

ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL
FONDÉE EN 1923 AVEC LE CONCOURS DE LA
DOTATION CARNEGIE POUR LA PAIX INTERNATIONALE

RECUEIL DES COURS
COLLECTED COURSES OF THE HAGUE
ACADEMY OF INTERNATIONAL LAW

2019

Tome 400 de la collection

BRILL | NIJHOFF

Leiden/Boston

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	29
Section I. Les notions ou les concepts	29
Paragraphe 1. La notion d'efficacité	29
Paragraphe 2. Le concept d'arbitrage commercial international	33
A. Les caractéristiques essentielles de l'arbitrage	33
B. L'internationalité de l'arbitrage, des approches différentes.	34
Section II. L'intérêt de l'étude de l'efficacité de l'arbitrage commercial international.	38
Section III. Approche adoptée et annonce du plan du cours	40
Première partie: Efficacité et «relevances» de l'arbitrage commercial international.	45
Chapitre I. L'efficacité, talon d'Achille de l'ordre juridique arbitral	47
Section I. L'arbitre, organe d'un ordre juridique à efficacité intrinsèque relative	47
Paragraphe 1. L'existence d'un ordre juridique arbitral	47
A. La théorie <i>lex mercatoriste</i> de l'ordre juridique arbitral	48
1. Exposé de la théorie	48
2. Critiques adressées à la thèse <i>lex mercatoriste</i> de l'ordre juridique arbitral	50
B. La théorie non <i>lex mercatoriste</i> de l'ordre juridique arbitral	51
Paragraphe 2. L'existence d'une efficacité intrinsèque relative	52
A. L'existence d'une efficacité intrinsèque.	53
B. La relativité de l'efficacité intrinsèque	55
1. Les critiques aux «sanctions» non étatiques	55
2. En tant que juge privé, l'arbitre ne dispose pas de <i>l'imperium</i>	57
Section II. Une certaine importance de l'ordre juridique du siège	60
Sous-section 1. La théorie classique et le rôle crucial du siège pour l'efficacité	61
Paragraphe 1. La théorie classique: la «religion» du siège, qui détermine l'efficacité de l'arbitrage international.	61
Paragraphe II. Appréciation critique.	64
Sous-section II. Le dépassement de la théorie classique et l'ameusement du rôle du siège en matière d'efficacité	66
Paragraphe 1. Un rôle concurrencé en matière d'assistance	67
Paragraphe 2. Le dépassement de la technique de la litispendance	74
A. Exposé de la litispendance comme technique de coordination des compétences arbitrales et étatiques.	75
B. Une technique dépassée en matière d'arbitrage international	79
Paragraphe 3. Portée de la décision sur l'annulation rendue dans l'Etat du siège	81
A. Indifférence du refus du juge du siège d'annuler la sentence.	81

B. Recul de la déférence du juge d'exequatur à l'annulation au siège de la sentence arbitrale internationale	85
1. La Convention de New York, des lectures différentes	85
2. Les conventions régionales et les législations nationales récentes: une tendance vers le recul	91
3. Une jurisprudence comparée, riche de sens	96
a) La jurisprudence française, constance et forte charge théorique.	96
b) Une jurisprudence comparée, parfois hésitante	101
Paragraphe 4. Vers une suppression du recours en annulation au siège?	107
A. L'exclusion volontaire, conditionnée par l'absence de lien avec le siège: droits belge, péruvien, suisse, suédois et tunisien	107
B. L'exclusion volontaire, non conditionnée par l'absence de lien avec le siège: droits français et panaméen	111
C. Réflexion sur l'avenir du recours en annulation	114
Section III. Une importance certaine d'autres ordres juridiques pour l'efficacité	118
Paragraphe 1. Ordres juridiques nationaux	118
A. Une importance certaine des pays d'exécution	118
1. Exposé de la théorie de la multilocalisation de l'arbitrage dans les pays où la sentence est susceptible d'être accueillie	119
2. La théorie de la multilocalisation, autorisée par la Convention de New York	123
B. Fors de nécessité pour l'efficacité de l'arbitrage international (en droit français)	124
1. Première étape: une jurisprudence française qui consacre un for de nécessité pour l'efficacité de l'arbitrage international.	125
2. Seconde étape: le décret de 2011, confirme et consolide le for de nécessité de l'efficacité de l'arbitrage international	128
Paragraphe 2. L'ordre juridique international, un ordre de relance de l'efficacité de l'arbitrage commercial international par le biais de l'arbitrage d'investissement (CIRDI)	130
A. Quelques généralités sur l'arbitrage CIRDI: droit international public et efficacité renforcée	130
1. Un arbitrage, qui «baigne» dans un environnement de droit international public	130
2. Une efficacité renforcée	132
B. L'arbitrage d'investissement (CIRDI) et le sauvetage de la convention arbitrale internationale.	137
C. L'arbitrage d'investissement (CIRDI) et la sanction du non-respect par l'Etat d'une sentence arbitrale commerciale internationale	140
Chapitre II. L'arbitrage commercial international et la recherche de l'efficacité	145
Section I. Une recherche nécessaire: le devoir de l'arbitre de rechercher l'efficacité	145

