tribunal de trois membres se justifie, d'après la pratique de la Cour internationale d'arbitrage, lorsqu'un litige comporte des difficultés juridiques sur le fond ou relatives à la procédure. Par exemple, les affaires qui soulèvent des questions difficiles sur la compétence du tribunal arbitral ou des points litigieux juridiquement compliqués seraient mieux tranchées par un tribunal arbitral de trois membres que par un arbitre unique.

93. Associant ces deux critères, la Cour internationale d'arbitrage est encline à soumettre à un arbitre unique un litige mettant en jeu une somme importante qui se révèle être plutôt simple et donc facile à trancher, et à soumettre à un tribunal arbitral de trois membres un litige mettant en jeu une somme moindre mais impliquant, par ailleurs, des difficultés juridiques notables.

94. Enfin, en troisième lieu, la Cour internationale d'arbitrage considère un litige comme susceptible d'être complexe lorsqu'il implique une partie étatique. La complexité vient du fait que de tels litiges entraînent (i) des problèmes compliqués relatifs à la compétence du tribunal arbitral (arbitrabilité subjective), (ii) l'application de règles impératives ou autres de l'Etat de la personne morale de droit public en [Page59:] cause, (iii) des enjeux pour une population toute entière ⁷⁵ (comme, par exemple, lorsque le litige porte sur la construction d'un barrage ou d'une centrale électrique), et (iv) l'interférence d'intérêts et de forces politiques.

La protection de l'intérêt public par l'indépendance des arbitres désignés par la partie étatique

95. Conformément aux articles 8(2) et 8(4) du Règlement, lorsque le litige doit être soumis à un tribunal arbitral de trois membres, en vertu de l'accord des parties ou, à défaut de celui-ci, d'une décision de la Cour, chacune des parties doit désigner un co-arbitre. Celui-ci doit être indépendant ⁷⁶. Dans le système d'arbitrage de la CCI, l'indépendance d'un arbitre est un élément objectif susceptible d'évaluation ; elle permet de présumer l'*impartialité* de l'arbitre. L'impartialité, en revanche, est un élément subjectif qui, comme tout ce qui demeure dans le for intérieur des hommes, ne serait pas susceptible d'évaluation. Inversement, le manque d'indépendance d'un arbitre permet de présumer le possible manque d'impartialité ou la possible *partialité* de celui-ci ⁷⁷.

96. La convention des Nations unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères prévoit dans son article V(1) que

[...] la reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve : [...] (d) que la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties, ou, à défaut de convention, qu'elle n'a pas été conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu [...]

Etant donné que les dispositions du Règlement, y compris son article 7(1) relatif à l'indépendance des arbitres, font partie de la convention d'arbitrage conclue par les parties, l'annulation d'une sentence arbitrale pourrait être demandée si, à la fin de la procédure, la partie à l'encontre de laquelle la sentence est invoquée apporte auprès du juge chargé de contrôler celle-ci la preuve que l'un des membres du tribunal arbitral n'était pas indépendant.

97. Le Règlement ne définit pas le mot *indépendance*. Pourtant, il semblerait avoir le plus souvent et avant tout un sens *économique* dans le cadre de l'arbitrage CCI : sauf accord contraire des parties au litige, les arbitres ne devraient avoir de lien économique ou financier ni avec les parties à l'arbitrage ni avec leurs conseils. S'il s'avère que l'arbitre désigné par l'une des parties a un lien économique ou financier avec l'une des parties (ce sera le plus souvent avec la partie qui l'a désigné) et la partie adverse s'oppose à sa confirmation par la Cour internationale d'arbitrage ou son secrétaire général, la Cour doit examiner cette objection et décider si l'arbitre désigné doit être confirmé ou non ⁷⁸. Lorsque l'une des parties à l'arbitrage est une personne morale de droit public et que l'objection porte sur l'arbitre désigné par elle, la Cour fait preuve de souplesse.

98. En effet, dans une affaire récente, un Etat asiatique a désigné en qualité de co-arbitre un fonctionnaire de l'un de ses ministères. Il était évident qu'il existait un rapport économique entre l'Etat asiatique et l'arbitre désigné par celui-ci. Par conséquent, la partie adverse, une société de droit privé étrangère, s'est opposée à la [Page60:] confirmation de l'arbitre désigné, en alléguant son manque d'indépendance. La Cour a néanmoins décidé de confirmer sa désignation, compte tenu des circonstances suivantes : (i) la plupart des personnes de la nationalité de l'Etat en question susceptibles d'agir en qualité d'arbitre en l'espèce avaient un lien économique quelconque avec l'Etat, (ii) il était donc très difficile pour l'Etat asiatique en cause de trouver, en dehors des personnes ayant des liens économiques avec celui-ci, une personne compétente pour agir en tant que co-arbitre dans cette affaire, et (iii) l'arbitre désigné n'avait pas participé au projet qui faisait objet du litige ⁷⁹.

