



HAL
open science

Arbitrage privé international et globalisation(s)

Claire Lemerrier, Jérôme Sgard

► **To cite this version:**

Claire Lemerrier, Jérôme Sgard. Arbitrage privé international et globalisation(s). [Rapport de recherche] 11.11, Mission de Recherche Droit et Justice; CNRS; Sciences Po. 2015. halshs-01158980

HAL Id: halshs-01158980

<https://shs.hal.science/halshs-01158980>

Submitted on 2 Jun 2015

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.

Arbitrage privé international et globalisation(s)

Rapport final

Claire Lemerrier (CNRS & Sciences Po/CSO)

Jérôme Sgard (Sciences Po/CERI)

Mars 2015

Recherche réalisée avec le soutien de la
Mission de recherche Droit et Justice

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice (convention n° 212.01.09.12). Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord de la Mission.

Cette recherche a été menée de concert par Claire Lemerrier (directrice de recherche au CNRS, Centre de sociologie des organisations, Sciences Po Paris) et Jérôme Sgard (professeur à Sciences Po Paris, Centre d'études et de recherches internationales), avec le précieux soutien d'Emmanuel Jolivet, conseiller général de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale et professeur associé de droit à l'Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines. Nous remercions également Sigvard Jarvin pour les nombreuses informations fournies.

L'avant-propos, l'introduction, la conclusion et la seconde partie de ce rapport (à l'exception du point 5.) ont été rédigées par Jérôme Sgard ; la première partie, le point 5. de la seconde partie et l'annexe ont été rédigées par Claire Lemerrier. Chaque auteur a bien sûr relu et modifié à la marge les parties rédigées par l'autre.

Sommaire

AVANT-PROPOS	
Écrire l’histoire de l’arbitrage commercial international.....	5
INTRODUCTION	
Construire une juridiction privée, transiger sur la souveraineté.....	9
PREMIÈRE PARTIE	
La Cour d'arbitrage de la CCI : l’histoire interne d’une institution.....	23
SECONDE PARTIE	
Une histoire internationale de l’arbitrage commercial	96
CONCLUSION.....	138
ANNEXE	
La London Court of Arbitration, une première tentative d'arbitrage supra-sectoriel et potentiellement international, au succès limité.....	148
INDEX DES SIGLES.....	164
BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE.....	166
FONDS D'ARCHIVES DÉPOUILLÉS.....	170

AVANT-PROPOS

Écrire l'histoire de l'arbitrage commercial international

L'arbitrage privé 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. Dans le cas le plus simple, les parties en conflit choisissent librement un arbitre chacune, lesquels s'accordent sur un troisième, qui préside le tribunal arbitral ainsi formé. Alternativement, elles peuvent s'en remettre à un forum spécialisé comme il en existe aujourd'hui sur de nombreuses places financières et commerciales. Ce forum forme le tribunal, apporte des règles de procédures, fournit une infrastructure administrative. Les parties disposent aussi d'une très grande liberté en termes de choix du droit de référence et les procédures comme les sentences restent confidentielles, ce qui est généralement préféré dans le monde des affaires. 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 dans des pays tiers qu'un jugement rendu par un tribunal officiel, toujours soupçonné de partialité.

On est donc devant une institution 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 par 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'État territorial. Ainsi, pendant la première globalisation, avant 1914, l'option commune, en cas de conflit entre commerçants de pays différents, était de passer par un tribunal étatique, puis de tenter d'obtenir l'exécution de son jugement dans le pays voisin, cela par la voie de l'*exequatur*. Cette méthode de régulation judiciaire des conflits privés transfrontaliers était lourde, coûteuse et très incertaine, chaque pays ayant ses règles propres de reconnaissance des jugements étrangers. De là est né le projet de l'arbitrage commercial international, dans les dernières années avant la Première Guerre mondiale : il s'agissait d'inventer et de mettre en place une méthode alternative de régulation judiciaire, plus rapide, plus économique, en un mot plus adaptée aux demandes du commerce international.

Or, curieusement, on n'a jamais écrit l'histoire de cette invention – comment on a conçu,

développé et institutionnalisé cette pratique nouvelle qui, dans la seconde globalisation, depuis les années 1990, a acquis une place centrale dans ce qu'il est convenu d'appeler la gouvernance globale. Plus encore, les praticiens et commentateurs actuels de l'arbitrage international ont une représentation naturalisée et dés-historicisée de cette institution. Construite pour répondre aux besoins des acteurs privés du commerce international, elle ne serait que la réponse rationnelle à leurs intérêts, l'institution optimale dont ils auraient besoin. Dès lors, l'histoire de l'arbitrage privé international ne serait que celle de l'expansion des marchés internationaux et de la diversification des demandes endogènes qu'ils expriment. Ainsi les représentations collectives portées par la profession de l'arbitrage comme par les juristes universitaires renvoient-elles l'image d'une « institution sans histoire », sans récit collectif, sans même l'esquisse d'un mythe des origines. Tout au plus va-t-on faire quelques remarques introductives occasionnelles sur le commerce des foires au Moyen-Age, puis on passera directement à l'établissement à Paris de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI) en janvier 1923, et enfin à la Convention de New York de 1958. Mais c'est à peu près tout. Quant aux historiens de l'économie ou aux spécialistes des relations internationales, par exemple, ils ignorent très largement l'ensemble de cette expérience.

Le présent projet consiste donc à écrire l'histoire de cette institution des marchés globaux et à en rendre compte avec les outils des sciences sociales ; et pour cela nous partons de l'expérience de la CCI, qui est bien l'institution centrale à partir de laquelle rendre compte de l'émergence puis de la construction graduelle de l'arbitrage privé international.

Au cours des deux années écoulées, nous avons travaillé dans deux directions principales. D'une part, nous avons exploré de manière systématique la bibliographie spécialisée sur notre sujet, depuis la fin du 19^e siècle. D'autre part, nous avons dépouillé une longue série de fonds d'archives, qui pour la plupart n'avaient pas fait à ce jour l'objet d'investigations systématiques. Citons notamment les fonds de la CCI et de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris (Paris) ; de la Société des Nations (Genève) ; de l'Organisation des Nations unies et de la Chambre de commerce de New York (New York) ; des ministères anglais du Commerce, des Affaires étrangères et de la justice, de l'association du commerce des grains (*London Corn Trade Association*) et de la *London Court of Arbitration* (Londres).

Si d'autres fonds d'archives et d'autres ressources bibliographiques restent à explorer, l'ensemble de ces éléments représente aujourd'hui une masse d'information et de connaissance très importante sur notre sujet. Il nous donne déjà des bases solides pour mettre en perspective l'expérience historique et problématiser le matériau empirique que nous avons collecté. C'est donc aussi un propos d'étape que l'on va lire ici, avant que l'achèvement de ce travail de recherche, dans les deux années qui viennent, aboutisse à un ouvrage de référence sur la question, destiné à être publié en

français et en anglais.

Avant cela, le présent rapport répond donc à deux objectifs plus immédiats. D'une part, nous voulons rendre compte à la Mission Droit et justice de l'utilisation que nous avons faite de ses ressources et lui témoigner ainsi notre reconnaissance. D'autre part, nous avons utilisé cette occasion pour une seconde mise en forme de notre savoir et de notre réflexion, après le premier essai en ce sens qu'avait représenté notre Rapport intermédiaire (février 2013). On ne présente donc pas ici un inventaire exhaustif de toutes les directions de recherche que nous avons explorées, de toutes les idées ou de toutes les pistes que nous avons pu croiser. Nous avons essayé au contraire de centrer notre propos sur les deux axes principaux de ce projet, étroitement complémentaires. Le lecteur trouvera, dans une première partie, une histoire principalement interne de la Cour d'arbitrage de la CCI : le développement de ses procédures, ses instances de délibération et de décision, enfin les hommes qui peuplent ces instances et assurent longtemps à eux seuls la continuité de l'entreprise. Puis, dans une seconde partie, nous analysons l'environnement international dans lequel la CCI se forme et se développe, mais sur lequel, au fil des décennies, elle va aussi avoir une influence majeure. Nous insistons en particulier sur l'évolution du cadre international dans lequel se développent l'arbitrage commercial international en général et la CCI en particulier, notamment dans le cadre de la Société des Nations puis de l'ONU. En ce sens, nous pouvons parler ici d'une co-évolution entre l'histoire interne de la Cour d'arbitrage et l'histoire internationale de l'arbitrage commercial international.

Avant d'entrer dans cette matière principale de notre rapport, nous présentons dans une des principales linéaments de cette histoire, entre les années 1920 et 1950. Enfin, une Annexe présente de manière plus détaillée l'expérience de la *London Court of Arbitration*, qui était à bien des égards la devancière de la Cour d'arbitrage de la CCI, mais qui échoua dans sa tentative d'établir une nouvelle pratique du règlement des différends commerciaux internationaux. Cet échec éclaire, par comparaison, la réussite de la Cour de la CCI.

INTRODUCTION

Construire une juridiction privée, transiger sur la souveraineté

L'arbitrage : une utopie politique

Le thème de l'arbitrage s'inscrit au tournant du 20^e siècle dans un discours très puissant et légitime qui voit dans cette méthode de règlement des différends la clé de voûte d'une future gouvernance internationale à la fois pacifique, civilisée et porteuse de prospérité pour les nations. Depuis 1870, l'arbitrage est devenu ainsi la promesse presque eschatologique d'un monde fondé sur le droit international et le refus du recours à la force armée [Mazower 2001, Koskeniemi 2012]¹. De fait, dans ces décennies, d'assez nombreux litiges entre États souverains sont réglés de cette manière, depuis ceux portant sur des dommages de guerre et des conflits de frontière jusqu'à des enjeux environnementaux ou des questions de dette souveraine. Il est aisé de percevoir les limites de l'expérience : le rapport au monde non-occidental, le partage de l'Afrique, et bien sûr la guerre de 1914 lui échappent.

Toutefois, dès les négociations de Versailles en 1919, le thème ressort puissamment. Certes, l'innovation majeure que constitue la création de la Société des Nations, la première organisation multilatérale, modifie fortement la manière de penser la gouvernance internationale : alors qu'avant 1914 le paradigme juridictionnel était au cœur de tous les projets et de toutes les utopies, il n'est plus, désormais, envisagé que comme une pièce d'une architecture plus large, également plus lourde en termes de délégation de ressources d'*agency* internationale. L'arbitrage, néanmoins, reste au cœur des débats internationaux ; il revient en plusieurs occasions au centre de ceux de Genève, cela au moins jusqu'en 1933.

C'est dans ce contexte que le projet de l'arbitrage privé international prend forme : à bien des égards, cette pratique est aujourd'hui la trace la plus forte laissée par ce thème idéologique ancien dans la gouvernance de la seconde globalisation – cela, il est vrai, dans une forme hautement technicisée et dépourvue de toute dimension utopique.

Corollaire : les milieux d'affaires internationaux ont investi le thème avec leurs propres intérêts et dilemmes institutionnels, mais aussi avec un objectif de légitimation assez transparent. Dès 1905, au

1

Nous insistons ici sur la nouveauté de cet intérêt pour l'arbitrage au tournant du 20^e siècle. On lit souvent 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 a connu une grande fortune critique après la publication d'un article fameux de Berthold Goldman, en 1964. Or, nous n'avons trouvé dans les écrits qui nous occupent, au début du 20^e siècle, aucune référence à cette dimension historique : la question est, pour les contemporains, nouvelle. Voir Scrutton (1909), Burdick (1909), Pirenne (1926).

nom même de ces valeurs et de ces idéaux universels, des déclarations solennelles des Congrès internationaux des Chambres de commerce appellent les gouvernements à soutenir *aussi* le développement de l'arbitrage privé au plan international. On voit donc se former un dualisme appelé à se prolonger longtemps. D'un côté, ces milieux d'affaires interpellent les gouvernements, sans lesquels rien ne sera possible. Arbitrer les différends commerciaux transfrontaliers demande que les agents puissent s'extraire des juridictions et des règles de droit nationales, mais cela, en retour, demande que les gouvernements adoptent leur droit interne de l'arbitrage. En particulier, dans ces années, l'enjeu central est la légalisation de la *clause compromissoire* : c'est-à-dire l'engagement inconditionnel que prennent les parties, lors de la signature d'un contrat, de soumettre à l'arbitrage tout différend susceptible d'apparaître dans l'exécution future du contrat. La majorité des droits nationaux acceptent en effet que les parties prennent cette voie une fois un tel conflit apparu et identifié. Mais c'est l'engagement général et non négociable qui pose problème, alors qu'il conditionne l'expansion de la pratique et des institutions de l'arbitrage – au plan domestique comme international.

D'un autre côté, ces hommes d'affaires organisés et très sûrs de leur légitimité affirment hautement leur capacité à prendre eux-mêmes en main leurs affaires. Ce sont aussi des hommes (une seule femme apparaît dans cette histoire, une Américaine) qui affichent leur volonté de prendre à bras le corps les problèmes nouveaux posés par le développement des marchés internationaux. Ils se perçoivent ainsi comme des architectes d'un monde futur, intégré économiquement et pacifié politiquement.² Ce va-et-vient dans la relation avec les gouvernements et les États restera une constante de cette histoire : jusqu'à aujourd'hui, il s'agit toujours d'affirmer hautement une capacité des agents privés à autoréguler entre soi les différends, mais cela sans jamais échapper à une relation inévitable, constitutive avec les États. De fait, l'histoire de l'arbitrage commercial international est à la fois celle d'institutions et de pratiques privées, et celle d'une tractation continue *avec* les États, mais aussi *entre* les États eux-mêmes. Au-delà de la réforme du droit interne et de la légalisation de la clause compromissoire, il faudra en effet qu'ils s'accordent sur un certain nombre de règles de droit international public, qui elles aussi ont conditionné ce succès. Trois textes à caractère multilatéral ressortent à ce propos : le Protocole de 1923 sur la reconnaissance des clauses compromissoires, la Convention de 1927 sur l'exécution des sentences

² « Les commerçants sont pleinement conscients des limites des politiciens et des diplomates, et du fait que le monde du commerce doit prendre son destin en main, penser pour lui-même sur les questions du moment, qui incluent l'organisation de la paix, dont l'arbitrage commercial fait partie intégrante [...]. On peut affirmer que l'arbitrage commercial constitue la clé de voûte de la paix et de la solidarité mondiales. » (“*Commercial men realize to the full the limitations of politicians and diplomatists (sic), and that it is for the commercial world to take its destinies into its own hands and do their thinking for themselves as to the problem of day-to-day, including the organization of peace, of which commercial arbitration is an integral part [...]. Indeed, it may be claimed that commercial arbitration constitutes the foremost plank in the platform of world-wide peace and solidarity*” (284)). Fraser, des Chambres de commerce britanniques, au congrès international de 1912 (Boston), in *Fifth International Congress* (1913).

arbitrales, enfin la Convention de l'ONU de 1958 sur l'exécution des sentences arbitrales.

Un projet américain, un contexte européen

En pratique, ce sont les milieux d'affaires américains les plus internationalisés qui ont pris les premières initiatives, à partir de la Chambre de commerce de New York (NYCC) et de la Chambre de commerce des États-Unis (USCC), à Washington. On est alors dans le contexte de l'émergence de ce pays comme première puissance industrielle, qui commence à développer une stratégie d'expansion commerciale et politique au plan international. Le mouvement en faveur de l'arbitrage privé international s'inscrit en outre dans la continuité d'une longue campagne, engagée aux États-Unis depuis les années 1870, en faveur du développement de l'arbitrage commercial interne, donc entre Américains. On a déjà observé dans ce cadre la conjonction d'intérêts économiques manifestes et d'un discours flatteur, à coloration utopique ou essentialiste, qui met en avant les vertus intrinsèques de cette pratique : efficacité, économie de moyens, pragmatisme, compétence, etc. – soit, la version positive de la critique tout aussi classique des institutions d'État, pour toujours bureaucratiques et inadaptées.

L'institution centrale est ici la Chambre de commerce de New York, qui offre des services d'arbitrage depuis la fin du 18^e siècle, y compris à des parties étrangères (notamment britanniques). Toutefois, elle se heurte à des obstacles sérieux : la clause compromissoire n'est pas reconnue aux États-Unis ; et, constitutionnellement, l'arbitrage est une prérogative des États de l'Union, si bien que la reconnaissance mutuelle des clauses d'arbitrage et des sentences, dans les relations entre ces États, relève d'une problématique de conflit des lois – au sein même de la fédération. La NYCC, et en particulier son Comité de l'arbitrage (*Committee on Arbitration*), dirigé par Charles Bernheimer, donne longtemps la priorité à l'arbitrage intra-américain, et a un rôle décisif dans la légalisation de la clause compromissoire dans l'État de New York (1920), puis au plan fédéral (1925). De là, les Chambres de commerce poursuivent l'objectif d'une modernisation et d'une unification du droit de l'arbitrage dans les différents États de l'Union, puis elles jouent un rôle de premier plan dans la création de l'*American Arbitration Association* (1925), sans contester l'institution centrale en la matière, tant au plan domestique qu'international. Pour beaucoup de ces acteurs, passer de la promotion de l'arbitrage intra-américain à celle de l'arbitrage international est naturel et ne demande pas un ajustement majeur au plan rhétorique ou programmatique. C'est la continuation d'un même combat, avec les mêmes armes idéologiques et les mêmes thématiques utopiques.

Porteuses de l'expérience spécifique du fédéralisme, les Chambres de Commerce américaines deviennent le premier promoteur de l'arbitrage privé au plan international : c'est à leur initiative

que le congrès de Paris des Chambres de commerce, en juin 1914, adopte une résolution solennelle en faveur de l'arbitrage international. Pendant la guerre, l'effort se déplace vers l'Amérique latine, qui va devenir un terrain d'expérimentation majeur pour le développement ultérieur de l'institution. En particulier, un accord bilatéral est signé entre la Chambre américaine (USCC) et la Bourse du commerce de Buenos Aires (1916), qui sert de modèle pour des accords équivalents en Colombie, au Brésil, en Équateur, au Venezuela, etc.³ Cette première expérience reste centrée sur les États-Unis (ce n'est pas un réseau multilatéral), et elle bénéficie du soutien très actif des pouvoirs publics, à Washington. Elle marque ainsi une première forme de coopération entre les Chambres de commerce et le ministère du Commerce américain pour le développement de l'arbitrage et de son infrastructure institutionnelle, au plan international.

