

Vers une *lex mediterranea* de l'arbitrage

Pour un cadre commun de référence

Sous la direction de
Filali **OSMAN** et Lotfi **CHEDLY**



Pour toute information sur nos fonds et nos nouveautés dans votre domaine de spécialisation, consultez nos sites web via www.larciergroup.com.

© Groupe Larcier s.a., 2015
Éditions Bruylant
Rue des Minimes, 39 • B-1000 Bruxelles

Tous droits réservés pour tous pays.
Il est interdit, sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, de reproduire (notamment par photocopie) partiellement ou totalement le présent ouvrage, de le stocker dans une banque de données ou de le communiquer au public, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit.

Imprimé en Belgique

Dépôt légal
Bibliothèque nationale de France, Paris, mars 2015
Bibliothèque royale, Bruxelles : 2015/0023/079

ISBN 978-2-8027-4116-9

SOMMAIRE

Hommages et remerciements	5
Préface	7
Eric LOQUIN, Professeur à l'Université de Bourgogne Ancien directeur du CREDIMI Doyen honoraire	
Avant-propos	11
Lotfi CHEDIR et Filali OSMAN, Professeurs des universités	
AXE I. INTRODUCTION A L'ARBITRAGE, SOURCES HISTORIQUES ET ARBITRAGE AU PLURIEL	19
Rapport introductif	21
Lotfi CHEDIR, Professeur à la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis. Directeur de l'Unité de recherches « Relations internationales privées : commerce, arbitrage et migration »	
Histoire et attentes d'une codification du droit dans les pays de la Méditerranée	33
Rémy CABRILLAC, Professeur à la Faculté de droit et de science politique de Montpellier	
Arbitrage conventionnel, arbitrage obligatoire, médiation, conciliation, transaction, sentence « accord-parties », convention de procédure participative : essai de définition ?	41
Sylvie TERRÉ-ANDRÉ, Professeur à la Faculté de droit de l'Université Jean Moulin, Lyon-3 Co-directeur de la série Droit Méditerranéen	

Arbitrage vs médiation : concurrence ou complémentarité ? 53

Charles JARROSSON, Professeur à l'Université de Paris II
 Paul-Léon-ASSAS Rédacteur en chef de la *Revue de l'arbitrage*
 Vice-Président du Comité national français de la CCI
 Coordinateur d'ISPRAMED

L'arbitrage maritime : une *lex maritima* pour l'UJM 63

Philippe DEUBECQUE, Professeur à l'Université de Paris-I
 (Panthéon-Sorbonne) Président de la Chambre arbitrale maritime
 de Paris

L'arbitrage sportif : une *lex sportiva* pour l'UJM 71

Laurence BURGER, Avocate au Barreau de Genève et de New York.
 Arbitre au Tribunal arbitral du sport.

AXE II. PRINCIPE D'AUTONOMIE,
 INSTANCES JUDICIAIRES, INSTANCES ARBITRALES 77

L'autonomie de la procédure arbitrale : quelles limites à l'ingérence des juges étatiques ? 79

Souad BABAR YOUSSEF, Professeur de Droit privé
 à la Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis

L'extension et la transmission de la clause compromissoire : vers une *lex mediterranea* ? 115

Nadine ABDALLAH-MARTIN, Docteur en droit et avocat au barreau
 de Lyon

L'arbitrabilité des litiges des personnes publiques : entre autonomie de la volonté et prévalence du droit national prohibitif 141

Mathias AUDYR, Professeur de droit, Université de Paris Ouest
 Nanterre La Défense (France), Codirecteur du Centre de droit
 international (CEDIN)

AXE III. INSTANCES JUDICIAIRES,
 INSTANCE ARBITRALE DANS L'UJM 155

Les interférences des conventions relatives aux droits de l'homme avec l'arbitrage : le droit d'accéder à la justice 157

Catherine TRIVAUDER, Maître de conférences à l'Université
 de Franche-Comté, Membre du CRJFC (EA 3925)

Arbitrage, mesures provisoires et conservatoires dans l'espace méditerranéen 181

Mostefa TRARI TAMR, Professeur à la Faculté
 de Droit Université d'Oran

AXE IV. LE DROIT APPLICABLE
 AU FOND DU LITIGE 193

Une *lex mercatoria* pour la zone Méditerranée ?**Une analyse empirique des pratiques des opérateurs du commerce international** 195

Gilles CONNBERG, Professeur de droit international privé
 et de droit comparé, Université du Luxembourg
 (LUXEMBOURG)

Les Principes d'UNIDROIT comme droit applicable au fond du litige dans un arbitrage commercial international en Méditerranée 213

Fabrizio MARELLA, Professeur de Droit International
 et Droit de l'Union européenne Université Ca' Foscari
 Venise (Italie), Directeur du master Commerce,
 fiscalité et arbitrage international

L'variable composition 235

Ahmet Cemr YUDIRM, Assistant Professeur à l'Université
 Kemerburgaz d'Istanbul (Turquie) Responsable du département
 de droit privé, Directeur du master de droit du commerce
 international

AXE V. QUELS PRATICIENS, QUELLE(S) INSTITUTION(S), QUELLE(S) ÉTHIQUE(S), QUEL ARBITRAGE DANS L'UPM ?	247
--	-----

L'arbitrage institutionnel dans trois pays maghrébins :

état des lieux	249
AH BENCHENEN, Professeur émérite à l'Université de Bourgogne (CREDIMI) Ancien Recteur d'académie	

Quelle(s) éthique(s) pour un arbitre méditerranéen ?	265
---	-----

Chiara GIOVANNUCI Orlandi, Professeur à l'Université de Bologne (Italie). Consultant de l'Institut pour la promotion de l'arbitrage et la médiation en Méditerranée (ISPRAMED).
Membre du Conseil arbitral de la Chambre d'arbitrage nationale et internationale de Milan

Quelle(s) « règle(s) du jeu » pour les conseils dans un arbitrage méditerranéen ?	283
--	-----

Jalal El Ahdab, Docteur en droit, Avocat aux barreaux de Beyrouth, Paris et New York, Associé, Cabinet Ghnesité Magellan Paley-Vincent.

AXE VI. ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL, RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION DES SENTENCES ARBITRALES	315
---	-----

Quel(s) ordre(s) public international dans les pays de l'Union pour la Méditerranée ?	317
--	-----

Mahmoud Mohamed Salah, Professeur à l'Université de Nouakchott (MAURITANIE)

Les régimes de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangers dans les pays de la rive sud de la Méditerranée	341
--	-----

Riyad Fakhrî, Professeur à la faculté de droit, Directeur de laboratoire de recherche en droit des affaires Vice-Président de l'Université Hassan I de Settat.

L'exécution des sentences internationales annulées dans leur État d'origine	367
--	-----

Abdelatif Bouralî, Avocat associé au barreau de Casablanca (Boualî & Mekkaoui).

L'exequatur des sentences arbitrales étrangères entre la Convention de New York et les droits des pays de l'UPM	379
--	-----

Ahmed Ouerfelli, Juge, enseignant de Droit Conseiller juridique auprès du Président de la République Tunisie
ahmedouerfelli@hotmail.com

AXE VII. INTERNATIONALISATION, EUROPÉANISATION, MÉDITERRANÉISATION DU DROIT DE L'ARBITRAGE DANS L'UPM	407
--	-----

La contribution de la Cour de justice de l'Union européenne à l'europanisation du droit de l'arbitrage	409
---	-----

Cyril Nourissar, Professeur à l'Université Jean-Moulin - Lyon 3 Ancien Recteur d'académie

Charia islamica et arbitrage	421
-------------------------------------	-----

Fadi Nammour, Professeur à l'Université Libanaise Professeur Associé à l'Université de Luxembourg

La difficile accession à l'harmonisation du droit de l'arbitrage dans les pays de la Méditerranée	443
--	-----

Nathalie Naurat, Avocat à la Cour (Beyrouth, Liban), Associée au Cabinet Ibrahim Najjar. Chargée de cours à la Faculté de Droit et des Sciences Politiques de l'Université Saint Joseph (Beyrouth) et à l'Université Paris 2, Panthéon-Assas

Les travaux de la CNUDCI en matière d'arbitrage commercial international	455
---	-----

Laurence Ravillon, Professeur de droit privé, Université de Bourgogne (FRANCE) Doyen de la Faculté de droit de Dijon Directrice du CREDIMI

L'arbitrage d'investissement : approches méditerranéennes	469
--	-----

Sébastien Manclaux, Maître de conférences HDR à l'Université de Bourgogne, membre du CREDIMI

**Vers une *lex mediterranea* de l'arbitrage : le modèle OHADA
comme référence ?**

483

Olivier CUPERLIER, Avocat au barreau de Paris
Arbitre, Médiateur

**Vers une *lex mediterranea* de l'arbitrage :
le modèle québécois comme référence ?**

493

Louis MARQUIS, Avocat émérite du Barreau du Québec
Secrétaire général, École de technologie
supérieure Professeur associé, Faculté de droit
de l'Université de Montréal

Synthèse**Une *lex Mediterranea* de l'arbitrage :
quelles perspectives d'harmonisation/unification
pour l'UfM ?**

505

Filali OSMAN, Professeur à l'Université de Bourgogne-
Franche-Comté - CRJFC - Ancien Conseiller de Gouvernement
Directeur de la série « droit méditerranéen ».

LES PRINCIPES D'UN DROIT
COMME DROIT APPLICABLE AU FOND
DU LITIGE DANS UN ARBITRAGE COMMERCIAL
INTERNATIONAL EN MÉDITERRANÉE

PAR

FABRIZIO MARRELLA (1)

PROFESSEUR DE DROIT INTERNATIONAL ET DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE
UNIVERSITÉ CA' FOSCARI VENEISE (ITALIE)

Dans son cours professé à l'Académie de droit international de La Haye en 2012, M. le Professeur KOHLER a affirmé qu'aujourd'hui « dans le domaine des contrats internationaux, l'autonomie de la volonté est reconnue par la grande majorité des systèmes de droit contemporains » et « l'on pourrait être tenté » de qualifier le principe d'autonomie de la volonté en droit international privé comme « un principe général de droit », mieux le principe général de droit international privé valable aussi en droit international « public » au sens de l'article 38 du Statut de la CIJ (2).

Cette expression heureuse mérite toutefois d'être nuancée, car ce n'est pas le principe mais le contenu du droit positif du principe d'autonomie qui varie entre les systèmes juridiques contemporains, y compris dans notre espace méditerranéen, acquérant toute son ampleur dans le cadre de l'arbitrage commercial international (3).

Si les parties à un contrat transnational font parfois référence à un droit non étatique (droit international ou *lex mercatorum*), ce n'est pas

(1) Dédicé au Professeur Giorgio BENINI avec qui j'ai pu apprendre, dans son cabinet d'avocat comme à l'université, la pratique de l'arbitrage, au delà de sa théorie.

(2) Il rajoute que « indépendamment de sa consécration en droit positif, certains auteurs y voient même le fondement du droit international privé ». C. KOHLER, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatsisme », *R.C.A.D.I.*, n° 366, 2013, p. 21.

