



HAL
open science

L'arbitrage et la construction d'un espace marchand global

Claire Lemerrier, Jérôme Sgard

► **To cite this version:**

Claire Lemerrier, Jérôme Sgard. L'arbitrage et la construction d'un espace marchand global. 2023.
hal-04081383

HAL Id: hal-04081383

<https://sciencespo.hal.science/hal-04081383>

Preprint submitted on 25 Apr 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

L'arbitrage et la construction d'un espace marchand global.

Claire Lemerrier, Sciences-Po, CSO CNRS, Paris, France

Jérôme Sgard, Sciences-Po, Ceri, CNRS, Paris, France

Mars 2023

Abstract

Le juge, classiquement, se prononce et condamne au nom du souverain. Alors que cet alignement classique opère depuis des siècles au plan intérieur, les marchés internationaux ont appelé des solutions beaucoup plus variées, ouvertes à l'expérimentation, très dépendantes aussi de l'ordre politique international dans lequel elles ont dû trouver place.

L'arbitrage commercial international est une des solutions les plus puissantes, et aujourd'hui les plus influentes, qui aient émergé. En conflit sur l'exécution d'un contrat, deux entreprises prendront beaucoup plus souvent cette voie privée et volontaire, plutôt que de chercher une issue devant un tribunal officiel, toujours soupçonné de partialité ou de lenteur. Cette « privatisation » de la justice commerciale internationale a du toutefois être négociée avec les Etats, qui la reconnaissent et *in fine* la garantissent. Sans leurs garanties d'exécution, en particulier, les sentences arbitrales resteraient souvent lettre morte.

Cet article porte sur l'invention et la consolidation progressive de l'arbitrage commercial international, entre les années 1920 et 1950. Il est centré sur l'expérience de la Chambre de Commerce Internationale, établie à Paris en 1919, qui a développé progressivement le modèle de référence en la matière, cela face à deux concurrents – l'un à Londres, l'autre à New York. La négociation et la légitimation de ce régime d'arbitrage va donc opposer, on le devine, des traditions juridiques, des organisations professionnelles mais aussi des projets de « gouvernance globale » très contrastés. Alors qu'Anglais et Américains défendent des projets nettement « impériaux », fortement ancrés dans leurs ordres juridiques domestiques, la CCI prend très tôt la voie d'un projet international, dans le sillage de la Société des Nations. Plus tard, au fil des renégociations de ce pacte avec les Etats, ce régime d'arbitrage évoluera vers une forme d'extra-territorialité juridique, qui recevra l'adhésion puissante des intérêts privés.

Introduction : la généalogie d'une institution globale

L'arbitrage commercial international est devenu de nos jours une institution majeure des marchés globalisés : en conflit sur l'exécution d'un contrat, deux entreprises prendront beaucoup plus souvent cette voie privée et volontaire, plutôt que de chercher une issue devant un tribunal officiel, de quelque pays qu'il soit – États-Unis ou Russie, Suède ou Nigeria. Au plus simple, les parties en conflit choisissent d'un commun accord un arbitre unique et a priori neutre. Mais elles peuvent s'en remettre à un forum spécialisé comme il en existe aujourd'hui sur de nombreuses places financières et commerciales, lesquelles formeront ce tribunal, apporteront des règles de procédures, fourniront une infrastructure administrative. Avantage non-négligeable, on pourra choisir ainsi des arbitres spécialisés sur des marchés très techniques (contrats financiers, molécules pharmaceutiques, etc). Avantage tangible, les procédures et les sentences restent confidentielles - le monde des affaires préfère ne pas laver son linge sale en public.

Enfin, depuis la Convention de New York de 1958, une fois homologuée par un tribunal civil ordinaire d'un pays signataire, une sentence arbitrale sera reconnue et mise à exécution beaucoup plus aisément que dans le cas alternatif des jugements rendus par les tribunaux officiels, toujours soupçonnés de partialité. On pourra alors faire saisir des comptes bancaires, biens immobiliers, brevets, investissements financiers, etc. On est donc devant une institution puissante, typique d'un monde globalisé : les agents privés disposent d'une grande autonomie institutionnelle et normative, à caractère largement extra-territorial, tout en conservant le bénéfice ultime des moyens de coercition propres aux États.

Pour autant, cette institution ne va pas de soi. Il n'y a rien de naturel ou de spontané dans cette capacité acquise des agents privés à s'extraire des juridictions nationales et à régler leurs différends contractuels dans des institutions privées, largement émancipées des disciplines propres à l'Etat territorial. Or, curieusement, on n'a jamais écrit l'histoire de cette institution – comment elle a été conçue, testée et institutionnalisée. Les praticiens et commentateurs actuels de l'arbitrage international en proposent le plus souvent une représentation naturalisée et dés-historicisée. Construite pour répondre aux besoins des acteurs du commerce international, elle ne serait que la réponse rationnelle à leurs intérêts, l'institution optimale dont ils auraient besoin. L'histoire de l'arbitrage privé international ne serait alors que celle de l'expansion des marchés internationaux et de la diversification des demandes endogènes qu'ils expriment.

