

DE LEGE FERENDA

RÉFLEXIONS SUR LE DROIT DÉSIRABLE
EN L'HONNEUR DU PROFESSEUR
ALAIN HIRSCH

ÉTUDES RÉUNIES ET PUBLIÉES PAR
ANNE HÉRITIER LACHAT ET LAURENT HIRSCH



Éditions Slatkine
GENÈVE
2004

« IURA NOVIT ARBITER » – EST-CE BIEN RAISONNABLE ?
Réflexions sur le statut du droit de fond
devant l'arbitre international

GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER

1. Les questions

« Est-ce bien raisonnable ? »... J'entends l'intonation du destinataire de ces lignes, cette manière qui lui est propre, critique, pragmatique aussi, de remettre en cause les idées reçues. Cette manière qui m'a marquée depuis le jour lointain où, étudiante de première année, je suivais ses cours de ... droit de la famille. La matière ne me passionnait guère ; lui non plus d'ailleurs, je crois. Et pourtant, pourtant c'est bien là, au cours de droit de la famille d'ALAIN HIRSCH, que j'ai fait une superbe découverte, la découverte du raisonnement juridique. Je lui en garde une profonde reconnaissance. C'est ici l'occasion rêvée de la lui témoigner.

« *iura novit arbiter* » ou, dans les termes du Tribunal fédéral, « le principe '*iura novit curia*', qui est applicable à la procédure arbitrale, impose [...] aux arbitres d'appliquer le droit d'office » (ATF 19.12.2001, 4P.114/2001, n.p., cons. 3.a). Les pages qui suivent s'interrogent sur cette maxime et plus généralement sur la détermination du contenu du droit de fond par l'arbitre international. Quel est le statut du droit devant l'arbitre ? L'arbitre est-il libre de rechercher et d'appliquer le droit à sa guise ? Ou au contraire appartient-il aux parties d'apporter le droit ? Ou encore la solution se situe-t-elle entre ces deux extrêmes ? Pour répondre, faut-il tenir compte des règles applicables devant les tribunaux étatiques ? Ou convient-il de trouver une réponse spécifique au droit de l'arbitrage international ? Peut-être une règle transnationale ?

Ces questions méritent une attention particulière parce que les réponses ne font pas (encore) l'unanimité. Voilà quelques décennies, un vaste mouvement de mondialisation s'est emparé de l'arbitrage international. Il a abouti à un véritable droit transnational de la procédure arbitrale, phénomène que j'ai analysé ailleurs (dommage que la consigne – déconcertante et libératrice à la foi – prohibe les notes de bas de page...). Quelques rares

flots ont toutefois échappé aux raz de marée de l'uniformisation. Le statut du droit de fond en est un.

Tant et si bien que les praticiens de l'arbitrage international abordent souvent le statut du droit de fond avec des attentes très différentes. Certains conseils pensent devoir prouver le droit, même si des membres du tribunal, en particulier le président, connaissent fort bien l'ordre juridique en cause. D'autres s'en remettent aux connaissances du tribunal. Pareillement, certains arbitres s'attendent à ce que le droit leur soit « servi sur un plateau d'argent », alors que d'autres percevront une telle tentative comme une offense à leur dignité de juriste (surtout si un *expert witness* vient leur expliquer le droit qu'ils ont l'habitude d'enseigner).

Avant de poursuivre, j'ajouterai pour éviter toute ambiguïté que lorsque je parle de mondialisation, d'uniformisation, de droit transnational de l'arbitrage international, je n'ignore pas, évidemment, que des différences subsistent d'un droit national à un autre. On peut certes choisir de braquer le zoom sur ces divergences. C'est sans nul doute instructif. Mais pour saisir l'évolution générale, le grand angle est beaucoup plus utile. Sur l'essentiel, il révèle une grande convergence ; il permet aussi de voir que les divergences sont accessoires.