Paragraphe 1. Un devoir fondé	145
A. Un devoir fondé sur le statut de l'arbitre international comme contractant	146
B. Un devoir fondé sur le statut de l'arbitre international comme juge.	150
1. Le devoir d'efficacité de l'arbitre juge	151
2. Le devoir d'efficacité de l'arbitre international en tant que juge soucieux de la pérennité de l'ordre juridique arbitral	153
3. Le devoir d'efficacité de l'arbitre «professionnel de la justice» (approche sociologique).	154
Paragraphe 2. Un devoir sanctionné.	156
A. La révocation	157
B. La responsabilité	160
Section II. Arbitrage et moyens de réalisation de l'efficacité	166
Paragraphe 1. La garde de l'ordre public transnational, moyen principal d'efficacité	167
A. L'ordre public transnational, un moyen d'efficacité	167
B. L'ordre public transnational, le moyen principal d'effi- cacité des sentences arbitrales	171
1. Un ordre public de l'arbitre ou la légitimité de l'ordre public transnational	172
2. L'ordre public transnational, un ordre public commun	177
a) Caractère commun et référence par le juge contrô- leur à son ordre public	177
b) Caractère commun et référence par le juge contrô- leur lui-même à l'ordre public transnational.	179
3. L'ordre public transnational, un ordre public unique	184
4. L'ordre public transnational: un concentré de fonctions d'ordres publics.	186
Paragraphe 2. Le respect des lois de police, un moyen complé- mentaire d'efficacité	192
A. La supériorité de l'ordre public transnational n'implique pas une exclusion des lois de police	192
1. Contenu de l'ordre public transnational, encore à ses début	193
2. Le caractère universaliste de l'ordre public transnational ne peut absorber les lois de police particularistes.	197
B. La méthode des lois de police, en tant que complément d'efficacité de l'arbitrage	202
1. Quelles lois de police l'arbitre doit-il respecter?	203
2. Comment respecter les lois de police?	209
Section III. Une recherche de l'efficacité à tout prix?	212
Paragraphe 1. Les considérations liées aux principes fondamen- taux de l'ordre juridique arbitral: les lois de police contraires à l'ordre public transnational, à évincer.	213
Paragraphe 2. Considérations liées à l'autonomie des ordres juri- diques concernés par l'arbitrage: l'indifférence nécessaire aux <i>anti-suit injunctions</i>	217
A. Contre les <i>anti-suit injunctions</i> prononcées à l'encontre de l'arbitrage.	218

