

The Three Ages of International Commercial Arbitration, par Mikaël Schinazi, Cambridge University Press, 2022, 352 pages

Dans *The Three Ages of International Commercial Arbitration*, Mikaël Schinazi part d'une remarque dans laquelle Lord Mustill soulignait que l'arbitrage a un long passé, mais que son histoire reste à écrire (v. p. 9 ; égal. : Mustill, M. 1998. *Sources for the History of Arbitration. Arbitration International*, 14). Il y avait là bien sûr un défi à relever, mais aussi une évidence : comme tant d'autres professions, les praticiens de l'arbitrage ne sont pas très intéressés par l'histoire de leur pratique. Ils ne voient guère plus ici qu'un hobby pour vacances d'été ou une occupation de retraités, un peu comme les rallyes de vieilles voitures. Inévitablement, sans doute, les institutions de l'arbitrage ne montrent pas plus d'intérêt rétrospectif : les Pères fondateurs sont partis sans laisser de témoignages solides et les archives de la Chambre de Commerce Internationale (CCI), par exemple, sont à la fois difficiles d'accès et mal rangées, donc menacées. Quant à celles de l'American Arbitration Association (AAA), elles ont été mises au pilon dans les années 1980, peu avant que l'immeuble où siégeait la London Court of Arbitration soit entièrement détruit par un attentat des républicains irlandais, en 1992 – de nouveau avec toutes ses archives. On peut trouver

point de départ plus commode pour une recherche. Certes la Société des Nations et l'Organisation des Nations unies ont laissé des pans d'archives importants, mais ils ne racontent qu'une partie de notre histoire. Il fallait donc lancer plus loin un filet plus fin et faire ensuite le tri dans la multitude des faits, des expériences et des commentaires qui se rattachent peu ou prou à une histoire de l'arbitrage.

Issu d'une thèse soutenue à l'École de Droit de SciencesPo, préparée sous la direction d'Emmanuel Gaillard, *The Three Ages* ouvre ce chantier, avec grand succès : M. Schinazi identifie des grandes périodes, reconnaît des moments critiques et explore les enjeux successifs qui ont marqué le développement de l'arbitrage commercial international depuis le dix-neuvième siècle. Ce faisant, il nous propose à la fois une histoire juridique de l'arbitrage et des problèmes de doctrine qu'il a soulevé, et aussi une histoire plus politique des idées à partir desquelles il a été conçu et construit, au sein d'institutions parmi lesquelles la Cour d'Arbitrage de la CCI occupe la première place. En somme, ce livre nous donne une première cartographie de cette histoire et relie ce

faisant les différents points sur lesquels l'attention collective s'est jusqu'à présent brièvement fixée: l'arbitrage sur les matières premières à Londres avant 1914, la fondation de la CCI (1923) ou la Convention des Nations unies sur l'exécution des sentences arbitrales, ou Convention de New York (1958).

Trois grands temps sont identifiés, qui sont difficilement contestables (voir le tableau récapitulatif p. 16). D'abord un âge des « aspirations » correspond en gros à la Première Globalisation et à sa gouvernance anglaise (1870-1914). Il est illustré en particulier par la régulation entièrement privée des marchés de matières premières, dans lequel l'arbitrage de qualité joue un rôle essentiel. Mais cette époque voit aussi les premiers pas vers un ordre inter-étatique fondé sur l'arbitrage, cela depuis l'affaire de l'Alabama (1871) jusqu'à la création de la Cour Permanente de La Haye (1899). Pendant ces décennies, l'arbitrage, envisagé sous une forme très générique, devient un modèle idéal de « gouvernance globale », voire une utopie à même à la fois de réguler les marchés internationaux et de pacifier les relations entre États (M. Koskenniemi, *The Ideology of International Adjudication*, The Hague, 7 sept. 2007).