(3) Voir, parmi une vaste littérature, F. MARRELLA, « Funzione ed oggetto dell'autonomia della volontà nell'era della globalizzazione del contratto », in *La nuova disciplina concernente la terra della legge applicabile ai contratti (Roma I) (dir. N. Rescansio)*, Turin, Giappichelli, 2009, pp. 18-65 ; H. GUSMANA NAON, « Choice-of-law Problems in International Commercial Arbitration », *R.C.A.D.I.*, n° 289, 2001, pp. 9 et s. ainsi que E. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *R.C.A.D.I.*, n° 322, 2006, pp. 21 et s.

parce qu'elles méconnaissent l'orthodoxie du droit international privé les obligeant à choisir seulement un droit étatique.

En effet, « dans la pratique, la référence au droit international ne signifie jamais que les parties choisissent le droit international public, mais qu'elles entendent soumettre leurs relations à des principes généraux qui forment un droit transnational, ce qui est tout à fait différent » (4).

L'exemple des Principes d'UNIDROIT le démontre bien car ils sont l'expression la plus achevée des règles transnationales des relations économiques internationales (5).

Si les Principes d'UNIDROIT sur les contrats du commerce international n'ont pas été reconnus par le Règlement Rome I au niveau de ce que les internationalistes allemands appellent la *kollisionsrechtliche Verweisung* (et donc ils ne peuvent pas être utilisés directement en tant que *lex contractus*) devant un juge quelconque des États membres de l'UE, tout le monde s'accorde à reconnaître que, au-delà du cas de la *materiellrechtliche Verweisung*, la liberté des parties dans le cadre d'un arbitrage commercial international est plus grande que celle reconnue devant un juge national (6).

On rappelle que les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international ont été élaborés par l'Institut international pour l'unification du droit privé dont le siège est à Rome, en Italie. Il s'agit d'une organisation intergouvernementale créée en 1926 comme organe auxiliaire de la Société des Nations (SDN). Cette organisation œuvre pour harmoniser le droit privé des États en facilitant l'adoption de règles uniformes. Les Principes d'UNIDROIT sont des principes dont la vocation est de régir les contrats du commerce international. Contrairement aux autres textes élaborés par UNIDROIT, ces principes ne consistent pas un traité proposé à la ratification des États. Il s'agit donc

(4) B. Goumans, « Deukleine séance plénière de la Commission de l'IDI », *Annuaire fr. dr. int.*, n° 58, 1979, p. 54. Voir aussi D. Carreau et F. Marrella, *Droit international*, 11^e éd., Paris, éd. A. Pedone, 2012.

(5) A. Garro, « The Contribution of the UNIDROIT Principles to the Advancement of International Commercial Arbitration », *Tulane Journal of International & Comparative Law*, n° 3, 1994, p. 98 ; D. Vagts, « Arbitration and the UNIDROIT Principles », in *Contratación internacional. Comentarios a los Principios sobre los Contratos Internacionales del UNIDROIT (Tribunal Nacional Autónoma de México)*, 1998, pp. 265-277, <http://www.cisg.law.pace.edu/elsjpublic/vols.html> ; H. Van Houtte, « UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts », *Arbitration International*, n° 11, 1995, p. 373 ; F. Marrella, *La nuova lex mercatoria. Principi UNIDROIT ed usi dei contratti del commercio internazionale*, Padoue, CEDAM, 2003 ; E. Loquin, *Les règles matérielles*, op. cit., pp. 205 et s. ; F. Galvano et F. Marrella, *Diritto del commercio internazionale*, 3^e éd., Padoue, CEDAM, 2011.

(6) Voir F. Marrella, « Funzione ed oggetto dell'autonomia della volontà nell'era della globalizzazione del contratto », op. cit.

d'une « codification doctrinale » (7), au même titre que les principes du droit européen des contrats même si, à sa quarante-cinquième session (New York, 25 juin-6 juillet 2012), la CNUDCI a décidé à l'unanimité d'avaliser les Principes d'UNIDROIT 2010 (8) en recommandant l'utilisation des Principes selon qu'il convient, conformément à l'objet qui leur a été assigné dans le Préambule.

Ils sont traduits et disponibles sur le site web d'UNIDROIT en treize langues et forment l'objet d'une vaste littérature spécialisée (9). Les 23 et 24 mars 2014, une conférence a eu lieu à l'Université Sultan Qaboos à Mascate (Oman) où la version en langue arabe des Principes d'UNIDROIT 2010 a été présentée.

Aujourd'hui, depuis la révision des Principes d'UNIDROIT en 2004, il a été rajouté au commentaire une précision selon laquelle « le concept de contrat "du commerce" devrait être entendu dans le sens le plus large possible afin d'inclure non seulement les opérations du commerce pour la fourniture ou l'échange de marchandises ou de services, mais aussi d'autres types d'opérations économiques telles que les contrats d'investissement et/ou de concession, les contrats pour des services professionnels, etc. ». Donc, ces Principes ont vocation à être appliqués en tant que règles de droit applicables au fond dans le cadre de l'arbitrage international : soit dans le cadre B2B, soit dans le cadre B2G, c'est-à-dire dans des contrats de commerce entre parties privées comme dans des contrats d'investissement et/ou de concession conclus entre personnes privées et personnes publiques (10).

Ainsi, d'après le site UNILEX (11), on registre désormais 363 cas d'application des Principes d'UNIDROIT (12) autour du monde, y compris dans notre espace méditerranéen.

(7) C. Kassezian, « Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : les Principes proposés par l'UNIDROIT », *R.C.D.I.P.*, n° 84, 1995, p. 668. Voir toutefois F. Galvano, *Lex mercatoria*, 4^e éd., Bologne, Il Mulino, 2008, qui met en évidence la portée des Principes d'UNIDROIT en tant que nouveaux *Digestae* des contrats du commerce international.

(8) Voir le Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international de la quarante-cinquième session, New York, 25 juin au 6 juillet 2012 (A/67/17), paragraphes 137-140.

(9) Voir www.unidroit.org. Qu'il soit aussi permis de renvoyer à F. Marrella, « Choice of law in Third-Millennium Arbitrations : The Relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts », *Vanderbilt J. of Transnational Law*, 2005, p. 1137 (disponible dans le site <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/jnl/vol14no1/marrella.html>).

(10) A ce propos, voir spéc. W. Ben Hamda, « Les Principes d'UNIDROIT et l'arbitrage transnational : L'expansion des Principes d'UNIDROIT aux arbitrages opposant des États ou des organisations internationales à des personnes privées », in *J.D.I.*, n° 4, 2012, p. 1218.

(11) <http://www.unilex.info>.

(12) Voir notamment en ce sens F. Marrella, « Les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international dans l'arbitrage de la CCI », *Bull. CCI*, 2001, vol. 12, n° 2, p. 52. F. Marrella et F. Géninot, « Les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce

Tout en utilisant comme outil principal de référence l'arbitrage CCI, je vais présenter ma communication en deux parties de portée inégale : tout d'abord, on parlera de la légitimité du choix des Principes d'UNIDROIT (I) ; ensuite, on dira quelques mots de leur validité vis-à-vis des mécanismes de contrôle étatique de la loi applicable au fond du litige (II).

I. — LA LÉGITIMITÉ DU CHOIX DES PRINCIPES D'UNIDROIT

En droit international privé comparé des contrats, il existe deux situations fondamentales selon que les parties ont ou n'ont pas choisi le droit applicable au fond de leur contrat.

Le principe veut, tout d'abord, que les parties soient libres de choisir le droit applicable à leur contrat. Il s'agit de l'application en droit de l'arbitrage du principe d'autonomie de la volonté. Ce principe est reconnu par la plus grande partie des droits nationaux de l'arbitrage ainsi que par la loi type de la CNUDCI comme dans le plus important règlement d'arbitrage (CCI, LCIA, AAA, etc.).

Les Principes d'UNIDROIT ont naturellement vocation à s'appliquer lorsque les parties les ont expressément choisis (A). Mais parfois, ce sont les arbitres qui contribuent à les rendre applicables, en attirant l'attention des parties au moment de la rédaction de l'acte de mission (lorsqu'il est prévu) ; ou bien par induction, ou encore, même au cas où les parties n'ont pas choisi la *lex contractus* (B). Encore, les Principes d'UNIDROIT sont utilisés pour interpréter une convention de droit international uniforme (C) et surtout, ils peuvent être utilisés en combinaison avec un droit national (D).

international dans l'arbitrage de la CCI », *Bull. CCI*, 1999, vol. 10, n° 2, p. 26 ; A. MOURRE et E. JOURNÉ, « La réception des Principes d'UNIDROIT dans les contrats modèles de la Chambre de Commerce Internationale », *Rev. dr. arbit.*, 2004, p. 275 ; E. JOURNÉ, « Les principes UNIDROIT dans l'arbitrage CCI », *Supplément spécial au Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage, Principes UNIDROIT : nouvelles évolutions et applications*, pub. CCI, n° 682 F. P. 71 ; A. C. SINGAM, « Using the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in International Commercial Arbitration », *International Arbitration Law Review*, vol. 6, n° 3, 2003, pp. 65-74 ; F. BERNICONTI, *Référence aux Principes UNIDROIT dans la pratique contractuelle et les contrats modèles, Supplément spécial CCI*, 2005, p. 61. Plus généralement, voir S. VOORNAUW et J. KAMBIENSKAM, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford, OUP, 2009, p. 96.

A. — Les Principes d'UNIDROIT sont applicables à la demande des parties dans un arbitrage international

Ici, on peut avoir deux cas d'espèce : 1. les parties ont expressément choisi dans leur contrat les Principes d'UNIDROIT, ou bien 2. les parties les ont choisis de façon implicite : il s'agit d'une *implied choice of the law applicable to the merits*.

1) Les parties ont choisi les Principes d'UNIDROIT (voie directe) en tant que règles de droit régissant leur contrat

Ici, normalement, l'on trouve dans un contrat international une clause par laquelle « Le présent contrat sera régi par les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (2010) ».

Cette clause vaut choix direct de la *lex contractus* d'après l'article 21.1 du Règlement d'arbitrage CCI en vigueur, comme dans la plupart des « grands règlements d'arbitrage » dans le monde prévoyant que « les parties sont libres de choisir les règles de droit que le tribunal arbitral devra appliquer au fond du litige » (13). Il s'agit d'une formule technique bien connue.

Rappelons que l'emploi du terme « règles de droit » et non de « loi » veut dire que le droit applicable au fond du litige n'est pas nécessairement une loi étatique. Il peut s'agir de toute règle de droit, étatique ou non étatique, pourvu qu'elle ait été choisie par les parties ou bien jugée appropriée par l'arbitre (14).

L'expression de « règles de droit » permet aussi d'appliquer un droit non étatique et, dans le commerce international, l'on songe notamment au droit transnational. Il est aujourd'hui admis qu'une sentence arbitrale puisse être rendue sur le fondement de la *lex mercatoria* (15) et sur

(13) *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, ICC Pub. n° 729 E, 2012, p. 222.

