

Message du Président

De l'importance du droit international privé

Parmi les nombreuses et importantes questions juridiques ou politiques (au meilleur sens de ce terme) qu'évoque l'exposé du Professeur Berthold Goldman sur "l'arbitrage international et le droit de la concurrence" (1), il en est une, de portée toute générale, sur laquelle il peut être utile d'attirer l'attention, malgré son caractère apparemment "théorique" (certains diront "professoral"). Il s'agit de la nécessité, pour qui veut comprendre, et pratiquer, l'arbitrage international, d'avoir une "perspective internationale", une vue juridique d'ensemble, des points de repère ou de comparaison en droit international privé général.

Qu'est-ce à dire? Expliquons-nous par trois exemples, sur un sujet qui mériterait de plus amples développements.

Prenons le premier dans la conférence du Professeur Goldman à notre Assemblée générale de mai dernier, et dans le passage qu'il consacre à la notion d'ordre public. Comment le lecteur pourrait-il saisir la singularité de la position de l'arbitre international à cet égard s'il ignore les distinctions, classiques, d'une part entre l'ordre public interne et l'"ordre public international" (du droit international privé suisse) et

¹ voir plus loin pages 260-302

774

d'autre part entre les fonctions négative et positive de ce dernier; cela sans parler même de la notion, dégagée à une époque plus récente, d'ordre public "réellement ou véritablement international" comme dit M. Goldman, une notion inconnue il est vrai par le Tribunal fédéral dans l'arrêt Bangladesh ⁽²⁾, reconnue par diverses jurisprudences étrangères et qui d'ailleurs coïncidera souvent en fait avec l'"ordre public international" national.

Deuxième exemple: la lutte menée, ici même et ailleurs, par les partisans du chapitre 12 de la LDIP, s'était heurtée aux oppositions que l'on sait, dues pour une bonne part à la prétendue inconstitutionnalité du projet. L'objection s'est effondrée lorsqu'on a fini par prendre conscience de la spécificité de l'arbitrage international, c'est-à-dire du fait que, pour reprendre les justes termes du Conseiller national Couchepin, rapporteur de langue française ⁽³⁾ "d'une manière générale, l'arbitrage international ne relève pas de la même catégorie juridique que l'arbitrage intercantonal" ou interne.

Pour qui considère la question dans une perspective d'ensemble, la constatation était l'évidence même. Il est axiomatique en droit international privé qu'une situation "internationale" par des éléments d'extranéité suffisants, appelle un traitement différent de celui des situations internes, qu'il s'agisse de vente, de divorce, de succession ou de n'importe quelle autre institution.

² ATF 102 Ia 574

³ BO CN, 1986, II, p. 1365

Or l'arbitrage international (par l'objet du litige, l'origine des parties ou des arbitres, ou par son but qui est la prévention ou la solution des conflits de juridiction, etc.) se déroule dans un contexte juridique et sociologique tout différent de celui de l'arbitrage interne. Comment pourrait-on ignorer, et curieusement pour le seul domaine de l'arbitrage, une distinction élémentaire, qui est fondée sur l'expérience séculaire du droit international privé dans tous les pays?

La méconnaissance de la spécificité d'une "situation internationale", non pas en général (ce dont on ne connaît pas d'exemple, tous les pays du monde ayant un droit international privé) mais pour le cas de l'arbitrage, est à l'origine d'innombrables difficultés pratiques et contribue à expliquer, avec parfois la persistance d'un nationalisme attardé, la lenteur avec laquelle certains pays modernisent leur droit dans ce domaine.

On en trouvera - troisième exemple - une illustration significative dans les résistances et les discussions incroyables que rencontre en Egypte un projet de loi tendant simplement à mettre enfin en accord le droit égyptien avec la loi modèle de la CNUDCI et la législation de la très grande majorité des Etats modernes. Selon le Professeur El-Kosheri ⁽⁴⁾, ce projet de loi - qui semble aujourd'hui quasiment enterré - a suscité la vive opposition de certains milieux qui, hostiles à l'arbitrage international, surtout institutionnel, et mus par un "inherently chauvinistic approach", veulent imposer l'application des règles

⁴ Proceedings, International Bar Association, Cairo Conference, February 1987, p. 170-197

275

purement internes , notamment de celles qui exigent la désignation directe des arbitres dans la convention d'arbitrage international (excluant ainsi le système CCI) ou qui conduisent à appliquer les critères internes égyptiens de l'arbitrabilité même à l'arbitrage international ou à la reconnaissance de sentences étrangères, niant par là toute différence entre l'ordre public interne et l'ordre public international.

Qui pourrait ne pas déplorer le tort que s'inflige à lui-même, en tardant ainsi à moderniser son droit de l'arbitrage international, un grand pays en développement, et cela paradoxalement au moment même où il s'efforce d'attirer les investissements étrangers et tente de promouvoir le Caire comme centre régional d'arbitrage? Des observations analogues pourraient être faites pour bien d'autres pays.

Les trois exemples qui précèdent montrent combien une meilleure compréhension des fondements mêmes du droit international privé peut être essentielle et contribuer à remédier à de sérieux retards dans le développement juridique. Conclusion (qui n'est pas réservée, bien au contraire, aux internationalistes !) : il n'est pas de bonne pratique (arbitrale, judiciaire, législative, etc...), sans base théorique et sans méthode correctes, c'est-à-dire, dans les relations du commerce international, sans connaissance du droit international privé.

Pierre Lalive