Après la fin de la guerre en Europe, les Chambres de commerce de cinq pays alliés organisent dès 1919 un premier congrès international, à Atlantic City. C'est à l'issue de cette réunion qu'est décidée la création de la CCI. Établie à Paris en 1920, elle décide très vite la création d'une Cour d'arbitrage destinée à traiter *exclusivement* les affaires internationales, et dont l'inauguration solennelle a lieu en janvier 1923, en présence du président de la République et du corps diplomatique. Pendant ces premières années, l'influence américaine sur le développement de ce projet reste très forte. On en trouve la trace dans les nombreux échanges écrits entre les premiers responsables de la Cour d'arbitrage, à Paris, et Bernheimer, président du Comité de l'arbitrage de la NYCC, ou encore Owen Young (correspondance, réaction à des projets de règlements, etc). Patron de General Electric, déjà très engagé dans les relations avec l'Argentine, Owen devient un membre actif de la nouvelle Cour d'arbitrage parisienne, avant de prendre la part qu'on sait aux négociations sur les réparations allemandes (Plan Dawes de 1924, Plan Young de 1930).

Les Français

En dépit de la présence à Paris de la CCI et du soutien officiel reçu en 1923, il n'est pas aisé d'identifier les motivations et les objectifs des acteurs français dans ces premières années. Certes, on retrouve à la CCI des intérêts industriels et financiers influents, portés par la croissance et l'internationalisation des années 1900-1913. C'est aussi un ancien ministre français du Commerce, Étienne Clémentel, très actif dans la coopération inter-alliée pendant la guerre, qui devient le premier président de la CCI. Pendant les années et les décennies ultérieures, des personnalités françaises jouent enfin un rôle clé dans le développement de la pratique arbitrale et dans la

³ On trouve ainsi, dans les archives fédérales américaines, une brochure décrivant le règlement d'arbitrage avec la Bourse de commerce de Buenos Aires, institution dont le nom a été rayé à la main, et remplacé par celui de la République de Colombie. (*Correspondance relating to International Commercial Arbitration*, 1915-1965. RG 75, Box 1, ARC ID 2736763).

construction d'un cadre institutionnel et légal adéquat.

Au-delà, il reste difficile d'identifier un engagement manifeste des pouvoirs publics en faveur de la nouvelle institution. Ainsi, au moment même où l'on établit les bases de la Cour d'arbitrage à Paris, un premier groupe d'experts formé à la SDN sur cette même question affirme que c'est d'abord la France qui fait obstacle au développement de l'arbitrage privé international, en raison de la non-reconnaissance, par son droit, de la clause compromissoire⁴. « *Si l'on doit réaliser ces objectifs, il est clair que l'un des premiers desiderata à remplir serait d'introduire une modification dans le régime législatif actuel de la France, et de tous les pays de régime analogue, de façon que la clause compromissoire soit reconnue comme valable et de plein droit.* »⁵ Il apparaît en pratique que la magistrature, mais aussi les tribunaux de commerce et une partie du barreau étaient opposés, sinon à l'arbitrage international, du moins à la reconnaissance de la clause compromissoire – or, sans celle-ci, on ne saurait avoir celui-là. Il faut aussi de nombreuses années, après la légalisation de la clause compromissoire en 1925, pour voir s'établir les « relations spéciales » entre la Cour d'arbitrage et les hautes juridictions publiques sur lesquelles repose le succès des décennies ultérieures (Cour d'appel de Paris et Cour de cassation). Les premiers éléments d'une jurisprudence « bienveillante et libérale » n'apparaissent que dans les années 1930, et surtout à partir de la fin des années 1940. Quant aux autorités gouvernementales, tout laisse à penser qu'elles ne jouent qu'un rôle marginal dans l'ensemble de cette histoire : après la loi de 1925, il faut attendre les deux décrets importants de 1980 et 1981 pour retrouver une intervention majeure de leur part.

Un gouvernement globale post-anglaise

Initiative avant tout américaine, menée au mieux avec l'appui bienveillant des autorités françaises, l'émergence de l'arbitrage commercial international ne peut cependant se comprendre sans considérer la composante britannique, et plus particulièrement anglaise, de l'affaire.

Au lendemain de la Première Guerre mondiale, la Grande-Bretagne est certes affaiblie économiquement, alors que la puissance américaine est en pleine ascension. Mais Londres reste une place centrale de la gouvernance économique globale. Les intérêts britanniques sont fortement représentés dans les Congrès des Chambres de commerce et ils joueront bien sûr un rôle de premier plan à la SDN, notamment dans la Section économique et financière, qui prépare les deux textes sur l'arbitrage de 1923 et 1927. Surtout, les marchés globaux sont toujours largement organisés à partir de Londres, où ils reposent entre autres sur une pratique de l'arbitrage en pleine expansion au 19^e siècle, rationalisée par une loi de 1889. Aussi, pour mettre entièrement en lumière l'originalité

⁴ Voir Perreau (1910), Rothé (1934), Carbonneau (1984).

⁵ Commission économique et financière provisoire, sous-Commission d'experts sur les clauses d'arbitrage. Rapport de la session tenue à Londres les 3 et 4 juillet 1922.

des solutions institutionnelles qui se dessinent à Paris, faut-il tenir compte de ces institutions et de ces pratiques anglaises : par leur succès même, elles déterminent puissamment la position anglaise dans la phase d'émergence de l'arbitrage, tant à la CCI qu'à la SDN.

Depuis au moins les années 1870, les marchés internationaux de matières premières (les *commodities*, telles que les céréales, le coton, les oléagineux, etc.) sont tous organisés par des organisations professionnelles privées, les *trade associations* (que nous traduirons par « associations de branches »), basées à Londres ou Liverpool pour la plupart. Ces associations prennent donc en charge la régulation du marché : elles adoptent en particulier des contrats-types qui standardisent les échanges et incluent une clause renvoyant les différends éventuels à une instance d'arbitrage interne, entièrement réglée par elles. Souvent, une procédure d'appel interne est aussi prévue et, en cas d'échec, les parties conservent toujours la possibilité de renvoyer l'affaire à un tribunal officiel – mais les cas sont très rares. Ces structures sont en outre très efficaces : gérées typiquement par une quinzaine de négociants, eux-mêmes actifs sur le marché, appuyés par une poignée d'employés, les associations de branches font fonctionner jour après jour les marchés globaux de matières premières, avant 1914 et après⁶.

Ces marchés sont donc entièrement organisés par des institutions anglaises, dont les arbitres et les règles sont anglais et dont les sentences sont rendues dans le respect attentif du droit anglais. In fine, cela se résume dans une règle toute simple : le droit anglais, comme la pratique des associations de branches, ne font aucune différence formelle entre une partie anglaise et une partie étrangère, ni entre un contrat domestique et un contrat international. Les contrats d'assurance de ces négociants sont généralement aussi anglais, de même que les armateurs qui transportent les matières premières et les banquiers qui financent ces opérations. Les échanges eux-mêmes entre négociants et grossistes se font à Londres, à la Bourse ou au *Baltic Exchange*. Enfin, à l'arrière-plan se dessinent ces autorités imposantes que sont la Banque d'Angleterre, les tribunaux officiels, et bien sûr la Marine britannique.

La description est expéditive, mais elle veut suggérer deux choses : l'idée d'un complexe d'institutions privées et publiques qui assure en pratique la gouvernance des marchés globaux depuis Londres ; puis le constat que cette gouvernance anglaise de la première globalisation était *à la fois locale et globale* : donc *impériale et aucunement inter-nationale*. Les négociants du monde entier étaient les bienvenus à Londres, mais devaient accepter les règles du jeu locales, certes très efficaces, mais sur lesquelles ils n'avaient aucune prise. En règle générale, aucune référence n'est faite par les tribunaux anglais à des décisions ou des règles de droit propres aux autres nations commerçantes, qu'elles soient ou non réputées civilisées. Aucun traité international n'entre dans le

⁶ Voir notamment Ellison (1886), Chataway (1907), Liverpool Cotton Trade Association (1912), Jones (1922).

bon fonctionnement de ces marchés et de ces arbitrages. Ainsi, un tribunal parisien n'a aucune prise sur un litige porté à la *London Corn Trade Association* (association du commerce des grains), entre le grand négociant français Louis Dreyfus et un client anglais ou italien. Cela crée bien sûr des tensions ; progressivement, les Allemands, les Belges et les Français construisent des institutions alternatives, mais qui ne peuvent pas bénéficier d'un ancrage dans une place globale. C'est ce qu'exprime fort clairement un éminent juriste anglais, consulté lors de la préparation de la Convention de la SDN sur l'exécution des sentences arbitrales :

*« J'imagine qu'il est très rare qu'un jugement étranger soit exécuté en Angleterre. Il doit arriver bien plus souvent que des marchands souhaitent faire exécuter un jugement anglais dans d'autres pays. En réalité, je pense que Londres est le centre arbitral de l'Europe, tout autant que le centre de son activité bancaire. Sans doute les commerçants sont-ils les seuls à s'en rendre compte, avec les rares avocats qui ont participé à des arbitrages commerciaux. La raison de cette situation est que la plupart des transactions commerciales sont aujourd'hui conclues sur la base d'un contrat-type élaboré par une association professionnelle (et ces associations ont leur siège à Londres), et ces contrats-types se terminent en général par une clause prévoyant que tout litige sur le contrat devra être arbitré à Londres. »*⁷

Une bifurcation majeure

Cependant, Londres n'est pas seulement le centre de la gouvernance globale, dans sa forme classique, antérieure à 1914. On voit aussi se développer là une expérience novatrice et hautement significative, celle de la *London Court of Arbitration* (LCA), qui anticipe nettement sur ce qui deviendra l'arbitrage commercial international, en particulier sur la pratique parisienne, à la CCI. La première caractéristique de la LCA est de solliciter ouvertement les opérateurs qui seraient gênés par l'aspect quelque peu collusif des associations de branches, en particulier les maisons de commerce étrangères. Fondée en 1893 et relancée en 1905, la LCA traite de dix à soixante affaires par an jusqu'en 1940, avec une proportion non-négligeable de parties non-britanniques qui viennent pourtant arbitrer entre elles, à Londres ; avant 1914, on relève même plusieurs affaires entre firmes allemandes. Seconde caractéristique : la LCA prend pied en dehors des professions et des marchés solidement régulés par les associations de branches : elle s'adresse notamment aux opérateurs des

⁷ « *I imagine it is quite rare for a foreign award to be enforced in England. It must arrive far more frequently that merchants desire to enforce an English award in some countries. Indeed, I fancy that London is the 'arbitral' centre of Europe, just as it is the Banking center. This fact is probably only appreciated by commercial men, and the comparatively few lawyers whose practice has brought them into touch with our commercial arbitrations. The reason for it is that most commercial transactions are now concluded upon some form of contract issued by the appropriate trade association (and London is the home of such associations) and these forms usually conclude with a clause providing that any dispute arising out of the contract shall be dealt with by arbitration in London.* » SDN, 10/57093/47253. Il s'agit de Claughton-Scott (cf. *infra*).

branches émergentes du commerce international – biens d'équipements, matériels de transport, chimie fine, etc. En plus d'un arbitrage classique sur des *questions de fait* (qualité des produits, retard de livraison, etc.), elle propose peu à peu un arbitrage sur des *questions de droit*, portant sur les contrats de plus en plus complexes de ces secteurs – un enjeu à peu près absent des associations de branches, où l'arbitrage est entre les mains d'experts en qualité, et non d'avocats ou de conseils juridiques.

À terme, le fait que les seules matières premières ne soient ainsi plus au centre de gravité du commerce international affecte l'universalité du modèle des associations de branches et les repousse progressivement dans la position secondaire qui est aujourd'hui la leur. On voit en effet se développer des transactions plus variées, dont certaines étaient presque absentes avant 1914 : clauses d'assurance et de service après-vente, mais aussi transferts de droits de propriété intellectuels, accords de sous-traitance, création de succursales ou de filiales dans de nombreux pays, etc. Cela ne permet plus une régulation juridique des marchés qui se fonde seulement sur des contrat-types standardisés, interprétés en arbitrage par des négociants. Cette évolution structurelle n'appelle pas seulement une intervention plus forte des juristes anglais ou américains, dans le but d'ancrer des contrats plus complexes dans les droits locaux. Elle implique aussi une prise en compte de plus en plus contraignante du droit et des juridictions des autres pays dans lesquels opèrent les entreprises britanniques ou américaines. Un conflit sur une question de sous-traitance ou sur l'exploitation d'un brevet demande tôt ou tard que l'on prête attention au droit allemand ou suédois en la matière. Souvent, il faut aussi passer par un juge allemand ou suédois pour obtenir gain de cause. A minima, il faut peut-être lui demander de rendre exécutable un jugement rendu en Angleterre contre une entreprise ou un commerçant suédois ou allemand.

Cette évolution, souvent passée inaperçue des historiens de l'économie, a des conséquences majeures sur l'architecture juridique des marchés internationaux : on passe très graduellement de la régulation anglaise et globale propre à la première globalisation à un modèle de plus en plus *international*, et donc *inter-juridictionnel*. En termes juridiques, le commerce international est de plus en plus confronté à une problématique de conflit des lois, problématique que le modèle impérial des associations de branches, au contraire, pouvait largement ignorer.

Le paradoxe de la *London Court of Arbitration* est qu'elle anticipe bien sûr cette évolution du commerce international, mais en restant entièrement inscrite dans une problématique impériale, qui sous-tend la loi anglaise sur l'arbitrage de 1889. Contrairement à ce que fera la Cour d'arbitrage de la CCI, la LCA ne fait aucune différence entre les litiges domestiques, entre parties anglaises, et les litiges internationaux, entre parties de nationalité ou de domicile différents. Les parties qui ont recours à ses services se placent donc entièrement sous l'autorité du droit anglais de l'arbitrage et

sous la protection des juridictions supérieures londoniennes, auprès desquelles elles peuvent aisément transférer les affaires. De fait, les intérêts britanniques mettent en avant pendant des décennies la qualité supérieure du droit et des tribunaux anglais, face aux besoins des commerçants et des industriels du monde entier. La clause de la loi de 1889 dite du *special case*, qui prévoit le renvoi de toute question de fond aux tribunaux officiels, marque de la manière la plus nette la différence avec le modèle incarné par la CCI : alors que pendant des décennies, les juristes anglais voient là une garantie de sécurité juridique sans égale, le *special case* devient graduellement le symbole d'une pratique captive de l'arbitrage, étroitement ancrée dans l'ordre juridique anglais et dans ses procédures et de ce fait refusée par nombre de parties et de commentateurs. Au-delà de la concurrence entre traditions juridiques, parallèlement aux évolutions géopolitiques issues de la Première Guerre mondiale, ce sont donc deux modèles d'intégration et de régulation des marchés qui se succèdent. Mais cette succession, toute liée qu'elle soit à des évolutions du commerce international, ne se fait pas naturellement. Elle demande efforts délibérés, méthodiques, de la part d'une nouvelle génération d'entrepreneurs institutionnels.

Après la création et le succès rapide de l'*American Arbitration Association* (1925), les Américains font eux aussi, en tendance, le choix d'une « gouvernance impériale », à la fois locale et globale – mais ancrée à New York et non à Londres. Cette option est particulièrement évidente au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, à un moment où l'idée d'une « succession hégémonique » entre Royaume-Uni et États-Unis est particulièrement forte. Cependant, l'AAA bute sur des contraintes internes à l'ordre juridique américain, liées à la dimension fédérale, avec la difficulté de faire converger les droits de l'arbitrage propres à chaque État de l'Union. Cette contrainte explique, dans une large mesure, le refus des États-Unis de participer à la rédaction de la Convention de l'ONU de 1958, qui devient très vite la clé de voûte du régime émergent de l'arbitrage international. Il faut attendre 1971 pour que l'*hegemon* international rejoigne cette institution majeure de régulation des échanges.

En revanche, la CCI se développe sur un principe radicalement non-impérial, puisqu'il repose sur un cloisonnement complet entre arbitrage domestique et international : parce que la CCI n'est jamais censée traiter de différends contractuels franco-français, sa pratique ne sera jamais *locale*, donc pas non plus *impériale*. Au lieu d'inviter les marchands du monde entier à arbitrer selon le droit et les pratiques françaises, la CCI s'engage dans la construction beaucoup plus lente et difficile d'un modèle d'arbitrage inédit, jamais envisagé avant 1914, parce que fondé sur la reconnaissance entière, et donc sur la coordination formelle des ordres juridiques nationaux. Cette pratique émerge pas à pas, au cours d'une longue phase d'expérimentation et de tâtonnements qui couvre tout l'entre-deux-guerres. Ce qui distingue ainsi le modèle d'arbitrage de la CCI des modèles

initialement défendus en Angleterre et aux États-Unis, c'est de se s'être formé d'emblée selon une problématique de conflit des lois. La CCI prend la voie d'un arbitrage à caractère *inter-national*, en résonance forte avec le projet *multilatéral* de la SDN et avec le principe de reconnaissance des ordres juridiques nationaux ; de là sort à terme, dans les années 1960 et 1970, le modèle entièrement nouveau d'une juridiction privée *extra-territoriale*.

Paradoxalement, cette bifurcation entre un paradigme impérial et un paradigme extraterritorial trouve l'une de ses origines dans le retard attribué au droit français au lendemain de la Première Guerre mondiale. On l'a dit, la clause compromissoire n'est légalisée en France qu'en 1925, alors qu'elle l'a été en Angleterre en 1889. En réalité, dans ces décennies intermédiaires, la jurisprudence des tribunaux français a progressivement assoupli ce principe d'illégalité – mais dans le seul cas des litiges internationaux. À partir de la fin du 19^e siècle, une divergence croissante s'est donc développée entre les régimes juridiques domestique et international. Au lieu de s'estomper après la réforme de 1925, cette bifurcation s'accroît, si bien que la Cour d'arbitrage de la CCI bénéficie progressivement d'une jurisprudence d'autant plus adéquate à ses besoins qu'elle ne paraît toucher aucunement les intérêts et les institutions judiciaires français. La jurisprudence française de l'arbitrage international se développe donc entièrement à l'abri des influences et des luttes d'intérêts qu'impliquerait une inscription étroite dans les institutions et plus généralement dans l'économie politique internes du pays. D'où une évolution au long cours qui, après plusieurs décennies, produit cette innovation institutionnelle majeure : une juridiction privée extraterritoriale.