Cette précision faite, revenons au statut du droit de fond devant l'arbitre international. Pour mieux le cerner, il est utile de commencer par examiner le statut du droit étranger devant le juge (ch. 2), pour passer ensuite au droit de l'arbitrage (ch. 3), puis à l'émergence d'une règle ou pratique transnationale (ch. 4), avant de conclure (ch. 5).

2. Le droit étranger devant le juge étatique

Pour saisir les enjeux, il faut prendre pour point de départ les réglementations nationales régissant l'application du droit étranger par le juge étatique. Le moins que l'on puisse dire, c'est qu'elles sont variées. Limitons-nous à deux systèmes opposés :

- Le *juge suisse* établit le contenu du droit étranger d'office ; il peut requérir la collaboration des parties et surtout, en matière patrimoniale, mettre la « preuve » du droit à la charge des parties (art. 16 LDIP). Le terme « preuve » est inexact (le texte allemand dit « *Nachweis* » et non pas « *Beweis* »). En effet, l'absence de preuve n'entraîne pas la perte du droit allégué ; le juge conserve la faculté d'établir lui-même le contenu du droit étranger. Si ce contenu ne peut pas être établi, le droit suisse s'appliquera à titre supplétif.

- Le *juge anglais* n'a pas le pouvoir d'établir le droit étranger. « *Foreign law is fact* », un fait qu'il appartient aux parties d'alléguer et de prouver. A défaut, le juge n'aura d'autre choix que d'appliquer la *lex fori* en vertu de la « *presumption of similarity* » entre le droit anglais et le droit étranger. Cette conséquence souffre une exception quand une règle de conflit de lois impérative impose l'application du droit étranger. Il en va notamment ainsi lorsqu'une telle règle de conflit impérative résulte d'une convention internationale. Dans ce cas, l'absence de preuve du droit étranger entraîne le rejet de la demande, non pas simplement sa détermination en vertu du droit anglais.

3. Le droit de fond en arbitrage

En poursuivant sur cette lancée, j'examinerai le statut du droit de fond en droit de l'arbitrage suisse et anglais. Dans le silence de la LDIP, le Tribunal fédéral transpose à l'arbitrage international l'adage « *iura novit curia* » applicable au juge étatique. En conséquence, l'arbitre – supposé connaître le droit matériel régissant le litige – doit rechercher et appliquer le droit d'office, sans être lié par l'exposé des parties.

C'est dans le cadre du recours en annulation des sentences que la jurisprudence invoque la maxime « *iura novit curia* ». Dans ce contexte, la maxime a surtout pour effet de limiter le champ du recours prévu aux lettres c et d de l'art. 190 al. 2 LDIP.

Tout d'abord, elle permet d'exclure toute annulation fondée sur l'interdiction de statuer *ultra petita*, sanctionnée à la lettre c, chaque fois que la qualification juridique de la demande est en cause, car celle-ci ne fait pas partie du *petitum* (sauf lorsqu'elle est intégrée aux conclusions [ATF 30.04.1992, n.p., critiqué à juste titre par Perret, mais confirmé par l'ATF 120 II 172]).

Ensuite, l'adage exclut l'annulation pour violation du droit d'être entendu, prévue à la lettre d, s'agissant de la procédure d'établissement du contenu du droit de fond. Le tribunal arbitral ayant pour mission d'appliquer le droit d'office, la détermination du contenu du droit échappe aux exigences du droit d'être entendu.

Assurément, il y a à cette exclusion du droit d'être entendu une exception, mais elle est limitée : le tribunal doit donner l'occasion aux parties de s'exprimer lorsqu'il entend s'appuyer sur des « arguments juridiques inconnus des parties et dont elles ne pouvaient prévoir l'adoption » (ATF B.AS et C.AS c.A SpA, 22.02.1999, Bull. ASA 1999 537, 544). Et le Tribunal fédéral d'ajouter que « ce qui est imprévisible est une question

d'appréciation », laquelle doit être plutôt restrictive en arbitrage international compte tenu de ses particularités, dont la « coopération d'arbitres de traditions juridiques différentes » (loc. cit.). Le résultat est pour le moins surprenant : l'application d'office du droit connaît moins de limites en arbitrage international qu'en procédure étatique interne, au motif que les arbitres sont de traditions juridiques différentes, ce qui aurait plutôt amené à penser qu'ils maîtrisent moins bien le droit en cause et sont donc moins aptes à l'appliquer d'office...