99. Cet exemple montre encore une fois l'effort fait par la Cour internationale d'arbitrage pour gagner la confiance des personnes morales de droit public en privilégiant leur participation à toutes les étapes de la procédure. En ce qui concerne la désignation d'arbitres, la confirmation d'un arbitre proposé par une partie étatique ne sera refusée par la Cour, semble-t-il, que si l'arbitre exerce des fonctions au sein de l'organisme étatique en charge du projet faisant l'objet du litige ou a participé à ce projet. Dans l'une des affaires portées devant la Cour, celle-ci a d'abord confirmé la désignation par une partie étatique d'un fonctionnaire public du même Etat en tant que co-arbitre. Plus tard, la partie adverse, une société de droit privé étrangère, a découvert que cet arbitre avait en fait participé au projet faisant l'objet du litige et avait caché cette information à la Cour. Elle a donc introduit une demande de récusation contre l'arbitre conformément à l'article 11 du Règlement. La Cour, acceptant cette demande, a procédé au remplacement de l'arbitre.

100. Malgré les efforts déployés par la Cour internationale d'arbitrage, grâce à la flexibilité de son Règlement, pour gagner la confiance des parties étatiques, celles-ci choisissent souvent de ne pas participer à la procédure arbitrale. La Cour tente alors une dernière fois de gagner la confiance de la partie étatique en nommant, à sa place, un arbitre partageant la même culture.

La protection de l'intérêt public par la nomination d'un arbitre à la place d'une partie étatique défaillante

101. Lorsque la clause compromissoire prévoit que le litige sera soumis à un tribunal arbitral composé de trois membres, chacune des deux parties doit normalement désigner un co-arbitre. Que se passe-t-il lorsque la partie étatique ne participe pas du tout à l'arbitrage ? Les articles 8(4) et 9(6) du Règlement apportent la réponse. Le premier prévoit que « [s]i l'une des parties s'abstient [de désigner un arbitre pour confirmation], la nomination est faite par la Cour ». Le second dispose que « [l]orsqu'il incombe à la Cour de nommer un arbitre au lieu et place d'une partie défaillante à en désigner un, elle procède à la nomination sur la base d'une proposition du comité national du pays auquel ressortit cette partie. Si la Cour n'accepte pas cette proposition ou si ce comité national ne fait

pas la proposition demandée dans le délai imparti par la Cour, ou si la partie en question est ressortissante d'un pays où il n'a pas été constitué de comité national, la Cour est libre de choisir toute personne qu'elle estime compétente. » Cette dernière règle appelle trois commentaires en ce qui concerne les arbitrages relatifs aux contrats d'Etat.

102. Tout d'abord, la nomination d'un arbitre sur la base d'une proposition faite par le comité national de la CCI, s'il existe, situé dans l'Etat auquel appartient la partie étatique assure que tout au moins l'un des membres du tribunal arbitral sera de la [Page61:] même culture que cette partie étatique et fera en sorte que la position de celle-ci soit entendue et soigneusement considérée. Cette disposition vise donc à gagner la confiance de la partie étatique en cause et, par ce biais, à l'inciter à participer à la procédure arbitrale et à exécuter une éventuelle sentence arbitrale à son encontre. Par ailleurs, la nomination d'un arbitre ayant la même nationalité que la partie étatique défaillante vise également à sauvegarder l'intérêt public qui est à l'origine des agissements de l'appareil étatique.

103. Dans une affaire récente, une partie étatique latino-américaine, agissant en tant que défenderesse, n'a pas soumis de réponse à la demande d'arbitrage dans le délai de trente jours prévu à l'article 5(1) du Règlement et a donc choisi de ne pas participer aux premières étapes de la procédure arbitrale. La convention d'arbitrage prévoyait la constitution d'un tribunal arbitral de trois membres. En conséquence, la Cour, conformément à l'article 9(6) du Règlement, a nommé à la place de la partie étatique défaillante un arbitre de la même nationalité que celle-ci. Le secrétariat de la Cour a notifié aux parties la nomination faite par la Cour et, tout de suite après, la partie étatique latino-américaine a décidé de participer à l'arbitrage et a envoyé une lettre faisant état de sa position.

104. Deuxièmement, s'il n'y a pas de comité national dans le pays d'origine de la partie étatique, ou si ce comité national n'est pas en mesure de faire une proposition, ou sa proposition n'est pas acceptée par la Cour internationale d'arbitrage⁸⁰, la Cour est autorisée par le Règlement à nommer directement la personne qui lui semble appropriée. Elle tentera généralement de nommer un arbitre de la nationalité de la partie étatique en cause, afin de gagner la confiance de celle-ci et de sauvegarder l'intérêt public.