Paris-Genève : la rencontre de l'arbitrage et du multilatéralisme

La portée de cette innovation ne se révèle qu'au fil des années, sinon des décennies. Au début des années 1920, la figure de l'arbitrage commercial international tel qu'on le connaîtra dans les dernières décennies du 20^e siècle est évidemment inimaginable. Elle n'est aucunement dessinée ou aperçue sur l'horizon par les premiers architectes de la CCI. Ils ont certainement vu assez tôt la problématique purement internationale sur laquelle la Cour d'arbitrage se constituerait. Mais à cette époque, l'évolution du commerce international était encore balbutiante et le jeu avec les propositions anglaise et américaine en matière d'arbitrage était à peine engagé : on n'en discernait pas du tout les termes et les enjeux. En outre, cette expérimentation en acte reste longtemps marquée par la mise en discours idéaliste, voire utopique, que nous avons déjà soulignée : elle n'envisage pas l'arbitrage comme un problème institutionnel et juridique, mais comme la solution évidente, naturelle, au désordre du monde et du commerce. Aussi, entre 1921 et 1923, lorsque la CCI met en place la Cour d'arbitrage, ses propositions sont d'une très grande généralité. C'est seulement ensuite, de manière très pragmatique, par la résolution des affaires qui lui seront

soumises, que la Cour d'arbitrage construit ses règles de procédure, développe une pratique nouvelle du conflit des lois, et entre dans un dialogue constructif avec les hautes juridictions françaises. On observe donc un brusque dénivelé entre un discours très général et normatif et une expérience pragmatique, construite pas à pas, dans la résolution des litiges soumis à la Cour. C'est dans cette exploration menée par une poignée d'hommes que naît l'arbitrage commercial international, à tout le moins comme un projet désormais identifiable, neuf, proposé à l'adhésion des entreprises et au soutien des gouvernements.

Un constat très similaire ressort de l'observation du dernière site majeur sur lequel la question de l'arbitrage privé international est non seulement mise à la discussion, mais aussi mise en chantier. En effet, la toute jeune Société des Nations, qui ouvre ses portes en 1921 à Genève, se saisit très vite de la question de l'arbitrage commercial, à travers sa Section économique et financière. En 1923, un Protocole sur la reconnaissance des clauses d'arbitrage est adopté et soumis à la signature des États-membres. En pratique, un tribunal d'un pays signataire ne saurait se saisir d'un litige dès lors que les parties se sont engagées dans l'un des pays signataires, lors de la passation du contrat, à recourir à l'arbitrage en cas de différend. Ce tribunal ne peut donc pas court-circuiter l'arbitrage, qui est ainsi protégé des irruptions possibles des juges, mais aussi des stratégies dilatoires des parties qui souhaiteraient par exemple régler l'affaire devant un tribunal officiel de leur pays d'origine, censé leur être plus favorable. Inscrite dans un contrat signé suivant la loi d'un pays donné, cette clause acquiert une validité internationale : les parties ne peuvent pas jouer de la concurrence institutionnelle (*forum shopping*) entre l'arbitrage ici et une justice publique là.

Deux ans plus tard, sous la pression notamment de la CCI, des négociations s'engagent sur la préparation d'une Convention sur l'exécution des sentences arbitrales, finalement adoptée en 1927. Ce n'est plus le principe de l'arbitrage qui est visé, mais en somme son résultat. Si la partie perdante d'un arbitrage tenu à l'étranger refuse de l'exécuter volontairement, par exemple si elle ne verse pas les dommages auxquels elle a été condamnée, alors l'État où elle a son domicile, s'il est signataire du Protocole, prêtera sa main forte à l'exécution de cette sentence étrangère ; il pourra autoriser par exemple des saisies sur compte bancaire, en dépit du fait que l'arbitrage ne s'est pas fait suivant son droit national. Dans son principe, la Convention de 1927 est donc bien le pendant du Protocole de 1923 : ce dernier veut que l'arbitrage ait lieu si les parties en ont décidé ainsi *a priori* ; la Convention apporte, elle, des garanties d'exécution, une fois la procédure conclue. Ces deux textes constituent donc les pierres de touche d'un régime de l'arbitrage international : un régime international de règlement des conflits contractuels entre parties (le plus souvent) privées, dépassant le fractionnement des marchés internationaux entre de multiples juridictions nationales.

Cela étant, les États ne sont pas invités à faire exécuter n'importe quelle décision arbitrale. On

préserve ici le principe ancien de l'arbitrage domestique qui veut que l'accès aux moyens d'exécution des États soit conditionné par le respect d'un certain nombre de normes de bonne justice, qui doivent être vérifiés par un juge public. Il y a donc examen de la sentence et possibilité pour une partie lésée de faire valoir ses arguments ; si tout est en ordre, le juge accordera l'*exequatur*, soit une décision de justice qui donne à la sentence la force de la chose jugée : elle aura dès lors la même force de contrainte qu'un jugement rendu par un tribunal officiel ; la partie gagnante de l'arbitrage pourra mobiliser la force publique pour obtenir l'exécution.

La Convention de 1927 ne vise aucunement à se passer de cet examen par un juge national : tout comme la Convention des Nations-Unies de 1958, qui en étend la portée et à bien des égards la rationalise, elle vise seulement à économiser du temps et de l'argent sur ces procédures d'*exequatur* conduites par les juges nationaux. Plus précisément, elle tend à introduire un principe de reconnaissance mutuelle selon lequel, une fois que dans un seul pays signataire, une sentence aura été revêtue de l'*exequatur*, alors elle sera reconnue et deviendra également exécutable dans tous les autres pays signataires. L'examen réalisé par le premier juge national saisi d'une sentence gagne progressivement, de ce fait, une portée internationale.

Du point de vue des entreprises, reconnaître entre l'Italie et la Belgique la validité des clauses compromissoires et des sentences, c'est faire un petit pas vers ce qui reste aujourd'hui l'idéal muet de l'institution arbitrale : faire qu'elle fonctionne comme si les clauses compromissoires et les contrats qui les portent étaient réellement des objets extra-territoriaux, adaptés à des marchés globaux, aucunement embarrassés par les calculs, les procédures et les fonctionnaires des différents États. C'est faire aussi un petit pas vers un monde où l'internationale des États agirait de concert pour offrir partout aux agents économiques une garantie d'exécution unique et tout aussi puissante que celle que leur offre, chez eux, le souverain. Il y a donc ici un *enfranchisement*, une franchise plus large donnée aux agents économiques pour échanger et investir loin, à moindres coûts, et dans une plus grande sécurité.

Cela étant, ces textes soulignent aussi très fortement le constat qu'un tel ordre contractuel global et privé ne saurait s'établir de lui-même, par une sorte d'auto-réalisation spontanée, purement volontaire et privée. Dès ces tout premiers pas, les difficultés que rencontrent les initiatives de la SDN établissent cela de la manière la plus claire. Ce régime futur de l'arbitrage international sera forcément pris dans des rapports de force : il sera façonné par la concurrence entre des entrepreneurs institutionnels, porteurs de projets alternatifs, qui vont entrer dans une tractation complexe avec les États ; et ces États-eux-mêmes devront s'accorder pour donner – ou non – aux agents et institutions privés les garanties et les règles internationales qu'ils réclament. D'emblée, le tout petit groupe de diplomates et d'experts qui engagent les négociations à Genève à partir de mars

1922 comprend qu'ils ne sont plus simplement dans une logique frontalière déjà bien connue, dans laquelle on négocie sur les tarifs douaniers, les règles de quarantaine ou la mise en commun de ressources financières. La question de l'arbitrage est différente parce qu'elle relève de la micro-économie de l'intégration internationale, donc des problèmes d'entreprises spécifiques, des contrats dans lesquelles elles s'engagent et des droits à partir desquelles elles agissent et sur lesquels elles comptent fermement.

On n'est pas au niveau des macro-paramètres du libre-échange, ni dans la production commune de biens publics internationaux ou dans le réglage macro-économique. Pour les États, accepter ces deux règles proposées par la SDN dans les années 1920, c'était bien renoncer à un fragment de leur souveraineté : le juge national, qui est le protecteur des droits des citoyens et qui se prononce au nom du souverain, pourra désormais être lié par la décision d'un collègue étranger. Franchir ce pas conduit directement au cœur de cette construction constitutionnelle, si chargée politiquement et symboliquement, par laquelle les citoyens belges et italiens ont réglé la délégation de la souveraineté, contre la garantie crédible de leurs droits personnels et collectifs. En pratique, on est donc dans une logique de reconnaissance mutuelle, assez comparable *in fine* à celle sur laquelle est fondée l'Union européenne, en matière par exemple de normes environnementales ou des normes de protection du consommateur : sous réserve du respect de principes minimaux négociés entre États et garantis par chacun, on est tenu d'accepter sur son marché intérieur les yaourts aussi bien que les sentences arbitrales de ses voisins. Il faut donc accepter comme équivalentes aux siennes les normes de son voisin et aussi les conditions de leur application : efficacité de la surveillance sanitaire ou intégrité des procédures judiciaires.

Dans les années 1920, ces diplomates et ces experts gouvernementaux perçoivent bien l'enjeu de la discussion qui va s'engager, même si dans la pratique, ils ne savent pas très bien quelle voie prendre. Donc ils tâtonnent : ils savent ce dont ils ne veulent pas, ils reconnaissent leur méfiance réciproque, ils identifient des objectifs intermédiaires, et ils entendent les demandes d'une partie du monde des affaires. Mais au-delà, assez curieusement, ces négociateurs ne croient pas tellement au projet de l'arbitrage commercial international. Il leur arrive même de se le dire, entre eux, dans le secret des négociations. Pourtant, deux textes vont être adoptés puis signés par un nombre respectable de pays. Et même si, à la veille de la Seconde Guerre mondiale, le bilan peut paraître maigre, c'est sur cette base, comme sur celle de l'expérience pratique de la CCI, que sera construit un régime solide à partir des années 1950. La grande différence, on le verra plus loin, entre les négociations de 1926-1927 et celles de 1958 ne tient pas à la définition du problème (à quelles conditions et sous quelles garanties reconnaître dans son ordre juridique une sentence validée par un juge étranger). Ce qui est frappant en 1958, c'est avant tout que les gouvernements laissent de fait la

décision aux acteurs privés – en premier lieu la CCI et le groupe d’avocats et de professeurs de droit qui gravite alors autour d'elle. Tout se passe comme si, à ce moment, les gouvernements avaient reconnu la demande d’un régime d’exécution plus efficace des sentences et, ne voyant rien là de foncièrement étranger à leurs intérêts, avaient laissé faire.

PREMIÈRE PARTIE

La Cour d'arbitrage de la CCI : l'histoire interne d'une institution

La mémoire des acteurs actuels de l'arbitrage est prompte à opposer un passé et un présent. D'une part, un arbitrage ancien, de marchands, peu formalisé, qui porterait sur des affaires peu importantes, peut-être similaires à celles traitées par les associations de branches en ce qu'il s'agirait avant tout de qualité des produits, et en tout cas de questions de fait. D'autre part, un arbitrage moderne, qui serait plus juridique, pour le meilleur et pour le pire, qu'il s'agisse du type de questions traitées, de la procédure ou des compétences des arbitres. Quoiqu'ils aient principalement travaillé à partir d'entretiens avec des acteurs convaincus de cette opposition, Dezalay et Garth (1996) ont légèrement complexifié ce récit en introduisant une période intermédiaire – sans malheureusement indiquer bien clairement quand elle est censée avoir commencé. Il y aurait ainsi eu d'abord, selon eux, une préhistoire de l'arbitrage organisé, certainement avant la Seconde Guerre mondiale et peut-être un temps encore après, correspondant au passé canonique que nous avons esquissé. Aujourd'hui (depuis les années 1990), nous vivrions une complexification des procédures et leur convergence avec les pratiques américaines, sous l'influence de cabinets d'avocats internationaux. Entre les deux, sans doute donc dans les années 1950 à 1990, Dezalay et Garth décrivent un temps des *grand old men* (que l'on pourrait traduire par « pères fondateurs »), celui selon eux de la véritable naissance de l'arbitrage commercial international, le moment où auraient commencé à affluer, notamment à la CCI, des affaires importantes posant des questions juridiques complexes. Ces affaires étaient alors, selon eux, traitées de manière juridiquement très légitime, puisque ces pères fondateurs avaient inventé ou réinventé la notion de *lex mercatoria* pour appuyer substantivement le droit de l'arbitrage. Surtout, les pères fondateurs, qui étaient aussi les principaux arbitres, étaient extrêmement légitimes dans leurs pays respectifs, parfois du fait d'une carrière politique, souvent en tant que juges et/ou professeurs d'université – des carrières au sein desquelles la pratique de l'arbitrage était presque anecdotique. Ce petit groupe d'hommes fonctionnait comme un club et pouvait se permettre d'utiliser des procédures relativement simples sans pour autant perdre en légitimité juridique.

L'opposition posée ainsi par Dezalay et Garth entre les pères fondateurs et les avocats qui leur ont succédé depuis les années 1990, tous juristes mais différents tant par leurs trajectoires professionnelles que par les procédures qu'ils privilégient, éclaire bien des débats d'aujourd'hui. Elle relègue en revanche la préhistoire, l'avant 1950 disons, dans une ombre quelque peu méprisante. On

comprend dès lors mal pourquoi les pères fondateurs auraient choisi de s'investir dans quelque chose d'aussi peu juridique et peu important économiquement que l'arbitrage tel qu'il existait avant eux, ou encore pourquoi de grandes entreprises auraient demandé pendant la préhistoire l'arbitrage d'affaires importantes et complexes, sans pouvoir être sûres de la qualité des arbitres qu'elles obtiendraient. C'est ce point aveugle que nous nous proposons d'éclairer. Nous disposons en effet d'éléments à l'appui d'un récit et d'explications différentes, qui, en l'insérant dans une histoire plus longue, conduisent à lire bien différemment l'expansion de l'arbitrage commercial international.

Certes, ce n'est que dans les années 1960 que le nombre annuel d'affaires soumises à la Cour d'arbitrage de la CCI décolle réellement. Mais, si l'on prend en compte l'histoire plus ancienne, on ne peut plus l'expliquer par l'investissement soudain (et quelque peu mystérieux) de prestigieux juristes. Dès les années 1930, en effet, bien des traits de la Cour d'arbitrage de la CCI que Dezalay et Garth attribuent à l'aura ou à la compétence des pères fondateurs sont déjà en place. De très grandes entreprises sont, en vertu d'une clause compromissoire, parties dans des affaires qui portent sur des montants importants et qui posent des questions perçues comme juridiquement complexes et intéressantes, notamment en matière de changes et de brevets. Les sentences donnent lieu à une publication anonymisée qui esquisse, même si les contemporains s'en défendent, une jurisprudence arbitrale. Les arbitres sont choisis pour la plupart pour leurs compétences juridiques et plusieurs jouissent d'un véritable prestige comme juristes et/ou hommes politiques dans leurs pays. Il ne s'agit pas pour autant du temps des pères fondateurs décrit par Dezalay et Garth, qui serait simplement décalé en amont, avant la Seconde Guerre mondiale. En effet, deux éléments essentiels de notre récit diffèrent du leur. Tout d'abord, dans ces années 1930-1950, la Cour d'arbitrage de la CCI et ses arbitres n'essaient nullement de se fonder sur un droit substantiel propre (ils considèrent leur originalité comme relevant du domaine de la procédure) et ils n'évoquent jamais la *lex mercatoria*⁸. Surtout, la Cour d'arbitrage et son secrétariat, ainsi que le Comité d'études de l'arbitrage de la CCI, jouent un rôle essentiel dans le succès de l'institution, qui est loin de reposer prioritairement sur la personne des arbitres.

On peut en effet parler de succès, non seulement du fait de l'arrivée progressive, dès les années 1930, d'affaires plus importantes économiquement et juridiquement, ou encore par comparaison avec la LCA (*cf.* Annexe), mais aussi en raison du statut de référence très tôt acquis par la Cour d'arbitrage dans les discussions sur l'arbitrage commercial international dans d'autres institutions,

⁸ Significativement, la seule occurrence d'une formule renvoyant à la *lex mercatoria* dans le corpus d'archives de la CCI que nous avons pu consulter émane d'une communication à l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris faite par Marc Ancel, juge au tribunal de la Seine, sur « L'arbitrage commercial international » : ce texte a été archivé, mais non pas produit par la Cour de la CCI. Ancel évoque un droit nouveau de l'arbitrage commercial international, fondé sur l'équité, débouchant sur un *jus intergentes* « qui tend à reconstituer cette coutume internationale des marchands que connaissait le Moyen-Age et qui s'est absorbée, par la suite, dans le droit commercial particulier de chacun des pays d'Europe. » (Archives CCI, Comité d'études de l'arbitrage, Document 62, datant sans doute de 1939)

comme la SDN, voire parmi les juristes. À une époque où les tentatives d'Unidroit pour harmoniser le droit de l'arbitrage, celles de l'Institut de droit international (ILA) pour proposer un règlement standard d'arbitrage, ou encore celles de divers acteurs pour créer des Tribunaux de commerce internationaux échouent de manière répétée, le règlement de la CCI⁹, au contraire, qui ne cesse d'évoluer de manière incrémentale, est effectivement utilisé par des parties de nationalités variées (même si ces nationalités restent pour l'essentiel européennes). Rappelons qu'au contraire, ce n'est que très rarement le cas de ceux de la LCA, de l'AAA ou des associations de branches anglaises. Le règlement de la CCI acquiert ainsi le statut de référence.

Or les hommes qui utilisent et font évoluer ce règlement n'ont pas le profil des pères fondateurs de Dezalay et Garth. S'ils arrivent, au bout d'une quinzaine d'années, à solliciter régulièrement comme arbitres des juristes prestigieux, eux-mêmes n'ont pas toujours une formation juridique et ne sont pas, en général, très connus. Ils forment un groupe au premier abord hétéroclite, du normalien devenu praticien de l'arbitrage au commissionnaire norvégien plus ou moins désœuvré ou au conseil juridique de la communauté tchèque à Paris. C'est peut-être justement ce manque relatif de légitimité dans d'autres domaines qui les pousse à investir de leur temps dans l'expérience incertaine que représente alors l'arbitrage commercial international. Il reste à comprendre les conditions organisationnelles qui font que cet investissement rencontre un certain succès.