La Première Guerre mondiale marque de fait une rupture. La Cour de la Haye et la Société des Nations sont des projets très différents et, au plan commercial, les institutions privées londoniennes sont en perte de vitesse dans l'entre-deux guerres: elles n'innovent plus et tendent à se replier sur le commerce impérial, tandis que l'American Arbitration Association (1925) reste tournée vers son marché intérieur. Ceci justifie entièrement la place centrale donnée par M. Schinazi à la CCI et aux débuts tâtonnants de sa Cour d'Arbitrage, sur lesquels il apporte des éléments importants, souvent méconnus. Il souligne en particulier l'influence d'Etienne Clémentel, le premier président de la CCI, à la fois libéral, européen et représentatif

d'une nouvelle approche technocratique et régulatrice des politiques publiques. C'est à la fois un aîné et un acolyte de Jean Monnet, qui avait travaillé sous son autorité au Ministère du Commerce, pendant la guerre. Des éléments intéressants sont aussi apportés sur l'évolution des règles de procédure suivies par la Cour d'Arbitrage, notamment sur la place de la conciliation, ou bien sur le déclin rapide du jugement en équité (v. p. 172-188).

Cet « âge de l'institutionnalisation », ouvert par l'inauguration de la Cour d'Arbitrage de la CCI se conclue symboliquement par la signature de la Convention de New York (1958), qui marque la maturité du régime: à partir des années 1960 les règles du jeu, les procédures, les clauses de reconnaissance mutuelle sont globalement en place; une profession de l'arbitrage émerge aussi à ce moment-là, des manuels et des revues spécialisées sont publiés, de premiers enseignements sont proposés, notamment par Philippe Fouchard, à Dijon et Paris, et par Martin Domke à New York.

Ceci ouvre sur le troisième temps de cette histoire, l'âge de la « professionnalisation »: la place est prise désormais par des techniciens du droit et les grandes *law firms* tandis que les entreprises multinationales recourent de manière croissante aux services de la CCI et de ses petites sœurs. En somme, c'est le monde dont Dezalay et Garth (1996) ont fait une sociologie restée fameuse, sans proposer toutefois, souligne M. Schinazi, une généalogie historique convaincante (v. Y. Dezalay et B. Garth, *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, The University of Chicago Press, 1996). Ce ne sont pas en effet des grand *old men*, chargés de capital symbolique, qui ont fondé l'arbitrage commercial international, mais des marginaux du champs juridique, parfois d'authentiques amateurs du droit (v. J. Sgard, *A Tale of Three Cities: The Construction*

of International Commercial Arbitration (1890-1960), in Mallard and Sgard (ed.), *Contractual Knowledge: A Hundred Years of Legal Experimentation in Global Markets*, Cambridge University Press, 2016, p. 153-184.). Souvent, aussi, ce sont des réfugiés venus d'Allemagne ou d'Europe centrale : pour eux, la CCI ou l'AAA seront un refuge avant d'être le lieu d'un investissement professionnel à long terme. Quelques grands noms apportent certes leur crédit à l'entreprise, tels Nicolas Politis ou René David en France, ou bien Roscoe Pound aux États-Unis, mais dans leur grande majorité les entrepreneurs institutionnels n'ont que des liens ténus avec la haute magistrature et l'académie. Frédéric Eisemann, par exemple, qui a été le grand homme de la Cour d'Arbitrage de la CCI depuis l'après-guerre jusqu'aux années 1970 n'a jamais enseigné à la Faculté de Droit, même comme chargé de Travaux Dirigés. Martin Domke, un pilier de l'AAA dans ces mêmes années, est devenu Professeur-associé à New York University en 1950, à cinquante-huit ans (v. J. Sgard, *Who was Martin Domke? German Emigre, International Arbitrator, Friend of Walter Benjamin*, Miméo, 2022).

Dans ce troisième temps de son histoire, toutefois, M. Schinazi resserre à nouveau la focale : il n'est pas tant intéressé par le déploiement de l'arbitrage international commercial au-delà de la CCI ou par la pratique de l'arbitrage une fois arrivé à maturité, avec ses acteurs et ses clients de plus en plus puissants et nombreux. Le cœur de la discussion porte maintenant sur les idées qui accompagnent cette maturité de l'arbitrage, notamment la longue querelle sur la « nouvelle *lex mercatoria* ». Il nous propose ici une histoire intellectuelle d'une grande richesse, depuis les premiers travaux de Bertold Goldman ou Clive Schmitthoff, au tournant des années 1960, jusqu'aux dernières publications d'Emmanuel Gaillard sur la formation d'un ordre juridique arbitral (chap. 9 et 10). Ici, le livre s'inscrit

directement dans la veine d'une histoire politique des idées juridiques telle que l'a ouverte Martti Koskeniemi depuis plus de vingt ans.