105. Troisièmement, si la Cour internationale d'arbitrage ne trouve pas de candidat approprié de la même nationalité que la partie étatique en cause, elle choisit une personne ressortissant d'un pays de la même région que la partie étatique et partageant la même culture. Ceci permet au tribunal, même s'il doit aborder et décider le litige conformément au droit, de prendre en considération des intérêts politiques et des conséquences humaines du litige qu'il a été chargé de trancher.

L'examen préalable de la sentence arbitrale

106. L'examen préalable de la sentence arbitrale par la Cour internationale d'arbitrage est l'une des caractéristiques les plus remarquées de l'arbitrage CCI. La plupart des projets de sentences arbitrales sont examinés par la Cour réunie sous forme de comité restreint⁸¹. Compte tenu de l'importance des litiges découlant des contrats d'Etat et du caractère souvent délicat des questions qui se posent dans ce genre d'affaires, les sentences y afférentes sont généralement examinées en session plénière.

107. L'examen préalable du projet de sentence arbitrale par la Cour internationale d'arbitrage réunie en session plénière implique (i) que le nombre de membres de la Cour qui examineront le projet et pourront participer au débat sur son approbation sera largement supérieur au nombre de membres composant le comité restreint ; (ii) que quelques-uns de ces membres seront de la même culture que la partie étatique en cause et pourront, le cas échéant, sensibiliser la Cour aux enjeux [Page62:] politiques, économiques et humains du litige et (iii) que, selon la pratique de la Cour, l'un de ses membres sera chargé d'agir en qualité de rapporteur et, après avoir présenté les circonstances de l'affaire, analysera le projet de sentence arbitrale et recommandera à ses pairs une décision d'approbation, d'approbation soumise à condition ou de nonapprobation du projet de sentence. Ce dispositif permet, à notre avis, d'assurer une certaine protection de l'intérêt public qui se profile derrière la partie étatique lorsque le litige porte sur un contrat d'Etat.

Conclusion

108. Le jeu du langage juridique de l'arbitrage commercial international comprend maintes expressions dont la finalité est de contourner l'hostilité que les personnes morales de droit public originaires notamment des pays en voie de développement ressentent à l'égard de la justice arbitrale internationale. *Arbitrabilité subjective et renonciation implicite à l'immunité d'exécution* sont aujourd'hui les expressions les plus significatives servant notamment à empêcher les personnes morales de droit public ayant consenti à une convention d'arbitrage commercial international relative à un contrat d'Etat de se soustraire à leur obligation de soumettre à l'arbitrage les litiges découlant de ce contrat.

109. Ces deux expressions ont cependant été neutralisées par certaines juridictions qui ont eu une perception restreinte de *l'intérêt public* et méconnu la distinction entre l'*Etat* et l'*administration*. La notion d'arbitrabilité subjective, d'une part, a été limitée par celles d'*acte administratif* et de *contrat administratif*. Selon certaines juridictions, les litiges liés à la délivrance d'actes administratifs, et portant notamment sur la légalité de ceux-ci, ainsi que les litiges relatifs à des contrats administratifs, ne peuvent être soumis à l'arbitrage. L'expression *renonciation implicite à l'immunité d'exécution*, d'autre part, a été neutralisée par certaines décisions dans lesquelles la notion de service public et l'expression *biens publics destinés à une activité de service public* ont été utilisées pour rendre insaisissables certains biens appartenant à une personne morale de droit public.

110. L'approche de l'arbitrage commercial international relatif aux contrats d'Etat se caractérise par son oscillation entre deux orientations opposées : économique d'une part, politique de l'autre. Les jeux du langage juridique reflètent cette antinomie. Les impératifs de l'économie mondiale ont donné lieu à des expressions destinées à assurer la participation des parties étatiques à l'arbitrage et le respect par celles-ci de la parole donnée lorsqu'elles ont consenti à une convention d'arbitrage commercial international. Dans le sens opposé, les décisions prises par certaines juridictions viennent neutraliser cette tendance par l'emploi d'expressions opposées, traduisant la méfiance que suscite encore aujourd'hui chez bon nombre d'Etats en voie de développement la notion d'arbitrage commercial international. Dans cette oscillation, il nous semble que le pendule se trouve aujourd'hui du côté politique. Les tenants de la position économique ne tarderont certainement pas à réagir.

111. Notre analyse montre qu'en matière de contrats d'Etat le langage juridique n'est qu'un instrument de valeurs politiques et économiques. Ni le droit positif ni la doctrine n'a trouvé, à notre avis, un équilibre entre la position économique et la position politique. En revanche, la pratique arbitrale et notamment celle de la CCI a su [Page63:] concilier les deux tendances et inspirer confiance aux parties. Les décisions des arbitres CCI quant à l'arbitrabilité du litige et les règles et

pratiques de la Cour concernant l'examen *prima facie* des conventions d'arbitrage, la fixation du lieu de l'arbitrage, les mesures provisoires et conservatoires, la portée du consentement à la convention d'arbitrage, la constitution du tribunal arbitral et l'examen préalable de la sentence arbitrale constituent un cadre juridique où les intérêts privés et l'intérêt public trouvent leur place.