1. Que fait la Cour d'arbitrage de la CCI ?

Avant de présenter l'organisation de l'arbitrage à la CCI, il nous faut établir ce qui constitue un des résultats les plus nouveaux de notre recherche : l'évolution nette, dès les années 1930, du type d'affaires traitées, indice, malgré l'assez faible nombre de ces affaires, que la CCI n'est, dès ce moment, pas cantonnée à des litiges sans importance économique ou sans intérêt juridique.

De plus en plus d'affaires – mais toujours une minorité – réellement arbitrées ou conciliées

Le nombre d'affaires traitées par la CCI reste, avant les années 1960, très limité (voir le graphique en Annexe). Il peut être considéré comme faible non seulement par rapport à ce qui se passe aujourd'hui, mais aussi par rapport aux attentes de ses fondateurs ou de commentateurs de l'époque, comme l'avocat français Rodanet, qui espérait en 1923 de 150 000 affaires par an, en extrapolant probablement à partir de l'activité des tribunaux de commerce¹⁰. Il est également faible par rapport à

⁹ Par commodité, dans toute cette partie, on écrira souvent « la CCI » pour parler de la Cour d'arbitrage de la CCI.

¹⁰ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 44, 22-23 février 1923. Sur la déception de membres du Comité d'études de l'arbitrage quant au nombre d'affaires soumises, Document 55, 1^{re} session du Comité d'études, 29-30 octobre

l'activité de l'AAA, qui est toutefois essentiellement intra-américaine : en 1928-1932, elle « tranche » plus de 2 500 affaires, selon un document de la Cour de la CCI, tandis que cette dernière n'en revendique que 600 au total depuis 1922 – et ces 600 sont en réalité un nombre d'affaires soumises, et non tranchées¹¹. Le nombre de nouvelles demandes par an monte jusqu'à 88 en 1930 à la CCI, mais il baisse à nouveau ensuite, se stabilisant pour longtemps autour d'une vingtaine. *Grosso modo*, la Cour reçoit donc entre deux et huit nouvelles demandes par mois. La 750^e affaire est immatriculée à la fin de septembre 1948, un peu plus de 26 ans après la première. De plus, la spécificité de la période est que les affaires qui sont réellement arbitrées représentent une minorité, voire seulement entre 2 et 12 % dans les années 1920 ; l'élévation de cette proportion est un des changements des années 1930, mais il ne mène toujours jusqu'à la sentence qu'un petit quart de 139 affaires reçues en 1932-1934. Au total, en août 1934, pour 607 affaires traitées depuis l'origine, il n'y a eu que 68 sentences¹².

Dans les premières années, cette situation est due au fait que les parties n'avaient pas inclus dans leurs contrats la clause compromissoire renvoyant à la Cour d'arbitrage de la CCI, ce qui fait qu'une majorité de défendeurs (entre la moitié et deux tiers) refusaient l'arbitrage qui leur était proposé par la Cour¹³. C'est seulement en 1927 que des affaires parviennent suite à l'insertion de la clause de la CCI dans les contrats, et elles ne deviennent majoritaires qu'en 1930. Mais encore en 1930-1934, environ 45 % des affaires restent sans suite, en général pour cette même raison : le refus des défendeurs. Les autres affaires, entre un petit tiers et la moitié, sont considérées comme « réglées » par le secrétariat de la Cour. Cette proportion groupe en réalité deux situations un peu différentes : d'une part, des affaires réglées à l'amiable entre les parties, le secrétariat soulignant régulièrement que le simple fait d'avoir entamé une procédure d'arbitrage a certainement aidé à obtenir cet accord¹⁴ ; d'autre part, des affaires conciliées par la CCI. En effet, la Cour propose souvent aux parties de tenter une conciliation – et semble-t-il de plus en plus souvent dans les années 1930, même lorsque les montants en jeu sont importants. À l'origine, cette procédure avait été envisagée plutôt comme une voie possible, à côté de l'arbitrage, à choisir par les parties elles-mêmes. Il s'avère

1925.

¹¹ Archives CCI, Comité d'études de l'arbitrage, Document 53, 11^e session du Comité d'études, 18 décembre 1933.

¹² Toutes les statistiques présentées dans cette partie sont tirées des séries d'ordres du jour et de procès-verbaux de la Cour d'arbitrage et du Comité d'études de l'arbitrage (Archives CCI). Il s'agit en partie d'un retraitement des statistiques fournies par le secrétariat lui-même, et pour l'essentiel du traitement d'une base de données constituée affaire par affaire à partir des descriptions individuelles.

¹³ Dans ce paragraphe, les proportions sont calculées sur les nouvelles affaires arrivées à la Cour entre deux décomptes, en ajoutant à ce total les affaires en cours en début de période et en retranchant les affaires en cours en fin de période (le secrétariat ne présente jamais comme tels les résultats que nous mettons en valeur ; en particulier, il n'insiste pas sur l'augmentation de la proportion des arbitrages et conciliations).

¹⁴ Ainsi, le secrétaire général cite une lettre d'une partie qui affirme : « *Bien que nous n'ayons pas eu de ce fait l'occasion d'utiliser effectivement l'intervention de la CCI, nous estimons que c'est en grande partie au fait d'avoir remis notre dossier entre ses mains que nous devons ce succès anticipé.* » Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 46, Comité d'études de l'arbitrage, 29-30 octobre 1925.

en réalité qu'elle est rarement utilisée comme telle. Dès le début de 1924, c'est la Cour qui propose à deux parties de tenter de se concilier, alors même qu'il s'agit justement du premier litige soumis en vertu d'une clause compromissoire incluse dans un contrat¹⁵. Par la suite, un nombre non négligeable de ces tentatives de conciliation proposées par la Cour aboutissent. Et, comme pour les arbitrages, ce nombre, limité à 3 à 11 % des affaires dans les années 1920, augmente jusqu'à 20 à 40 % dans les années 1930.

Ainsi, encore dans les années 1930, plus de la moitié des affaires se termine sans intervention réelle de la CCI, par refus du défendeur ou accord entre parties ; mais le rôle de la Cour est plus souvent actif représente une réelle nouveauté. Même si moins d'affaires par an sont soumises dans les années 1930 qu'à la toute fin des années 1920, il y a ainsi en réalité plus de parties qui peuvent témoigner du fait que leur affaire a été résolue par l'institution.

Des parties européennes

Qui sont les demandeurs qui font appel à la Cour d'arbitrage, et pour des litiges avec quel type de défendeurs ? Là aussi, une évolution nette apparaît entre les premières années d'existence de l'institution et la fin des années 1930.

Le secrétariat de la CCI ne présente ses propres statistiques qu'au sujet de la nationalité des demandeurs, d'une part, et des défendeurs, d'autre part. La part des Français est constamment importante parmi les demandeurs (voir l'Annexe, en comparaison avec la part des Anglais à la LCA). Toutefois, d'une petite moitié des 468 premières affaires reçues jusqu'en février 1931, on passe ensuite, pour les tranches documentées des années 1930, à un tiers environ, avec d'importantes fluctuations. Ces fluctuations sont pour partie liées à l'arrivée régulière de groupes d'environ 5 affaires concernant un même demandeur ; mais au-delà de ces accidents, on peut noter un recours important, dans les années 1930, des demandeurs allemands à la CCI : ils rejoignent, voire dépassent les Français à certaines périodes. Les réformes judiciaires opérées par le régime nazi, s'ajoutant au contrôle des changes qui fait naître de nouveaux litiges, rendent peut-être l'arbitrage plus intéressant pour les litiges internationaux des Allemands – même s'ils le compliquent aussi, ne serait-ce que pour l'envoi de provisions en francs à la CCI, qui est requis des demandeurs au début de la procédure et que le contrôle des changes complique¹⁶. Toutefois, l'arrivée au pouvoir des nazis n'explique pas tout : dès 1927-1930, alors que la présence de l'Allemagne à la CCI était encore récente, ce pays avait pris la deuxième place parmi les demandeurs, avec 14 % des nouvelles demandes de la période. Français et Allemands, entre eux ou avec d'autres partenaires, représentent

¹⁵ Affaire 55, Administration des mines domaniales françaises du bassin de la Sarre vs. Moritz Londner (Tchécoslovaquie), Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 5, 8^e session du comité exécutif, 24 janvier 1924.

¹⁶ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 11, 117^e session de la Cour, 29 avril 1936.

ainsi une majorité des parties pendant presque tout l'entre-deux-guerres.

Plus généralement, la CCI apparaît comme une institution principalement européenne, non seulement comme on va le voir dans sa gouvernance, mais aussi en termes d'affaires traitées – malgré les tentatives régulières des piliers de la Cour de la faire connaître lors de leurs voyages hors d'Europe¹⁷. Parmi les 468 premières affaires, on ne trouve que 5 % de demandeurs non européens (9 Américains, 6 Mexicains et une grande variété d'autres nationalités) et 17 % de défendeurs non européens (28 Américains, 6 Égyptiens, 5 Turcs et une grande variété d'autres nationalités). Si l'on se réfère au descriptif de chaque affaire, qui permet d'apparier la nationalité du demandeur et celle du défendeur, on obtient confirmation qu'un petit quart des affaires reçues entre 1922 et 1927 impliquent au moins une partie hors d'Europe. Les statistiques du secrétariat, qui énumèrent à plaisir les nationalités variées des parties, passent en revanche sous silence cette situation, qui change peu, semble-t-il, dans les années 1930 : pour 87 affaires prises en compte dans les statistiques du secrétariat, on retrouve seulement 18 % de défendeurs non européens et 9 % de demandeurs non européens, dont quatre Turcs constituent déjà la moitié. En 1935-1938, sur 77 nouvelles affaires pour lesquelles nous avons des indications précises, on n'en trouve plus que sept avec au moins une partie hors d'Europe.

La désaffection des Américains est donc tôt manifeste, et bien notée par le secrétariat, ce qui conduit la CCI à enquêter sur ses raisons, puis à signer en 1939 un accord proposé par l'AAA. Cet accord consiste fondamentalement en un partage du monde. Une clause mixte, mi-AAA, mi-CCI, est créée, qui conduit à l'usage des procédures et arbitres AAA en cas d'arbitrage aux États-Unis avec au moins une partie américaine, et des procédures de la CCI dans le cas contraire. La proposition est acceptée, après des discussions qui portent sur des points précis et non sur le principe¹⁸, au Congrès de Copenhague de la CCI. Elle démontre la reconnaissance par l'AAA du monopole à peu près exclusif acquis par la Cour d'arbitrage de la CCI sur les arbitrages commerciaux internationaux, tout en soulignant que la Cour est en revanche à peu près absente des Amériques. Dans le même temps, c'est d'ailleurs aussi à la Cour que s'adresse Frances Keller lorsqu'elle souhaite repérer des experts européens de l'arbitrage pour les faire contribuer au tout jeune *Arbitration Journal*¹⁹.

Pour les autres pays non européens, il est clair que la CCI en général, et sa Cour en particulier, ne sont guère connues, ou n'intéressent guère ; il n'existe du reste encore dans les années 1930 qu'une

¹⁷ Voir par exemple Zuccoli sur l'Amérique latine et Fontaine sur l'Indochine : Archives CCI, Cour d'arbitrage, Documents 7 et 9, 8^e et 9^e sessions du comité exécutif, 24 janvier et 27 février 1924.

¹⁸ Voir notamment Archives CCI, Comité d'études de l'arbitrage, Document 40, Plan de coopération avec l'AAA, 29 décembre 1938, Documents 41 et 60, 15^e réunion du Comité d'études, 16 février 1939.

¹⁹ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 23, Lettre de Miss Frances Keller, première vice-présidente de l'AAA, au secrétaire général de la Cour, 3 juin 1936.

grosse vingtaine de Comités nationaux de la CCI (Schneider, 2000). Il est intéressant de constater que dans un bon sixième des affaires, un demandeur, presque toujours européen, souhaite tout de même que la CCI arbitre un litige avec un défendeur plus lointain. Cette proportion constante donne la mesure des espoirs qui sont mis dans l'institution. Mais ils sont rarement réalisés. Même si nous ne disposons pas pour l'heure d'une statistique exhaustive de l'issue des affaires selon la nationalité des parties²⁰, pour les affaires des années 1930 dont nous savons qu'elles ont été arbitrées (au nombre de 41) ou qu'une conciliation a au moins été tentée, on ne trouve qu'un arbitrage et deux conciliations impliquant une partie non européenne : à chaque fois, un demandeur Sud-Américain contre un défendeur français ou belge. La conciliation paraît surtout être proposée lorsqu'une des parties est française (75 % des cas), alors que l'arbitrage concerne plus souvent deux non-Français, mais très rarement des non-Européens.

Cette situation est sans doute en partie due au fait que le droit de certains pays non européens reste moins favorable à l'arbitrage dans les années 1930, qu'ils n'aient pas ratifié le Protocole ou la Convention de Genève ou même qu'ils n'acceptent pas la clause compromissoire. Ainsi, en 1938, la Cour décourage un demandeur belge de poursuivre trois arbitrages contre des parties marocaines, en arguant que même si l'arbitrage était obtenu par défaut, des difficultés d'exécution seraient à prévoir²¹. Il est également probable que les membres de la Cour et du secrétariat, déjà conscients des difficultés posées à l'arbitrage en Europe par les délais de voyage ou de correspondance, ne tenaient pas tellement à étendre leur activité sur d'autres continents – moins encore dans des pays où la CCI n'aurait pas de Comité national capable de contacter le défendeur. La Cour semble donc se satisfaire de son rayon d'action principalement intra-européen, et même centré sur l'Europe de l'Ouest. En effet, même si des représentants de l'Europe centrale jouent, comme on va le voir, un rôle dans la gouvernance de la Cour, ces hommes, qui vivent à Paris, ne paraissent pas avoir attiré un grand nombre d'affaires depuis leurs pays d'origine. Si l'on délimite un groupe comprenant France, Allemagne, Royaume-Uni, Belgique, Pays-Bas, Suisse, Espagne, Italie, Danemark, Suède et Norvège, on constate que 64 % des 185 litiges reçus entre 1922 et 1927 pour lesquels on connaît la nationalité des deux parties restent confinés dans cette aire géographique. La proportion monte même à 70 % pour une série de 77 affaires soumises entre 1935 et 1938, avec une quasi-disparition de l'Espagne.

²⁰ Il peut en réalité s'agir de la nationalité ou du domicile, la Cour étant particulièrement souple quand à sa définition de l'« international » : elle admet tant ces deux critères que les caractéristiques même du litige pour juger du caractère international de ce dernier.

²¹ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 63, 134^e sessions de la Cour, 29 juin 1938. La même situation s'était présentée avec le Canada et la Bulgarie : Documents 24 et 41, 120^e et 128^e sessions de la Cour, 29 juillet 1936 et 29 septembre 1937. Lorsque le problème se pose avec la Yougoslavie, Thor Carlander résume bien la position de la Cour en la matière : « *le prestige de la Cour exige qu'un arbitrage aboutisse à une sentence exécutoire.* » (Document 73, 137^e sessions de la Cour, 30 novembre 1938) Elle ne veut donc pas encourager les litiges impliquant un défendeur non européen, qui risqueraient de ne pas aboutir.

Soulignons enfin que la CCI se garde en général d'arbitrer entre deux parties de même nationalité, même si le flou entretenu à dessein entre les critères de nationalité et de domicile des parties (*cf. infra*) autorise quelques entorses à ce principe, régulières mais ultra-minoritaires. La question n'avait pourtant guère été explicitement posée lors de l'élaboration du règlement de la Cour. Mais lorsqu'elle avait été ouverte, assez tardivement, elle avait aussitôt été refermée par E. Raymond Streat, secrétaire de la Chambre de commerce de Manchester, qui soulignait le risque de « concurrence » avec les organisations nationales d'arbitrage : « *Je ne peux m'empêcher de penser que les organisations nationales ne seront pas prêtes à soutenir notre travail international si nous piétinons leurs plates-bandes.* »²² Alors que la LCA prétendait à la fois arbitrer entre Anglais et à l'international, la Cour de la CCI a donc d'emblée délimité sa niche d'activité. C'est sans doute ce qui lui permet de conserver le soutien des Comités nationaux de la CCI et de ne pas subir d'attaques de la part des organisations d'arbitrage plus anciennes. De la même manière, il a été tôt acté que la CCI ne tenterait pas d'intervenir dans celles des affaires internationales qui sont liées à des contrats-types, ceux qui prévoyaient l'intervention d'associations de branches comme la *London Corn Trade Association*. Un certain Marcotty, d'Anvers, avait alors affirmé : « *La Chambre n'a pas à faire concurrence à ces organismes, il reste un assez large champ d'action avec tous les genres de commerce qui ne sont pas organisés comme le commerce des blés ou le commerce du coton.* » Et le président du comité exécutif de la Cour Philipp V. von Hemert avait conclu : « *La CCI ne prétend pas faire concurrence à ces organisations.* »²³ Si elle peut, on va le voir, se préoccuper de qualité de matières premières, ce sera donc uniquement pour des branches qui n'ont pas leur propres organes d'arbitrage.

De grandes sociétés, entre autres, pour des litiges d'importance croissante

La nationalité des parties et l'issue des affaires sont les deux seuls points sur lesquels le secrétariat de la Cour compile régulièrement des statistiques, qu'il donne à voir aux organes de régulation interne de la Cour, mais aussi de temps en temps aux différents Comités nationaux de la CCI. Bien que le fait d'attirer des litiges sur des montants élevés ou des questions juridiquement importantes ait manifestement été un objectif des acteurs, personne n'a jamais requis la production de données sur ce point. Nous pouvons toutefois pallier cette lacune, grâce à la constitution d'une base de données à partir des descriptions individuelles d'affaires présentées dans les archives de la CCI. Cette base de donnée est très peu exhaustive en ce qui concerne l'issue des affaires, parce que l'on

²² Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 33, session des 22 et 23 février 1923 du comité de rédaction du règlement de conciliation et d'arbitrage : « *I do not think the International Chamber should publicly offer to perform arbitration services for nationals of the same country, in competition with organisations within that country. I cannot help thinking that the national organisations will not be so ready to support us in international work, if we encroach upon their preserves.* »

²³ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 53, 7^e session du comité exécutif, 13 décembre 1923.

ne parvient pas toujours à les suivre lorsque la procédure prend longtemps, mais surtout parce que le fait qu'une affaire soit abandonnée par suite du refus du défendeur n'est en général pas indiqué dans les archives. En revanche, la base de données est le seul moyen d'obtenir des informations sur les parties et les litiges eux-mêmes.