(14) En pratique, il est fréquent que les arbitres aient à appliquer une loi étatique, généralement lorsque les parties ont porté leur choix sur une telle loi. Néanmoins, l'arbitre n'applique pas une loi étatique comme le ferait le juge de l'Etat du for (s'il a un devoir d'obéissance, c'est moins à l'égard de la loi elle-même qu'à l'égard de la volonté des parties avant fait le choix de cette loi : voir P. MATIAS, « L'arbitre et la loi », in *Le droit privé français de la fin du x^e siècle, Études offertes à Pierre Collet*, Paris, Litec, 2001, p. 225. Voir, en dernier lieu, P. DUBIAN, « La *lex mercatoria* entre ordre et désordre », in *Le monde du droit. Mélanges Jean Foyer*, Paris, Economica, 2008, p. 805.

(15) Il suffit de rappeler les études désormais classiques de : B. GÖULMAN, « *Lex mercatoria* », *Forum International*, n° 3, 1988, p. 194 ; B. GÖULMAN, « Nouvelles réflexions sur la *lex mercatoria* », in C. DOMINUS, R. PARRY et C. REYNOLD (dir.), *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle, Helbing et Lichtenhahn, 1993, (p. 241) p. 243 ; A. GÖULMANN, « The New Law Merchant Reconsidered », in F. FABRICIUS (éd.), *Law and International Trade, Festschrift für Chape M. SchmidtJoff*, Frankfurt, Athenäum Verlag, 1978 ; J. D. M. LEW, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, New York, Oceana Publications, 1978 ;

les Principes d'UNIDROIT (16) en tant que droit commun du commerce international.

Il est vrai, cependant, que ces applications sont encore peu fréquentes du moins du point de vue quantitatif comme il a été montré par quelques statistiques récentes. Toutefois, ces mêmes statistiques et leurs analyses ne nous disent rien sur la valeur des affaires recensées.

Il en reste que la seule conclusion que l'on peut tirer est que les Principes d'UNIDROIT ne sont pas encore connus par tous les praticiens, y compris les juristes d'entreprise.

En revanche, il ne faut pas confondre le choix direct de Principes d'UNIDROIT avec une simple « réception » des Principes d'UNIDROIT en tant que clauses contractuelles. Ceci se réalise en rédigeant une clause comme celle-ci :

« Les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (2010) sont intégrés dans le présent contrat pour autant qu'ils ne soient pas incompatibles avec les autres clauses du contrat ».

Ici, il n'y a pas de doute que les parties ont seulement prévu l'incorporation des Principes d'UNIDROIT en tant que clauses contractuelles, une *materielle-rechtliche Verweisung*. La *lex contractus* reste donc à être indiquée par les parties ou à être recherchée par les arbitres.

O. LANDO, « The *lex mercatoris* in International Commercial Arbitration », *The International Comparative Law Quarterly*, n° 34, 1985 ; I. STERNBERG, « La notion de *lex mercatoria* en droit du commerce international », *R.C.A.D.I.*, n° 227, 1991-II, pp. 207 et s. ; F. OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria : contribution à l'étude d'un ordre juridique alternatif*, Paris, L.G.D.J., 1992, *passim* ; F. OSMAN et S. SALAMA, « Les méthodes de détermination du droit applicable par l'arbitre : vers un rattachement de la "voie directe" à la méthode conflictuelle », in *L'arbitrage commercial international à l'échelle de l'ITF multilatérale*, Colloque international, Université d'Oran - Algérie, mai 2003, *Bulletin de l'Association suisse de droit de la Lex Mercatoria*, n° 54, 1988, p. 55 ; T. CAMONNEAU (éd.), *Lex Mercatoria and Arbitration : a Discussion of the New Law Merchant*, revised edition 1998, New York, Jutis Publishing, 1998, vol. 21, n° 2, 2003, pp. 272-286. M. HUSTON, « Publication of Arbitration Awards and *lex mercatoria* », *Arbitration*, n° 54, 1988, p. 55 ; F. OSMAN, « *Lex Mercatoria* and Arbitration », p. 171 ; R. GOOD, « Usage and its Reception in Transnational Commercial Law », *The International Comparative Law Quarterly*, vol. 46, 1997, pp. 1-36 ; K. PERIN BARBER, *The Creeping Codification of Lex mercatoria*, La Haye, Wolters Kluwer, 1999 ; A. F. LOWENSTEIN, « *Lex mercatoria* : An Arbitrator's View », *Arbitration International*, vol. 6, 1990, p. 133 ; I. MERRILL, « The New *Lex Mercatoria* - the First Twenty-five Years », in Bos & Brownlie (éd.), *Liberal Amicorum for Lord Wilby*, Oxford, OUP, 1987, pp. 149-183 et *Arbitration International*, vol. 2, 1988, p. 86 ; I. NORMAN, « The Vicissitudes of Transnational Commercial Arbitration and the *lex mercatoria* : A View from the Periphery », *Arbitration International*, vol. 14, 2000, pp. 53-78 ; J. PARUSSON, « *Le lex mercatoria* dans l'arbitrage CCI », *Rev. Arb.*, 1990, p. 65 ; F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi UNIDROIT ed usi del contratto del commercio internazionale*, op. cit.

(16) Il n'est pas question ici de se lancer dans un débat philosophique sur les notions de « règle » et de « principe ». Il suffit de considérer comme « règle » des prescriptions assez détaillées portant sur tel ou tel sujet, alors que les éléments décrits comme « principes » sont plus de nature générale. Les rédacteurs des Principes d'UNIDROIT n'ont pas estimé nécessaire d'expliquer la différence entre règles et principes.

2) Les Principes d'UNIDROIT appliqués au titre de choix implicite de la *lex contractus*

Dans ce cadre, les arbitres vont s'appuyer sur des références aux « principes généraux du droit », de la *lex mercatoria* ou toute autre formule similaire pour en déduire l'applicabilité des Principes d'UNIDROIT.

Ici, il suffit de penser à l'arbitrage Arthur Andersen (17) pour se rendre compte, au-delà des statistiques, qu'une seule affaire comme celle-ci – tranchée sur la base des Principes d'UNIDROIT – correspond, en termes de valeur, à l'un des plus grands arbitrages commerciaux internationaux d'au moins une décennie.

La pratique de l'arbitrage *matrite* offre maints exemples particulièrement illustratifs de cette approche.

Des arbitres spécialisés en droit du commerce international ont décidé d'appliquer les Principes d'UNIDROIT, soit lorsque les parties ont désigné un droit applicable en se référant à des formulations générales, ou, enfin, même en l'absence de choix par les parties.

L'illustration la plus significative de l'application des Principes d'UNIDROIT aux contrats d'État reste la sentence partielle rendue par la CCI dans l'affaire n° 7110, en 1995 (18), opposant le ministère de la Défense iranien à l'entreprise britannique BAE. L'affaire avait pour objet des contrats relatifs à la fourniture, la modification et la maintenance de systèmes antimissile qui ont été résiliés par l'Iran après la Révolution. Certains de ces contrats contenaient des clauses de choix de droit applicable se référant à la « natural justice », « laws of natural justice » ou « rules of natural justice ».

Le tribunal arbitral a qualifié les contrats en cause de contrats d'État ayant certaines caractéristiques parmi lesquelles : « (i) l'État partie ne devrait pas être autorisé à utiliser ses pouvoirs législatifs non dans l'intérêt général mais pour améliorer sa position juridique ou échapper à sa responsabilité contractuelle [...] (ii) les parties peuvent expressément ou implicitement délocaliser les contrats d'État pour les soustraire aux systèmes juridiques nationaux et les soumettre à des règles légales transnationales [...] (iii) la loi applicable devrait respecter le principe que "l'équité contractuel" matériel entre les parties tel qu'entendu au moment de

(17) Sentence CCI n° 6797 du 28 juillet 2000, *Andersen Consulting Business Unit Member Firms v. Arthur Andersen Business Unit Member Firms and Andersen Worldwide Societe Coopérative*, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=668>.

(18) Sentence publiée dans le *J.D.I.*, 2001, p. 1148, comm. Y. DENNIS. Voir aussi F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi UNIDROIT ed usi del contratto del commercio internazionale*, op. cit., p. 305.

contracter ne soit pas rompu [...] (iv) détachement du processus arbitral et de la *lex fori* arbitrale en général [...] de la loi du siège de l'arbitrage [...] (v) le choix de l'arbitrage international commercial en matière de contrats d'État a un impact sur le droit matériel applicable à la substance du litige ».

Le tribunal, à la majorité, a souligné que ce type de contrat était fortement délocalisé. Bien plus, l'histoire des négociations contractuelles révélait qu'aucune des parties n'avait accepté le droit de l'autre, ni le droit d'un État tiers. Par conséquent, les formulations du contrat devraient conduire à l'application « des règles ou principes n'appartenant pas exclusivement à un système juridique national unique » ou, selon le même tribunal, aux « règles et principes de droit généraux quant aux obligations contractuelles internationales et jouissant d'un large consensus international ».

D'où le constat que ces règles et ces principes étaient principalement reflétés par les Principes d'UNIDROIT. Plusieurs raisons justifient cette position, parmi lesquelles on peut citer le fait que les Principes d'UNIDROIT sont une reformulation de principes juridiques internationaux applicables aux contrats du commerce international faits par un groupe distingué d'experts internationaux venant de tous les systèmes juridiques dans le monde et sans l'intervention d'États ou de gouvernements. Sur le fond, le tribunal s'est référé à l'article 7.4.3 (3) (19) sur l'évaluation du préjudice.

Il faut souligner que la société BAE a introduit un recours en annulation devant les juridictions de La Haye, juridictions du siège de l'arbitrage. La société a soutenu qu'en invoquant l'article 7.4.3 (3), le tribunal avait statué *ultra petita*, tout en dépassant les termes de sa mission.

La Rechtsbank's-Gravenhage a rejeté ces moyens et a confirmé la sentence arbitrale.

Dans une autre affaire célèbre, l'affaire *Cubic* (20), opposant le ministre iranien de la Défense à la société américaine Cubic Defense System Inc., un autre tribunal CCI est arrivé à des conclusions similaires. Il a interprété une formulation de choix générale comme renvoyant aux Principes d'UNIDROIT.

(19) Selon cet article, « le préjudice dont le montant ne peut être établi avec un degré suffisant de certitude est évalué à la discrétion du tribunal ». Selon le tribunal, « [i]f the tribunal has a wide discretion. In this way all outstanding quantum issues, other than matters relating to interest and costs, can be determined in the parcel award n° 4, following the conclusion of this hearing [...] if the tribunal feels that there is an element of doubt as to whether the full amounts claimed by BAE are justified, it has the option to reduce BAE's remuneration claims by such percentage or percentages as its considers appropriate. See UNIDROIT Principles, Article 7.4.3(3) ».

(20) Voir les réf. dans F. MARRELLA, *La nuova lex mercatorum...*, op. cit., p. 567.

Ici, le litige portait sur deux contrats de vente et d'installation de matériel militaire sophistiqué au profit de l'armée iranienne. Ces contrats avaient été exécutés jusqu'à l'avènement de la Révolution islamique.

Les deux contrats controversés étaient soumis à la loi iranienne mais les parties rajoutaient une référence aux « principes généraux de droit international et les usages de commerce ».