[Plan]

1. Une utopie politique

On a souvent oublié combien, depuis les années 1870 et jusqu'à la Première Guerre Mondiale, l'idée générique de l'arbitrage était porteuse dans l'ensemble du monde occidental un discours universaliste, progressiste et pacifique. Pour une grande partie des élites politiques, pour de nombreux intellectuels publics mais aussi pour le mouvement socialiste, par exemple, il y avait là la promesse presque eschatologique d'une

« gouvernance internationale » porteuse de paix et de prospérité parce que fondée sur le droit et le refus de la force armée¹ (Mazower 2001, Koskeniemi 2012).

Fatalement, sans doute, cette dimension utopique allait de pair avec une très grande indétermination quant aux procédures concrètes que devaient suivre l'arbitrage et quant aux normes sur lesquelles il s'adosserait. Chez nombre de ces militants, on pouvait avoir l'impression qu'une sorte de justice naturelle s'imposerait d'elle-même dès lors que les parties reconnaîtraient l'évidence d'une méthode aussi raisonnable et juste. Résultat, ce discours s'est prêté aux stratégies les plus diverses d'appropriation et de réinterprétation, en particulier de la part des milieux d'affaires internationaux, portés par le dernier grand cycle d'expansion internationale d'avant la guerre.

Les Chambres de commerce, qui organisent désormais tous les deux ans des congrès internationaux, appellent dès 1905, puis à nouveau en 1914, au développement de l'arbitrage commercial international. De manière très frappante, le thème de l'arbitrage va alors se greffer sur le discours de la « paix des marchands », qui défend depuis Montesquieu au moins le caractère intrinsèquement pacifique du commerce. Ces industriels et ces banquiers affirment donc hautement qu'ils sont le parti de la paix, par leurs intérêts bien compris et par leur pragmatisme supposé. Ceci est dit avec emphase au congrès de 1912 par un des chefs de file des chambres de commerce britanniques, [George] Fraser :

« Le monde du commerce réalise pleinement les limites des politiciens et des diplomates : il lui appartient de prendre ses destinées en main et de réfléchir par lui-même au problème du quotidien, y compris l'organisation de la paix, dont l'arbitrage commercial fait partie intégrante (...) l'arbitrage commercial constitue le premier pilier de la plate-forme de paix et de solidarité mondiales » (Fraser, 1913, p. 284).

De fait, l'histoire de l'arbitrage commercial international sera à la fois celle d'institutions et de pratiques privées, et celle d'une tractation continue *avec* les Etats, mais aussi *entre* les Etats eux-mêmes : pour que l'arbitrage commercial international prenne son essor, il faudra qu'ils adaptent leur droit interne, au plan national, et qu'ils négocient un certain nombre de règles de droit international public qui elles aussi ont conditionné ce succès.

Dans les tout premiers temps, l'influence dominante viendra des Chambres de commerce américaines, notamment la Chambre de New York : au premier congrès d'après-guerre, en 1919 à Atlantic City, elles sont la principale force derrière la décision de créer à Paris un organisme commun, la Chambre de Commerce Internationale (CCI), qui est conçu d'emblée comme le représentant privilégié des milieux d'affaires auprès de la nouvelle Société des Nations. Et, au même moment, on décide aussi de créer sous sa protection une Cour d'Arbitrage destinée à traiter *exclusivement* les affaires internationales.

Mais voilà, le problème initial reste entier : en ce début des années 1920, le *modus operandi* de cette nouvelle instance est inconnu ; il n'a fait l'objet d'aucune réflexion préalable. On observe donc un brusque dénivelé entre un discours très général et idéologique et une

¹ On relève certes, ici et là, des allusions à un commerce antique ou médiéval, plus ou moins mythologique, qui aurait été lui aussi réglé par des pratiques d'arbitrage; le thème connaîtra une grande fortune critique après la publication d'un article fameux de Berthold Goldman, en 1964. Reste qu'en dépit de nombreuses recherches sur ce thème, au tournant du 20^{ème} siècle, cette dimension historique 'revisitée' est entièrement absente de l'expérience qui nous occupe. Voir Scrutton (1909), Burdick (1909), Pirenne (1926).

expérience pragmatique de construction d'une juridiction privée internationale. La nouvelle petite cour doit-elle traiter uniquement des problèmes de qualité techniques ou doit-elle privilégier les différends proprement juridiques, qui renvoient aux contrats proprement dits ? Les arguments des parties devaient-ils être présentés lors de plaidoiries, ou bien pouvaient-ils être soumis par écrit ? Des témoins ou des experts extérieurs peuvent-ils être auditionnés ? Les arbitres doivent-ils adosser leurs conclusions sur le droit existant, et peuvent-ils dans ce cas l'interpréter, ou bien pourront-ils le laisser de côté et juger en équité ? Et puis, question critique, comment s'assurer que la partie qui perd un arbitrage respectera la sentence et paiera, le cas échéant, des dommages ? Ces enjeux constitutifs n'avaient reçu aucune réponse ferme lors de l'inauguration solennelle de la Cour d'arbitrage en janvier 1923, en présence du Président de la République et du corps diplomatique.