Dans cette même perspective, on a aussi apprécié, dans les pages antérieures, la relecture du lent contournement, par la jurisprudence française, de l'interdit opposé à la clause compromissoire depuis 1843 (chap. 4). Il y a ici un bel exemple d'un cadre juridique relativement archaïque, ou opposé en tout cas aux évolutions futures, et dont le dépassement difficile ouvrira in fine sur une jurisprudence remarquablement favorable à l'arbitrage international. *A contrario*, le génie des institutions anglaises d'avant 1914 fera longtemps obstacle à cette évolution, leur donnant à leur tour, jusqu'aux années 1970, un côté un peu dépassé. Une adéquation presque parfaite au monde ancien deviendra ainsi un obstacle pour inventer des règles et des pratiques nouvelles.

Parce que *The Three Ages* ouvre un chantier et lance des hypothèses, tout lecteur un peu informé pourra aisément entrer dans le jeu, argumenter à son tour, critiquer tel ou tel parti et proposer à son tour des variantes ou des compléments. On aurait aimé en particulier que plus d'attention soit apportée aux débats parlementaires et aux négociations diplomatiques qui ont accompagné et autorisé l'expansion de l'arbitrage commercial international. Alors que le monopole sur la résolution des différends a été historiquement une prérogative de la souveraineté, il faudra renégocier son périmètre pour que l'arbitrage privé puisse se développer. C'est un enjeu critique du second âge de l'arbitrage, celui de « l'institutionnalisation ».

Les États vont d'abord accorder aux intérêts privés une *exit option* au plan interne – c'est l'objet des clauses compromissoires, autorisées en France et aux États-Unis en 1925, longtemps après l'Angleterre (1889). Puis, ils reconnaî-

tront ces mêmes clauses lorsqu'elles sont inscrites dans des contrats internationaux, soumis au droit d'un pays étranger – le point sera réglé par le Protocole de la SDN sur les clauses d'arbitrage (1923). Enfin, ils apporteront à l'arbitrage toute la force de leur pouvoir d'exécution avec la Convention de 1958, qui suit une tentative avortée la Convention de 1928 sur l'Exécution des sentences arbitrales, également à la SDN. Que ce soit dans les archives parlementaires ou celles de Genève et New York, les termes de cette transaction essentielle avec les souverains se lisent à l'œil nu, tant dans les minutes des négociations que dans les pré-rapports, les contributions d'experts ou les consignes envoyées aux négociateurs. On est ici dans une ingénierie de la souveraineté et de la coordination internationale, qui appartient entièrement à l'histoire de l'arbitrage commercial international.

Envisagée sous cet angle, la Convention de New York de 1958 révèle son côté énigmatique. Pourquoi ce qui était impossible en 1928 a finalement été accepté sans grande difficultés en 1958? Comment un préalable de souveraineté somme toute très classique, ou très westphalien, a-t-il été pu être suspendu, ou oublié, à la demande d'un lobby privé (la CCI), à une époque, dans les années 1950, où « les forces de marché » étaient encore sur un point bas, après la grande rupture des années 1930? On le sait, toute la puissance de la Convention de New York, qui reste la pierre de touche de l'édifice arbitral, ne se révélera que bien plus tard, à partir des années 1980 ou 1990. Autre paradoxe, ce texte a été ratifié avec plus de dix années de retard par les États-Unis (1970) et la Grande-Bretagne (1975), les puissances hégémoniques ascendante et descendante, dont on nous dit pourtant qu'il leur revenait d'écrire les règles du jeu de l'économie internationale. On est ici à mille lieues de la Conférence de Bretton Woods (1944), dont le script a été entièrement écrit par ces deux pays, et nul autre. De fait, les spécialistes des

Relations internationales ou de l'Économie politique internationale n'ont pas de réponse évidente à cette énigme de la Convention de 1958.

La réponse semble devoir être cherchée moins dans l'évolution de l'environnement international que dans un changement de la culture juridique, ou de la *legal consciousness*, tant en Europe qu'aux États-Unis. Le New Deal et ses équivalents européens, puis les années de reconstruction et l'affirmation nouvelle de la puissance régulatrice des États ont fait du droit un instrument au service des politiques publiques. Il est devenu avant tout une technologie politique, comme l'avait annoncé les Réalistes américains, et non plus la constitution civile, neutre et apolitique, d'une libre société de propriétaires et de petits entrepreneurs. Dès lors, assurer l'exécution des sentences étrangères ne relevait plus que de considérations essentiellement pragmatiques, sans grande portée symbolique ou politique. Pourquoi s'opposer à une telle mesure, si on nous dit qu'elle faciliterait la reprise du commerce international? L'enjeu de souveraineté, si présent à la Société des Nations vingt ans plus tôt, s'était déplacé. Il n'était plus là où l'attendait.