Notre base de données comprend pour l'heure une information systématique :

- sur 185 des 240 premières affaires reçues en 1922-1927 (les affaires sur lesquelles on ne sait rien étant surtout concentrées en 1922-1925, sans autre biais manifeste) ;
- sur une série de 77 affaires reçues en 1935-1938.

Ces deux premières séries forment la base de nos principaux traitements chiffrés.

La base de données inclut aussi une information systématique :

- sur les 36 affaires ayant abouti à une sentence en 1932-1936 ;
- sur les 42 affaires ayant fait l'objet d'une tentative de conciliation en 1932-1938 ;
- sur une série de 20 affaires reçues en 1948-1949 (qui seront mentionnées ici plus ponctuellement, sans traitement statistique).

Une attention particulière a été portée à l'estimation du montant en jeu dans les affaires – qui intéressait du reste également les acteurs, puisqu'il est indiqué de plus en plus précisément dans les années 1930. Cette estimation ne peut être parfaite, en particulier parce que le montant des demandes change souvent au cours de la procédure et diffère entre demande initiale et demande reconventionnelle (parfois très supérieure). Nous avons en général choisi de nous en tenir à la demande initiale. Indiquée dans les sources dans diverses monnaies, elle a été transformée en francs français de 1920, pour permettre des comparaisons, sur la base des meilleures sources disponibles pour cette conversion²⁴. Pour fixer les idées à la lecture de ce rapport, et même si, à une telle distance temporelle, l'équivalence n'a pas forcément beaucoup de sens, on peut considérer que 1 FF de 1920 équivalait en termes de pouvoir d'achat à un peu moins de 100 euros d'aujourd'hui.

Enfin, notons que tous les pourcentages donnés dans le texte valent par rapport à l'ensemble des affaires pour lesquelles la variable est renseignée.

Le principal enseignement général que l'on peut tirer de ces données est la transformation du type d'affaires et, moins radicalement, de parties, entre les années 1920 et les années 1930. Alors même que, comme on l'a vu, l'afflux d'affaires n'est pas très nourri en 1935-1938 par comparaison avec la fin des années 1920, en revanche, ces affaires sont qualitativement différentes, et c'est sans doute cela qui importe pour le destin à long terme de l'institution. Pour résumer cette différence, on peut considérer que dans ses premières années, la Cour d'arbitrage de la CCI attire des affaires qui ressemblent à celles traitées jusque-là par l'arbitrage des associations de branches, c'est-à-dire beaucoup de questions de qualité et autres impayés sur des livraisons, dans le cadre d'un commerce de gros et notamment de matières premières, souvent exercé par des commerçants individuels.

Ainsi, au début de 1927, « *M. Arnaud donne la liste des sujets très divers qui ont déjà fait l'objet des arbitrages de la Chambre : cires à cacheter, rondelles de caoutchouc, jambons, bas, osiers, chaussures, machines à fabriquer les filets de pêche, trichloréthylène, peaux de chevreau, perles de riz, redevance sur un contrat de licence d'exploitation, machines à carder le feutre, tissus, surchauffeurs, paiement d'avaries survenues à des lots de cuivre, etc.* »²⁵ L'énumération plaisante

²⁴ Pour la conversion entre monnaies : <http://measuringworth.com/exchangeglobal/> ;
pour la conversion entre FF d'une autre année et FF de 1920 :

<http://www.bdm.insee.fr/bdm2/affichageSeries.action?recherche=idbank&idbank=001643154>

²⁵ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 44, 3^e session du Comité d'études de l'arbitrage, 4-5 février 1927.

des marchandises souligne que c'est souvent de qualité qu'il est question, et donc de connaissance d'une branche plutôt que du droit en général.

Au contraire, dans les années 1930, les sociétés, souvent anonymes, parfois très grandes, sont plus présentes parmi les parties. Les questions en litige ont changé, portant notamment sur des problèmes de change, des licences d'exploitation de brevets ou encore des contrats d'agence (représentation à l'étranger) ; de nouveaux secteurs, notamment la mécanique, sont représentés et les montants en jeu sont bien plus élevés. On n'est plus dans le monde de l'arbitrage sur les matières premières – qui continue bien sûr à exister dans d'autres institutions. La Cour de la CCI a commencé à définir une niche d'activité propre, même si cette activité est encore limitée.

Détaillons quelque peu ces contrastes. Tout d'abord, bien que le statut juridique des parties ne soit pas précisé, leur simple nom permet de déduire s'il s'agit probablement d'un commerçant en nom individuel, ou bien d'une société (de personnes ou de capitaux). Le premier cas n'est pas négligeable, mais le second prend plus de place dans les années 1930. En 1922-1927, les affaires se répartissent en trois tiers : entre individus, entre sociétés et mixtes. En revanche, en 1935-1938 (et la même tendance se reproduit voire s'accroît après-guerre), on ne retrouve que moins de 10 % d'affaires entre individus et près de 60 % entre sociétés. 80 % des demandeurs sont maintenant des sociétés, contre la moitié dans les premières années. On retrouve par exemple parmi les parties des sociétés françaises cotées parmi celles qui ont le capital social le plus élevé, telles que la Société métallurgique de Knutange, les Papeteries Darblay, Penarroya ou Gnome et Rhône. Montants en cause, secteurs et types de litiges sont largement corrélés avec le statut juridique des parties et connaissent une évolution similaire. En 1922-1927, les secteurs les plus présents sont l'agro-alimentaire (un tiers), le textile (un sixième), la mécanique et la chimie (un petit dixième chacun) ; en 1935-1938, la mécanique domine en revanche (un gros quart), devant l'agro-alimentaire (un sixième), la chimie (un huitième) et le textile (un dixième).

L'évolution est donc réelle mais graduelle. Elle est plus radicale en matière de questions en litige. Ces dernières ne sont pas faciles à coder, car tout litige a plusieurs dimensions ; en particulier, un demandeur se plaint souvent d'un impayé que le défendeur justifie par un problème de qualité. Nous n'avons codé ici comme « impayé » ou « non exécution » que les cas qui ne donnaient aucune autre précision. Malgré ces difficultés de codage, les contrastes sont assez importants pour être perceptibles. En 1922-1927, 45 % des affaires portent sur un impayé, 23 % sur un problème de qualité, 8 % sur un autre problème de livraison, les autres objets restant rares. Au contraire, en 1935-1938, à côté de 15 % d'impayés et 14 % de problèmes de qualité, on retrouve surtout 32 % d'affaires liées à des brevets (en général des désaccords sur les obligations résultant d'une licence exclusive pour un ou plusieurs pays), 21 % de questions de change (en particulier une série

d'affaires liées à la dévaluation de la livre sterling : des contrats antérieurs, libellés en livre-unité de compte sans précision, par référence à l'étalon-or, devaient-ils subir la dévaluation ?) et 11 % de questions d'agence (désaccords sur les obligations liées à un contrat de représentation à l'étranger).

Enfin, en termes de montants, la part des affaires très importantes (portant sur plus de 100 000 FF 1920 – sur les équivalences monétaires, voir l'encadré ci-dessus) double, passant du sixième au tiers des affaires, et surtout les très petits litiges disparaissent presque (on passe du tiers à 5 % pour les litiges portant sur moins de 2 000 FF 1920) et les petits litiges deviennent très minoritaires (on passe de deux tiers à un cinquième pour les litiges sur moins de 15 000 F 1920). Le montant moyen en cause, certes influencé, comme toute moyenne, par quelques affaires très importantes, passe d'environ 150 000 FF 1920 à près de 950 000 F 1920. Si l'on exclut pour chaque période les quatre ou cinq affaires exceptionnelles qui dépassent le million, voire les 10 millions de FF 1920, on trouve des montants moyens plus réalistes : 68 000 F 1920 pour la première période, 168 000 pour la seconde. L'évolution reste donc très nette. Et ce sont bien les questions de change (moyenne de 2,8 M de FF 1920, encore 475 000 FF en excluant les très grosses affaires) et de brevets (1,7 M, ou 276 000 FF) qui concentrent les plus grosses affaires. Au contraire, dans les années 1920 comme dans les années 1930, les affaires d'impayés et de qualité concernent des sommes beaucoup plus limitées, avec des moyennes de 30 000 à 60 000 FF 1920. Les secteurs de la seconde industrialisation (chimie, métaux, mécanique) se retrouvent aussi au-dessus de la moyenne des montants dans les années 1930, contrairement à l'alimentaire, au textile ou aux bois et papiers.

Pour incarner ce contraste, on peut mentionner quelques affaires typiques de chaque période, ou plus exactement des cas un peu extrêmes mais qui illustrent bien la tendance de l'évolution. Ainsi, en avril 1927, la Cour est embarrassée de recevoir treize demandes d'un même commerçant parisien, J. Colombe, qui se plaint à chaque fois d'un impayé sur une livraison de fleurs à un partenaire (en général un commerçant en nom propre) britannique, dans toute une série de petites villes. Les montants en cause vont de quelques dizaines à 2 000 FF 1920. Ce cas est extrême par la faiblesse des montants et l'abondance des demandes (les demandeurs pour plus d'une affaire restent assez rares). Il est également particulièrement problématique pour la Cour, car Colombe a inclus la clause d'arbitrage de la Cour dans ses contrats, ce qui est encore très rare et que la CCI cherche à promouvoir. Elle n'avait pas anticipé que cette clause serait ainsi utilisée pour des affaires triviales, manifestement impossibles à régler avec des frais inférieurs au montant en cause, même en s'en tenant aux frais de bureau. En réalité, le même fleuriste avait déjà soumis, quelques semaines avant, onze premières affaires du même type, avec cette fois des adversaires allemands, néerlandais ou luxembourgeois, mais des contrats soit dépourvus de clause compromissoire, soit prévoyant un renvoi à un mystérieux « Tribunal international du commerce ». Dans un cas, le défendeur avait

accepté une conciliation ; on n'a pas d'information sur les autres, mais il est probable qu'ils soient restés sans suite, tant du fait du refus des défendeurs que du manque d'enthousiasme de la Cour. En revanche, pour les défendeurs anglais, Colombe avait inclus la clause CCI dans ses conditions générales de vente. Au même moment, des tentatives similaires d'utilisation de la Cour, toutefois sans clause compromissoire, sont le fait d'un lunetier du Jura et d'un marchand grec de lampes, montres et phonographes.

Aage Dessau, représentant danois à la Cour, « *se demande [alors] si la Cour d'arbitrage devrait s'occuper d'affaires de si médiocre importance* » ; « *ces questions de recouvrement ne paraissent pas être du ressort de la Cour d'arbitrage.* » Ce point de vue ne fait pas toujours l'unanimité (certains mettent en avant l'obligation liée à la clause, d'autres affirment que de petites affaires peuvent soulever des questions intéressantes), mais il finit par s'imposer²⁶. Il n'est pas nécessaire en pratique de fixer un montant minimal officiel pour se débarrasser des petites affaires, puisque les provisions croissantes imposées aux parties créent implicitement un tel seuil ; en revanche, le secrétariat obtient en 1931 la possibilité explicite de refuser directement les affaires de recouvrement²⁷. Cela paraît faire immédiatement diminuer le nombre d'affaires soumises, mais le secrétariat s'en félicite, affirmant préférer que la Cour s'attache « *aux affaires qui en valent la peine* »²⁸.

On ignore ce qu'il est advenu finalement des affaires Colombe, mais il semble bien que, sauf quelques cas où les défendeurs acceptaient une conciliation ou un accord à l'amiable, elles n'aient pas été traitées. Le règlement de la Cour prévoit pourtant une procédure d'arbitrage par défaut, lorsque la clause compromissoire est bien là mais que le défendeur refuse l'arbitrage : manifestement, il n'a semblé dans l'intérêt de personne de l'utiliser ici. Elle ne commence à réellement entrer en jeu que dans les années 1930. En revanche, les affaires Colombe, accompagnées ou suivies d'autres du même type, marquent un tournant dans la politique de la Cour vis-à-vis des demandeurs.

En effet, après plusieurs discussions, il est décidé de ne plus accepter les simples recouvrements (pour lesquels l'arbitre n'a pas de véritable décision à prendre), ni les affaires portant sur de trop faibles montants, qui sont souvent les mêmes. Cette décision est liée à une prise de conscience des dépenses du secrétariat, en argent et en temps, liées au traitement de chaque affaire. Pour les

²⁶ Archives CCI, Cour d'arbitrage, notamment les ordres du jour et procès-verbaux des 33^e, 34^e, 46^e sessions du comité exécutif, 6 et 27 avril 1927, 5 septembre 1928.

²⁷ Archives CCI, Conseil de la CCI, comité exécutif, 7 juillet 1931. Voir aussi en amont Archives CCI, Comité d'études de l'arbitrage, Documents 14 et 21, 6^e session du Comité d'études, 21 février 1931, avec toujours l'opposition : « *La Chambre n'est pas une agence de recouvrement ; elle perd de son prestige à tenter pareilles démarches.* » vs. « *La Chambre se doit d'aider les maisons de bonne foi à rentrer dans leurs créances* » (citations dans le Document 14).

²⁸ Archives CCI, Comité d'études de l'arbitrage, Document 28, Rapport du secrétariat général sur l'activité de la Cour d'arbitrage au cours de l'année 1931, 15 janvier 1932.

couvrir, une provision est systématiquement imposée aux parties. D'abord seulement requise des demandeurs non adhérents de la CCI et limitée à 50 FF, puis très vite 100 FF, puis 500 FF en 1931, elle finit par être exigée également du défendeur, puis modulée selon les montants en cause²⁹. Pour notre série d'affaires de 1935-1938, chaque partie doit ainsi payer l'équivalent de 500 à 7 500 FF 1920. En 1939, un rapport présenté au Congrès de Copenhague de la CCI conclut que les frais représentent en moyenne 1,1 % de la somme en litige (Boissier, 1939). Rien d'étonnant donc à ce que les affaires portant sur de tout petits montants aient quasiment disparu. Après-guerre, cette évolution du décompte des frais, de plus en plus défavorable aux affaires portant sur de petits montants, connaît son terme lorsque la Cour se résout à utiliser un barème, fonction des montants en cause, plutôt que de facturer des frais réels qui n'incluaient pas les heures de travail du secrétariat. C'est l'œuvre de Frédéric Eisemann, qui vient de devenir secrétaire général en 1947 et s'inspire des pratiques américaines. Le pourcentage des montants en cause qui doit être facturé étant dégressif, ce barème conduirait à multiplier les frais par deux à cinq pour les petites affaires, sans presque les augmenter pour les plus grosses. Il n'est toutefois d'abord adopté qu'au titre de guide interne, la Cour n'étant pas prête à assumer une augmentation de ses tarifs à un moment où très peu d'affaires lui sont soumises³⁰.

Si le cas Colombe est déjà un cas limite pour les années 1920, il illustre enfin le fait que les demandeurs français, surreprésentés en général devant la Cour, lui soumettent aussi des affaires de moindre importance : en moyenne 115 000 FF 1920 par exemple en 1922-1927 (52 000 si l'on exclut les très grosses affaires), contre 274 000 FF pour les demandeurs américains et 775 000 FF (252 000 hors très grosses affaires) pour les demandeurs anglais. En 1935-1938, cette particularité demeure, avec un montant moyen hors très grosses affaires de 124 000 FF 1920 pour les demandeurs français ; devenus également très nombreux, les demandeurs allemands soumettent des affaires encore moins importantes (pour 92 000 FF 1920 en moyenne). Les pays où le recours à la Cour est un peu moins inhabituel en usent ainsi pour des affaires un peu moins importantes en moyenne, ce qui est logique. Mais on va voir que des affaires d'importance exceptionnelle, cruciales pour l'histoire de l'institution, peuvent en venir également.

D'un arbitrage technique à un arbitrage juridique

Dans les années 1920, l'augmentation du nombre des affaires soumises, même lorsqu'elles commencent à être fondées sur une clause compromissoire, concerne donc des litiges qui

²⁹ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Documents 52 et 55, 7^e session du comité exécutif, 13 décembre 1923 ; Document 4, 23^e session, 17 mars 1926 ; Comité d'études de l'arbitrage, Document 24, Rapport de René Arnaud, directeur du service juridique à M. le secrétaire général en vue de la session du comité de programme du 6 juillet 1931, 2 juillet 1931 ; Document 44, sessions des 31 mars et 6 avril 1933.

³⁰ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 78, 176^e session de la Cour, 8 décembre 1947.

ressemblent beaucoup à ceux traités par l'arbitrage des associations de branches. L'affaire 113 est ainsi assez typique : elle porte sur la qualité d'une fourrure de laine utilisée pour garnir des vêtements, pour un montant d'environ 5 000 FF 1920. Le demandeur est un commissionnaire parisien qui a livré les produits de Paris à Madrid³¹. Bien qu'il n'y ait pas de clause compromissoire, les parties acceptent de signer un compromis qui désigne un arbitre suisse, comme l'avait souhaité la Cour, mais résidant à Madrid, à la demande des parties, afin qu'il puisse plus facilement examiner les marchandises en cause. Commerçant en tissus, il est membre de la chambre de commerce locale, ce qui lui a probablement valu d'être désigné par le Comité national suisse. Il n'y a pas trace dans les archives que nous avons consultées d'une sentence dans cette affaire, mais elle représente bien l'époque, tant quant à la teneur de la demande qu'au choix de l'arbitre.