La jurisprudence limitant ainsi le champ de l'annulation des sentences sur le fondement de « *iura novit curia* » conçoit cet adage comme un *devoir* du tribunal arbitral. Ainsi par exemple : « Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind sowohl die staatlichen Gerichte als auch die privaten Schiedsgerichte *verpflichtet*, die Rechtswirkungen [...] von Amtes wegen zu beurteilen... » (ATF Bank Saint Petersburg c. ATA, 02.03.2001). Or c'est en vain que l'on cherche la source de cette obligation. Elle ne se trouve pas dans le droit de l'arbitrage. Elle ne se situe pas non plus dans l'analogie avec la réglementation applicable par le juge étatique.

Voyons d'abord l'absence de fondement en droit de l'arbitrage. Si la détermination du droit applicable au fond relève de la règle de conflit de lois ancrée à l'article 187 LDIP, l'établissement du contenu de ce droit est une question de procédure arbitrale. En tant que telle, elle est soumise à l'autonomie des parties, subsidiairement aux pouvoirs des arbitres en matière procédurale. Les seules restrictions que la loi y apporte résident dans l'égalité de traitement et le droit d'être entendu (art. 182 al. 3 LDIP). Or, ces principes fondamentaux ne sauraient imposer la maxime « *iura novit curia* ».

C'est plutôt le contraire : le droit d'être entendu en restreint parfois l'application. C'est dire que les parties ont la liberté de déroger à la maxime (ce que le Tribunal fédéral mentionne d'ailleurs dans l'arrêt non publié de 1992 précité) et que, si elles n'en font pas usage, la faculté en revient aux arbitres. Dans ces conditions, il ne saurait être question d'obligation.

Pas d'obligation donc, mais sous une réserve : bien que les avis divergent, il semble raisonnable d'admettre que les arbitres ont l'obligation de prendre en considération d'office certaines lois d'application immédiate qui ne relèvent pas de la *lex causae*, mais d'un ordre juridique particulièrement proche de la cause et qui poursuivent des objectifs dignes de protection (art. 19 LDIP par analogie).

Cette réserve faite, passons à l'analogie avec la règle interne s'imposant au juge. Le juge étatique a pour mission d'appliquer le droit en vigueur dans l'Etat du for. On peut donc s'attendre à ce qu'il connaisse ce droit, le

recherche au besoin et l'applique d'office. La situation change lorsque le juge est appelé à appliquer un droit étranger. Par la force des choses, il n'est plus supposé connaître ce droit, qui n'est pas le sien et, en matière patrimoniale, peut en répercuter l'établissement sur les parties. En cas d'échec, il peut toujours se rabattre sur la *lex fori*. Lorsque l'on passe du juge à l'arbitre, la situation se modifie encore plus radicalement. L'arbitre n'a pas de for. C'est dire que, sauf s'il s'agit du droit dans lequel l'arbitre a été formé, tout droit lui est inconnu. C'est dire aussi qu'il n'y a pas de repli possible sur un droit connu, tel le droit du for (le droit matériel du siège n'a pas de titre à s'appliquer). Ces différences sont telles qu'une analogie imposant l'application d'office du droit de fond en arbitrage international est injustifiée.