1. Les <i>anti-suit injunctions</i> prononcées par les juridictions du siège	219
2. Les <i>anti-suit injunctions</i> prononcées par les juridictions d'un Etat partie à un contrat d'Etat	222
3. L'attitude des arbitres face aux <i>anti-suit injunctions</i> prononcées à l'encontre de l'arbitrage.	223
a) Le dilemme des arbitres	223
b) L'indifférence des arbitres aux <i>anti-suit injunctions</i> : une attitude raisonnable.	227
B. Contre les <i>anti-suit injunctions</i> prononcées au soutien de l'arbitrage.	234
1. Illustration des <i>anti-suit injunctions</i> «au soutien de l'arbitrage»	235
a) <i>Anti-suit injunctions</i> prononcées par des juges étatiques au soutien de l'arbitrage	235
b) Les <i>anti-suit injunctions</i> prononcées par les arbitres au soutien de l'arbitrage	237
2. Appréciation critique des <i>anti-suit injunctions</i> prononcées au soutien à l'arbitrage	238
Deuxième partie: Efficacité et réalisation de l'arbitrage commercial international	247
Chapitre I. Efficacité et convention d'arbitrage.	249
Section I. L'autonomie de la convention d'arbitrage, «instrument» privilégié d'efficacité de l'arbitrage international	249
Paragraphe 1. L'autonomie matérielle de la convention d'arbitrage, un rempart contre l'inefficacité découlant du contrat	250
A. Une autonomie matérielle de la convention d'arbitrage, objet d'un véritable consensus de la communauté internationale.	250
B. Une autonomie matérielle de la convention d'arbitrage, consubstantielle à l'efficacité de l'arbitrage international	256
1. L'autonomie matérielle de la convention d'arbitrage l'immunise de l'inefficacité découlant du contrat principal.	256
2. Les prolongements de l'autonomie matérielle, du contrat principal au contrat d'arbitre.	261
3. L'autonomie matérielle de la convention d'arbitrage conditionne l'office de l'arbitre en matière d'efficacité	263
Paragraphe 2. L'autonomie juridique de la convention d'arbitrage, un rempart contre l'inefficacité découlant des droits étatiques	267
A. Incertitudes liées à la méthode conflictuelle, nuisible à l'efficacité de la convention d'arbitrage	267
1. Incertitudes liées à la méthode conflictuelle classique, contraires à l'efficacité des conventions d'arbitrage	268
a) Risques d'inefficacité liés à l'identification de la règle de conflit	268
b) Risques d'inefficacité liés à la loi désignée par la règle de conflit	275
2. Incertitudes liées aux règles de conflit à finalité matérielle (in favorem)	279

B.	Consécration en droit français d'une autonomie de la convention d'arbitrage par rapport à tout droit étatique	283
1.	Exposé de la jurisprudence affirmant l'autonomie juridique de la convention d'arbitrage	283
2.	Appréciation de la jurisprudence affirmant l'autonomie juridique de la convention d'arbitrage	286
C.	Une combinaison entre les règles de conflit et les règles matérielles, est-ce possible?	288
1.	Combinaison entre les règles de conflit et les règles matérielles en droit français?.	288
2.	Combinaison entre les règles de conflit et les règles matérielles en droit tunisien?	292
Section II. Formation de la convention d'arbitrage et efficacité		296
Paragraphe 1. Assouplissement de la forme de la convention d'arbitrage		296
A.	Une évolution vers le consensualisme	297
1.	Un formalisme allégé.	297
a)	Une souplesse des formes exigées	297
b)	L'écrit, <i>ad probationem</i> ou <i>ad validitatis</i> ?	300
2.	Un consensualisme affirmé	302
B.	L'admission des clauses d'arbitrage par référence	305
1.	L'approche formaliste, en perte de vitesse.	305
2.	L'approche consensualiste des clauses d'arbitrage par référence.	307
Paragraphe 2. Sauvetage des conventions d'arbitrage pathologiques.		311
A.	Typologie des clauses pathologiques	312
B.	Un sauvetage recherché	313
1.	Le sauvetage législatif	314
2.	Le sauvetage judiciaire	316
Paragraphe 3. Elargissement du domaine de la convention d'arbitrage (arbitrabilité).		321
A.	Émancipation progressive de l'arbitrabilité objective par rapport à l'ordre public	322
1.	Une émancipation par rapport à l'ordre public assumée: l'exemple du droit français de l'arbitrabilité objective	322
2.	Vers une émancipation par rapport à l'ordre public: l'exemple de l'arbitrabilité objective du droit tunisien	332
3.	Une nécessaire pondération de l'arbitrabilité en cas de partie faible	340
B.	Une arbitrabilité des litiges impliquant l'Etat et les personnes publiques	350
1.	Un consensus de la communauté internationale	351
2.	«La laborieuse» évolution vers l'arbitrabilité des litiges impliquant l'Etat et les personnes publiques: l'illustration par les droits français et tunisien.	353
a)	L'arbitrabilité internationale des litiges impliquant l'Etat et les personnes publiques, une pièce maîtresse dans l'efficacité	353