En pratique, deux sources d'influence vont tenter de combler ce vide doctrinaire - l'une anglaise, l'autre américaine. Bien plus que des projets cohérents, il s'agit de principes généraux, ou bien de normes professionnelles, porteuses aussi de cultures juridiques différentes. Et, dans les deux cas on observe un ancrage fort dans un contexte national marqué à la fois par des conflits et des acquis institutionnels, aussi par des projets de réforme de la justice.

2. Un projet américain

Dans ces premières années, l'influence sur le projet de la CCI est donc américaine. On trouve dans les archives newyorkaises et parisiennes la trace de nombreux échanges entre la Cour d'Arbitrage de Paris et, en particulier, Julius Cohen et Charles Bernheimer, les militants de la première heure de l'arbitrage, attachés l'un et l'autre à la Chambre newyorkaise. Mais on croise aussi Owen Young, patron de GE Electric, une des toutes premières multinationales de l'histoire: il sera un temps très influent à Paris, avant de prendre la part que l'on sait aux négociations sur les réparations allemandes (Plan Dawes de 1924, Plan Young de 1930). Il exprime plus généralement une convergence nouvelle entre les milieux d'affaires les plus internationalisés, les intérêts politiques des Etats-Unis et une culture technocratique dans laquelle la coopération entre acteurs privés et publics s'impose face aux problèmes les plus sérieux du moment. De fait, pendant la guerre, Owen Young avait occupé à Washington une place de haut conseiller à la Maison Blanche, dans une posture idéologique pas entièrement étrangère de celle d'Etienne Clémentel, Ministre du Commerce à Paris et futur Président de la CCI. Mais Arthur Salter, qui fera beaucoup à la SDN pour soutenir le développement de l'arbitrage, avait été lui aussi, à Londres, au cœur de la gestion économique de l'effort de guerre, en relation étroite avec Jean Monnet qui deviendra peu après le numéro deux de la SDN. Avec des variations diverses, par pays mais aussi entre le privé et le public, tous ces hommes appartiennent ainsi à un milieu libéral, technocratique et internationaliste. [Badel]

Cela étant, les Américains restent ancrés dans une économie politique et dans une expérience judiciaire qui va façonner leur approche de la Cour d'Arbitrage de la CCI et les conduire bientôt à s'en écarter. Depuis le début du siècle s'est développé aux Etats-Unis un mouvement profond de critique des institutions judiciaires, perçues comme trop ancrées dans une approche archaïque du droit et de la procédure, trop éloignées aussi des intérêts communs. Frances Kellor, qui sera l'une des architectes de l'arbitrage commercial aux Etats-Unis, publie par exemple à cette époque des essais sur les risques que cette justice trop rigide fait courir à l'assimilation des émigrés récents à la nation américaine [ref]. Pour un

temps, on va donc observer une convergence improbable entre le réformisme social de la *Progressive era* et les milieux d'affaires [ref]. Le grand tournant date toutefois de 1925, avec l'adoption d'un statut fédéral très favorable à l'arbitrage commercial, puis la création et le succès très rapide de l'*American Arbitration Association* (AAA), très proche des Chambres de commerce et de l'aile réformiste du barreau de New York (ref, AAA, 1925). En quelques années l'AAA crée un réseau à travers l'ensemble du pays, jusque dans les toutes petites villes. C'est en somme le début de la prédilection américaine pour les méthodes d'*Alternative Dispute Resolution* qui marquent fortement le paysage judiciaire américain jusqu'à aujourd'hui [ref].

Le paradoxe est que cette expansion au plan domestique est venue en même temps qu'un désinvestissement marqué au plan international, notamment au regard de la Cour d'arbitrage parisienne. Dès le milieu des années 1920, on ne trouve plus de trace de contacts bilatéraux dans les divers fonds d'archives newyorkais ou parisiens. Pour une part, cette posture nouvelle de *benign neglect* tient sans doute au succès même de l'AAA au plan interne, qui a sans doute absorbé beaucoup de ressources et d'énergies. On relève aussi une quasi-absence des entreprises américaines dans les affaires traitées à Paris. Mais il y a aussi une forme de myopie face aux problèmes spécifiques posés par les échanges transfrontaliers, que l'on retrouvera aussi en Grande-Bretagne.

