

Message du Président

Une date mémorable

Le 1er janvier 1989 fera date dans l'histoire juridique de la Suisse puisque, pour la première fois, notre pays se donne un code "complet" de droit international privé qui va régir - avec les nombreux traités internationaux en vigueur - l'ensemble de ses relations internationales "privées", notamment personnelles, familiales et commerciales. L'importance de l'événement justifie sans doute que notre "message" traditionnel soit un peu plus long que de coutume, compte tenu de certaines des réactions que provoque la nouvelle loi.

Le progrès est immense, ne fût-ce que sur le terrain de la prévisibilité et de la sécurité juridique. Il n'est à peu près plus personne, en Suisse, pour le contester aujourd'hui, et ceux-là mêmes qui exprimaient des réserves sur le principe d'une codification, en 1971, lors de l'assemblée d'Engelberg de la Société suisse des Juristes, se sont rendus à l'évidence, s'y sont ralliés et même ont contribué de manière très positive à l'élaboration de la nouvelle loi. On peut diverger d'avis sur telle ou telle disposition particulière ou critiquer tel ou tel détail, mais le progrès social est indéniable pour tout observateur de bonne foi.

"Davantage de clarté dans les rapports juridiques internationaux" ("Mehr Klarheit im internationalen Rechtsverkehr") disait le titre d'un article du professeur U. Drobnig, directeur du prestigieux Max-Planck-Institut für ausländisches und internationale Privatrecht de Hambourg (NZZ 19 mai 1983), à propos du projet de loi. Le professeur Drobnig répondait alors à une curieuse intervention du Dr. F.A. Mann (NZZ du 15 avril 1983) contre ce même projet de loi fédérale. D'ordinaire mieux inspiré, ce dernier, praticien londonien connu, avait cru devoir faire la leçon, non plus cette fois aux magistrats anglais, mais au législateur suisse.

Celui-ci n'ayant tenu aucun compte, comme l'on sait, et l'on s'en félicitera, des avertissements qui lui étaient si généreusement prodigués, le Dr. Mann a manifesté à nouveau son mécontentement dans un long article du Financial Times (du 24 novembre 1988) sous le titre sensationnel de "New Dangers of Arbitration in Switzerland" (sans même la prudence d'un point d'interrogation!). Dans la vague d'approbation, voire d'enthousiasme, qu'a provoquée la nouvelle loi, des voix critiques attirent un intérêt particulier et, surtout lorsqu'elles émanent d'un spécialiste renommé du droit international, elles peuvent compter sur des lecteurs attentifs. L'article du Dr. Mann semble bien avoir su appeler l'attention de nombreux lecteurs mais a donné lieu à des réactions très vives. Plusieurs des membres de l'ASA nous ont pressé de dire notre sentiment à propos des "attaques inadmissibles", des "inexactitudes" (pas seulement terminologiques) de l'éminent praticien ou des "déformations consternantes et intéressées" auxquelles il se serait livré.

Gardons le sens des proportions et n'imputons à l'auteur ni des intentions mercantiles, ni une hostilité contre la Suisse, qui sont tout à fait étrangères, nous le savons, à ses sentiments. Ceux qui connaissent de longue date le style polémique et acide de l'auteur de "Legal Aspect of Money" et son goût, sans doute accentué par les années, de la provocation et du paradoxe sauront ce qu'il faut en prendre (fort peu) et en laisser (beaucoup). Après tout, comme disait paraît-il Paul Valéry, "tout ce qui est excessif est insignifiant".

Sur le terrain des faits aussi bien que du droit, l'article de F.A. Mann est, hélas, plus qu'insignifiant: il n'est pas sérieux. Quelle déception pour les amis, dont nous nous flattons d'être, de l'auteur qui a, vraiment, perdu une nouvelle fois une belle occasion de s'abstenir!

Désire-t-on des exemples? F.A. Mann veut bien admettre que "dans leur ensemble, les nouvelles dispositions sur le droit international privé n'apportent pas des changements donnant lieu à la surprise ou à l'inquiétude"¹⁾. Mais il poursuit en signalant "une exception d'une extrême gravité"²⁾ (sic). De quoi s'agit-il? D'une montagne? Que non pas; à peine ... d'un souriceau. Il s'agit en effet de

1) "On the whole, the new provisions on the conflict of laws do not involve changes which give rise to surprise or anxiety."