En effet, sur 19 arbitres décrits dans nos sources pour la période 1922-1927³², dont cinq Belges, quatre Français, trois Suisses, deux Américains, deux Anglais, un Allemand, un Espagnol et un Italien, 13 sont explicitement présentés comme ayant des compétences techniques adaptées au litige (c'est-à-dire le plus souvent au produit) en cause, pour trois ayant des compétences plutôt juridiques (dont un présente les deux compétences à la fois). Et très peu de détails sont donnés sur leur profession et leurs autres qualités. La Cour suit les choix des Comités nationaux en matière d'arbitres. Ceux-ci sont avant tout gouvernés par un impératif de nationalité (différente de celle des parties), de lieu (l'arbitre doit souvent se trouver dans le pays où la sentence pourrait devoir être exécutée, ou bien là où se trouve la marchandise – ce qui peut constituer une combinaison peu pratique avec la nationalité souhaitée) et de spécialité (la connaissance des marchandises en cause). Le prestige individuel n'est pas mis en avant dans les sources, même s'il est évident que l'on cherche *a minima* des arbitres sans conflit d'intérêt avec les parties. Dans dix cas, il est précisé que l'arbitre aura les pouvoirs d'amiable compositeur. C'est toujours le cas jusqu'en 1925³³ : il apparaît d'autant moins impératif que l'arbitre soit un juriste. Un membre de la Cour affirme même que, puisque l'arbitre doit être d'une autre nationalité que les parties, il ne peut pas vraiment connaître leurs droits nationaux, donc devra nécessairement juger en équité³⁴. Encore en 1930, dans un document publicitaire de la Cour qui utilise intensivement des exemples tirés de sa pratique réelle, l'utilisation de l'arbitre comme amiable compositeur est présentée comme la meilleure solution, dès lors que la loi du pays de l'arbitrage le permet. Les affaires portant sur la contestation de la qualité d'une marchandise (contestation qui est présentée comme une manœuvre dilatoire) sont les premières évoquées dans cet imprimé, selon lequel « *l'arbitre, étant lui-même « de la partie » et connaissant*

³¹ Archives CCI, Cour d'arbitrage, 19 avril et 27 octobre 1926.

³² Période pendant laquelle seulement une douzaine de sentences ont été rendues : tous les arbitrages ne sont pas allés à leur terme, les parties ayant pu s'entendre indépendamment de l'arbitre, ou des arbitres ayant pu être nommés mais le compromis finalement non signé.

³³ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 46, Comité d'études de l'arbitrage, 29-30 octobre 1925.

³⁴ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 4, 23^e session du comité exécutif, 17 mars 1926 (il s'agit de Dutreux).

l'état du marché, n'aura pas de peine à voir clair et à percer à jour les raisons qu'invoque l'acheteur pour obtenir un rabais. »³⁵ Et les arbitres qui sont mentionnés nommément dans le document sont présentés en référence à leur entreprise ou à leur chambre de commerce aussi souvent qu'à une fonction judiciaire.

Au contraire, en 1935-1938, on retrouve, face à des parties qui sont plus souvent de grandes sociétés, dans des affaires plus importantes et qui ne portent plus aussi souvent sur des impayés et des questions de qualité, des arbitres bien différents. Il faut souligner toutefois que le choix d'un type d'arbitre, marchand ou juriste, n'est que rarement la conséquence évidente de l'exposé de l'affaire. Ainsi, dès 1924, les procès-verbaux de la Cour rendent compte de cette discussion : « *Le litige porte sur une affaire de bois, mais est plutôt d'ordre juridique que technique. Toutefois, M. von Hemert fait remarquer qu'il peut y avoir à examiner des coutumes et usages commerciaux. Il faudrait donc un arbitre choisi dans le commerce des bois.* »³⁶ Peu après, dans une affaire de brevet sur un locomoteur, « *M. Dutreux demande si la question est technique. Elle lui paraît plus contentieuse que technique. [...] S'il n'y a à résoudre que la question de savoir si la guerre a interrompu le contrat, ce n'est pas essentiellement une affaire de compétence technique ; si, au contraire, il s'agit d'examiner les documents fournis par Metz, les dessins, modèles, etc. et de dire si oui ou non on pouvait se passer du modèle qui n'a pas été fourni, alors c'est une question d'ordre technique.* »³⁷ Bien des affaires présentent ainsi clairement une double dimension juridique et technique. La tendance à choisir régulièrement des juristes plutôt que des hommes d'affaires, et parmi eux des juristes très reconnus, représente donc un choix délibéré de la Cour – et ce choix ne peut avoir d'effet que si ces juristes acceptent eux-mêmes ce nouveau rôle.

Pour présenter cette nouvelle politique de choix d'arbitres, commençons à nouveau par un cas extrême, l'affaire 665, inscrite le 14 octobre 1937, qui porte sur près de 18 millions de FF 1920³⁸. La demande initiale est en réalité nettement plus faible, mais cette somme correspond à la demande reconventionnelle rapidement exprimée par le défendeur, qui n'est rien moins que la filiale française du groupe néerlandais Philips. Le demandeur, la Compagnie générale de radiologie, société anonyme française, avait obtenu par un contrat de novembre 1933, comportant la clause CCI, une licence exclusive pour des brevets concernant un appareil à rayons X. Au moment où cette demande parvient à la Cour, la proposition de tenter une conciliation est devenue systématique pour les nouvelles affaires soumises. Mais la transaction envisagée par la commission administrative de la CCI, plutôt favorable à Philips sans lui accorder toutes ses demandes, n'est pas acceptée par les

³⁵ Archives CCI, Comité d'études de l'arbitrage, Document 12, *Conseils pratiques pour l'arbitrage commercial international*, imprimé non daté mais très probablement de 1930.

³⁶ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 7, 8^e session du comité exécutif, 24 janvier 1924.

³⁷ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 9, 9^e session du comité exécutif, 27 février 1924.

³⁸ Archives CCI, Cour d'arbitrage, procès-verbaux des 24 novembre 1937, 26 octobre et 30 novembre 1938, 8 décembre 1947.

parties. La Cour nomme donc trois arbitres suisses (à statut égal, et non pas deux arbitres des parties et un surarbitre) ; cette possibilité d'arbitrage collégial avait été introduite dans son règlement pour les affaires les plus importantes, mais très rarement utilisée jusque-là. Il est évident pour tout le monde que ces arbitres doivent être des juristes : il s'agit finalement d'un ancien juge fédéral, d'un avocat et d'un directeur général d'une fabrique de produits chimiques, qui a aussi le titre de docteur en droit. Ce n'est qu'après-guerre que l'arbitrage, réalisé à Paris à la demande des parties, finit par aboutir à une sentence.

Cette affaire, même si les montants en jeu sont exceptionnels, illustre bien le nouveau régime de l'arbitrage CCI. La Cour semble avoir fini par bénéficier de son inclusion dans la Chambre de commerce internationale, et cela à deux titres. Tout d'abord, de grandes entreprises industrielles, qui sont un des publics prioritairement visés par la CCI en général et qui sont bien représentées dans ses instances, ont commencé à inclure dans leurs contrats la clause CCI et, de ce fait, finissent par porter des affaires devant la Cour³⁹. Ces entreprises n'avaient pas l'expérience de formes d'arbitrage comme celles des associations de branche anglaises : il s'agit d'un public nouveau pour l'arbitrage, ou du moins l'arbitrage collectivement organisé. Ensuite, l'objet des litiges a changé, et cela ne concerne pas uniquement les grandes sociétés : en effet, les problèmes d'agence et de brevets opposent assez souvent un individu et une société, voire deux individus entre eux. On peut faire l'hypothèse, même si elle mériterait une corroboration plus ferme, que les questions d'agence, de brevets (plus exactement de licences pour un pays) et de changes constituent à ce moment des problèmes auxquels les tribunaux n'offrent pas de solutions très stabilisées, mais sur lesquels différentes sections de la CCI prennent au cours des années 1930 des positions publiques particulièrement visibles. Dès lors, l'arbitrage de la Cour ne serait pas plus incertain que le jugement d'un tribunal et pourrait paraître aussi (ou même plus) légitime aux parties en cause.

L'affaire qui implique Philips est donc arbitrée par trois juristes, même si on ignore s'ils sont particulièrement connus et respectés en Suisse. Pour 36 affaires des années 1930 pour lesquelles on dispose à l'heure actuelle de précisions sur les 48 arbitres en cause, on retrouve des nationalités resserrées sur l'Europe continentale, à l'exception de deux Anglais : 10 Français, 9 Suisses, 6 Néerlandais, 6 Suédois, 3 Allemands, 3 Belges, 3 Luxembourgeois, 3 Norvégiens, un Danois, un Grec et un Tchèque. Si, pour 16 de ces affaires, un ou des arbitres sont décrits comme présentant une compétence technique, pour 23 d'entre elles, une compétence juridique est présente (dont cinq présentent les deux qualités, soit en la personne d'un arbitre, soit réparties entre trois). En

³⁹ Plusieurs affaires importantes sont même directement apportées par des membres de la Cour : voir ci-dessous l'affaire 143, et une affaire apportée par Carolan, membre du conseil d'administration de la société défenderesse, aux Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 53, 36^e session du comité exécutif, 25 juillet 1927. L'avoué Legrand signale aussi qu'il a incité ses clients à arbitrer à la Cour : il aurait fait insérer la clause dans une centaine de contrats en 1930-32 (Archives CCI, Comité d'études de l'arbitrage, Document 37, 8^e session du Comité d'études, 27 mai 1932).

outre, même si les documents à notre disposition sont beaucoup moins clairs sur la procédure choisie que dans les années 1920, donc ne permettent pas de mesurer la part de l'amiable composition, dans quatre cas, il est explicitement indiqué que les arbitres devront juger, sur le fond, suivant un droit national précis. Enfin, on voit apparaître quelques arbitres ayant manifestement une véritable stature politique et juridique : une stature qui participe à légitimer la CCI, dans ses publicités, mais aussi à faire connaître sa Cour d'arbitrage dans les milieux juridiques. Plusieurs professeurs ou anciens professeurs d'université sont ainsi sollicités, ou encore un conseiller à la Cour suprême de Suède et le président (avocat et docteur en droit) de la Chambre des députés du Luxembourg. En 1948-1949, pour la poignée d'arbitres que nous pouvons rattacher précisément à une affaire, ce type de qualification est devenu systématique.

Ainsi, à propos de l'affaire 619, en 1935, « *Le Dr. Marx, appuyé par M. Sambuc [deux membres juristes du comité exécutif de la Cour], souligne les qualifications exceptionnelles de ces trois arbitres et constate que seul un organisme comme la Cour d'arbitrage est à même de constituer un tribunal arbitral aussi compétent.* »⁴⁰ De fait, pour cet arbitrage qui a lieu à Berlin entre des parties norvégienne et allemande, sur une question d'exploitation d'un brevet sur une margarine, pour plus de 7 millions de FF 1920, la Cour a réuni un avocat anglais de la très ancienne firme Clifford, Turner & Co et deux arbitres choisis par les parties, un juge à la Cour suprême de Norvège, membre de l'Institut de droit international, ancien président du tribunal mixte anglo-allemand à Londres, et un docteur en droit allemand, directeur d'une banque importante. L'audience dure cinq jours, chaque partie étant assistée de plusieurs avocats et appelant experts et témoins⁴¹. Peu après ce commentaire satisfait, dans une autre affaire où un fabricant de vernis avait été nommé arbitre unique, mais s'était récusé, la Cour le remplace par un avocat, tout en précisant que ce dernier pourra si nécessaire recourir à un expert techniquement compétent. Or l'avocat organise un véritable « *trial* », dit la source, qui dure 10 jours, avec notamment un respect scrupuleux de la procédure contradictoire⁴². Il y a donc là un véritable tournant, qui n'annule pas toute recherche de compétence technique dans l'arbitrage, mais la place en position subordonnée par rapport à la fois à la compétence juridique et à la réputation qui sont dorénavant requises de l'arbitre.

Cette évolution pose à la Cour de la CCI un problème qui n'avait guère été anticipé : en effet, son règlement envisageait par défaut des arbitres bénévoles, seulement défrayés, même s'il était prévu qu'ils puissent être rémunérés si telle était la coutume dans leur pays. Mais dès que le virage vers un nouveau type d'arbitres commence, la donne change, même s'il n'est encore question que de quelques milliers de francs de l'époque, c'est-à-dire d'honoraires qui restent souvent plus faibles que

⁴⁰ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 1, 114^e session de la Cour, 19 décembre 1935.

⁴¹ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 14, 119^e session de la Cour, 17 juin 1936.

⁴² Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 3, acte de compromis d'arbitrage et sentence (29 juillet 1936) de l'affaire 621.

les frais. Comme le dit O. G. Pierson, membre du comité exécutif de la Cour, « *si nous voulons des experts compétents il faudra les payer* »⁴³. Peu après, « *étant donné la situation considérable [d'un autre arbitre] en Belgique qui est avocat à la Cour de Cassation et avocat-conseil des grandes banques* », il semble difficile de lui faire diminuer ses prétentions. Or il s'agit cette fois de près de 35 000 FF 1920 – ce qu'accepte le demandeur, qui se trouve être la banque dirigée par un membre du comité exécutif de la Cour d'arbitrage⁴⁴. La deuxième version du règlement de la Cour abandonne finalement le principe de gratuité, sans pour autant faire des honoraires une règle⁴⁵. Dans les années 1930 et 1940, on voit apparaître des demandes de fixation d'honoraires au tarif prévu pour les avocats de la ville de l'arbitre, que la Cour rejette quand elles sont faites assez en amont⁴⁶, mais qui soulignent que la question de la rémunération des arbitres a déjà changé de dimension.

Un cas intéressant parmi ces nouveaux arbitres, même si on ignore sa rémunération, est celui, en 1936-1938, du président de la Cour de cassation de Zürich, qui arbitre seul, à Paris, dans une affaire de change (affaire 645) qui concerne un montant presque aussi important que l'affaire 665 : plus de 14 M de FF 1920. Cette affaire, qui oppose un Suédois, Georg Manasse, à la société anonyme française pour le commerce en Roumanie Sofranco, connaît de nombreux rebondissements. En effet, Manasse attaque aussi Léon Motchane, administrateur délégué et caution solidaire des obligations de la Sofranco, et Heine et compagnie, célèbre maison de banque parisienne, caution solidaire de Motchane⁴⁷. Manasse, qui avait été nommé en 1934 directeur d'une société roumaine créée par la Sofranco, avait rencontré des problèmes pour réaliser des paiements, du fait des restrictions de change. On retrouve là un motif fréquent dans la période : les nouvelles formes d'intervention de l'État, notamment le contrôle des changes, viennent compliquer l'exécution de contrats⁴⁸. Mais ce qui est plus important pour l'histoire propre de l'arbitrage de la CCI est qu'il s'agit d'une des affaires, alors assez nombreuses, dans lesquelles les défendeurs contestent la compétence de la Cour, malgré l'existence d'une clause compromissoire, tandis que le demandeur demande à la Cour d'ordonner des mesures conservatoires, par peur que la Sofranco, qui ne lui semble pas financièrement très solide, se dérobe *in fine* à l'exécution d'une sentence.

On a ainsi affaire à des parties qui, ici, ne sont pas de très grandes sociétés, mais qui ont de réelles ressources financières et juridiques pour jouer au mieux de la procédure de la CCI en la poussant

⁴³ Archives CCI, Cour d'arbitrage, 29 juin 1936, et Document 21, 27^e session du comité exécutif, 28 juillet 1926.

⁴⁴ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 46, 32^e session du comité exécutif, 23 février 1927.

⁴⁵ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 39, Révision du règlement d'arbitrage, 11 février 1927.

⁴⁶ Voir notamment Archives CCI, Cour d'arbitrage, Documents 66 et 99, 135^e et 191^e sessions de la Cour, 28 septembre 1938 et 11 janvier 1950.

⁴⁷ Archives CCI, Cour d'arbitrage, 29 juin 1936, 25 janvier, 27 juin, 24 novembre 1937, 17 et 26 janvier, 2 mars, 29 juin 1938.

⁴⁸ Voir aussi les affaires 671, 686, 688 liées aux mesures restrictives prise par les gouvernements allemand et yougoslave : Archives CCI, Cour d'arbitrage, Documents 49 et 66, 130^e et 135^e session de la Cour, 26 janvier et 28 septembre 1938.

dans ses retranchements. Si la Cour affirme sa compétence dans l'affaire 645 et refuse les mesures conservatoires, ces deux points font l'objet de discussions internes récurrentes. Les demandes des parties de l'affaire 645 sont dès le début très détaillées, exposées de manière juridique et appuyées par des témoins. Cela s'explique par le fait qu'elles ont toutes mobilisé des avocats – un point sur lequel nos archives sont en général muettes mais qui était manifestement bien moins fréquent dans les années 1920. Rien d'étonnant dès lors à ce que la conciliation, une proposition de transaction par le versement de moins de 100 000 FF 1920 par le défendeur, échoue. Lors de l'arbitrage, pas moins de cinq mémoires sont échangés et deux témoins venus de Londres et de Zürich sont entendus ; un docteur en droit est mobilisé comme secrétaire et interprète de l'arbitre. La sentence, rédigée selon le droit français, avec moult citations d'articles de Codes, mais aussi de traités de juristes, conclut en faveur du demandeur, mais seulement pour un peu plus de 500 000 FF 1920 ; s'y ajoutent des frais d'environ 50 000 FF 1920 et des honoraires et frais de l'arbitre pour un peu plus de 10 000 FF 1920. Mais l'affaire se prolonge de manière inhabituelle : les défendeurs, en particulier les deux cautions qui avaient contesté leur mise en cause, ont prévenu dès le début qu'ils n'ont pas l'intention d'exécuter la sentence. Cette situation a amené les membres de la Cour de la CCI, malgré la position judiciaire éminente de l'arbitre, à se permettre de lui faire plusieurs suggestions avant la validation de sa sentence : ils savaient en effet que l'*exequatur* serait sans doute nécessaire. De fait, la tentative de « sanctions morales » prévue au règlement de la Cour pour faire appliquer les sentences reste sans effet. Il s'agissait en pratique dans ce cas, d'abord par le biais du Comité national français, puis directement, de contacter l'Union syndicale des banquiers, dont était membre la société Heine et compagnie, le défendeur le plus récalcitrant. Mais Heine ne cède pas à ces appels à la bonne foi et autres rappels du coût d'une démarche en justice : avec Motchane, il attaque le demandeur devant le tribunal de la Seine pour faire annuler la sentence. L'affaire rebondit jusque dans l'après-guerre : Manasse, alors installé à New York, sollicite à nouveau la CCI en exigeant de la Sofranco des dommages et intérêts pour l'exécution trop tardive de la sentence⁴⁹. La Cour refuse toutefois de se déclarer compétente sur cette question d'exécution.