Dans les deux cas, l'arbitrage international est envisagé comme une simple extension des règles et des pratiques développées au plan interne, comme si le discours de la privatisation de la justice commerciale laissait croire que les frontières juridiques entre Etats pouvaient être ignorées. Tel est bien, et tel restera jusqu'à aujourd'hui, l'ambition des entrepreneurs de l'arbitrage, mais au mieux il s'agit à l'époque d'un projet, et sinon d'une utopie. Une seconde version en sera proposée pendant la Seconde Guerre Mondiale, quand les Etats-Unis prépareront activement la reconstruction du monde occidental. L'AAA adoptera alors de manière très explicite, une position « impériale » d'exportation du droit et des pratiques américaines. Comme le dira le bulletin de l'AAA :

«La meilleure façon pour les Américains de prévoir un arbitrage qui se tiennent chez eux, en Amérique, est d'utiliser une clause d'arbitrage appropriée dans tous leurs contrats, que ce soit avec d'autres ressortissants de ce pays ou avec les commerçants étrangers. En insistant sur la sécurité pour lui-même dans le règlement des litiges commerciaux, l'Américain dans le même temps offre une sécurité à des parties étrangères à ses contrats; cela parce que cette sécurité est fondée sur la loi américaine et sur des procédures d'arbitrage bien établies, avec ses instances d'arbitrage de si bonne qualité et toutes ses traditions"»²

3. Une gouvernance anglaise ?

Lorsqu'elle adopte cette position hégémonique ou impériale, l'AAA reproduit en fait la stratégie déjà suivie, avec beaucoup plus de succès, par la Grande-Bretagne. Depuis au moins les années 1870, les marchés internationaux de matières premières (céréales, coton, oléagineux, etc.) étaient régulés par des organisations professionnelles privées, les *Trade Associations*, qui tous les ans arbitraient elles-mêmes, à Londres ou à Liverpool, des milliers

² A New Kind of Competition for American Traders. *Arbitration Magazine*, 3 (1-2), janvier-mars 1945.

de différends.³ Les exportateurs et importateurs du monde entier échangeait sur ces marchés soumis au droit anglais et s'en remettaient, le cas échéant, à des arbitres anglais, issus pour la plupart des maisons de négoce les plus influentes de la place. De fait, cette méthode a très bien fonctionné, adossé par le pouvoir de marché de la place londonienne: aucun négociant un peu substantiel dans le monde n'aurait pris le risque d'en être exclu, en ne respectant pas ses règles ou en ignorant ses arbitres. En d'autres termes, cette gouvernance anglaise des marchés était déjà *locale et globale* à la fois, et donc *impériale*. De manière très significative, à Londres, on ne se souciait jamais d'avoir à appliquer un jugement français ou allemand, pas plus qu'on ne s'intéressait au droit des contrats argentins ou californien. Tous ces marchés globalisés fonctionnaient exclusivement sous du droit anglais.

Reste que ces pratiques bien rodées ne laisseront qu'une marque légère sur la Cour d'arbitrage de la CCI. Ceci tient sans doute au déclin relatif de l'économie britannique mais aussi par un mouvement séculaire du marché de *commodities* vers des échanges plus complexes juridiquement et contractuellement: accords de sous-traitance, droits de propriété intellectuelles, financements complexes, clauses d'assurance et de service après-vente, création de filiales par des multinationales émergentes, etc. Ici, le vieux modèle des Trade Associations ne fonctionnait plus.

Une *London Court of Arbitration* a été certes créée en [???], puis relancée en [???], exactement sur ce terrain où la Cour de la CCI ira s'établir, après la guerre. Elle va connaître un certain succès avant de décliner dès les années 1920: la nouvelle cour ne trouve pas sa place dans le paysage déjà complexe des hautes cours anglaises. Les juges l'ignorent et les *attorneys* préfèrent l'éviter, entraînant leurs clients avec eux. Dit autrement, cette cour n'est pas légitime. A l'arrière-plan, on trouve toutefois un problème juridique plus dur : dans le modèle anglais traditionnel, les arbitres ne sont que des suppléants des juges officiels, si bien que tout problème de droit doit être tranché sur la base de précédents (anglais) ou renvoyé à une cour officielle (anglaise). Dit autrement, la *London Court of Arbitration* était enfermée dans une posture politiquement impériale, juridiquement subalterne et sociologiquement marginale. Elle ne s'en est pas sortie.

4. Un parti internationaliste

Que pouvait-on attendre, dans ces conditions, de la petite Cour d'Arbitrage parisienne, établie dans un pays de droit civil qui n'était certes pas au centre de l'économie mondiale? Dans un premier temps, les Chambres de commerce britanniques, comme leurs collègues américaines, vont proposer leur modèle d'arbitrage, mais les motifs de conflits se multiplient : par définition, cette nouvelle Cour n'est sous l'autorité d'aucune juridiction nationale ; en outre, dans ces premières années, elle affirme la capacité des arbitres à juger en équité (ou en *amiable compositeur*), ce qui, en bonne culture juridique anglaise, est la porte ouverte à tous les abus. Dès le milieu des années 1920, la rupture est totale et elle se cristallise sur un conflit frontal, à haute charge symbolique, sur les *rules of justice* et leur contrepartie, l'illégalité et l'arbitraire.