a.1. Une neutralisation des prohibitions de droit interne	353
a.2. Une neutralisation des prohibitions étrangères	356
b) Les « contorsions byzantines » de la jurisprudence	358
3. Arbitres et interdiction d'ordre public transnational à l'Etat et aux personnes publiques de renier leur engagement d'arbitrage	367
Section III. Effets de la convention d'arbitrage et efficacité	370
Paragraphe 1. Efficacité et effets obligatoires renforcés de la convention d'arbitrage	370
A. Une efficacité renforcée de l'effet positif de la convention d'arbitrage: le principe d'exécution en nature	372
B. Une efficacité renforcée de l'effet négatif de la convention d'arbitrage	380
Paragraphe 2. Efficacité et effet relatif atténué: un rayonnement étendu de la convention d'arbitrage	382
A. La place de la clause compromissoire dans les opérations juridiques à trois personnes: de nouvelles perspectives d'efficacité	384
B. L'extension	386
1. Une extension bien établie: en cas de groupe de sociétés	386
a) La jurisprudence arbitrale	387
b) La jurisprudence française	389
c) Autres jurisprudences: l'extension gagne du terrain	393
2. Une extension en puissance: les conventions d'arbitrage conclues par les Etats et leurs émanations	400
3. Une extension analogue: en cas de groupe de contrats	405
C. La transmission ou la circulation de la convention d'arbitrage	410
D. Le fondement commun: la recherche de l'efficacité maximum de la convention d'arbitrage	413
Chapitre II. Efficacité et procès arbitral	418
Section I. Efficacité et constitution du tribunal arbitral	418
Paragraphe 1. Un juge d'appui à la mise en place du tribunal arbitral	419
A. Efficacité et difficultés de la mise en place du tribunal arbitral	419
B. Efficacité et difficultés consécutives à la mise en place du tribunal arbitral	423
1. De multiples cas d'appui à l'efficacité de l'arbitrage international	423
2. Modalités de l'appui à l'arbitrage et efficacité	425
a) Organisation de l'appui et recherche de l'efficacité	426
b) Organisation de l'appui et risques pour l'efficacité	427
Paragraphe 2. L'efficacité, à l'épreuve de certaines conditions exigées pour être arbitre	429
A. Exigence de l'impartialité et de l'indépendance de l'arbitre: l'hypertrophie de l'obligation de révélation	430
B. Conditions discriminatoires pour être arbitre et efficacité	437
1. Les législations discriminatoires	438

2. Les conventions d'arbitrage discriminatoires	441
C. Incidence de la désignation d'un juge ou d'un fonctionnaire public sur l'efficacité de l'arbitrage	445
Paragraphe 3. Constitution d'un tribunal arbitral multipartite et efficacité	447
A. Constituer un tribunal arbitral multipartite, un véritable dilemme	448
B. La solution en droit positif, l'efficacité de l'arbitrage prime	453
Section II. Efficacité et instance arbitrale	456
Paragraphe 1. Efficacité et compétence arbitrale: le principe de compétence-compétence	456
A. L'effet positif du principe de compétence-compétence, un effet généralement accepté	457
1. Signification de l'effet positif du principe de compétence-compétence	457
2. L'effet positif du principe de compétence-compétence et l'efficacité de l'arbitrage	461
a) Un principe nécessaire à l'efficacité de l'arbitrage	461
b) Mise en œuvre du principe de compétence-compétence et souci de préserver l'efficacité	462
c) Mise en œuvre du principe de compétence-compétence et risques pour l'efficacité	466
B. L'effet négatif du principe de compétence-compétence, un effet variablement accepté	470
1. Un principe consubstantiel à l'efficacité de l'arbitrage international	470
2. Un principe franchement accepté en droit français	475
a) Une priorité franchement concédée aux arbitres	475
b) Exceptions très limitées	477
b.1. Une compétence étatique très exceptionnelle	477
b.2. Risque de déni de justice pour les parties faibles et impécunieuses?	479
3. «Les vales hésitations» des autres systèmes juridiques	486
a) Les textes, une tendance vers l'hostilité au principe	486
b) La jurisprudence, quel sens de l'évolution?	492
b.1. Le sens de l'efficacité	493
b.2. Le contresens de l'inefficacité	499
Paragraphe 2. Efficacité et déroulement de l'instance arbitrale	501
A. La célérité de l'instance arbitrale	501
1. Efficacité et délai de l'arbitrage	501
a) Efficacité de l'arbitrage en présence d'un délai conventionnel	502
b) Efficacité de l'arbitrage en l'absence d'un délai conventionnel	506
2. Limitations des suspensions de l'instance arbitrale internationale	508
B. Pouvoirs nécessaires à une instance arbitrale efficace	511
1. Pouvoirs des arbitres et découverte de la vérité (instruction du litige)	512