112. Le succès de la Cour internationale d'arbitrage dans ce domaine semble être dû au fait qu'elle a su épouser l'éclectisme récusé par les théoriciens. La réalité, y compris toutes les pratiques juridiques, est naturellement et essentiellement éclectique. Soutenir le contraire, comme l'a fait Kelsen⁸², serait utopique. La science du droit n'existe pas dans un vacuum. A note avis, l'analyse de la théorie économique et de la philosophie politique est indispensable pour comprendre les enjeux de l'arbitrage des contrats d'Etat et pour trouver des solutions aux problèmes qui en découlent.

1

Les opinions exprimées dans cet article sont celles de l'auteur qui ne prétend exprimer, en aucune manière, la position de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI ou celle de son secrétariat. L'auteur tient à remercier Virginia Hamilton de son assistance rédactionnelle.

2

Sur la notion de jeu du langage juridique, voir E. Silva-Romero, Wittgenstein et la philosophie du droit - les jeux du langage juridique, Paris, PUF, 2002.

3

B. Oppetit, Théorie de l'arbitrage, Paris, PUF, 1998 à la p. 109. Souligné par nous.

4

Nous croyons cependant que, malgré la tradition, les distinctions juridiques classiques sont en voie de disparition. cf. M.A. FrisonRoche, « Le droit reconnaît désormais l'activité professionnelle - Le législateur repense la distinction entre le civil et le commercial » Le Monde (26 février 2002) 20.

5

Aristote, Ethique à Nicomaque, V, 4, 1182a, 15, nouvelle traduction avec introduction, notes et index par J. Tricot, Paris, Librairie Philosophique Vrin, 1994, aux pp. 234-235.

6

Il existe une abondante littérature sur le thème de l'arbitrage commercial international et les contrats d'Etat. Voir, par exemple, K.-H. Böckstiegel, « Les règles de droit applicables aux arbitrages commerciaux internationaux concernant des Etats ou des entreprises contrôlées par l'Etat » dans Arbitrage international 60 ans après : regard sur l'avenir, Paris, ICC Publishing 1984 (publication CCI n° 412), 125 ; id., Arbitration and State Entreprises, La Haye, Kluwer Law International, 1984 ;

les rapports présentés le 11 octobre 1985 lors du colloque sur les Etats et l'arbitrage international organisé par le Comité français de l'arbitrage, [1985] Rev. arb., 489 ; et J.D.M. Lew, dir., *Contemporary Problems in International Arbitration*, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College, Université de Londres, 1986. Nous n'allons pas traiter ici le sujet, si intéressant, des règles juridiques applicables aux contrats d'Etat. Ce sujet, nous semble-t-il, devrait faire à lui tout seul l'objet d'un autre article.

7

« Contrat d'Etat. Contrat conclu entre un Etat souverain et une personne privée. V. internationalisation (sens 3) » (G. Cornu, dir., *Vocabulaire juridique*, 3e éd., Paris, PUF, 2002, à la p. 223). « Internationalisation. [...] 3 Soumission au droit international (public) d'un contrat d'Etat, destinée à soustraire celui-ci à l'ordre juridique interne de cet Etat » (ibid. à la p. 485). P. Mayer, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat » [1986] J.D.I. 5, distingue entre « contrat d'Etat stricto sensu » et « contrat d'Etat au sens large ». Le premier est celui qui est conclu entre un Etat souverain et une société de droit privé étrangère. Le second est celui qui est conclu entre une émanation de l'Etat et une société de droit privé étrangère. Dans le présent article, nous allons adopter le sens large mentionné.

8

cf. Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996 à la p. 43.

9

Parler de « jurisprudence arbitrale » est, stricto sensu, erroné. En effet, les arbitres ne sont aucunement tenus d'appliquer ou de suivre les principes généraux dégagés par d'autres arbitres dans leurs sentences arbitrales. Toutefois, en raison des mérites descriptifs de cette expression, nous l'emploierons tout au long de cet article.

10

Cass, civ. 1re, 2 mai 1966, [1966] Rev. arb. 99.

11

Les articles 83 et 1004 de l'ancien Code de procédure civile français ont été remplacés par l'article 2060 du Code civil tel que modifié par les lois n° 72-626 du 5 juillet 1972 et n° 75-596 du 9 juillet 1975. Aux termes de ce dernier (souligné par nous) : « (L. n° 72-626 du 5 juillet 1972) On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. (L. n° 75-596 du 9 juillet 1975) Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre. »

12

Pour un commentaire sur l'article 177(2) de la loi suisse sur le droit international privé, voir P. Lalive, J.-F. Poudret et C. Reymond, *Le droit de l'arbitrage interne et*

international en Suisse, Lausanne, Payot, 1989, à la p. 303 et s.