Une fois les Britanniques et les Américains, on aurait pu s'attendre à ce que la petite Cour d'Arbitrage de la CCI décline et disparaisse, simplement parce qu'elle aurait été incapable de

³ Voir notamment Ellison (1886), Chattaway (1907), Liverpool Cotton Trade Association (1912), Jones (1922),

surmonter l'énorme indétermination de son projet initial. Une institution qui n'a pas d'objet clair, pas de procédure et pas de bénéficiaire, n'existe pas socialement. Pourtant l'expérience va continuer, en dépit de sa toute petite taille, d'un cadre légal bancal et d'un volume d'affaires extrêmement limité. Sur plusieurs décennies, ce petit atelier de réparation des contrats va développer des règles du jeu et une pratique originale, de manière très pragmatique, à travers la résolution des cas qui lui seront soumis. De cette exploration menée par une douzaine d'entrepreneurs institutionnels naît progressivement l'arbitrage commercial international tel qu'on le connaît depuis les années 1960 ou 1970.

Que s'est-il passé ? Comment cette innovation légale, institutionnelle, mais aussi politique, a-t-elle pris forme ? Et comment expliquer cette évolution si longue, qui s'étend sur plus d'un demi-siècle ?

Au début de cette innovation institutionnelle, il y a eu « un choix de structure », à la fois très explicite dans sa formulation et forcément très myope dans ses conséquences à long terme : du fait même de la structure multilatérale de la CCI, décalquée à son tour de la Société des Nations, la Cour d'arbitrage s'établit d'emblée dans une position « inter-nationale », et non plus impériale.

C'est la toute première règle adoptée à Paris : seuls les conflits transfrontaliers seront reçus, si bien que la Cour ne se saisira *jamais* de différends domestiques ou locaux (franco-français en particulier); la coupure entre les deux champs d'intervention est entière à ce point. En outre, les arbitres viendront *toujours* d'un pays tiers, entre les deux parties, ce qui va placer d'emblée toute la construction sur des bases entièrement différentes, par exemple, de celles des *Trade Associations* anglaises. L'arbitrage CCI en particulier n'aura pas d'ancrage privilégié dans un ordre juridique ou judiciaire dominant. Au contraire, il va progressivement établir sa légitimité sur sa capacité à reconnaître et à négocier les frontières entre ordres juridiques nationaux, en particulier sa capacité à trouver des solutions aux différends contractuels qui soient à la fois efficaces pour les parties et acceptables par les juges nationaux respectifs. Là où les approches américaines et anglaises ont cherché à étendre l'empire extraterritorial de leur droit national, la CCI se place ainsi d'emblée sur le terrain du multilatéralisme émergent, mais aussi sur celui du Conflit des lois, comme disent les juristes : c'est-à-dire l'étude des conditions sous lesquelles les ordres juridiques nationaux reconnaissent et assurent le respect des droits, des contrats, des jugements et des sentences étrangères.

En 1923, les implications à long terme de cette option étaient évidemment hors de portée. Mais il s'agissait bien d'un choix déterminant, qui va peser directement sur l'évolution à long terme de la petite cour parisienne et sur les solutions qu'elle apportera aux dilemmes constitutifs de ce projet.

Au-delà, deux éléments ont pesé de manière disproportionnée dans ce succès improbable. D'une part, la Cour d'arbitrage adopte très tôt une structure interne fortement réursive, qui va lui permettre de tirer pas à pas les leçons de son expérience et de les capitaliser. D'autre part, grâce à la « sponsorship » par le CCI, elle va entrer très tôt dans une relation structurante avec la Société des Nations d'abord, puis avec l'ONU : la conversation avec ces organisations, en particulier leur staff, va jouer un grand rôle dans la maturation progressive du « projet CCI » ; plus encore, elle va ouvrir une voie originale pour passer une transaction

indirecte avec les Etats souverains et définir ainsi, au plan international, un rapport nouveau entre intérêts privés et prérogatives souveraines.

Dit autrement, ces deux traits expliquent pour une bonne part la capacité de la Cour d'arbitrage à faire au fil des ans une série de choix stratégiques qui l'ont placée sur un « sentier d'évolution » conduisant à un régime d'arbitrage adopté de plus en plus largement par les acteurs privés internationaux. En ce sens, cette pratique aujourd'hui très institutionnalisée n'a pas été produite ou façonnée directement par ces intérêts privés, dans une sorte de déterminisme économique un peu frustré ; la souche utopique et la maturation si lente de ce projet attestent plutôt du contraire. En fait, on observe une généalogie expérimentale, soutenue par ces deux traits – la récursivité interne et le « guidage » multilatéral. La délibération et la mise en œuvre pratique viendront alors d'un tout petit nombre d'entrepreneurs institutionnels, agrégés autour de la Cour parisienne, qui ne sont pas porteur d'un capital social important, a fortiori d'un capital politique.