Dans une première sentence arbitrale rendue le 5 mai 1997, s'agissant du droit applicable au fond du litige, les arbitres ont considéré que pour la détermination de « ces principes généraux de droit international », ils pouvaient être guidés par les Principes d'UNIDROIT.

Ils ont ainsi affirmé « [s]ince both Parties eventually agreed to the complementary and supplementary application of general principles of international law and trade usages, and based on Article 13(5) of the ICC Rules, the Tribunal shall, to the extent necessary, take into account such principles and usages as well. As to the contents of such rules, the Tribunal shall be guided by the Principles of International Commercial Contracts, published in 1994 by the UNIDROIT Institute, Rome ».

Sur le fond, visant l'article 6.2.3 (4) des Principes d'UNIDROIT (1994) sur le *hardship*, le tribunal a constaté qu'à la suite des événements qui précédaient et suivraient la Révolution iranienne, chaque partie avait le droit de demander unilatéralement la résiliation du contrat ou son adaptation. En effet, le principe d'adaptation du contrat en raison des changements des circonstances constituait un principe général de droit du commerce international qui devait s'appliquer même s'il n'appartenait pas au droit iranien. De la même façon, le tribunal arbitral a appliqué les articles 5.1 et 5.2 (devenus art. 5.1.1. et art. 5.1.2. dans les Principes d'UNIDROIT 2010) sur les obligations implicites, l'article 7.3.6 (21) sur les restitutions consécutives à la résolution et l'article 7.4.9 sur la date de calcul des intérêts.

La décision finale étant défavorable à la société Cubic, cette dernière allait s'opposer à l'*exequatur* devant la Cour de district de Californie.

Elle avait prétendu, entre autres, qu'en appliquant les Principes d'UNIDROIT, le tribunal arbitral avait dépassé les termes de la clause compromissoire, ce qui constituait un cas de refus d'exécution au sens de l'article V (1) 6 de la Convention de New York de 1958. Mais la Cour de district de Californie accordait l'*exequatur* tout en décidant que la référence aux Principes d'UNIDROIT ne pouvait pas être reprochée au tribunal arbitral. Le juge américain soulignait que « The Tribunal's reference to and application of the UNIDROIT Principles and principles

(21) Formule modifiée dans les Principes d'UNIDROIT 2010.

such as good faith and fair dealing do not violate Article VI(1)(c). The Tribunal applied these principles to differences contemplated by and falling within the terms of the submission to arbitration and therefore the Award does not violate Article VI(1)(c) » (22). Il rajoute en plus que « public policy » ne correspond pas à « foreign policy », y compris celle des États-Unis, pour souligner qu'on ne pouvait pas interpréter l'article V à la lumière des choix de politique étrangère des États-Unis.

B. — *Les Principes d'UNIDROIT en tant que « règles de droit jugées appropriées » par les arbitres*

Lorsque les parties n'ont pas choisi le droit applicable, ce qui n'est pas seulement une hypothèse délicate, il revient à l'arbitre de le déterminer. L'article 21.1 du Règlement CCI prévoit ainsi qu'à défaut d'un choix des parties, l'arbitre tranche le litige conformément aux « règles de droit qu'il juge appropriées ». On sait bien que cette disposition donne à l'arbitre une très grande liberté dans les méthodes de détermination du droit applicable. Il peut choisir de se référer à une règle de conflit (et encore il faudra dire laquelle et motiver car cela ne va pas de soi), mais il n'y est pas obligé. Bref : si comme le disait le Professeur MANN, *lex facit arbitrum*, cela ne veut pas dire que la *lex loci arbitri* fasse tout l'arbitrage !

Notamment, l'arbitre n'est pas tenu par les règles de conflit en vigueur au lieu où il siège. Il peut adopter la méthode dite de la voie directe, qui lui permet de désigner le droit le plus approprié pour régler le litige, sans passer nécessairement par le canal d'une règle de conflit (23).

Dans ce contexte et au-delà d'un débat qui a fait couler beaucoup d'encre, l'on ne peut que partager la conclusion du Professeur LOQUIN d'après laquelle « la *lex fori* de l'arbitre international est la *lex mercatoriae* et qu'à ce titre l'utilisation des Principes, expression de la *lex mercatoriae*, est parfaitement justifiée » (24).

Ainsi, il ne doit pas surprendre de savoir que dans certains litiges soumis à l'arbitrage, les Principes d'UNIDROIT ont permis aux arbitres de déterminer le droit applicable au fond lorsque les parties ont omis de le choisir. Telle a été la position adoptée dans les affaires

CCI n° 7375 et CCI n° 8261, qui restent, à mon avis, parmi d'autres, un cas délicate.

Dans la sentence n° 7375 rendue par la CCI, le 5 juin 1996 (25), une agence gouvernementale iranienne a introduit un arbitrage contre un vendeur américain. Elle a réclamé des dommages et intérêts pour réparer un retard dans la livraison de radars à usage militaire. Le contrat ne contenait pas de clause de droit applicable. La question était de savoir si la demande devait être rejetée en raison de la prescription. Pour justifier cette prescription, le défendeur a réclamé l'application de la loi du Maryland, la loi du vendeur. Cette loi prévoit un délai court de prescription.

De son côté, la demanderesse invoquait l'application de la loi iranienne en raison des liens du contrat avec l'Iran et, subsidiairement, demandait l'application des principes généraux du droit. En droit iranien, le délai de prescription est beaucoup plus long, ce qui justifiait le recours à l'arbitrage.

Analysant l'intention des parties et l'histoire des négociations contractuelles, le tribunal arbitral a jugé que l'absence de choix du droit applicable au contrat démontrait qu'aucune des parties n'était prête à accepter le droit national de l'autre.

Il s'agissait donc, au plus, d'un choix implicite négatif de la *lex contractus*.

Pour sortir de l'impasse, le tribunal allait considérer trois méthodes alternatives : appliquer une loi neutre, adopter la doctrine du franc commun, ou choisir un droit dénationalisé et appliquer les principes généraux du droit.

Après avoir rejeté les deux premières solutions, le tribunal, à la majorité, avait opté en faveur de la troisième solution. Celle-ci, en effet, permettrait de maintenir l'équilibre entre les parties et de répondre à leurs attentes raisonnables. Se référant à la sentence n° 7110 de la CCI, il a décidé d'appliquer « les principes généraux et les règles de droit relatifs aux obligations contractuelles internationales qui sont considérées comme des règles de droit et qui ont gagné un consensus international dans les milieux d'affaires, y compris les notions qui forment la *lex mercatoriae*, et en tenant également compte des usages commerciaux

(22) United States District Court, S.D. California, Ministry of Defense and Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran c. Cubic Defense Systems, Inc. — 29 Fed. Suppl. 2nd, 1168. *Rev. dr. int'g.*, 1999, p. 1016 et un résumé sur : www.unltx.com/cases/cdn/9d=952.

(23) F. OSMAN et S. SALAMIA, « Les méthodes de détermination du droit applicable par l'arbitre : vers un rattachement de la "voie directe" à la méthode conflictuelle », *op. cit.*, pp. 272-286.

(24) E. LOQUIN, *Les règles, op. cit.*, p. 216.

(25) Publiée dans *Meadley's International Arbitration Report*, 1996, A-1 A-68, p. 11. Voir son analyse in F. MARELLA, *La nuova lex mercatoriae. Principi UNIDROIT ed usi...*, *op. cit.*, pp. 412 et s.

pertinents ainsi que les Principes d'UNIDROIT, dans la mesure où ils reflètent des principes et des règles généralement acceptés » (26).

De l'avis du tribunal arbitral, les Principes d'UNIDROIT contiennent essentiellement une reformulation de ces principes directeurs qui ont recueilli une acceptation universelle. Selon les arbitres, « As regards the reference to the UNIDROIT Principles [...] the Majority Arbitrators believe that these Principles, prepared by a working group established in 1981 and composed of leading experts and academics of all major legal systems, contain in essence a restatement of those "principles directeurs" that have enjoyed universal acceptance and, moreover, are at the heart of those most fundamental notions which have consistently been applied in arbitral practice ».

Cependant, selon le tribunal, l'application des Principes d'UNIDROIT ne devait pas être mécanique. Ces principes devaient faire l'objet d'un examen détaillé dans tous leurs aspects car certaines de leurs dispositions individuelles pourraient ne pas refléter un consensus international. C'est pour cette raison que le tribunal n'était prêt à les appliquer que dans la mesure où ils incarnaient réellement des principes et des règles généralement acceptés au niveau de la *lex mercatoria*.

S'agissant de la question de la *prescription*, le tribunal arbitral constatait l'absence de règles dans les Principes d'UNIDROIT (1994) en cette matière. Or, pour sortir de cette impasse, les arbitres, à juste titre, allaient considérer la prescription comme une application du principe général de la bonne foi dans le commerce international.

C'est pourquoi les arbitres tirent la conclusion selon laquelle, dans le cas désespéré, il est contraire à la bonne foi de commencer un arbitrage international plus de douze ans après la Révolution iranienne et le départ de Westinghouse du territoire iranien (27).

De même, l'on ne peut que regretter la fixation d'un délai précis et abstrait de prescription dans les Principes d'UNIDROIT 2010. L'affaire Westinghouse démontre bien comment une démarche pragmatique et fondée sur la bonne foi dans le commerce international dépasse toute considération relative à la nature juridique de la prescription, y compris le débat, sans cesse, sur sa qualification matérielle ou procédurale.

(26) « The Tribunal will apply those general principles and rules of law applicable to international contractual obligations which qualify as rules of law and which have earned a wide acceptance and international consensus in the international business community, including notions which are said to form part of a *lex mercatoria*, also taking into account any relevant trade usages as well as the UNIDROIT Principles, as far as they can be considered to reflect generally accepted principles and rules ».

(27) F. Marella, *La nuova lex mercatoria. Principi UNIDROIT ed usi...*, op. cit., p. 418.

Dans une autre sentence CCI, la n° 8261 rendue le 27 septembre 1996 (28), une société italienne et un organisme gouvernemental d'un pays du Moyen-Orient avaient conclu un contrat international sans élection du droit applicable parce que, durant la négociation, chaque partie avait insisté sur l'application de son propre droit national.

Ici le tribunal arbitral décida qu'il prendrait sa décision sur le fondement du contrat, complété par les principes généraux du commerce incarnés dans la *lex mercatoria*. Ensuite, examinant le fond du litige, le tribunal appliquait les Principes d'UNIDROIT, considérant ainsi qu'implicitement, ces derniers constituaient une source de la *lex mercatoria*. Plus spécifiquement, le tribunal a évoqué les articles 4.8 (omissions), 4.6 (règle *contra proferentem*), 7.4.1 (droit aux dommages-intérêts), 7.4.7 (préjudice partiellement imputable au créancier) et 7.4.13 (indemnité établie au contrat) à l'appui de son raisonnement (29).