13

Par exemple, l'article 1er de la constitution de la Colombie de 1991 fait référence expressément à l'intérêt général : « Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. » (souligné par nous) [Traduction : La Colombie est un Etat social de droit organisé sous la forme d'une république unitaire, décentralisée, reconnaissant l'autonomie de ses collectivités locales, démocratique, participative et pluraliste, fondée sur le respect de la dignité humaine, sur le travail et la solidarité des personnes la composant et sur la primauté de l'intérêt général.]

14

Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, supra note 8 aux pp. 4344. Souligné par nous.

15

« Débats » [1985] Rev. arb. 585.

16

cf. Y. Derains et E.A. Schwartz, A Guide to the New ICC Rules of Arbitration, La Haye, Kluwer Law International, 1998 à la p. 3.

17

Sur l'apport de la jurisprudence arbitrale de la CCI, voir par ex. Y. Derains, « Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale » [1993] J.D.I. 829.

18

E. Loquin, « La réalité des usages du commerce international » [1989] Revue internationale de droit économique 163. Sur le contenu de la lex mercatoria, voir aussi Lord Mustill, « The New Lex Mercatoria : The First Twenty-Five Years » dans Liber Amoricum for the Rt. Hon. Lord Wilberforce, Oxford, Clarendon, 1987, 149.

19

La convention d'arbitrage est un contrat.

20

Par exemple, l'article 3, in fine, du Code civil français : « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays

étrangers. »

21

Cass, civ 1re, 2 mai 1966, [1966] Rev. arb. 99-100 : « [...] que la prohibition dérivant des articles 83 et 1004 du Code de procédure civile ne soulève pas une question de capacité au sens de l'art. 3 du Code civil ; que la cour d'appel avait seulement à se prononcer sur le point de savoir si cette règle, édictée pour les contrats internes, devait s'appliquer également à un contrat international passé pour les besoins et dans des conditions conformes aux usages du commerce maritime ; que l'arrêt attaqué décide justement que la prohibition sus-visée n'est pas applicable à un tel contrat et que par la suite, en déclarant valable la clause compromissoire souscrite ainsi par une personne morale de droit public, la cour d'appel [...] a légalement justifié sa décision. »

22

Cass, civ. 1re, 20 décembre 1993, (1994) 83 Rev. cri. dr. internat. privé 663 (note P. Mayer) : « [...] attendu qu'en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique [...] »

23

Voir ci-dessus, § 5.

24

Voir Y. Derains, supra note 17 aux pp. 851-852 : « Dans la sentence rendue en 1971 dans l'affaire n° 1939 (J.D.I. 1975, 919), une sentence déclarait : « L'ordre public international s'opposerait avec force à ce qu'un organe étatique, traitant avec des personnes étrangères au pays, puisse passer ouvertement, le sachant et le voulant, une clause d'arbitrage qui met en confiance le cocontractant et puisse ensuite, que ce soit dans la procédure arbitrale ou dans une procédure d'exécution, se prévaloir de la nullité de sa propre parole. » Une sentence de 1986, dans l'affaire n° 4381 (J.D.I. 1986, 1103) reprenait cette formule comme faisant partie de la jurisprudence arbitrale. L'aptitude de l'Etat à compromettre est l'un des domaines où l'ordre public transnational intervient le plus fréquemment. Ce n'est pas que l'inaptitude à compromettre de l'Etat ou des entreprises publiques serait contraire à l'ordre public transnational car on voit mal au nom de quel principe supérieur la législation nationale devrait obligatoirement autoriser l'Etat et les personnes morales de droit public à recourir à l'arbitrage. Ce qui est contraire à l'ordre public transnational c'est l'attitude de l'Etat ou de l'entreprise publique consistant à conclure une clause d'arbitrage sans révéler son inaptitude puis à invoquer celle-ci pour se soustraire à son engagement. Comme l'a souligné Pierre Lalive [...] un tel comportement heurte l'ordre public transnational en ce qu'il sape la confiance nécessaire à la sécurité du commerce international dont l'arbitre est le protecteur naturel. »

25

Ibid. à la p. 852.

26

Par exemple, l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 25 octobre 2000, C-1436/00, « Demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 - Por la cual se expide el Estatuto de Contratación de la Administración Pública » (magistrat : Alfredo Beltrán Sierra); et l'arrêt du conseil d'Etat, 3e sect., du 23 février 2000.