Au fil des décennies, l'arbitrage va rencontrer progressivement l'adhésion des entreprises les plus internationalisées et trouver les deux ancrages sociologiques qui le caractérisent de manière si frappante depuis les années 1980 : l'étroite proximité avec le monde des affaires international et la formation d'une profession structurée, hiérarchisée, qui régule désormais cette juridiction privée, devenue largement extraterritoriale. [Dez&Garth].

4. Un petit atelier innovateur.

Claire : il me semble, si tu es globalement d'accord avec ce pitch, qu'il faudrait insister ici sur le développement lent mais significatif des affaires traitées par la CCI ; puis ce que j'ai appelé le trait récursif inscrit dans sa gouvernance. J'insisterais en particulier sur le Comité exécutif et le Comité d'études de l'arbitrage, puis sur la sociologie de ces entrepreneurs à capital social faible.

Corollaire, le droit commercial comparé deviendra très vite une des grandes compétences de la CCI, alors que les juges et les arbitres anglais, on l'a dit, n'avait qu'un intérêt relatif pour cette discipline.

5. La voie multilatérale : de la SDN à l'ONU

(...)

La Société des Nations a adopté deux textes sur l'arbitrage en 1923 et 1928, qui résultent de deux stratégies d'engagement contrastées. D'abord vient le Protocole de 1923 sur la reconnaissance des « clauses compromissoires », c'est-à-dire la garantie que l'engagement contractuel des parties d'arbitrer d'éventuels conflits futurs serait contraignant. Pour éviter que les parties ne retournent trop aisément vers les tribunaux officiels, même si cela leur paraît stratégiquement préférable, le Protocole impose aux cours officielles des Etats signataires de laisser l'arbitrage aller à son terme. L'initiative est venue ici par la voie

classique de la diplomatie publique : initiée par le *Board of Trade* britannique, elle prend place dans une stratégie assez claire de « contrôle de l'agenda » du nouveau Comité Economique et Financier de la SDN.

Toutefois, dès cette négociation conclue, une seconde question, bien plus délicate, faisait inévitablement surface: ces mêmes cours officielles devaient-elles aussi reconnaître les sentences issues des arbitrages internationaux et leur accorder ce qu'on appelle une *exequatur*, qui les rendraient exécutoires, dans leur juridiction, au même titre qu'un jugement ? C'est en fait le nerf de la guerre : des sentences qui resteraient lettre morte condamneraient tout le projet de l'arbitrage. Et ici, en 1923, tout le monde est très prudent, tant à Genève qu'à Londres et dans les autres capitales. Comme le dit un rapport interne de la SDN: cette proposition pose des « *questions aiguës liées aux conceptions de la souveraineté des Etats et aux principes nationaux qui gouvernent l'ordre juridictionnel* ». Et de conclure « *les juridictions nationales protègent avec jalousie leurs citoyens* ».

Surprise, alors que cette porte semblait verrouillée, la reconnaissance des sentences revient sur le tapis dix-huit mois plus tard et débouchera en 1928 sur une « Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales ». Et puis la trajectoire de la négociation est toute différente: la CCI à l'initiative l'un bout à l'autre et elle travaille en étroite relation avec le staff du Comité Economique et Financier de la SDN. A bien des égards, c'est par la CCI et pour la CCI que ce texte sera adopté, en dépit même du scepticisme de la SDN et des Etats-membres.

La convention de 1928.

Significativement, le point de départ de ce second cycle de négociation est le Congrès de juin 1925 de la CCI, tenu à Bruxelles, qui appellent solennellement la Société des Nations à examiner à nouveau la question de l'exécution des sentences⁴. Or, surprise, deux mois plus tard, dans un rapport au Conseil de la SDN, son Comité Economique et Financier reprend la balle au bond: il « *reconnait pleinement les difficultés juridiques et autres du problème [de l'exécution des sentences], mais, en raison de l'importance que le monde commercial y attache, il a décidé de le porter à l'ordre du jour de sa prochaine réunion en vue d'une étude détaillée.* »⁵ Dans le même texte le Comité rompt en outre avec la position de symétrie adoptée jusque-là entre les sentences arbitrales et les jugements. Il demande expressément de donner la priorité aux premières et met en avant un argument destiné à une très longue carrière : du fait de leur caractère contractuel et privé, la reconnaissance des sentences arbitrales pose a priori aux gouvernements des problèmes moins lourds que les jugements, qui passent par les mains des souverains, ou du moins de leurs juges. En somme, on contourne les enjeux lourds de souveraineté judiciaires et on en appelle au pragmatisme et à la reconnaissance des intérêts si clairement exprimé par le monde commercial. La stratégie est confirmée enfin par une lettre officielle du Président de la CCI, Walter Leaf, à Sir Drummond, Secrétaire Général de la Société des Nations [ref ??].

⁴ « *Une sentence arbitrale étrangère prononcée en matière commerciale sera rendu exécutoire conformément à la procédure en vigueur dans le pays contractant où l'exécution est demandée et aura autorité de la chose jugée si elle satisfait aux conditions suivantes* ». Congrès de la CCI, Bruxelles, 1925. *Résolution*.