C. - *Les Principes d'UNIDROIT et les instruments du droit international uniforme (CIVIM)*

Il est aujourd'hui largement reconnu que les instruments internationaux de droit uniforme, même après qu'ils ont été incorporés dans les différents droits internes, restent des *corpus autonomes* de droit qui doivent être interprétés et complétés conformément à des principes et règles internationaux uniformes autonomes, et que le recours au droit interne ne doit être fait qu'en dernier ressort. Par le passé, de tels principes et règles autonomes devaient être recherchés chaque fois par les juges et les arbitres eux-mêmes. Les Principes d'UNIDROIT aujourd'hui sont là pour offrir un standard international unique et prévisible.

L'utilisation des Principes d'UNIDROIT comme moyen d'interpréter et de compléter des instruments de droit uniforme est particulièrement pertinente en ce qui concerne la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises adoptée à Vienne le 11 avril 1980 (ci-après, la CIVIM).

Dans cette catégorie d'application des Principes d'UNIDROIT, l'on peut distinguer les affaires où les parties ont demandé aux arbitres d'appliquer la CIVIM et les Principes d'UNIDROIT (1) et les affaires où ce sont les arbitres qui ont invité les parties à s'y référer (2).

(28) www.unllex.info/case/cim?pid=2&do=case&id=624&step=Abstract. Voir F. Marella et F. Génikas, « Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international dans l'arbitrage de la Chambre de Commerce International », *Bull. IC Arb.*, 1999, n° 2, p. 74.

(29) www.unllex.info/case/cim?pid=2&do=case&id=624&step=Abstract.

1) *Le choix des parties (30)*

Que les parties, considérant une certaine obsolescence ou insuffisance de la CIVM, indiquent dans leur contrat de l'interpréter à travers les Principes d'UNIDROIT n'est pas seulement un cas décole. Il suffit de se référer à la sentence arbitrale finale rendue dans l'affaire CCI n° 13436 en 2006 (31).

Ici, une société suisse avait conclu un contrat de vente de produits en acier avec une société chinoise en 2004. La société suisse, demanderesse, alléguait qu'elle avait toujours exécuté les commandes faites par son client qui, à son tour, n'avait jamais ouvert la lettre de crédit comme prévu initialement. Faute d'être payée, elle avait dû revendre les produits à un prix inférieur sur le marché pour limiter son dommage. Par conséquent, la société suisse demande la réparation du préjudice subi (dont la perte de profit, les frais de location engagés en vue de l'expédition du matériel commandé, y compris les intérêts et les frais de conseils).

L'arbitre unique, siégeant à Pékin, s'est prononcé sur le litige sur la base de la clause compromissoire insérée dans le contrat de vente signé par les parties ainsi que sur l'article 5.1 du contrat sur le droit applicable au fond ainsi rédigé :

« Any legal issue relating to this contract shall be governed by and construed and interpreted in accordance with the United Nations Convention on Sales Contract for the International Sale of Goods of 11 April 1980 (CISG) and to the extent (sic) not covered by the CISG, by reference to the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (1994) and if not covered by any of the foregoing (sic) sets of rules, by internationally accepted general trade practices and in final instance (sic) by the law of the country where the seller has his principle (sic) place of business » (32).

La CIVM est en vigueur en Chine depuis le 1^{er} janvier 1988 et ses règles font partie du droit chinois, comme du droit suisse car la CIVM y est entrée en vigueur le 1^{er} mars 1991. C'est donc à juste titre que, dans cette affaire, l'arbitre a confirmé la validité du choix du droit

applicable des parties et rejeté l'application à titre complémentaire du droit chinois.

Sa conclusion est la suivante :

« The Arbitral Tribunal finds that (a) the provision for governing law contained in the Contract is valid, (b) the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (a.k.a. « CISG ») is the law applicable to the Contract, SAVE THAT (c) in the event that any legal issue is not covered by the CISG, then the Arbitral Tribunal shall have recourse, in the first instance to the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (1994), and if not covered by same, then by reference to internationally accepted general trade practice, and in final instance to the law of the country where the Claimant has its principle place of business. The Arbitral Tribunal finds that the laws of the PRC do not apply in the arbitration of this dispute. The Arbitral Tribunal points out that China has accepted the CISG as a treaty obligation and that the PRC has adopted the CISG as part of its contract law. China is a signatory to, and has ratified, the United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods (reprinted in 19 I.L.M 671 (1980)). Therefore, the CISG applies, and PRC law is not applicable ».

Bref, dès lors que la volonté des parties est claire, l'arbitre doit respecter ce choix. Dans ce cas, il s'agit d'appliquer la CIVM, couplée en cas de silence de la CIVM, et à titre supplétif, d'autres normes, usages ou principes du droit commercial international, tels que les Principes d'UNIDROIT.

2) *Les arbitres peuvent inviter les parties à se référer aux Principes d'UNIDROIT*

D'autres fois, les arbitres, lorsqu'ils l'estiment approprié, peuvent inviter les parties à se référer aux Principes d'UNIDROIT. Un exemple de cette démarche se trouve dans la sentence arbitrale partielle rendue dans l'affaire CCI n° 13450 en 2006 (33).

Cette sentence arbitrale partielle fut rendue dans le cadre d'un différend opposant une société française à une société chinoise, à la suite de la résiliation d'un contrat de vente d'une unité complète de production en matière cinématographique.

La clause arbitrale de l'article 16.1 du contrat disposait :

(30) Voir A. Mourat, « L'application par l'arbitre de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises », *Bull. CCI*, 2006, vol. 17, n° 1, p. 45. Sentence CCI n° 8213 (1995). *Bull. CCI*, 2000, vol. 11, n° 2, p. 60 et surtout H. VAN HOUTTE, « La Convention de Vienne dans la pratique arbitrale de la Chambre de commerce internationale », *Bull. CCI*, 2000, vol. 11, n° 2, p. 22. Plus généralement, voir P. SCHWARTZ & I. SCHWARTZ (éd.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3^e éd., Oxford, OUP, 2010.

(31) *J.D.I.*, 2014, note C. TERNON.
(32) *Ibid.*

(33) *J.D.I.*, 2014, p. 193.

« All disputes arising from or in connection with the execution of the Contract shall be settled amicably through friendly consultation between both sides. In case the above settlement is not possible, the case shall be submitted to the International Chamber of Commerce in Singapore which will follow the arbitration under its rule and laws. The arbitral award is final and binding upon both parties. Any cost of charges incurred there from shall be borne by the losing party ».

Dans cette affaire, les parties avaient – plus ou moins bien – indiqué dans leur contrat l'application des INCOTERMS ainsi que des RUU 500. Dès lors, le tribunal arbitral décida d'inviter les parties à débattre, à l'occasion d'une audience, de l'application supplétive tant de la CVM (34) que des Principes d'UNIDROIT car « the norms chosen by the parties in Section 22.1 of the Contract and the provisions of the CISG will not necessarily cover all questions that may arise in this arbitration. For all questions which are not so covered, and in accordance with Article 17(1) of the ICC Rules of Arbitration, the tribunal determines that it is appropriate to apply the UNIDROIT Principles ».

Le tribunal arbitral observe que « the UNIDROIT Principles are international legal principles applicable to international commercial contracts such as that underlying the present dispute. They reflect a broad international consensus. The fact that both the CISG and the UNIDROIT Principles were developed at the international level, and the fact that the UNIDROIT Principles were inspired by the CISG, makes the UNIDROIT Principles the logical complement to the CISG ».

On pourrait dire mieux et rajouter que les Principes d'UNIDROIT ont été développés postérieurement à la CVM de 1980 et donc reflètent des principes mieux adaptés aux besoins du commerce international d'aujourd'hui.

D. – Des combinaisons entre les Principes d'UNIDROIT et le droit national

À la différence de la version des Principes du 1994 (35), dans le commentaire du Préambule des Principes d'UNIDROIT 2004, l'on a

(34) Voir, *inter alios*, Fr.-X. Tesson, « Convention de Vienne sur les ventes internationales de marchandises », in *Contrats d'affaires*, coll. Dalloz Référence, Paris, Dalloz, 2010, chap. 125, et Ch. Serradell, « Du bon usage des principes UNIDROIT dans l'arbitrage international », *Rev. Arb.*, 2003, pp. 1101-1166.

(35) Pour une analyse de cette question, même avant que le Préambule des Principes d'UNIDROIT n'ait prévu de les employer pour interpréter et compléter le droit national, il est permis de renvoyer à F. Marella, *La nuova lex mercatoria. Principi UNIDROIT ed usi...*, op. cit., pp. 427 et s.

rajouté – en l'expliquant de façon assez maladroite ! – que les Principes peuvent également être utilisés pour interpréter et compléter le droit national.

Or, ceci peut se faire de différentes façons. Il s'agit, dans tous les cas, d'un progrès du droit du commerce international de ce siècle en direction de l'uniformité en dépit de la diversité des droits nationaux.

Deux sentences arbitrales illustrent ces deux fonctions.

Dans une sentence confidentielle portant sur un contrat conclu entre une société américaine et le gouvernement d'un État appartenant à l'ex-Union Soviétique ayant pour objet la distribution de l'électricité aux usagers soumis au droit national de cet État, le tribunal arbitral a, en effet, considéré que ce droit n'était pas suffisamment développé et a décidé de se référer aux Principes d'UNIDROIT pour interpréter et le compléter. Le tribunal a appliqué les articles 1.4, 6.2.2, 6.2.3 (*hardship*) et 7.1.7 (force majeure) (36).

Dans une autre sentence CCI, la n° 9753 rendue en mai 1999 (37), la demanderesse, une société britannique agissant pour le compte d'un consortium de plusieurs entreprises, a conclu avec une entité de l'État tchèque un accord nommé « collaboration and further negotiation » dans le but de réaliser un projet d'aménagement du territoire. Selon la demanderesse, l'entité étatique ne s'est pas acquittée de ses obligations de coopération et de négociation en vertu de l'accord. Elle a introduit une requête d'arbitrage demandant au tribunal de constater la rupture du contrat et d'ordonner son exécution en nature ou des dommages-intérêts. La défenderesse a non seulement nié qu'elle avait violé l'accord, mais a également affirmé que l'accord en question n'était pas un engagement juridiquement contraignant. L'accord litigieux était régi par la loi tchèque. Cependant, pour justifier le caractère obligatoire de l'accord, le tribunal arbitral s'est référé non seulement au Code de commerce tchèque, mais aussi aux Principes d'UNIDROIT. Ainsi, il a invoqué le principe *pacta sunt servanda* et les principes de coopération et de bonne foi prévus aux articles 1.3 (force obligatoire du contrat) et 1.7 (bonne foi).

(36) K.-H. Böckstaege, « The Application of the UNIDROIT Principles to Contracts Involving States or Intergovernmental Organizations », in ICC/UNIDROIT (éd.), *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Reflections on Their Use in International Arbitration. Special Supplement ICC International Court of Arbitration Bulletin* 2002, p. 54. Voir le résumé de cette affaire à l'adresse www.unilex.info/case.cfm?id=2&do=case&id=157&step=Keywords.

(37) Extraits de la sentence publiés dans le *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, vol. 12, n° 2, pp. 82-84 et sur la base de données UNILEX, www.unilex.info/case.cfm?id=693.