Cette affaire est doublement intéressante pour nous. Tout d'abord, elle souligne que le changement d'échelle et de nature des litiges traités va de pair avec un plus grand talent des parties, et en réalité de leurs avocats, pour user de la procédure de la Cour et trouver ses failles. Cela impose à la Cour de réagir en interprétant et amendant régulièrement son règlement, d'une manière qui puisse résister à des attaques par des juristes. Ensuite, il se trouve que l'avocat de la Sofranco est M^e Jean-Robert, que l'on retrouve peu de temps après au Comité d'études de l'arbitrage de la CCI : lorsqu'il y fait son entrée le 16 février 1939, il y est salué comme l'« *auteur d'un traité d'arbitrage qui fait autorité* ». Jean-Robert (1902-1992), après avoir soutenu en 1929 une thèse de droit sur « *la clause*

⁴⁹ Affaire 750 : Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 78, 180^e session de la Cour, 1^{er} octobre 1948.

compromissoire et l'organisation de l'arbitrage », avait en effet fait paraître chez Sirey en 1937, donc pendant le déroulement de l'affaire 645, un *Traité de l'arbitrage civil et commercial en droit interne* constamment réédité depuis. Par la suite, il a notamment été une des chevilles ouvrières du Comité français de l'arbitrage (société savante créée en 1953) et le fondateur de l'Association française d'arbitrage, qui a donné son nom à un prix ; mais il est aussi resté président de la commission de l'arbitrage au sein du Comité national français de la CCI (Comité national français, 1969).

C'est un exemple particulièrement éclatant de ce qui se passe sans doute plus généralement dans les années 1930 : ces premières grandes affaires sont l'occasion pour la Cour d'arbitrage de la CCI de se faire connaître dans les milieux juridiques et, dans la mesure où elle parvient à résister à la chicane, de s'y faire respecter – au point qu'elle parvient à coopter dans ses propres instances des hommes qui avaient investi dans la réflexion sur l'arbitrage, tout en se tenant jusque-là à l'écart des organisations issues des milieux d'affaires.

2. Qui gouverne l'arbitrage à la CCI ?

Le cas de Jean-Robert a été l'occasion d'évoquer le Comité d'études de l'arbitrage, distinct de la Cour ; nous avons également mentionné les conciliations, sans entrer dans le détail de la manière dont elles étaient tentées. Il est maintenant nécessaire, pour mieux comprendre tant les conditions que les effets du changement que nous venons d'attester en termes de type d'affaires traitées, de nous pencher sur les différentes instances qui interviennent dans l'arbitrage de la CCI. Pour cela, nous allons tout d'abord présenter l'architecture générale de l'institution, mais surtout par la suite évoquer son fonctionnement réel, et en particulier les profils de ceux qui la font vivre. En effet, le jeu des nominations, puis des présences et absences, des silences et des interventions en séance fait que l'action effective de chaque organe peut s'écarter largement de ce qui est prévu par les textes.

Nous nous attacherons en particulier à présenter le groupe d'hommes qui intervient le plus sur les questions d'arbitrage dans l'entre-deux-guerres. Il ne s'agit en effet ni d'hommes d'affaires qui ignoreraient tout du droit, ni en majorité de juristes ou universitaires prestigieux ; ni exclusivement d'un groupe franco-français, ni véritablement des représentants de pays qui négocieraient d'égal à égal. Pour partie hommes d'affaires, pour partie juristes, le plus souvent étrangers installés à Paris, en général à peu près inconnus à l'époque, c'est par leur investissement continu dans l'institution qu'ils parviennent à en faire une référence de l'arbitrage, et à y attirer *in fine* de grandes figures. On pense ici à Jean-Robert, que nous venons de mentionner, ou encore à René David, qui, à la suite de son rôle prépondérant dans l'élaboration des propositions de l'Institut international de Rome pour l'unification du droit privé (Unidroit), intervient activement lors de trois séances du Comité d'études

de l'arbitrage, entre 1933 et 1937. Si lui n'en devient pas directement membre, ces discussions, qui se passent manifestement d'égal à égal, témoignent du crédit déjà acquis à ce moment par la Cour de la CCI auprès des juristes spécialisés, jusqu'à des professeurs de droit.

L'acquisition de ce crédit n'était pas donnée d'avance. En 1925, la Cour, qui suivait déjà régulièrement les travaux de l'Association de droit international (*International Law Association*, ILA, créée en 1873, qui traite de droit public aussi bien que privé), avait ainsi essuyé un refus d'établir des relations régulières à l'échelle inter-institutionnelle (elle souhaitait discuter d'exécution des sentences étrangères et d'harmonisation internationale des procédures d'arbitrage). Il lui avait été répondu que les membres de la Cour pouvaient toujours essayer d'adhérer individuellement, mais qu'il ne fallait pas oublier que l'ILA était avant tout un « *club d'avocats* »⁵⁰. Dès 1928 en revanche, les adhérents individuels issus des instances de la Cour d'arbitrage jouent manifestement un rôle très actif dans les Congrès de l'ILA – en commençant par y défendre la Convention de Genève de 1927⁵¹. Dans les années 1930, lors des Congrès de Budapest et d'Amsterdam, ils défendent une troisième voie, à la fois plus fondée sur la pratique et plus internationale, face à des projets français et anglais d'harmonisation des procédures d'arbitrage fondés sur les modèles nationaux respectifs⁵². L'entre-deux-guerres se conclut par l'établissement de relations directes entre sections nationales de l'ILA et de la CCI : la position de la Cour est finalement, ici comme sur d'autres points, favorisée par son insertion dans la CCI, qui a établi des liens avec l'ILA sur d'autres sujets que l'arbitrage⁵³.

Mais cette position repose aussi largement sur la crédibilité, comme individus et comme groupe, des piliers de ses instances internes, qui étaient pourtant souvent, à l'origine, des inconnus sans formation juridique. C'est cette crédibilité, ajoutée là encore à des liens plus généraux avec la CCI, qui permet à la Cour d'apparaître au premier plan dans les projets d'unification du droit de l'arbitrage d'Unidroit, dans les années 1930⁵⁴. Les interventions du Comité d'études de la CCI ont en effet lieu très en amont et occasionnent des modifications importantes au projet Unidroit – même si celui-ci n'est finalement pas adopté par le Congrès de 1937 de la CCI⁵⁵. Dans le même temps, la

⁵⁰ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 55, 29-30 octobre 1925 (il s'agit en réalité de la première session conjointe de la Cour et du Comité d'études, qui vient d'être créé).

⁵¹ Archives CCI, Cour d'arbitrage, 46^e session du comité exécutif, 5 septembre 1928.

⁵² Voir notamment Archives CCI, Comité d'études de l'arbitrage, 47^e session du Conseil de la CCI, 19 octobre 1934 et surtout Cour d'arbitrage, Document 69, 58^e session du Conseil de la CCI, 21 octobre 1938, rapport d'André Boissier sur le Congrès d'Amsterdam.

⁵³ Archives CCI, Comité d'études de l'arbitrage, 47^e session du Conseil de la CCI, 19 octobre 1934 et Cour d'arbitrage, Document 25, 121^e session du comité exécutif, 30 septembre 1936.

⁵⁴ Voir notamment Archives CCI, Comité d'études de l'arbitrage, Document 21, 6^e réunion du Comité d'études, 21 février 1931 et Document 9, Congrès de Paris, aperçu sur les travaux en cours à l'Institut international sur l'unification du droit privé en matière d'arbitrage. Les travaux d'Unidroit sur l'arbitrage datent de 1929 ; un premier rapport de René David est publié en 1932, puis discuté et mis à jour, et un avant-projet de loi uniforme est présenté en janvier 1935.

⁵⁵ Voir notamment Archives CCI, Comité d'études de l'arbitrage, Document 13, *Preliminary draft...* suivi d'observations par René Arnaud, 14 décembre 1935 ; Document 20, 13^e réunion du Comité d'études, 9-10 janvier

Cour peut se permettre d'ignorer de nouvelles tentatives d'origine française pour créer un « *tribunal de commerce international, suivant la formule des tribunaux arbitraux mixtes* », tentatives qui ont lieu dans divers congrès internationaux (notamment la Conférence économique pan-européenne de Vienne en 1934, la Conférence parlementaire internationale du commerce à Londres en 1935 et le congrès de l'Union interparlementaire à Budapest en 1936). Sa propre crédibilité en tant que porteuse d'une expérience réussie en pratique est suffisante pour autoriser la Cour à réagir par le mépris à de tels projets⁵⁶. Ce sont les ressorts de cette crédibilité que nous allons maintenant présenter.

Cour, secrétariat et Comité d'études de l'arbitrage

Il est d'abord nécessaire d'explicitier l'organisation interne de l'arbitrage de la CCI, en théorie et en pratique. En effet, la spécificité de la Cour de la CCI par rapport aux autres fournisseurs d'arbitrage comme la *London Court of Arbitration* (voir l'Annexe) tient à son rôle exact dans le processus. D'une part, elle ne s'en tient pas à fournir des listes d'arbitres, mais intervient bien plus directement (que la LCA, notamment) dans le règlement des litiges. D'autre part, ce n'est pas non plus elle qui arbitre directement et collectivement (contrairement à ce qui se passe dans les associations de branches), même si elle offre un service de conciliation. Un arbitre (ou, plus rarement, trois) est choisi à *l'extérieur de la Cour*. Comme le résume bien, dès 1923, E. Raymond Streat, secrétaire de la chambre de commerce de Manchester un temps très impliqué dans l'écriture du règlement d'arbitrage de la CCI : « *la Cour n'est pas le juge, mais simplement l'appareil de traitement des affaires qui permet aux arbitres, les véritables juges, de prendre leur décision.* »⁵⁷ Enfin, après quelques années d'existence de la Cour, les fonctions de suivi des litiges d'une part, de réflexion plus générale et plus politique sur l'arbitrage d'autre part, sont séparées et confiées à deux organes distincts.

Dans les années 1930, l'organisation interne est ainsi stabilisée pour quelques décennies, avec une répartition des tâches entre :

- *la Cour d'arbitrage* : au départ assez pléthorique, elle s'avère constituée d'une simple liste de noms prestigieux, mais, dans ses premières années d'existence, jamais sollicités. Dès le début, le caractère quelque peu fictif de leur rôle était explicite : en mai 1922, le comité

1936 ; Document 28, 14^e réunion du Comité d'études, 26 février 1937.

⁵⁶ En outre, bien sûr, le temps n'est plus guère, vers 1935, à l'espoir dans les organisations internationales officielles. Voir notamment Archives CCI, Comité d'études de l'arbitrage, Document 22, Lettre adressée par René Arnaud à l'*Exportateur français* en réponse aux articles de Mario Roustan dans les numéros des 30 avril, 28 mai et 9 juin 1936 ; Document 27, 14^e session du Comité d'études, 26 février 1937.

⁵⁷ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 35, 22-23 février 1923. « *The Court of the International Chamber is not the Judge, but is merely the machinery for arranging affairs so that the arbitrators who are the Judges may give a decision.* »

exécutif de la CCI souhaitait la nomination à la Cour de personnalités « *jouissant dans leur pays d'une haute autorité et pouvant prêter à la Chambre, organe d'arbitrage, l'appui moral de leur nom. En un mot, cette Cour d'arbitrage sera essentiellement un Comité de patronage qui constituera pour les hommes d'affaires une caution et une garantie.* »⁵⁸ Ainsi, la liste des membres de la Cour en mars 1927 compte 161 noms issus de 20 pays différents. Les qualités qui y sont indiquées permettent de voir sur quel type de légitimité joue la jeune Cour : chaque personne pouvant cumuler plusieurs de ces rattachements, on retrouve 66 représentants de chambres de commerce et 47 d'une autre organisation collective, souvent de branche ; 53 personnes pour lesquelles un nom d'entreprise ou une activité comme « industriel » ou « directeur de banque » sont mentionnés ; 24 titulaires de mandats ou fonctions politiques ; 16 hommes ayant une autre responsabilité à la CCI (souvent comme président de Comité national ou commissaire administratif) ; et seulement 17 mentions de professions ou qualités juridiques (avocat, juge, docteur en droit, etc.)⁵⁹. La Cour se donne donc à voir avant tout comme la chose des hommes d'affaires et de leurs organisations ; mais il ne s'agit que d'affichage, de symbole. Il n'est envisagé qu'une seule fois, sans suite, de la convoquer pour discuter d'une affaire et elle n'est réunie que trois fois, à l'occasion de Congrès de la CCI, en 1923, 1925 et 1927⁶⁰ ;

- c'est donc le *comité exécutif de la Cour* qui s'occupe du suivi des litiges, lors de réunions mensuelles. C'est aussi lui qui est chargé, dans un premiers temps, de l'établissement et des révisions du règlement, du suivi des protocoles et conventions internationaux, et plus généralement de tout ce qui concerne l'arbitrage à la CCI. En 1933, une réforme prend acte de cette pratique : ce qui était appelé « comité exécutif de la Cour » devient la Cour elle-même⁶¹, et la liste purement honorifique disparaît au profit d'un organe resserré dont la plupart des membres ont une présence effective régulière aux réunions. Dans le présent rapport, lorsque nous parlons de « la Cour » sans précision, nous nous référons en réalité à ce comité exécutif. À partir de 1927, lorsqu'une sentence a été rendue, un membre du comité exécutif est nommé *rapporteur* et doit examiner cette sentence sur la forme et éventuellement faire des propositions à ce sujet au reste du comité exécutif. Celui-ci peut suggérer des modifications à l'arbitre, dans le but explicite d'augmenter les chances que la sentence soit exécutoire⁶² ;

⁵⁸ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 23, 19 mai 1922.

⁵⁹ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 35, Liste des membres de la cour d'arbitrage, 14 mars 1927.

⁶⁰ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 15, 10^e session du comité exécutif, 30 avril 1924 ; Comité d'études de l'arbitrage, Document 51, 11^e session du Comité d'études, 18 décembre 1933.

⁶¹ Sur la nécessité de cette réforme, et le constat du fait la pratique a divergé par rapport statuts prévus à l'origine, Archives CCI, Comité d'études de l'arbitrage, Document 49, Congrès de Vienne de la CCI, 12 octobre 1933.

⁶² Il s'agit d'une création de la pratique qui n'est pas ajoutée au règlement de la Cour. Sur sa mise en place, Archives CCI, Cour d'arbitrage, Documents 25 et 28, 29^e session du comité exécutif, 27 octobre 1926. La première

- *le secrétariat de la Cour*, rapidement distinct de celui de la CCI, joue bien sûr un rôle crucial au quotidien, dans les correspondances notamment. Il organise aussi les réunions des autres instances, en fixant en particulier leur ordre du jour. C'est enfin lui qui se charge de la « propagande » sur l'arbitrage, qui inclut une activité importante d'études et n'est sans doute pas pour rien dans la légitimité rapidement croissante de l'institution ;
- *le Comité d'études de l'arbitrage* est créé à la suite d'une décision du 7 novembre 1924 du Conseil de la CCI, dans le but explicite de séparer les activités quotidiennes de la Cour, du ressort du comité exécutif, de celles qui relèvent plutôt de la prospective ou de la politique générale, attribuées au Comité d'études. Celui-ci doit avoir des réunions beaucoup moins fréquentes, mais faire davantage appel à des juristes. Une telle création avait été envisagée l'année précédente sous forme de « *comité juridique consultatif* », mais Édouard Dolléans, le secrétaire général de la CCI, avait alors affirmé qu'il était bon de ne pas multiplier les comités et qu'« *Il est très intéressant d'avoir des hommes d'affaires et des juristes qui siègent ensemble.* »⁶³ La décision de 1924 est prise suite à une demande du Comité national britannique, qui est pourtant à ce moment en train de se désengager des questions d'arbitrage. Les Britanniques réagissent au fait de ne pas avoir été consultés dans une discussion sur l'*exequatur* qui avait eu lieu au sein du comité exécutif de la Cour : ils demandent que ce dernier soit dorénavant cantonné à l'application du règlement. Dolléans affirme alors que la séparation entre les deux comités donnera un pouvoir judiciaire à la Cour et un pouvoir législatif au Comité d'études⁶⁴. En pratique, pour ce qui concerne en particulier l'évolution des procédures d'arbitrage propres à la CCI, c'est plutôt une organisation à trois niveaux qui a été constituée. Le comité exécutif, au fil des affaires traitées, définit ce qui paraît constituer des problèmes ou des lacunes, en particulier dans le règlement d'arbitrage. Le fruit de ses discussions à ce sujet est transmis au Comité d'études, qui discute à son tour et fait des recommandations ; ultimement, c'est le Conseil de la CCI qui tranche. En outre, le Comité d'études se saisit directement de certaines questions générales sur l'arbitrage, par exemple autour du projet Unidroit ou des conventions internationales ;
- *la Commission de conciliation* met en œuvre les tentatives de conciliation, de plus en plus fréquentes et réussies dans les années 1930, comme on l'a vu. Si le fait de proposer la conciliation aux parties est du ressort de la Cour, les réunions qui visent à élaborer des propositions de transactions sont menées par le secrétaire général de la CCI, assisté de deux

nomination a lieu à la session suivante, le 29 décembre (Document 29).

⁶³ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 55, 7^e session du comité exécutif, 13 décembre 1923.

⁶⁴ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 29, ordre du jour de la 17^e session du comité exécutif rapportant les discussions du Conseil de la CCI du 7 novembre 1924.

des *commissaires administratifs* de la CCI : ceux qui représentent les pays des deux parties. C'est bien de transactions qu'il s'agit, la proposition issue de ces réunions apparaissant en général comme un moyen terme entre les demandes. Les commissaires administratifs sont supposés à la fois donner confiance à la partie de leur pays, mais aussi la pousser à transiger⁶⁵. Si la présence des parties et/ou de leurs représentants à ces réunions est en théorie souhaitée, il s'avère en pratique qu'elle est très rare : c'est *a posteriori*, par courrier, que les parties acceptent ou non les propositions de transactions⁶⁶. Les commissaires administratifs sont des ressortissants de différents pays, nommés par leur Comité national mais résidant à Paris, qui interviennent en tant que tels au sein de l'administration interne de la CCI : ils sont parfois invités aux réunions du Conseil (organe directeur) de la CCI pour parler de la situation dans leur pays d'origine et sont plus globalement censés l'informer des nouveaux problèmes qui pourraient s'y poser (Hamilton, 2001). Ils sont donc actifs dans l'institution au-delà des questions de conciliation ou d'arbitrage ;

- il ne faut pas oublier le rôle du *Conseil de la CCI* : les décisions considérées comme les plus importantes restent son apanage, alors même que l'arbitrage ne représente qu'une partie limitée, et manifestement vite autonomisée dans son fonctionnement, des activités de la CCI. Les *Congrès de la CCI*, tenus tous les deux ans, sont aussi des lieux où certaines questions d'arbitrage peuvent être discutées et certaines pratiques remises en cause (sur l'organisation de la CCI en général, voir Magnier, 1928) ;
- enfin, au quotidien, un dernier organe générique de la CCI joue un rôle dans l'arbitrage : il s'agit des *Comités nationaux*, émanation dans chaque pays des membres individuels (personnes physiques, entreprises) et surtout collectifs (associations de branches) de la CCI. La Cour a recours à eux pour joindre les défendeurs, en particulier dans les affaires où il n'y a pas de clause compromissoire, et essayer de les convaincre d'arbitrer ; plus ponctuellement, il en va de même lorsque l'exécution s'avère difficile. En outre, il arrive, notamment lors des Congrès, que les Comités nationaux expriment leur insatisfaction sur tel ou tel aspect de l'arbitrage.