⁵ Société des Nations, Comité Economique. Rapport au Conseil, Seizième session, 31 août-5 septembre 1925. (SDN, cote Doc 10/Pièce 47913/Dossier 28600).

Dès cette époque, les archives de la SDN attestent de relations étroites entre son Comité Economique et la Cour d'Arbitrage de la CCI : correspondances, échanges d'information, discussions techniques, circulation des *draft reports*. Alors que les organisations professionnelles ou les lobbies nationaux n'ont pas d'accès direct et entièrement légitime à la SDN, ou plus tard à l'ONU, la CCI va s'appuyer très vite sur son accréditation officielle pour entrer littéralement dans les bureaux et les groupes de travail de ces organisations et établir là des relations de bienveillance, de reconnaissance mutuelle et d'échange d'information. Dans les années 1920, ces relations prennent rapidement un tour personnel (« *mon Cher Arnaud* »). Mais elles mentionnent en passant un « *engagement mutuel de nous communiquer les renseignements relatifs aux questions qui nous occupent l'un et l'autre* ». ⁶ Dans cette première phase, l'information circule principalement de la CCI vers Genève: l'institution parisienne apporte notamment un recensement précis et systématique des règles nationales en matière d'arbitrage, mené progressivement à travers le réseau des Chambres de commerce nationales. Cet investissement scientifique, très tôt décidé, va donner à la Cour d'Arbitrage de Paris un atout majeur, à la fois pour traiter les litiges qui lui sont soumis, mais aussi pour éclairer les débats plus politiques qui se tiennent alors à Genève. En 1925, en dehors de la CCI et des pays concernés, personne n'a d'idée précise sur le droit de l'arbitrage belge et suisse par exemple, et comment ils interagissent dans le cas d'un litige bilatéral.

Constater la circulation de l'information, de l'expertise et des d'intérêts bien compris ne doit pas conduire toutefois à l'hypothèse d'une manipulation ou a fortiori d'une transaction douteuse. Nul doute que, pour Arthur Salter et ses associés du Comité économique, c'était là contribuer à une meilleure régulation des échanges économiques internationaux, ce qui était bien le cœur de leur mandat. Plus généralement, la SDN, de toute récente création, était très désireuse de prouver son efficacité et sa pertinence, dans le monde très instable des années 1920. Devancer les demandes des représentants du monde des affaires était une manière d'établir plus solidement le bien-fondé de la nouvelle organisation. Ce qui réunit ces deux groupes d'experts, à Paris et à Genève, c'est avant tout une allégeance qui ne va pas d'abord à un gouvernement et à une politique nationale, mais à un projet, à une ambition politique, voire à un idéal « gouvernance globale ».

On en trouve l'illustration anecdotique dans un mot, conservée dans les archives de la SDN, où l'on demande à une Miss Hocking, lui demandant « *d'expédier d'urgence à l'adresse de M R. Arnaud, Secrétaire Général Adjoint de la Chambre de Commerce Internationale, (...) 10 exemplaires anglais et 40 français (...) (d')une résolution qui a été adoptée ce matin au sujet de l'ouverture immédiate de la Convention pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères* ». ⁷

La Convention de New-York.

Problème, si la CCI a obtenu formellement gain de cause en 1928 – une convention a bien été adoptée et soumise à ratification – le succès est très partiel, en pratique : comme l'avait laissé entendre les premiers échanges, en 1923, ce projet d'une exécution aisée des

⁶ SDN, cote 10/47766/47253.

⁷ SDN, cote 10/41766/47253

sentences arbitrales s'est heurté à des réserves très fortes des Etats-membres. Ils ont donc accumulé les clauses de sauvegarde qui laissent une très large discrétion à chaque Etat pour recevoir ou non une sentence étrangère. Le tout rendait le texte final très imparfait aux yeux de la CCI et de ses amis. Dès le début des années 1950, la question d'un nouveau traité revient donc sur la table, de nouveau à l'initiative de la CCI. Et cette fois-ci elle obtient satisfaction : la Convention de l'ONU de 1958 sur l'exécution des sentences arbitrales marque l'aboutissement des efforts engagés depuis 1925. Elle reste, jusqu'à aujourd'hui, la clé de voute du régime de l'arbitrage commercial international, l'objet également d'une masse impressionnante de commentaires et de traités savants.

En somme, on a là, sans doute, le premier exemple majeur d'une campagne réussie de lobbying, conduite auprès d'une organisation multilatérale par un authentique représentant des milieux d'affaires internationaux. Celui-ci a donc contourné toute négociation directe avec les Etats individuels et négocié directement une transaction fondatrice avec leur agent multilatéral, en premier lieu son staff. C'est donc dans les bureaux et les salles de conférence de l'ONU que cette « privatisation » de la justice commerciale a été scellée ; ou, plus précisément, que ce redéploiement du rapport du privé au public dans la justice commerciale a été obtenu.