C'est l'arrière-plan paradoxal de la discussion menée par M. Schinazi. Alors que le thème de la *lex mercatoria* ancre l'arbitrage dans une perspective nettement contractualiste et néolibérale (avant la lettre), la Convention de New York nous ramène à cet autre ancrage politique, a priori très éloigné: l'émergence d'États régulateurs puissants, l'encadrement des marchés par des régimes de règles robustes et, au-delà, la question centrale du corporatisme. Depuis les États-Unis de Hoover et Roosevelt jusqu'à l'Italie mussolinienne ou la France du Front Populaire l'arbitrage relève d'abord, dans l'entre-deux guerres, d'une réponse à la crise du libéralisme (v. not. L. P. Sawyer. *American Fair Trade. Proprietary Capitalism, Corporatism and the "New Competi-*

tion", 1890-1940. Cambridge University Press, 2018). Il aurait fallu en somme que les États rompent avec la *Classical Legal Thought*, instrumentalisent le droit et encadrent fortement l'espace du contrat pour que l'arbitrage commercial international prenne son essor. Mais, en retour, cette expansion a été portée par un discours fondé sur le thème jus-naturaliste de la volonté des parties et sur la prétention exorbitante des acteurs privés à assurer eux-mêmes la régulation des marchés internationaux, en instrumentalisant à leur tour la puissance des États (on peut lire en parallèle l'analyse proposée par Quinn Slobodan du rôle de la CCI et des économistes de la SDN dans la genèse de la pensée néo-libérale, dans les années 1930. V. : *Globalists, The End of Empire and the Birth of Neoliberalism*, Harvard University Press, 2018).

Reste une dernière réserve que suggère le récit de Mikaël Schinazi : alors que le rôle central donné à la CCI se justifie sans difficulté, il propose une lecture parfois « très française » de l'histoire de l'arbitrage commercial, qui est aussi une histoire implicitement triomphale, parce qu'incontestée. On aurait pu ainsi tirer le long fil rouge qui lie ensemble les nombreuses contributions anglaises extrêmement critiques à l'égard de l'expérience parisienne, cela depuis la contestation en bloc de l'amiable compositeur, dans les années 1920, jusqu'au rejet du thème de la *lex mercatoria*. D'un bout à l'autre, c'est en fait la question de la légalité ou du *rule of law* qui est posée, donc in fine celle de la légitimation de l'arbitrage que la référence un peu rituelle à la volonté des parties

ne saurait régler entièrement. Ce ne sont pas là des questions bénignes qui auraient été refermées une fois pour toute, avant ou après 1958. Le thème d'un ordre légal arbitral, développé par E. Gaillard, n'atténue pas, tant s'en faut, la portée de ce questionnement (V. : E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Martinus Nijhoff, Les livres de poche de L'Académie de droit international de La Haye, 2008).

De fait, tout au long de cette histoire, des orientations ont été prises qui impliquaient que des alternatives ont pu, ou auraient pu, être proposées. Peut-être les « aspirations » du premier âge étaient-elles plus confuses qu'il ne paraît ? Vers 1925-1928, par exemple, la SDN aurait-elle pu donner la priorité à la reconnaissance des jugements étrangers, plutôt qu'aux sentences arbitrales ? Que ce serait-il passé, ensuite, si la CCI avait sombré pendant son exil suédois des années 1940 ? Il ne s'agit pas ici de proposer une histoire contre-factuelle, mais de rendre à cette histoire-ci sa part d'indétermination. Après tout, jusque dans les années 1960, la Cour d'Arbitrage de la CCI n'était qu'un tout petit atelier de réparation des contrats internationaux, très largement ignoré des milieux d'affaires. Quant aux séminaires parisiens, leur place incontestable dans l'histoire longue des idées juridiques ne saurait donner la mesure de leur influence pratique, face au pragmatisme hautement revendiqué par la profession arbitrale, si ignorante de sa propre histoire.

Jérôme Sgard