2) "... one exception of the utmost gravity".

l'article 19 de la loi, lequel permet au juge³⁾, moyennant une série de conditions cumulatives, non pas d'appliquer mais simplement de "prendre en considération" des dispositions impératives du droit étranger "si la situation visée présente un lien étroit avec ce droit". Il s'agit de la question bien connue des "lois de police étrangères" ou du "droit public étranger" (par exemple en matière de devises).⁴⁾

Selon Mann, l'article 19 contesté prévoit en substance qu'à la place du droit normalement applicable, en particulier celui qui est choisi par les parties, un autre peut être substitué⁵⁾. Et l'auteur

-
- 3) Il s'agit bien du juge, et non de l'arbitre siégeant en Suisse: Mann ignore à l'évidence que le législateur n'a aucunement voulu soumettre ce dernier à la nouvelle loi de droit international privé suisse dans son ensemble et donc à l'article 19 (ce que confirmerait au besoin l'art. 187)!
- 4) Parmi les nombreux travaux qui traitent ce sujet et dont le Dr. Mann ne tient aucun compte, on citera notamment ceux du Symposium de l'Institut Max-Planck à Hambourg en 1986, dont en particulier l'étude que Kurt SIEHR a consacrée au "ausländische Eingriffsnormen im internationalen Wirtschaftsrecht" qui viennent d'être publiés au Rabels Zeitschrift (1988, pp. 1-302). Le professeur Siehr montre à quel point l'article 19 constitue la solution judiciaire d'un problème complexe et d'une importance pratique considérable, solution dont il recommande l'application générale.
- 5) "The controversial Article 19 ... provides, in substance, that instead of the normally applicable legal system, in particular of the law chosen by the parties, another may be substituted [sic]".

de critiquer ce qu'il n'hésite pas à appeler une "mandatory substitution" (une substitution obligatoire), qui serait dangereuse parce qu'elle prévaut si nettement sur tout choix de la loi applicable que dans certains cas souvent critiques la solution judiciaire ou arbitrale d'un litige en Suisse est devenue hasardeuse⁶⁾.

Tout cela, on regrette d'avoir à le dire, n'est pas sérieux, pour plusieurs raisons différentes.

L'article 19 ne dit nullement ce que prétend l'auteur. Comment peut-on sérieusement parler de "substitution obligatoire" d'une loi à une autre dès lors qu'il s'agit d'un article qui, d'une part ne prévoit aucune substitution et, de l'autre, offre au juge la simple permission, la simple faculté, non pas même d'appliquer, mais de "prendre en considération" le droit public étranger, moyennant une série de conditions, et cela dans le sens souhaité par l'Institut de Droit international unanime (avec la voix du Dr. Mann!) à sa session de Wiesbaden en 1975 (Annuaire de l'Institut, vol. 56, 1975, p. 410)?

L'article 19 ne fait qu'exprimer, on le sait, l'idée même qui est énoncée par plusieurs conventions internationales dont celle de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Convention de 1980 de la CEE); l'article 7 (1) de cette dernière

6) "So firmly overrides any choice of law that in certain, often critical, cases litigation or arbitration in Switzerland has become hazardous".

convention permet l'application de dispositions impératives de la loi d'un autre pays, mais cela à des conditions moins strictes que celles de l'article 19.

L'idée d'une prise en considération du droit public étranger, même s'il ne fait pas partie du droit désigné comme applicable par la règle de rattachement, est loin d'être une innovation révolutionnaire. Elle est réclamée depuis longtemps, non seulement par l'Institut de Droit international et les autres milieux scientifiques, mais elle a été consacrée "in substance" par la jurisprudence de divers pays, par exemple dans l'arrêt anglais classique Regazzoni v. K.C. Sethia, Ltd. [1958] AC 301.

Certes, le Royaume-Uni, en signant la Convention de Rome s'est réservé de ne pas appliquer son article 7; mais les tribunaux anglais appliquent de manière plus draconienne un principe très similaire du droit matériel: un contrat qui viserait à violer le droit d'un Etat tiers est nul - pourvu qu'il s'agisse d'un Etat ami ("friendly country") et il semble que cette règle s'applique même si le contrat est régi par le droit d'un Etat tiers. De toute façon, dans la mesure où l'exécution d'un contrat viole le droit du lieu d'exécution, les tribunaux anglais ne lui donneraient pas d'effet. Dans l'exemple proposé par le Dr. Mann, l'entrepreneur étranger courra donc un risque beaucoup plus grave devant les tribunaux anglais que devant un arbitre siégeant en Suisse. Les tribunaux anglais risquent d'annuler le contrat dans la mesure où il est contraire au droit de Ruritania, la *lex loci solutionis*. En revanche, l'arbitre siégeant en Suisse,

s'il décide de se rapporter au droit international privé suisse, ne serait pas tenu d'annuler le contrat; il a la faculté de "prendre en considération" ce droit si les circonstances décrites à l'article 19 le justifient.