Il est évident, donc, que sans remettre en cause la loi compétente, les Principes d'UNIDROIT peuvent bien fournir des solutions adaptées au besoin du commerce international simplement en « faisant parler » les règles pertinentes de la *lex contractus* ou encore ses notions à contenu variable (38) : c'est la voie de l'interprétation téléologique.

De même, lorsque la loi compétente ne sera pas suffisamment « développée », c'est-à-dire riche des règles utiles à résoudre le différend, alors les Principes d'UNIDROIT pourront la compléter en tant que « default rules ».

On voit bien, dans ces deux cas d'espèce, que les Principes d'UNIDROIT offrent un *test de transnationalité* de la loi compétente, c'est-à-dire qu'ils peuvent renforcer l'application d'un droit national dans un contexte international (« fonction réitératoire ») tout en donnant ce que j'ai appelé un « statut transnational » au droit interne (39).

Dans le même sens, ils vont progressivement constituer un standard international avec lequel tout droit national applicable à titre de *lex contractus* va tôt ou tard se mesurer.

La dernière étape qui reste à franchir est donc celle de la primauté des Principes d'UNIDROIT sur le droit national. Il est, peut-être, trop tôt pour l'envisager en ligne générale, même si rien n'empêche les parties de formuler une clause *delectio iuris* à ce propos.

Bien plus, les parties peuvent même renverser les termes de l'équation en demandant – comme il semble être souhaité par l'UNIDROIT – aux arbitres d'appliquer d'abord les Principes d'UNIDROIT et ensuite le droit national compétent. Ainsi l'on suggère aux parties cette clause :

« Le présent contrat sera régi par les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (2010) et, pour tout aspect non couvert par les Principes, par le droit [du pays X] ».

En revanche, si les parties ne veulent pas du tout que les arbitres se réfèrent aux Principes d'UNIDROIT pour interpréter et compléter la loi compétente, il suffit de le dire dans la clause *delectio iuris*.

(38) L'expression technique est de Ch. PANICUMANS et R. VANDEP ELSER, *Les notions de contenu variable*, Bruxelles, 1984. Il suffit de penser aux « clauses générales » du droit italien, aux « general clauses » du droit allemand ou encore aux « open ended clauses » du droit des États-Unis.

Le droit français, pour des raisons historiques, reste hostile à l'application des clauses générales.

(39) F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoriae. Principi UNIDROIT ed usi...*, op. cit., p. 428, ainsi que dans mes autres études. J'ai parlé à ce propos du TMT last.

II. – LES MÉCANISMES DE CONTRÔLE DE LA LOI APPLICABLE ET DES PRINCIPES D'UNIDROIT

Une fois déterminée la *lex contractus*, le droit applicable au fond du litige, rien ne change pour les arbitres, comme pour les juges nationaux, du point de vue de l'analyse des limites de la *lex contractus*. Qu'il s'agisse d'un droit étatique choisi par les parties ou non, ou bien de la *lex mercatoria* et des Principes d'UNIDROIT, les lois de police et l'ordre public ne changent pas et ils sont là pour permettre au juge étatique de être le gardien des règles ou des valeurs du for auxquelles nul ne peut déroger, y compris dans le commerce international, ce qui porte à une application assez rare de ces mécanismes de contrôle au vu du libéralisme qui domine le commerce international aujourd'hui.

On songe, en premier lieu, aux *lois de police*. Il s'agit de lois de police de la *lex situs arbitrarij*, de la *lex causae* et de la loi du lieu d'exécution de la sentence arbitrale, qui ont vocation à s'appliquer quel que soit le droit normalement applicable au fond du litige.

En matière contractuelle, l'article 9.1 du Règlement Rome I du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles les définit comme des dispositions impératives « dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique [...] ».

On sait bien que le juge étatique est tenu d'appliquer les lois de police édictées par l'État dont il détient son pouvoir – alors on parle des lois de police du for. Il a par ailleurs la possibilité de donner effet à des lois de police étrangères (Règl. Rome I, art. 9.3). Mais l'arbitre n'a pas de for et, sauf à se préoccuper des lois de police de la *lex situs arbitrarij*, il reste que le principe de l'application de la loi du contrat à l'exécution des obligations est atténué par la prise en considération des lois de police du lieu d'exécution.

Il suffit de penser aux modalités d'exécution des paiements, à la réglementation des jours fériés, la réglementation des prix, les règles douanières et de contrainte des changes, les autorisations administratives ainsi que quelques opérations d'embarquement et de débarquement de la marchandise en matière de transport maritime (40).

Bref, comme l'arbitre n'a pas de for et ne rend pas la justice au nom d'un État, il est normalement tenu d'appliquer les lois de police émanant du droit étatique ou non étatique qui a été désigné comme applicable

(40) Voir *inter alios*, P. MATTEU et V. HENRIÉ, *Droit international privé*, 8^e éd., Paris, L.G.D.J., n^{os} 743 à 747.

au fond du litige. Au-delà de la *lex contractus*, l'arbitre doit logiquement veiller à rendre une sentence susceptible d'*exequatur*, ce qui peut le conduire à prendre en compte l'existence des lois de police de l'Etat dans lequel sa sentence est de nature à être exécutée (41).

Tout cela revient à considérer, en *ultima ratio*, l'ordre public de la *lex situs arbitri* et celui de la *lex loci executionis* car la Convention de New York de 1958 ne reconnaît que ces limites à l'*exequatur* d'une sentence arbitrale transnationale.

Mais ces limites ne se réfèrent pas à la qualité, établie ou non étatique, de la *lex contractus*, ce qui revient, encore une fois, à admettre, en ligne de principe, l'application de la *lex mercatoria* et des Principes d'UNIDROIT par les arbitres.

CONCLUSION

Il existe une certaine perception que le potentiel des Principes d'UNIDROIT dans la pratique des contrats transnationaux et du règlement des différends n'a pas atteint sa pleine réalisation. Cela est dû, dans une large mesure, au fait que les Principes d'UNIDROIT ne sont pas encore suffisamment connus dans tous les milieux d'affaires internationaux et dans les communautés de juristes, y compris dans l'espace méditerranéen, de sorte que beaucoup reste encore à faire pour les porter à l'attention de tous les utilisateurs potentiels dans le monde.

Si cela est vrai pour maints instruments de droit international uniforme, pour ce qui est des Principes d'UNIDROIT, il faut prendre en considération un facteur supplémentaire. À la différence des instruments tels que, par exemple, la Convention des Nations Unies de 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises (la C.V.I.M.), qui sont applicables chaque fois que le contrat concerné relève de leur champ d'application et que les parties – lorsqu'elles le peuvent – n'ont pas exclu leur application, les Principes d'UNIDROIT, en tant que *standard international de référence* pour les contrats internationaux, offrent un éventail bien plus étendu de possibilités dont les parties ne sont pas toujours informées.

Il faut donc féliciter les organisateurs de ce beau colloque pour la promotion du bon usage des Principes d'UNIDROIT dans les contrats du commerce international et notamment dans le cadre du commerce méditerranéen. Car la panoplie des modalités de référence aux règles

transnationales largement acceptées comme les Principes d'UNIDROIT permet d'éviter ou de réduire l'application du droit national pur et dur : un « *parochial law* » diraient les anglophones, souvent inadapté aux besoins du commerce international.

Les Principes d'UNIDROIT rendent donc un bon service aux hommes d'affaires et aux juristes dans la mesure où ils sont accessibles à tous en plusieurs langues y compris en arabe, où ils sont en ligne avec les besoins du commerce international et où ils ont été testés dans le contentieux international dans plusieurs pays et dans plusieurs arbitrages.

Ce qui revient à dire que les Principes d'UNIDROIT sont désormais un facteur clé pour le développement du droit des contrats internationaux dans le bassin méditerranéen comme dans le reste du monde.

(41) L.G. RADICATI DI BROZONO, « Arbitrage commercial international et lois de police », *R.C.A.D.I.*, n° 315, 2005, p. 265, spéc., pp. 445 et s., ainsi que Ch. SEMOVANI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Préface : P. MATIAS, Paris, Dalloz, 2001.

TABIE DES MATIÈRES

Hommages et remerciements	
Préface, par Éric Loquin	7
Avant-propos, par Loufi Cheddly et Filali Osman	11
Sommaire	
AXE I. INTRODUCTION À L'ARBITRAGE, SOURCES HISTORIQUES ET ARBITRAGE AU PLURIEL	
Rapport introductif, par Loufi Cheddly	21
I - L'EXISTENCE DE PRINCIPES COMMUNS DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL, HORS UPM	22
A - <i>Le cadre d'émergence des principes : un « terrain » universel</i>	23
B - <i>Illustration des principes communs en matière d'arbitrage commercial international</i>	25
II - UNE DÉFICILE CONSOLIDATION DES PRINCIPES DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL DANS LE CADRE DE L'UPM	28
A - <i>Les pistes de consolidation</i>	28
B - <i>Obstacles et difficultés...</i>	29
Histoire et attentes d'une codification du droit dans les pays de la Méditerranée, par Rémy CABRILLAC	33
I - UNE CODIFICATION DANS LES PAYS MÉDITERRANÉENS EST-ELLE SOUHAITABLE ?	36
II - UNE CODIFICATION DANS LES PAYS MÉDITERRANÉENS EST-ELLE POSSIBLE ?	37

Arbitrage conventionnel, arbitrage obligatoire, médiation, conciliation, transaction, sentence « accord-parties », convention de procédure participative : essai de définition ? par Sylvie Ferré-André	41
I - L'ARBITRAGE « PLURIEL » ET LES MODES ALTERNATIFS DE RÉGLEMENT DES LITIGES OU L'ARBITRAGE APPRÉHENDÉ PAR SA NATURE	42
II - L'ARBITRAGE ET LA PROCÉDURE PARTICIPATIVE : DES « HYBRIDES » DE JUSTICES PRIVÉES AUX CONFINS DISSOCIES	45
A - <i>Une convention pré-arbitrale ?</i>	46
B - <i>Une solution juridictionnelle alternative ?</i>	49
Arbitrage vs médiation : concurrence ou complémentarité ? par Charles Jarrosson	53
I - LA COMPLÉMENTARITÉ CONSECUTIVE À L'ALTERNANCE ENTRE CONFISSION ET DISTINCTION DE L'ARBITRAGE ET DE LA MÉDIATION	54
A - <i>Confusion</i>	54
1) Confusion involontaire : méconnaissance de la distinction	55
2) Confusion volontaire : recherche du cumul des objets	56
B - <i>Distinction</i>	57
II - LA COMPLÉMENTARITÉ CONSECUTIVE À LA DISTINCTION ET À LA CONCURRENCE ENTRE ARBITRAGE ET MÉDIATION	59
L'arbitrage maritime : une <i>lex maritima</i> pour l'U.P.M. par Philippe Delebecque	63
I - LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE VALORISÉE	64
A - <i>Arbitrage et droit étatique</i>	65
B - <i>Arbitrage de droit civil et arbitrage de common law</i>	66
II - UNE LIBERTÉ CONTRACTUELLE CANALISÉE	67
A - <i>Questions de fond</i>	67
B - <i>Questions de procédure</i>	69
L'arbitrage sportif : une <i>lex sportiva</i> pour l'U.P.M. par Laurence Bureux	71
I - EXISTE-T-IL UNE <i>LEX SPORTIVA</i> ?	71
II - QU'EST-CE QUE LA <i>LEX SPORTIVA</i> ?	72
III - LES GRANDS PRINCIPES DE LA <i>LEX SPORTIVA</i>	73
A - <i>Le principe de la légalité</i>	74
B - <i>Le principe d'égalité</i>	74