27

L'arrêt de la Cour constitutionnelle colombienne cité ci-dessus, par exemple, définit l'acte administratif comme suit : « El acto administrativo [es] la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos. » [Traduction : L'acte administratif est la manifestation de la volonté de l'administration visant à produire des effets juridiques, c'est-à-dire la création, la modification ou l'extinction des droits des administrés, ou à l'encontre de ceux-ci.] Le droit administratif colombien suit pourtant de très près le droit administratif français. En France, un acte est qualifié d'administratif lorsqu'il est pris par une autorité administrative dans l'exercice d'une prérogative de puissance publique ou au moyen de prérogatives de puissance publique (cf. R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, 15e éd., Paris, Montchrestien, 2001 en particulier à la p. 543). En droit administratif français, seulement les actes émis par l'administration dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique ou au moyen de celles-ci sont des actes administratifs. Le jeu de langage du droit administratif colombien aurait donc opéré une modification arbitraire du sens original de l'expression d'acte administratif tel que dégagé par la jurisprudence administrative française. Sur les modifications arbitraires des sens originaux des expressions juridiques, voir E. Silva-Romero, *supra* note 2 en particulier à la p. 113 et s.

28

Voir, par exemple, J.-B. Lee, *L'arbitrage commercial international dans les pays du Mercosud*, thèse de l'université Paris II (Panthéon-Assas), 2000 à la p. 37 et s. [non publiée] ; H. Grigera-Naón, « Arbitration in Latin America : Overcoming Traditional Hostility » (1989) 5 *Arbitration International* 137.

29

cf., par exemple, Chapus, *supra* note 27 à la p. 544 et s.

30

Conseil d'Etat libanais, 17 juillet 2001, [2001] *Rev. arb.* 855 (note M. Sfeir-Slim et H. Slim).

31

Art. 6(2) du Règlement : « Si le défendeur ne répond pas à la demande comme il est prévu à l'article 5, ou lorsqu'une des parties soulève un ou plusieurs moyens relatifs à l'existence, à la validité ou à la portée de la convention d'arbitrage, la Cour peut décider, sans préjuger la recevabilité ou le bien-fondé de ce ou ces moyens, que l'arbitrage aura lieu si, *prima facie*, elle estime possible l'existence d'une convention d'arbitrage visant le Règlement. Dans ce cas, il appartiendra au tribunal arbitral de prendre toute décision sur sa propre compétence. Si la Cour ne parvient pas à cette conclusion, les parties sont informées que l'arbitrage ne peut avoir lieu. Dans ce cas, les parties conservent le droit de demander à la juridiction compétente si elles sont ou non liées par une convention d'arbitrage. »

32

« La Cour ne tranche pas elle-même les différends. Elle a pour mission d'assurer l'application du Règlement. » (Règlement, art. 1(2)). L'application du droit applicable à la capacité d'une partie de compromettre ou à la convention d'arbitrage appartient au tribunal arbitral.

33

cf. l'article V(1)(a) de la convention des Nations unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958 : « 1. La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve : (a) que les parties à la convention [d'arbitrage] étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue [...] » (souligné par nous).

34

Dans l'affaire en question, les conseils des parties résidaient en Europe.

35

Voir ci-dessus, § 5.

36

cf. Cass, civ. 1re, 6 juillet 2000, Société Creighton c. Ministère des Finances de l'Etat du Qatar et Paris, 1re ch. A, 10 août 2000, Ambassade de la Fédération de Russie en France et a. c. Compagnie Noga d'importation et d'exportation, [2001] Rev. arb. 114 (note Ph. Leboulanger, qui observe à la p. 123 : « A un mois d'intervalle la Cour de cassation (1re Chambre civile) et la Cour d'appel de Paris (1re Chambre A) ont rendu deux décisions majeures en matière d'arbitrage international et d'immunité d'exécution. Ces deux domaines, l'un caractérisé par le libéralisme nécessaire aux relations contractuelles internationales, l'autre qui est l'expression de la souveraineté de l'Etat en droit international, sont par nature largement antinomiques. »)

37

En droit colombien, par exemple, la compétence pour accorder des mesures conservatoires et provisoires à l'encontre d'une personne morale de droit public est réservée exclusivement à la juridiction administrative.

38

Le règlement de référé pré-arbitral de la CCI a été publié sous forme de brochure (publication CCI n° 482) et est également disponible sur le site internet de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI (www.iccarbitration.org).

39

E. Gaillard, « First International Chamber of Commerce Pre-Arbitral Referee Decision » *New York Law Journal*, *International Arbitration Law* (7 février 2002) 3, 6.