Est-ce la raison pour laquelle bien des praticiens anglais préféreraient alors venir arbitrer en Suisse? Ce qui n'empêchait pas l'un d'entre eux de critiquer vertement le Tribunal fédéral, à propos d'un contrat soumis au droit suisse (ATF 80 II 49) et qui violait la loi allemande sur les devises, pour n'avoir pas pris en considération ce "droit public étranger" (cf. Mann, Conflict of Laws and Public Law, Recueil des cours de l'Académie de Droit international, 1971, p. 95-96). Le vieux maître londonien n'en est pas, on le voit, à une contradiction près!

On s'en voudrait d'insister. Le professeur Drobnič, dans l'article cité plus haut, avait du reste parfaitement répondu en détail aux attaques aussi tranchantes que légères du Dr. Mann, déjà assorties d'exemples fabriqués pour impressionner le non-initié, contre l'article 19 (alors 18) "l'incertitude juridique que craint F.A. Mann à propos de la prétendue "norme élastique" de l'art. 18 (i.e. 19) existe donc déjà et n'a nullement été introduite par cette disposition"⁷⁾.

7) "Die Rechtsunsicherheit, die F.A. Mann von der "Gummiklausel" des Artikel 18 befürchtet, besteht also derzeit schon und wird durch diese Vorschrift nicht erst geschaffen".

Le reste de la diatribe se résume en une série d'affirmations gratuites, tendancieuses ou franchement fausses, qui prêteraient à rire si le sujet le permettait. On apprend ainsi que, à cause de la nouvelle loi et de son chapitre 12, bien des arbitrages commenceront désormais par une bataille de procédure(!)⁸⁾, que l'ancienne pratique jurisprudentielle en matière de recours pour arbitraire était bien préférable, et que "les tendances bien connues" (sic) de certains arbitres suisses à ne pas tenir compte du droit et à appliquer ce qu'ils considèrent comme l'équité, parfois sous le "nom pompeux de lex mercatoria ou de droit transnational"⁹⁾ resteront "incontrôlables", etc. J'en passe et des meilleures. Et le doyen des sollicitors londoniens de se demander "Comment est-ce possible qu'un législateur raisonnable, d'esprit clair et bon patriote, ait adopté des règles qui, nécessairement, aboutiront à dissuader les parties étrangères de venir en Suisse pour résoudre leurs différends"¹⁰⁾!

8) En réalité c'est le contraire qui est vrai; les précisions apportées par le chapitre 12 de la loi ont toutes les chances de réduire ce phénomène bien connu.

9) "... high-sounding name of lex mercatoria or transnational law"

10) "... how it was possible for a rational, fair-minded and patriotic legislator to enact provisions which are bound to deter foreign parties from resorting to Switzerland for the purpose of litigating about their disputes"!

Il serait, hélas, difficile de se fourvoyer plus complètement dans la lecture et dans la compréhension d'un texte légal, et de méconnaître en même temps la pratique actuelle, au point d'affirmer que la nouvelle loi introduirait un plus grand degré d'incertitude ou d'imprévisibilité que jusqu'ici. Le professeur Drobnig avait répondu déjà: "Des critiques aussi globales et vagues rendent difficile une réponse. On peut pourtant en énoncer une avec certitude: une législation fédérale uniforme de l'arbitrage international est meilleure que les réglementations cantonales qui, souvent, n'ont nullement été établies pour l'arbitrage international"¹¹).

Les praticiens ne s'y tromperont pas, on doit l'espérer. Pour le reste, jetons charitablement le "manteau de Noé" sur l'affligeante contribution du Dr. Mann, superficielle et truffée d'erreurs. Relisons plutôt ce qu'écrivait autrefois l'auteur de ces stimulants ouvrages que sont "The Legal Aspect of Money" ou "Foreign Affairs in English Courts".

Pierre Lalive

11) "Auf solche pauschalen Vorwürfe lässt sich schwer eine Antwort geben. Eines jedoch lässt sich mit Sicherheit sagen: Eine bundeseinheitliche Regelung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit ist besser als die kantonalen Regelungen dieser Materie, die häufig gar nicht auf die internationale Schiedsgerichtsbarkeit abstellen."