C - <i>Le principe de la bonne foi</i>	74
D - <i>Les principes fondamentaux tirés de la procédure pénale</i>	74
E - <i>Les principes fondamentaux propres à l'ordre juridique sportif</i>	75
1) Le principe de la responsabilité objective en matière de dopage	75
2) La présomption de faute	75
3) La disqualification automatique en cas de contrôle positif	76
AXE II. PRINCIPE D'AUTONOMIE, INSTANCES JUDICIAIRES, INSTANCES ARBITRALES	
L'autonomie de la procédure arbitrale : quelles limites à l'ingérence des juges étatiques ? par Souad BABAY YOUSSEF	79
I - L'AUTONOMIE DE LA PROCÉDURE ET L'INGÉRENCE À TITRE EXCEPTIONNEL	83
A - <i>La non-ingérence est de principe</i>	84
1) Le dessaisissement des juridictions étatiques	84
2) Le principe compétence-compétence	85
B - <i>L'ingérence justifiée</i>	86
1) Ingérence au nom de l'efficacité de l'arbitrage	87
a) Ingérence pour inefficacité de la convention d'arbitrage	87
b) Peut-on justifier l'ingérence d'une juridiction étrangère au soutien de l'arbitrage : <i>l'anti-staat injunctio</i> ?	88
2) Ingérence au nom de l'ordre public procédural	93
II - L'AUTONOMIE DE L'ARBITRAGE ET L'INGÉRENCE JUGÉE INDISPENSABLE	100
A - <i>L'ingérence jugée inévitable</i>	101
1) Les questions préjudiciales	101
2) Le cas particulier : le criminel tient le civil en l'état	103
B - <i>L'ingérence sollicitée</i>	108
1) Ingérence pour mettre en place le tribunal arbitral	108
2) Ingérence pour prêter main-forte au tribunal arbitral	110
L'extension et la transmission de la clause compromissoire : vers une <i>lex mediterranea</i> ? par Nadine ABDULLAH-MARTIN	115
I - L'EXTENSION DE L'ENGAGEMENT COMPROMISSOIRE	119
A - <i>L'extension au sein des groupes de contrats</i>	119
1) <i>L'extension ratione materiae</i>	120
2) <i>L'extension ratione personae</i>	123
a) Contrat-cadre/contrats d'application	123

b) La sous-traitance	124
c) L'extension à des tiers directement impliqués dans l'exécution du contrat	125
B - <i>L'extension en raison de la qualité du tiers</i>	125
1) Les groupes de sociétés	126
2) L'état et les émanations d'état	128
3) Les rapports de stipulation pour autrui	131
II - LA TRANSMISSION DE L'ENGAGEMENT COMPROMISSOIRE	132
A - <i>La cession de contrat</i>	133
B - <i>La cession de créance</i>	134
C - <i>La subrogation personnelle</i>	137
D - <i>Dans les chaînes de contrats</i>	138
L'arbitrabilité des litiges des personnes publiques : entre autonomie de la volonté et prévalence du droit national prohibitif,	141
par Mathias AUBERT	
I - L'INARBITRABILITÉ POSÉE PAR LE DROIT D'ORIGINE DE LA PERSONNE PUBLIQUE	142
A - <i>Inarbitrabilité des litiges internationaux des personnes publiques en droit français</i>	142
B - <i>Inarbitrabilité des litiges internationaux des personnes publiques dans d'autres droits méditerranéens</i>	146
II - RÉCEPTION JURIDICTIONNELLE DE L'INARBITRABILITÉ DES PERSONNES PUBLIQUES	149
A - <i>Réception de l'inarbitrabilité par les tribunaux arbitraux</i>	149
B - <i>Réception de l'inarbitrabilité par les juridictions étatiques</i>	153
AXE III. INSTANCES JUDICIAIRES, INSTANCES ARBITRALE DANS L'UJM	
Les interférences des conventions relatives aux droits de l'homme avec l'arbitrage : le droit d'accéder à la justice,	
par Catherine TRICAUDER	
I - LE DROIT À L'ARBITRE	157
A - <i>Le droit à l'arbitre</i>	160
B - <i>L'effectivité du droit à l'arbitre</i>	166

II - LE DROIT AU JUGE	172
A - <i>Le droit au juge</i>	173
B - <i>Le droit au juge d'appui</i>	176
Arbitrage, mesures provisoires et conservatoires dans l'espace méditerranéen, par Mostefa TRAFI TANI	
I - LA POSSIBILITÉ POUR LES ARBITRES DE SE PRONONCER SUR DES MESURES PROVISOIRES ET CONSERVATOIRES	182
A - <i>Les conventions internationales</i>	183
B - <i>La pratique arbitrale</i>	183
1) <i>L'arbitrage ad hoc</i>	184
2) <i>L'arbitrage institutionnel</i>	185
C - <i>Les droits nationaux</i>	
II - LA COMPÉTENCE RÉSIDUELLE DU JUGE ÉTATIQUE À L'ÉGARD DES MESURES PROVISOIRES ET CONSERVATOIRES	186
A - <i>La pratique internationale</i>	186
1) <i>La pratique dans l'espace méditerranéen</i>	188
2) <i>La pratique du CIRDI</i>	
B - <i>La compétence des juges à l'égard des mesures provisoires et conservatoires dans les droits nationaux et conservatoires du Tribunal arbitral</i>	189
1) <i>Avant la constitution du Tribunal arbitral</i>	190
2) <i>Le juge d'appui</i>	191
3) <i>Saisies conservatoires</i>	191
AXE IV. LE DROIT APPLICABLE AU FOND DU LITIGE	
Une <i>lex mercatoria</i> pour la zone Méditerranée ?	
Une analyse empirique des pratiques des opérateurs du commerce international, par Gilles CUNIBERTI	
I - LA <i>LEX MERCATORIA</i> CORRESPOND-ELLE AUX BESOINS DES OPÉRATEURS DU COMMERCE INTERNATIONAL ?	199
A - <i>Une étude empirique de l'utilisation de la <i>lex mercatoria</i> dans les arbitrages CCI, 1999-2012</i>	200
B - <i>Enseignements</i>	202
II - QUELLE ALTERNATIVE À LA <i>LEX MERCATORIA</i> ?	205
A - <i>Analyse globale</i>	206
B - <i>Vérification régionale</i>	209

Les Principes d'UNIDROIT comme droit applicable au fond du litige dans un arbitrage commercial international en Méditerranée,
par Fabrizio MARRELLA

I. - LA LÉGITIMITÉ DU CHOIX DES PRINCIPES D'UNIDROIT	213
A. - Les Principes d'UNIDROIT sont applicables à la demande des parties dans un arbitrage international	216
1) Les parties ont choisi les Principes d'UNIDROIT (note directe) en tant que règles de droit régissant leur contrat	217
2) Les Principes d'UNIDROIT appliqués au titre de choix implicite de la <i>lex contractus</i>	219
B. - Les Principes d'UNIDROIT en tant que « règles de droit jugées appropriées » par les arbitres	222
C. - Les Principes d'UNIDROIT et les instruments du droit international uniforme (CIVIM)	225
1) Le choix des parties	226
2) Les arbitres peuvent inviter les parties à se référer aux Principes d'UNIDROIT	227
D. - Des combinaisons entre les Principes d'UNIDROIT et le droit national	228
II. - LES MÉCANISMES DE CONTRÔLE DE LA LOI APPLICABLE ET DES PRINCIPES D'UNIDROIT	231
CONCLUSION	232
L'amiable composition , par Ahmet Cemil YILDIRIM	235
I. - LA DIFFÉRENCE ENTRE L'ARBITRAGE D'AMIALE COMPOSITION ET L'ARBITRAGE DE DROIT, LES AVANTAGES ET LES INCONVÉNIENTS DE L'AMIALE COMPOSITION	236
II. - LA RELATION ENTRE L'AMIALE COMPOSITION, L'ÉQUITÉ, ET L'ARBITRAGE <i>EX ABOVO ET BONO</i>	239
III. - LA POSSIBILITÉ DE L'ADAPTATION ET DE LA MODIFICATION DU CONTRAT PAR L'AMIALE COMPOSITEUR	241
IV. - LE RÔLE DE L'AMIALE COMPOSITION DANS LE DÉVELOPPEMENT DE LA NOUVELLE <i>LEX MERCATORIA</i>	244

AXE V. QUELS PRATICIENS, QUELLE(S) INSTITUTION(S), QUELLE(S) ÉTHIQUE(S), QUEL ARBITRAGE DANS L'UDM ?

L'arbitrage institutionnel dans trois pays maghrébins :
état des lieux, par Ali BENCHENEB

I. - LES MISSIONS DES CENTRES D'ARBITRAGE	249
A. - La constitution du tribunal arbitral	254
B. - La récusation des arbitres	255
C. - La prorogation des délais de l'arbitrage	256
D. - L'examen du projet de sentence	258
II. - MODALITÉS D'EXERCICE DES MISSIONS DES CENTRES	260
A. - Un fonctionnement généralement opaque	261
B. - Un traitement parcellaire de la confidentialité	262
C. - L'absence d'incompatibilités	262

Quelle(s) éthique(s) pour un arbitre méditerranéen ?
par Chiara GIOVANNUCCI ORLANDI

INTRODUCTION	265
I. - L'ÉTHIQUE DES ARBITRES	268
A. - Sources de l'éthique des arbitres	268
B. - Moyens de contrôle du respect des devoirs déontologiques	270
1) Moyens de contrôle dans l'arbitrage <i>ad hoc</i>	270
2) Moyens de contrôle dans l'arbitrage institutionnel	272
II. - LE RAPPORT D'ISPRAMED SUR L'INDÉPENDANCE ET L'IMPARTIALITÉ DES ARBITRES	275
A. - L'obligation d'indépendance de l'arbitre	275
B. - L'obligation d'impartialité de l'arbitre : l'obligation de révélation et la confirmation	276
C. - Conséquence de la violation de ces principes	277
III. - LES DEUX DÉFICITÉS MAJEURES AU PRINCIPLE D'INDÉPENDANCE ET D'IMPARTIALITÉ	277
A. - Les critères d'indépendance et d'impartialité doivent-ils être envisagés différemment pour les arbitres désignés par les parties et pour le président ?	278
B. - Quels sont les faits et les situations qui doivent être déclarés	279
CONCLUSION	281