2. Pouvoirs des arbitres et préservation de l'utilité de la sentence arbitrale future: les mesures provisoires et conservatoires	517
a) Mesures provisoires et conservatoires après la saisine du tribunal arbitral	518
a.1. Le pouvoir reconnu au tribunal arbitral: le pouvoir de prononcer des mesures provisoires et conservatoires	519
a.2. Le pouvoir en puissance du tribunal arbitral: le pouvoir de prononcer des mesures provisoires et conservatoires <i>ex parte</i>	522
b) Mesures provisoires et conservatoires avant la saisine du tribunal arbitral	525
b.1. L'arbitre d'urgence	526
b.2. La justice étatique	527
Section III. Efficacité et sentence arbitrale.	530
Paragraphe 1. Efficacité et autorité de la sentence: une efficacité intrinsèque	530
A. Une autorité de la chose jugée	531
1. Les effets classiques attachés à l'autorité de chose jugée.	531
2. L'interprétation extensive des effets classiques attachés à l'autorité de la chose jugée	533
B. La sentence arbitrale vaut acte authentique	538
Paragraphe 2. Efficacité et assouplissement progressif du contrôle étatique des sentences arbitrales	541
A. Efficacité et renonciation à se prévaloir des irrégularités	542
B. Efficacité et exécution de la sentence	545
1. La garantie d'un minimum d'efficacité de la sentence: la Convention de New York du 10 juin 1958	546
a) La présomption de régularité de la sentence	547
b) Des motifs limitatifs de refus d'exequatur	548
b.1. Grievs devant être invoqués par la partie qui s'oppose à la reconnaissance ou à l'exécution de la sentence	549
b.2. Grievs pouvant être invoqués d'office par l'autorité compétente	550
c) Le «trésor» de la Convention de New York: le principe de l'efficacité maximum consacré par l'article VII	552
2. Un libéralisme renforcé par rapport à la Convention de New York	553
C. Limitation progressive des recours contre la sentence	558
1. Une limitation des recours	558
a) Le fondement: l'interdiction de la révision au fond de la sentence	558
b) L'exclusion du recours en appel	559
c) Autres recours exclus	562
2. Un recours limité: le recours en annulation	564
3. <i>Quid</i> du recours en révision?	565

D. Une articulation des contrôles, tournée vers l'efficacité . . .	569
1. Contrôle et sauvetage de l'arbitrage	570
2. Contrôle et souci de contrer les manœuvres dilatoires . . .	571
a) L'absence de l'effet suspensif du recours	572
b) Le principe de concentration des contrôles	573
c) Sanction de l'exercice abusif des voies de recours contre les sentences arbitrales	574
Paragraphe 3. Trois défis pour l'efficacité de la sentence arbitrale internationale	576
A. Contrôle de l'internationalité de l'arbitrage: l'efficacité otage des qualifications.	577
B. L'ordre public, un caractère variable, véritable épée de Damoclès pour l'efficacité	584
1. Un contenu inévitablement indéterminé, porteur de risques pour l'efficacité	585
2. Une intensité variable du contrôle, génératrice d'incer- titudes	593
C. L'immunité d'exécution, un butoir ultime à l'efficacité . .	601
Conclusion	612
Bibliographie sélective	614