Ceci est étonnant, d'abord parce qu'on a tendance à penser que, dans les années 1950, les arènes multilatérales étaient encore entièrement tenues par les Etats. Ici, on voit que les premiers pas des intérêts privés dans ces instances est quasi-instantané, au début des années 1920, et déjà très puissant dans l'après-Second guerre mondiale, à une époque où le commerce international était encore à un étiage bas. L'efficacité de la stratégie multilatérale de la CCI est également soulignée par l'absentéisme de la Grande-Bretagne et des Etats-Unis, en 1958 : ils envoient des observateurs à l'ONU mais ne ratifieront la Convention que en [??]. On n'est donc pas dans le « paradigme hégémonique » généralement adopté pour traiter de l'après-guerre. Quant aux autorités françaises, comme bien d'autres en Europe, elles sont tièdes, sinon indifférentes. [ref]. Un projet d'accord international qui s'était heurté frontalement à des prérogatives de souveraineté en 1923 et 1928 a donc été traité, trente ans plus tard, par un mélange de *benign neglect* et de pragmatisme paresseux. Si les milieux d'affaires pensent que cette convention leur serait utile, pourquoi la leur refuser ?

Sans doute faut-il voir aussi ici l'évolution finalement très rapide d'un rapport plus général au droit, dans les pays occidentaux. Dans les années 1920, les grands juristes qui dominent à la SDN restent ancrés dans une conception très westphalienne de l'Etat souverain et de son ordre juridique, directement héritée du droit international classique du dix-neuvième siècle. Face à eux, nous avons vu se regrouper la Section Economique et Financière de la SDN les premiers représentants d'un monde technocratique et libéral. Et comme par hasard, c'est avec ceux-ci qu'échangent et négocient les entrepreneurs institutionnels de la CCI. Après le semi-échec de 1928, cette alliance se reforme à New York au début des années 1950 et, cette fois-ci, elle obtient gain de cause, de manière assez spectaculaire. Alors que rien ne permet d'affirmer que les intérêts du commerce international étaient devenus plus puissants, c'est plutôt vers le parti de la technocratie et du pragmatisme juridique qu'il faut sans doute se tourner ; en somme, les héritiers (aux Etats-Unis) de la *Progressive Era* et des Réalistes américains, pour qui le droit est avant tout un outil d'ingénierie ou de politique publique et non le réceptacle des principes intangibles de la vie en société.

Curieusement, cette culture juridique que l'on croît pouvoir attribuer aux défenseurs de la Convention, à l'ONU et dans Etats-membres, ne fait pas vraiment surface dans les écrits de

la CCI. A cette époque où son « modèle » arrive progressivement à maturité, on voit s'agréger autour de la Cour parisienne une première génération d'arbitres professionnels, mais aussi des supports de publication en partie académique, enfin les premiers enseignements spécialisés. Cette évolution s'accompagne en outre d'un nouveau discours sur l'arbitrage, qui tranche avec l'absolue discrétion de l'entre-deux-guerres et rappelle à bien des égards la phase utopique des premières années.

En effet, lorsqu'ils tentent de justifier théoriquement une reconnaissance aisée des sentences internationales, les intellectuels organiques de la CCI mobilisent un vieux principe juridique et politique, promis à une longue carrière dans les décennies avenir - *la volonté des parties*. Pris littéralement, ce principe implique que la démarche volontaire, à caractère contractuel, sur laquelle repose l'arbitrage entraîne que son résultat, la sentence, n'aurait besoin d'aucune autre forme de validation par une autorité publique. A terme, les sentences devraient être entièrement émancipées de toute attache dans la souveraineté et dans les juridictions souveraines et devraient trouver ainsi, en elles-mêmes, leurs fondements juridiques.

Dit autrement, ces militants de l'arbitrage ont tenté de restaurer la vieille doctrine des droits naturels, selon lesquels le droit de contracter appartient en propre aux personnes et n'est nullement affecté par les normes et les décisions des souverains. Alors que la Cour d'arbitrage de la CCI était engagée dans une négociation ardue, à l'ONU, pour obtenir des Etats le soutien décisif dont elle avait besoin, elle développait ainsi un discours de légitimation libertaire dans lequel les Etats ne seraient que les serviteurs diligents des parties, émancipées de toute transaction ou de toute forme d'engagements envers eux.

Dans les décennies suivantes, la CCI et plus généralement la profession de l'arbitrage seront très habile, voire très rusés, dans leur usage tactique du principe de la liberté des parties : ils le mettront en avant chaque fois qu'ils rencontreront une institution ou une norme qui les embarrassent, ou plus simplement lorsqu'ils voudront consolider leur autorité et leur autonomie en laissant croire qu'elles sont étrangères en principe à toute négociation avec les Etats et leurs magistrats ; en somme quand ils voudront laisser croire que l'arbitrage est une institution sans histoire.

6. Conclusion