40

Ibid. à la p. 3 : « Ce mécanisme pré-arbitral peut [...] être très utile en cas de contrats d'Etat. Lorsqu'un contrat est conclu entre un Etat et une partie de droit privé, celle-ci risque de voir une demande de mesures provisoires portée devant le juge de l'Etat auquel appartient la partie étatique. L'insertion dans le contrat concerné d'une clause d'attribution de compétence exclusive à un tiers statuant en référé investi du pouvoir d'ordonner toute mesure provisoire permet de surmonter ce qui est perçu comme un déséquilibre. Grâce à cette disposition, la compétence du juge est totalement exclue au profit de celle du tiers statuant en référé. » [traduction de l'anglais]

41

« Toute partie au présent contrat peut recourir au règlement de référé pré-arbitral de la Chambre de commerce internationale, les parties se déclarant liées par les dispositions dudit règlement. »

42

Voir ci-dessus, § 26.

43

Il existe une abondante littérature sur l'immunité d'exécution. Voir, par exemple, I. Pingel, *Les immunités des Etats en droit international*, thèse de doctorat de l'université Paris I, 1993 ; B. Oppetit, « La pratique française en matière d'immunité internationale » dans *L'immunité d'exécution de l'Etat étranger*, compte rendu de la 4e journée d'actualité internationale, le 22 avril 1988, Centre de droit international de Nanterre, 1990, 49.

44

Cass., civ 1re, 6 juillet 2000, *Société Creighton c. Ministère des Finances de l'Etat du Qatar et a.*, [2001] *Rev. arb.* 114 (note Ph. Leboulanger).

45

Règlement de 1988, art. 24 : « Caractère définitif et exécutoire de la sentence. (1) La sentence arbitrale est définitive. (2) Par la soumission de leur différend à l'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale, les parties s'engagent à exécuter sans délai la sentence à intervenir et renoncent à toutes voies de recours auxquelles elles peuvent renoncer. » A cet article a succédé l'article 28(6) du Règlement de 1998, qui dispose : « Toute sentence arbitrale revêt un caractère obligatoire pour les parties. Par la soumission de leur différend au présent Règlement, les parties s'engagent à exécuter sans délai la sentence à intervenir, et sont réputées avoir renoncé à toutes voies de recours auxquelles elles peuvent valablement renoncer. »

46

« Vu les principes du droit international régissant les immunités des Etats étrangers, ensemble l'article 24 du règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale [...] »

47

Ph. Leboulanger, supra note 44, soutient, à la p. 125, que « [l]e règlement d'arbitrage de la CCI accède ainsi au rang de véritable règle de droit et la Cour de cassation trouve dans les dispositions de l'article 24 (dans la version de 1988, devenu, légèrement modifié en la forme, l'article 29-6 [sic] du règlement en vigueur depuis le 1er janvier 1998) l'une des sources du droit de l'immunité d'exécution en matière d'arbitrage commercial international. C'est la première fois, à notre connaissance, qu'un règlement d'arbitrage, le plus utilisé il est vrai, reçoit une telle consécration. »

48

Ibid. aux pp. 125-26.

49

Paris 1re ch. A, 10 août 2000, Ambassade de la Fédération de Russie en France et a. c. Compagnie Noga d'importation et d'exportation, [2001] Rev. arb. 114.

50

Par exemple, F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Droit civil - Les obligations, 7e éd., Paris, Dalloz, 1999, en particulier à la p. 85 et s.

51

Par exemple, Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, supra note 8, en particulier à la p. 261 et s.

52

C. civ., art. 1131 : « L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet. ». C. civ., art. 1133 : « La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public. »

53

cf., par exemple, F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, supra note 50 à la p. 312 et s.

54

Voir ci-dessus, § 17 et s.

55

C. civ., art. 1109 : « Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol ».

56

En Colombie, par exemple, une personne morale de droit public pourrait alléguer - et le conseil d'Etat colombien la soutiendrait - que le consentement qu'elle avait donné à une convention d'arbitrage à portée illimitée était nul puisqu'elle n'entendait pas renoncer à porter devant la juridiction administrative colombienne les litiges découlant de l'émission d'actes administratifs (cf. ci-dessus, § 21 et s.).

57

Ce principe est consacré en droit français par l'article 1165 du Code civil : « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121. » (L'article 1121 porte sur la stipulation pour autrui.)

58

Cette affaire a été abondamment commentée. Voir, par exemple, Y. Derains et E.A. Schwartz, supra note 16 à la p. 94 et s ; Ph. Leboulanger, « Groupes d'Etat(s) et arbitrage » [1989] Rev. arb. 415 ; P. Cahier, « The strengths and weaknesses of international arbitration involving a state as a party » dans J.D.M. Lew supra note 6, 241 ; P. Lalive, « Arbitration with foreign states or state-controlled entities : some practical questions » ibid., 289.

59

Paris, 1re ch. suppl., 12 juillet 1984, [1986] Rev. arb. 75.

60

Cass., civ. 1re, 6 janvier 1987, [1987] Rev. arb. 469.