Examinons maintenant le droit anglais de l'arbitrage. Son évolution est instructive. On l'a vu, le juge anglais considère que le droit étranger relève du fait. La raison en est plus pratique que dogmatique. Un arrêt du 18^e siècle le dit très clairement : « *the way of knowing foreign laws is by admitting them as facts* » (Mostyn v. Fabrigas [1775], cité par Fentiman). La réforme du droit de l'arbitrage anglais n'a pas ignoré cet aspect. Parmi les pouvoirs procéduraux qui, sauf convention contraire des parties, appartiennent à l'arbitre, l'Arbitration Act 1996 cite celui de décider « *whether and to what extent the tribunal should itself take the initiative in ascertaining the facts and the law* » (Section 34(2)(g)). L'arbitre siégeant en Angleterre a ainsi le pouvoir exprès de définir le statut du droit de fond et de déterminer le mode d'établissement du contenu de ce droit. La situation est donc la même que celle qui résulte de l'analyse du droit suisse proposée plus haut.

4. Vers une règle transnationale ?

La convergence des droits suisse et anglais de l'arbitrage, qui – sauf convention contraire des parties – donnent tous deux à l'arbitre le pouvoir de définir le statut du droit de fond est d'autant plus intéressante qu'il s'agit d'ordres juridiques dont les réglementations correspondantes régissant le procès civil sont largement divergentes.

C'est là une belle illustration de la fusion de traditions procédurales opposées qu'opère l'arbitrage international. L'arbitrage est un lieu privilégié où se fondent des conceptions juridiques divergentes pour donner naissance à des règles et des pratiques qui rencontrent un consensus transnational.

Cette fusion n'est pas – n'en déplaise à certains – le résultat d'une clairvoyance particulière des acteurs de l'arbitrage. C'est bien plutôt le

fruit de la nécessité. Une procédure internationale réunit souvent des protagonistes, conseils et arbitres, aux traditions procédurales différentes. Dans la mesure où, ensemble, ils doivent contribuer à résoudre le différend, ils n'ont d'autre choix que de trouver un *modus vivendi*. Ce mode, pour être acceptable pour tous, composera forcément avec les différentes traditions en présence.

Cela est dit sans nier que l'on observe aussi un mouvement de rapprochement des procédures civiles nationales. La nécessité, donc la pression, y est toutefois moindre, de telle sorte que la progression est plus lente et limitée.

Constater la fusion et dire par conséquent qu'en arbitrage international les parties ont la liberté de définir le statut du droit de fond et que, si elles n'exercent pas cette liberté, les arbitres ont le pouvoir d'y suppléer n'apporte pas encore de solution concrète à nos questions. Généralement les parties ne feront pas usage de leur liberté. Comment alors les arbitres exerceront-ils leur pouvoir ? Toute la question est là.

Deux voies sont concevables : renvoyer à un droit de procédure civile – en une sorte de « nationalisation » de cet aspect de la procédure arbitrale – ou forger une règle propre à l'arbitrage. La première possibilité irait à l'encontre de toute l'évolution du droit de l'arbitrage de ces dernières décennies que nous avons évoquée plus haut, sans parler même du fait que l'on ne saurait à quel droit de procédure renvoyer. *Exit* donc cette idée de nationalisation à contre-courant.

Reste la règle propre à l'arbitrage international. Quel devrait en être le contenu ? Pour trancher le litige, il faut que le tribunal arbitral dispose de connaissances suffisantes du droit applicable. « *Knowing foreign laws* », disait Lord Mansfield en 1775. Cela n'a pas changé. Il se peut qu'un ou plusieurs des membres du tribunal aient ces connaissances. Il serait alors contre-productif de leur interdire d'en faire usage et d'obliger les parties à prouver un droit connu du tribunal. Mais il arrive aussi que les membres du tribunal ignorent tout du droit applicable, qui est de surcroît parfois difficile d'accès pour des raisons de langue, de diffusion des textes, ou de fiabilité des informations. Il serait alors peu judicieux de ne pas recourir aux services des parties pour déterminer le contenu du droit applicable. Ce contenu pourra alors être simplement plaidé ou faire l'objet de témoignages écrits ou oraux.

Il en résulte que toute règle sur l'application du droit par l'arbitre devrait être assez souple pour tenir compte de conditions d'accès à la connaissance du droit somme toute assez différentes.