Quelle(s) « règle(s) du jeu » pour les conseils dans un arbitrage méditerranéen ? , par Jalal El AHMAB	283
I. - DES PRATIQUES ARBITRALES CONDAMNABLES SE FOCALISANT (PAR TROP ?) AUTOUR DU RÔLE DE L'AVOCAT	288
A. - Une montée en puissance des tactiques guerrières ?	288
B. - Des spécificités culturelles méditerranéennes ?	290
II. - QUELS CADRES NORMATIFS POUR DES AVOCATS DANS UN ARBITRAGE MÉDITERRANÉEN ?	293
A. - La soumission de l'avocat méditerranéen aux lois impératives	294
1) Des principes imposés par les dispositions législatives et réglementaires	294
2) L'importance des règles professionnelles de déontologie	295
a) Règles déontologiques nationales	295
b) Règles déontologiques communautaires	297
B. - La multiplicité des règles contractuelles	298
1) Le contrat et le règlement applicables à la procédure	298
2) La diversité des <i>guidelines</i> pouvant être appliquées à une procédure arbitrale	299
a) La Charte des principes essentiels de l'avocat européen	300
b) La Charte éthique de la Fédération des centres d'arbitrage	300
c) Les règles et lignes directrices issues de l'International Bar Association	301
• IBA International Principles on Conduct for the Legal Profession	301
• IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration	301
• IBA Guidelines on Conflicts of Interests in International Arbitration	303
• IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration	303
d) Les normes issues de la Chambre de commerce internationale	306
• Rapport relatif aux Techniques pour maîtriser le temps et les coûts dans l'arbitrage de la CCI	307
• ICC Commission Report on Managing e-document production	308
III. - QUELLE SANCTION POUR LE CONSEIL QUI MÉCONNAÎT LA « RÈGLE DU JEU » ?	308
A. - Quels types de sanctions ?	308
B. - <i>Quid pour sanctionner un conseil ?</i>	309
1) Les sanctions prévues par les ordres	309
2) Les sanctions envisagées par les règles et institutions arbitrales	310
3) Le tribunal arbitral sanctionneur ?	311

4) Quelles sanctions par le juge étatique ?	311
5) Seules comptent les sanctions du marché ?	313
AXE VI. ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL, RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION DES SENTENCES ARBITRALES	
Quel(s) ordre(s) public international dans les pays de l'UpM ? , par Mahmoud MOHAMED SALAH	317
I. - ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ET CONVENTION ARBITRALE	322
A. - Ordre public international et efficacité de la convention arbitrale	322
B. - Ordre public international et arbitrabilité des litiges	325
II. - ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ET SENTENCE ARBITRALE	331
A. - La prédominance d'une conception nationale des sources de l'ordre public international	332
B. - Vers un ordre public réellement international dans les pays de l'UpM ?	338
Les régimes de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères dans les pays de la rive sud de la Méditerranée , par Riyad FAKHRI	341
INTRODUCTION	341
I. - COMMENT EXÉCUTER UNE SENTENCE ARBITRALE ÉTRANGÈRE DANS LES PAYS DU SUD DE LA MÉDITERRANÉE ?	348
A. - Le juge de l'exequatur	348
B. - Les formalités de procédure	349
II. - LE CONTRÔLE DE LA SENTENCE ARBITRALE DANS LES PAYS DU SUD DE LA MÉDITERRANÉE	351
A. - L'exequatur d'une sentence annulée ou suspendue dans le pays d'origine	353
B. - L'ordre public et l'exequatur	357
III. - LES VOIES DE RECOURS CONTRE LA SENTENCE ARBITRALE INTERNATIONALE ÉTRANGÈRE	361
A. - Les recours contre l'ordonnance d'exequatur	361
1) Le recours contre l'ordonnance qui accorde l'exequatur	362
2) Le recours contre l'ordonnance qui refuse l'exequatur	363
B. - Les recours en annulation contre la sentence arbitrale	365
CONCLUSION	365

Exécution des sentences internationales annulées dans leur État d'origine, par Abdelatif BOULAF

I - LES FONDEMENTS JURIDIQUES DE LA RECONNAISSANCE ET L'EXÉCUTION DES SENTENCES ANNULÉES

- A. - *Application du principe de l'efficacité maximale des sentences arbitrales (in favorem arbitri)* 368
- B. - *May or must* 375

II - LA RECONNAISSANCE DES SENTENCES ARBITRALES ANNULÉES ET LA RECONNAISSANCE DES DÉCISIONS D'ANNULATION 376

- A. - *La reconnaissance d'une décision rendue au siège sur la validité de la sentence* 376
- B. - *Le conflit entre la sentence arbitrale annulée et la décision judiciaire d'annulation* 377

Exequatur des sentences arbitrales étrangères entre la Convention de New York et les droits des pays de l'U.P.M., par Ahmed OUBRELLI

INTRODUCTION 379

I - LA COHABITATION DES MODÈLES 379

- A. - *Les modèles procéduraux* 383
- 1) La diversité des systèmes procéduraux d'octroi de l'exequatur 384
- a) L'identification du juge de l'exequatur et des degrés de juridiction ouverts 384
- b) Variabilité des procédures devant le juge de l'exequatur 385
- 2) L'épineuse question des sentences annulées dans le pays d'origine 387
- 3) L'exequatur des sentences non motivées ou comportant une motivation contradictoire 388
- 4) La réciprocité, obstacle constitutionnel à l'exequatur 389
- B. - *Les modèles culturels* 393
- 1) Les modèles qui ne renvoient à aucun référentiel religieux 393
- 2) Les modèles se référant à la charia 396
- 398
- 398
- 399
- 401

II - LA COHABITATION DES SOURCES 398

A. - *La cohabitation des conventions* 399

- 1) La Convention de New York et les conventions à vocation géographique limitée 399
- 2) Le conflit des conventions dans les pays non signataires de la Convention de New York de 1958 401

B. - *La cohabitation entre droit conventionnel et législations nationales* 402

- 1) Les principes constitutionnels 402
- 2) Les considérations de *favor arbitrarium* 403

CONCLUSION 403

AXE VII. INTERNATIONALISATION, EUROPÉANISATION, MÉDITERRANÉISATION DU DROIT DE L'ARBITRAGE DANS L'U.P.M.

La contribution de la Cour de justice de l'Union européenne à l'europanisation du droit de l'arbitrage, par Cyril NOUVEISSAT 409

Charia islamica et arbitrage, par Fadi NAMMOUR 421

I - LES RAISONS D'UNE DISCORDE 422

- A. - *Source de la charia* 422
- B. - *Absence de codification* 426

II - LES IMPÉRATIFS D'UNE ENTENTE 431

- A. - *Convention d'arbitrage international* 431
- B. - *Contentieux arbitral international* 436

La difficile accession à l'harmonisation du droit de l'arbitrage dans les pays de la Méditerranée, par Nathalie NAJJAR 443

I - L'APPROCHE MONISTE DU DROIT DE L'ARBITRAGE ET LE RÈGIME DE LA SPÉCIFICITÉ DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL 446

- A. - *Incidence sur les méthodes d'interprétation de la convention d'arbitrage* 447
- B. - *Incidence sur la régularité de la procédure arbitrale* 448

II - L'ORDRE PUBLIC ET SES IMPLICATIONS PRACTIQUES 450

- A. - *Les conditions d'accès à l'arbitrage* 450
- 1) L'arbitrabilité 450
- 2) La forme de la convention d'arbitrage 452
- B. - *Les griefs particularistes fondés sur des considérations d'ordre public* 452

Les travaux de la CNUDCI en matière d'arbitrage commercial international , par Laurence RAVILLON	455
I - UN CONTEXTE MARQUÉ PAR LES PHÉNOMÈNES DE MONDIALISATION ET DE MOBILISATION	458
A - <i>La mondialisation</i>	458
B - <i>La mondialisation</i>	459
II - L'INFLUENCE DES TRAVAUX DE LA CNUDCI SUR LA PHYSIONOMIE DU DROIT DE L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL	461
A - <i>Les instruments contribuant à l'uniformisation de l'arbitrage commercial international</i>	462
B - <i>La mise en œuvre des instruments élaborés par la CNUDCI</i>	465
Arbitrage d'investissement : approches méditerranéennes , par Sébastien MANCIAUX	469
I - DES APPROCHES PLURIELLES	469
A - <i>Au regard de l'arbitrage d'investissement</i>	470
B - <i>Au regard du droit matériel des investissements</i>	474
II - ÉLÉMENTS POUR UNE UNIFICATION	476
A - <i>Un acteur incontournable : l'Union européenne et ses nouvelles compétences</i>	477
B - <i>Une chimère : la création d'une cour d'arbitrage méditerranéenne</i>	480
Vers une lex mediterranea de l'arbitrage : le modèle OHADA comme référence ? , par Olivier CURELLIER	483
I - LES DISPOSITIONS DE L'OHADA EN FAVEUR DE L'ARBITRAGE	484
A - <i>Les objectifs poursuivis par l'OHADA</i>	484
B - <i>Les moyens mis en œuvre pour le développement de l'arbitrage</i>	485
1) <i>L'adoption d'un droit uniforme</i>	485
2) <i>La création d'une Cour commune de justice et d'arbitrage ou la tentation d'un arbitrage détaché des juridictions étatiques</i>	486
II - LA POSSIBILITÉ ET L'OPPORTUNITÉ DE LA TRANSPOSITION DU MODÈLE OHADA À LA MÉDITERRANÉE	488
A - <i>Régionalisme ou universalisme ?</i>	489
B - <i>De l'utilité de la création d'un centre d'arbitrage méditerranéen ?</i>	491

Vers une lex mediterranea de l'arbitrage : le modèle québécois comme référence ? , par Louis MARQUIS	493
I - LES CONTOURS DU DROIT QUÉBÉCOIS DE L'ARBITRAGE	494
II - CE DROIT PEUT-IL REPRÉSENTER UN MODÈLE ET UNE RÉFÉRENCE ?	495
III - LE FUTUR QUASI IMMÉDIAT DU DROIT QUÉBÉCOIS DE L'ARBITRAGE	496
A - <i>D'où cela vient-il ?</i>	496
B - <i>Qu'est-ce que cela veut dire ?</i>	498
IV - LES GRANDS PARAMÈTRES DU NOUVEAU CODE	499
V - ET L'ARBITRAGE, DANS TOUT CELA ?	500
CONCLUSION	503
Synthèse	
Une lex mediterranea de l'arbitrage : quelles perspectives d'harmonisation/unification pour l'UJPM ? , par Fhal OSMAN	505
INTRODUCTION	505
I - LA NÉCESSITÉ D'UNE LEX MEDITERRANEA DE L'ARBITRAGE : ENTRE NECESSITÉ UNIFICATIONNISTE ET ÉCART D'UNE FRAGMENTATION LÉGISLATIVE	511
A - <i>Une nécessité liée à la réalisation d'une zone de libre-échange et d'une diminution des coûts des différends méditerranéens</i>	511
B - <i>Une nécessité liée à la fragmentation du droit de l'arbitrage dans l'espace méditerranéen</i>	517
II - LA FAISABILITÉ D'UNE LEX MEDITERRANEA DE L'ARBITRAGE	522
A - <i>L'existence d'une base légale pour un lex mediterranea de l'arbitrage</i>	522
B - <i>Du chant des sirènes aux ritages d'Ithaque : les domaines visés par la lex mediterranea</i>	527
CONCLUSION : LA ROUTE D'ITHAQUE PASSE AUSSI PAR CARTHAGE	539