61

cf. P. Mayer, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence » dans Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, t. 217, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1990, 319 aux pp. 332-33.

62

Cette position est aussi celle de Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, supra note 8 à la p. 314 et s.

63

Un examen de la problématique des litiges extra-contractuels n'a été fait que par un seul auteur, Claude Reymond, qui soulève plus de questions qu'il n'apporte de réponses. Voir C. Reymond, « Conflits de lois en matière de responsabilité délictuelle devant l'arbitre international » dans Travaux du Comité français de droit international privé, 1988-89/1989-90, Paris, CNRS, 1991, 97.

64

Il en est ainsi dans le droit colombien par exemple.

65

Voir ci-dessus, § 21 et s.

66

Art. 70 et 71 de la loi colombienne n° 80 de 1993 relative au statut général des contrats administratifs ; art. 809 du code de procédure civile libanais.

67

« Apparemment cohérente, [la] construction [du conseil d'Etat] est loin de tenir compte de l'évolution du droit de l'arbitrage, des pratiques actuelles du commerce international et, surtout, de l'esprit qui a présidé à l'élaboration de la réglementation libanaise de l'arbitrage. En effet, en refusant d'admettre que la formule de l'article 809 du nouveau Code de procédure civile est de portée générale et transcende par conséquent la distinction entre contrats de droit privé et contrats de droit public, la Haute juridiction administrative occulte le fait que les Etats sont, à l'instar des personnes de droit privé, des opérateurs du commerce international. La soumission des contrats de droit public internes et internationaux à un même régime en matière d'arbitrage ne semble pas, en outre, tenir compte de l'internationalisation croissante dans ce domaine et de la place qu'occupe aujourd'hui ce mode de règlement des conflits dans les relations commerciales internationales. Enfin, l'interprétation de l'article 809, telle que formulée par le conseil d'Etat libanais, tend à méconnaître totalement la distinction entre arbitrage interne et arbitrage international qui est pourtant clairement affirmée par la loi libanaise [...] ». M. Sfeir-Slim et H. Slim, Note sur les arrêts Etat libanais c. société FTML (Cellis) SAL et Etat libanais c. Libancell SAL [2001] Rev. arb. 855 à la p. 875.

68

P. Mayer, supra note 7 aux pp. 8-9.

69

I

70

Ibid. à la p. 10.

71

Ibid. : « Le droit qui régit les rapports entre l'Administration et les personnes privées ne saurait émaner de l'Administration ; une règle ne peut en effet être dite juridique que si elle est hétéronome par rapport à ceux auxquels elle s'applique. Mais l'Administration est soumise, comme les personnes privées, au droit qui émane de l'Etat. »

72

Ibid. aux pp. 13-14.

73

Platon, Les Lois, livres V et XII.

74

Ainsi, l'expression « pratique de la Cour » est trompeuse. On pourrait avoir l'impression que la Cour a développé des critères stricts d'application des dispositions de son Règlement dont elle ne se sépare jamais. Ce n'est pourtant pas le cas. Etant donné la flexibilité du Règlement, la seule véritable pratique de la Cour est celle d'examiner très judicieusement les caractéristiques de chaque affaire afin de prendre à son égard la décision la plus juste.

75

cf. P. Mayer supra note 7 à la p. 5 : « L'exécution des contrats conclus entre un Etat et une entreprise étrangère recèle des dangers dont la mesure est, pour chacun des partenaires, du même ordre de grandeur. Du côté de l'Etat, le risque majeur est celui d'une exécution défectueuse par le cocontractant privé ; lorsque le contrat vise à réaliser un projet vital pour l'économie de l'Etat, les conséquences des fautes de l'entreprise peuvent être catastrophiques. »

76

cf. art. 7 du Règlement.

77

Voir, par exemple, Y. Derains et E.A. Schwartz, supra note 16 à la p. 108 et s.

78

cf. art. 9(2) du Règlement.

79

Voir, par exemple, Y. Derains et E.A. Schwartz, *supra* note 16 à la p. 119.

80

La Cour peut, par exemple, rejeter la proposition si elle estime que l'arbitre proposé n'est pas indépendant par rapport au projet faisant l'objet du litige.

81

« Le comité restreint se compose d'un Président et de deux membres au moins. Le Président de la Cour préside le comité restreint. » (art. 4(2) du Règlement intérieur de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI) Le comité restreint est habituellement composé du président de la Cour et de deux de ses membres. La Cour se réunit hebdomadairement sous forme de comité restreint. Une fois par mois elle se réunit en session plénière, ouverte à l'ensemble de ses membres. Aujourd'hui, la Cour est composée de 116 membres originaires de 77 pays.

82

H. Kelsen, *Théorie Pure du Droit*, 2e éd. (1960), trad. par Ch. Eisenmann, Paris, LGDJ-Bruylant, 1999 à la p. 9.