Dans la formulation d'une telle règle, on pourrait s'inspirer de l'art. 44.1 des *Federal Rules of Civil Procedure* américaines, qui répond à l'exi-

gence de souplesse et combine les traditions opposées figurant au chiffre 2. Sa teneur est la suivante :

« A party who intends to raise an issue concerning the law of a foreign country shall give notice by pleadings or other reasonable written notice. The court, in determining foreign law, may consider any relevant material or source, including testimony, whether or not submitted by a party or admissible under the Federal Rules of Evidence. The court's determination shall be treated as a ruling on a question of law. »

En d'autres termes, s'il décide de donner suite à la notification et d'appliquer le droit en cause, le juge américain a un pouvoir discrétionnaire s'agissant de l'admission des moyens de preuve. Contrairement au juge anglais, il a la faculté de procéder à ses propres investigations. Il n'en a toutefois pas l'obligation.

Si l'on empruntait certains éléments de cette disposition pour les transposer à l'arbitrage, il appartiendrait alors aux parties d'alléguer et d'apporter les règles de droit, mais l'arbitre aurait toujours la faculté – non l'obligation – de faire ses propres recherches et appréciation. Une telle règle permettrait à l'arbitre d'appliquer d'office une loi ou règle que les parties n'ont pas plaidée, notamment une loi d'application immédiate. Elle n'obligerait pas pour autant l'arbitre à s'engager dans des investigations aléatoires d'un droit difficilement accessible au risque de se fourvoyer.

Si le droit applicable n'était établi ni par les parties ni par le tribunal, ce dernier appliquerait un droit proche du droit normalement applicable ou une règle de droit transnational. En effet, contrairement au juge étatique, l'arbitre ne pourrait se replier sur la loi du for. Ce n'est pas un mal, au contraire. On peut estimer que l'application d'un droit proche du droit applicable ou d'une règle transnationale aboutirait à un résultat plus conforme à celui qui eût prévalu si le droit applicable avait pu être établi.

Y a-t-il des contre-indications à l'adoption en arbitrage d'une règle ainsi formulée ? Je ne le pense pas. En droit suisse, l'atténuation de l'adage « *iura novit curia* » que la règle implique ne modifiera pas l'issue d'un recours en annulation fondé sur l'interdiction de statuer *ultra petita* ou sur la violation du droit d'être entendu dans l'établissement du droit applicable (sauf si, dans l'exercice de ses pouvoirs procéduraux, le tribunal arbitral ordonnait aux parties de prouver le droit au même titre que les faits, ce qu'il se gardera bien de faire). L'application de la règle proposée ne semble pas propre non plus à soulever des problèmes d'exécution des sentences selon la Convention de New York.

5. En guise de conclusion

Je conclurai en résumant. Si l'arbitre a le pouvoir de définir le statut du droit de fond, la manière dont il exerce ce pouvoir reste souvent inarticulée. Cela crée un flou peu souhaitable en pratique.

Pour dissiper le flou, la formule suivante semble apte à répondre aux besoins, tout en intégrant les traditions procédurales opposées qui sont en présence :

- les parties allèguent et établissent le droit de fond ;
- l'arbitre a la faculté, mais non l'obligation de faire ses propres recherches ;
- s'il fait usage de cette faculté, l'arbitre donne aux parties l'occasion de s'exprimer (que l'absence d'une telle occasion donne lieu à recours ou non) ;
- si le droit normalement applicable n'est pas établi sur un point déterminé, l'arbitre applique (sur ce point seulement) un droit proche du droit normalement applicable ou une règle transnationale.

Cette formule peut évidemment être adaptée et précisée en fonction de l'accessibilité du droit de fond dans un arbitrage donné. Certains me diront peut-être qu'elle reflète d'ores et déjà la pratique. C'est possible ; n'empêche que si elle est effectivement utilisée, elle est rarement exprimée en toutes lettres. Une articulation plus nette et une diffusion plus large permettront à la formule de s'ancrer dans les esprits. Une fois établie, elle viendra compléter le corps de règles transnationales du droit de l'arbitrage.