Même si notre rapport se concentre sur l'arbitrage et en particulier sur les archives produites par les organes qui le gèrent au plus près, il est donc crucial de se souvenir qu'il ne s'agit que d'une fonction parmi d'autres de la CCI. C'est une fonction importante pour l'institution, car il s'agit du premier service qu'elle peut affirmer rendre directement à ses membres, ses autres activités relevant plutôt de l'étude, de l'élaboration de normes collectives et du *lobbying*. C'est aussi une fonction assez autonome, avec ses propres comités, où les juristes sont certainement bien plus présents que

⁶⁵ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 46, Comité d'études de l'arbitrage, 29-30 octobre 1925.

⁶⁶ Archives CCI, Comité d'études de l'arbitrage, Document 2, 12^e session du Comité d'études, 19 décembre 1935.

dans tous les autres domaines d'activité de la CCI. Mais les entrepreneurs de l'arbitrage au sein de la Cour d'arbitrage doivent tenir compte des choix, voire des demandes des Comités nationaux et du Conseil de la CCI, donc d'organes émanant plus directement des associations de branches de chaque pays.

Cette nécessité de ménager différents intérêts et de produire des discours, des règlements et des résultats acceptables tant par des juristes que par des hommes d'affaires, qui vient s'ajouter à la négociation permanente à toutes les échelles entre les traditions nationales d'arbitrage, implique de fortes contraintes qui se reflètent dans la mise à jour presque permanente du règlement, et dans le temps qu'elle occupe. Quatre versions différentes du règlement sont en effet approuvées dans l'entre-deux-guerres : la première est adoptée en juin 1922 (et publiée en tant que brochure n° 21 de la CCI), puis une deuxième au Congrès de Stockholm de la CCI, pour une entrée en vigueur au 1^{er} janvier 1928 (pour une présentation dans la presse juridique, voir Arnaud, 1928). Deux séries rapprochées d'amendements sont ensuite votées aux Congrès de Washington en 1931 et de Vienne en 1933 et entrent en vigueur le 1^{er} janvier suivant. En outre, la discussion sur les révisions possibles est presque permanente dans toutes les instances de la Cour, occupant une grande partie des archives qui ont été conservées ; en 1939, une cinquième version était sur le point d'être votée, et dès le retour à un fonctionnement normal en 1947, la discussion à son sujet reprend. Ce processus de réforme quasi permanent résulte à la fois de la difficulté des équilibres à tenir, notamment entre pays et entre juristes et non-juristes, et de la volonté d'adapter rapidement le règlement aux problèmes empiriquement constatés dans le traitement des litiges. Le fait que les affaires n'affluent pas très vite est sans doute positif pour ce travail d'adaptation : cela lui donne le temps d'être réalisé. Le fait que la Cour n'arbitre pas directement, mais supervise le travail des arbitres l'incite aussi à admettre que le règlement ou la pratique ne sont pas parfaits et à consacrer de l'énergie à les adapter. Ces éléments sont cruciaux pour la mise en place d'une procédure qui apparaît assez rapidement robuste à la plupart des commentateurs, et surtout qui semble vraiment internationale, au sens où elle ne favorise pas les parties disposant de telle ou telle culture juridique précise.

Avant de présenter, à partir d'épisodes de débat précis, ce qui fait ainsi selon nous la force de l'institution, nous allons préciser qui, en pratique, réalise le travail assigné en théorie aux deux organes principaux, la Cour d'arbitrage et le Comité d'études de l'arbitrage.

Qui pèse dans les débats ?

L'étude détaillée des procès-verbaux de la Cour et du Comité, et notamment la constitution d'une base de données concernant les présences effectives, les interventions effectives en séance, ainsi que les qualités par lesquelles les membres sont décrits dans la source, offre de nombreux enseignements importants pour l'histoire de l'arbitrage à la CCI, en particulier pour comprendre qui en sont les réels pères fondateurs, en amont des *grand old men* de Dezalay et Garth. Le tableau ci-dessous donne à voir de manière raisonnée mais détaillée nos résultats, sous forme d'une rapide description des principaux acteurs de notre histoire, du point de vue de la quantité et de la temporalité de leurs présences et interventions et de leur parcours antérieur et postérieur (dans la mesure où nous avons pu le reconstituer). Y sont d'abord listés ceux qui sont présents pendant l'essentiel de l'entre-deux-guerres, puis ceux qui pèsent plutôt soit au début, soit à la fin de la période.

La Cour et le Comité d'études

Le premier enseignement du tableau qui suit est qu'à quelques exceptions près, ce sont en réalité les mêmes personnes qui font fonctionner la Cour et le Comité d'études de l'arbitrage. Ce qui diffère, ce sont les cadences et les thèmes de réunion ; ce sont aussi les profils des autres présents, ceux qui n'assistent qu'à un petit nombre de réunions et qui, cependant, peuvent peser sur certaines décisions. Il reste que la masse des interventions est le fait de la même grosse vingtaine de personne (plutôt une grosse douzaine à chaque moment) dans les deux organes. L'affichage d'un partage des tâches, les plus juristes ou les plus reconnus siégeant au Comité d'études, à bonne distance du quotidien des litiges traité par le Comité exécutif, est donc largement à nuancer. En réalité, ce sont pour l'essentiel ceux qui suivent l'avancement des affaires qui discutent aussi des révisions du règlement ou des actions à entreprendre vis-à-vis de la SDN. Cela signifie aussi que ce petit groupe d'hommes se rencontre très régulièrement et peut ainsi mettre en place des routines de travail efficaces, même si elles n'excluent pas les divergences de fond entre eux – divergences que les procès-verbaux, nominatifs, ne dissimulent pas. Il reste que ces divergences vont rarement jusqu'à l'organisation d'un vote (même si l'on présentera ci-dessous quelques exceptions intéressantes) ; ces votes divisés sont du reste manifestement douloureux, et suivis par des tentatives de trouver malgré tout des positions de compromis.

Les piliers de l'arbitrage à la CCI entre 1921 et 1939

Nom	Pays repr.	Qualités indiquées dans les sources CCI	Paris	NPC	NIC	NP CE	NIC E	Période de présence	Âge 1930	Qualités retrouvées par ailleurs
<i>Toute la période</i>										
René Arnaud		Secrétaire adjoint puis directeur du service juridique de la CCI, secrétaire général de la Cour, secrétaire général du Comité national français, directeur des études économiques de la CGPF, conseiller technique de la Cour	oui	54 23	30 22	13	12	1921-1949	37	Normalien, agrégé d'histoire, à la CCI jusqu'en 1969; dans les années 1950, au Conseil des fédérations industrielles d'Europe
Charles Neef	Belgique	Directeur de la Compagnie internationale des wagons-lits, président de la Chambre de commerce belge à Paris, vice-président de la Cour	oui	39 21	26 19	11	10	1924-1939	67	Docteur en droit, 10 ans avocat en Belgique, longue carrière aux Wagons-lits
Thor Carlander	Suède	Avocat, marchand, commissaire administratif pour la Suède, vice-président de la Cour	oui	36 21	24 13	12	10	1922-1949	?	
Aage L. Dessau	Danemark	The Continental and Overseas Trading Company puis maison d'importation et d'exportation A. L. Dessau and co; administrateur délégué de la Compagnie du Niger français; commissaire administratif pour le Danemark	oui	33 16	21 4	9	6	1923-1948	41	Formation classique d'un négociant fils de négociant
Henri Sambuc	Indochine	Docteur en droit, avocat défenseur honoraire près la cour d'appel de Saigon, vice-président de la Cour Souvent chargé de rédiger des propositions sur des points de règlement	oui	28 18	18 18	11	10	1922-1939	66	Décoré de 1914-1918, avocat international à Paris, riziculteur, resp. dans l'adm. en Indochine, spécialiste reconnu de droit civil colonial (question des méfis)
Otto Gerhard Pierson	Pays-Bas	Ingénieur constructeur; devient français en 1936	oui	36 3	23 1	9	6	1924-1936	64	Inventeur et industriel (marque connue de gazogènes)
Otakar Flanderka	Tchécosl.	Docteur en droit, avocat international, conseiller juridique tchécoslovaque, vice-président de la chambre de commerce franco-tchécoslovaque	oui	28 12	6 5	10	7	1925-1939	36	Président de la « colonie » tchèque à Paris
Auguste Dufreux	Lux.	Président de Dunlop, de la Société des chemins de fer Guillaume-Luxembourg, administrateur de la Banque internationale à Luxembourg	oui	18 3	13 2	4	4	1922-1938	?	
Hans Dietler	Suisse	Directeur de la banque SA Leu et cie, juge au tribunal de commerce de Zürich, président de la Commission suisse d'arbitrage commercial	non	4 5	2 3	9	9	1925-1937	50	Docteur en droit, travaille pour d'autres banques et associations de banques
Albert Louis Legrand	France	Avoué à Paris, administrateur des raffineries de pétrole de la Gironde	oui	0 0	0 0	10	9	1925-1936	53	Diplômé d'HEC, licencié en droit, croix de guerre 1914-1918, administrateur de diverses sociétés

Les premières années										
Edouard Dolléans		Secrétaire général de la CCI	oui	34 0	19 0	7	4	1925-1933	52	Historien, auteur dramatique, agrégé de droit (recherches économiques), ensuite directeur de cabinet de Léo Lagrange.
Giuseppe Zucchi	Italie	Directeur général de la Banque française et italienne pour l'Amérique du Sud, vice-président de la Cour	probable	31 0	19 0	5	3	1922-1932	42	Surtout armateur, taxé de « seigneur d'affaires » en 1922 par le <i>Populaire</i> , président de la chambre de commerce italienne à Paris en 1928, vie mondaine intense
René Duchemin	France	Président de l'Union des industries chimiques, président de la section Industrie du Comité consultatif du commerce, vice-président de la Cour	oui	19 0	15 0	3	2	1922-1928	55	Chimiste puis industriel, notamment président de Kuhlmann; nombreux rôles consultatifs; arbitre pour le tribunal de commerce de Paris; initiateur du programme déflationniste de Poincaré, fondateur de cartels internationaux; ensuite président bien connu de la CGPF
Comte Ladislas Jezierski	Pologne	Vice-président de la Banque russo-asiatique	oui	16 0	11 0	0	0	1922-1926	?	
Edgar Carolan	Etats-Unis	Directeur pour l'Europe/président de General Electric, président de la Cour et du Comité d'études	oui	15 0	10 0	3	2	1922-1927	?	
La deuxième période										
Jean-Paul Palewski	Pologne	Docteur en droit, avocat à la Cour de Paris, conseiller juridique de l'ambassade de Pologne	oui	16 13	6 12	8	8	1927-1939	32	Né à Paris, études notamment en droit international à La Haye, et à Saint-Cyr (Croix de guerre 1914-1918); avocat du Trésor public; ensuite résistant et député, délégué de la France à l'ONU, nombreux rôles consultatifs
Eugène Expert-Bezançon	France	Ancien vice-président de l'Union des industries chimiques, ancien président de la Chambre syndicale des fabricants de couleurs	oui	4 20	4 15	9	9	1928-1939	56	
André Boissier		Successivement chef de la section juridique de la CCI et secrétaire général de la Cour	oui	0 21	0 21	8	6	1931-1939	26	Suisse, études internationales, notamment en droit; travaille ensuite à la légation suisse aux EU

Robert Marx	All.	Agent du gouvernement allemand près le tribunal mixte franco-allemand; après-guerre: secrétaire général de la Cour d'arbitrage, conseiller technique CCI	oui	13 4	8 3	7	9	1928-1936 et 1948-1949	?	Docteur en droit, avocat en Allemagne puis à Paris, exclu de la délégation allemande comme juif
Hugo Karvaly	Hongrie	Docteur en droit, conseil juridique de la légation royale de Hongrie en France et de la chambre de commerce franco-hongroise à Paris	oui	0 21	0 20	4	4	1935-1939	?	
Nicolas Politis	Grèce	Ancien ministre des Affaires étrangères, envoyé extraordinaire et ministre plénipotentiaire de Grèce à Paris, membre de l'Institut, président de la Cour et du Comité d'études	oui	6 3	5 3	3	2	1927-1938	58	Études en France, naturalisé français, professeur de droit à Aix, Poitiers puis Paris dès 1897, publie un célèbre recueil d'arbitrages entre États; ministre en 1916-20, 1922 et 1936, un des signataires du traité de Saint-Germain-en-Laye, pdt de l'Institut de droit international de La Haye, membre de la Cour permanente d'arbitrage, pdt de l'Assemblée de la SDN en 1932
Albert Voigt Hansen	Norvège	Directeur de compagnies d'assurances, commissaire administratif pour la Norvège	oui	0 12	0 10	4	5	1931-1939	41	Vit à Londres en 1916

«Paris»: vit à Paris; NPC: Nombre de présences (Cour), d'une part de mi-1922 à mi-1930, d'autre part de fin 1935 à fin 1938 et de fin 1947 à fin 1949. NIC: Nombre de séances avec interventions orale ou par courrier (Cour), d'une part de mi-1922 à mi-1930, d'autre part de fin 1935 à fin 1938 et de fin 1947 à fin 1949. NPCE: Nombre de présences (Comité d'études de l'arbitrage), fin 1925-début 1939. NICE: Nombre de séances avec interventions orale ou par courrier (Comité d'études de l'arbitrage), fin 1925-début 1939.

Source: archives de la CCI, procès-verbaux des différents organes. Apparaissent ici les hommes qui ont été parmi les plus présents soit dans les années 1920, soit dans les années 1930, soit à la Cour, soit au Comité, à l'exclusion de rares cas de présents n'intervenant presque pas. Les séries ne sont pas totalement continues. Pour les deux colonnes de droite: biographies retrouvées principalement à partir de la base de données Archives biographiques/World Biographical Information System (compilation de dictionnaires) et des dossiers de légion d'honneur (numérisés dans la base Léonore). Pour l'indication d'un domicile à Paris, les sources CCI ont été occasionnellement complétées par des indications dans des journaux retrouvés dans Gallica.

Les membres actifs de la Cour et du Comité apparaissent ainsi comme un groupe soudé d'entrepreneurs institutionnels décidés à faire fonctionner l'arbitrage de la CCI, ce qui est sans doute permis par leur relative obscurité. Leur invocation récurrente de ce qu'il serait bon de faire pour augmenter ou maintenir le « prestige » de la Cour⁶⁷ souligne leur attachement à une institution dont les qualités, si elles sont assez reconnues, pourraient en retour augmenter leur propre réputation. On reste bien évidemment ici dans le monde de la bonne, voire de la grande bourgeoisie, mais on n'est pas au sommet des élites politiques ou économiques : ces hommes ont quelque chose à gagner à s'impliquer fortement dans l'institution, si elle réussit, et donc à favoriser sa réussite.

Cette forte implication n'est d'autre part possible que parce qu'ils résident tous, sauf un Suisse, à Paris⁶⁸. Pourtant, ils sont issus de seize pays différents, et sont ostensiblement là, indépendamment de leurs qualités personnelles, pour représenter ces nationalités, bien rappelées à chaque procès-verbal. On retrouve parmi eux trois Français représentant la France (deux industriels qui se succèdent, tous deux issus de l'organisation de branche de la chimie, et un avoué, seul d'ailleurs du tableau à se concentrer sur le Comité d'études de l'arbitrage), deux autres Français au titre de secrétaires de la Cour ou de la CCI, deux Polonais (qui se succèdent dans le temps) et deux Suisses, dont un secrétaire de la Cour. Mais chaque autre nationalité a un seul représentant assidu et, parmi les pays réellement impliqués dans la CCI, seuls le Royaume-Uni et l'Espagne n'en ont aucun (plusieurs personnes se succèdent pour les représenter, sans jamais siéger très assidûment ou durablement).

En apparence, ainsi, Cour et Comité reflètent bien la volonté de la CCI de construire un arbitrage réellement international, en réalisant le meilleur compromis possible entre les traditions nationales. En pratique, toutefois, la contrainte de réunions rapprochées pour la Cour (et sans doute, pour le Comité, le moindre intérêt porté à l'institution par ceux qui n'habitent pas sur place) font que les piliers des deux organes sont parisiens. Trois sont commissaires administratifs de la CCI pour des pays scandinaves, tout en déclarant des activités d'exportation, d'assurance ou de négoce : moins exclusivement identifiés à la bureaucratie de la CCI que les secrétaires, ils en font tout de même partie. D'autres, hommes d'affaires ou juristes, sont impliqués dans des chambres de commerce

⁶⁷

La première fois dans la bouche de Carolan, Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 28, 16^e session du comité exécutif, 29 octobre 1924.

⁶⁸ Cette nécessité d'une présence permanente sur place, qui n'avait pas vraiment été anticipée à la création de la Cour, est confirmée lorsque celle-ci doit transférer ses activités à Stockholm pendant la Seconde Guerre mondiale. Il est alors particulièrement difficile de trouver des représentants des différentes nationalités étrangères résidant sur place (Jarvin, 2011). Comme à Paris, ceux qui sont choisis sont en conséquence plutôt des hommes d'affaires, parfois des représentants semi-officiels de leur gouvernement, par exemple le délégué de l'Institut fasciste pour le commerce à l'étranger, qui représente l'Italie.

étrangères à Paris, dirigeants d'entreprises qui y ont leur siège social, ou, comme l'Américain Carolan, d'une branche locale de leur entreprise. Pour certains de ces hommes, la Cour de la CCI devient manifestement leur lieu d'activité et de reconnaissance principal. C'est notamment le cas de l'assureur norvégien Albert Voigt Hansen, qui va un jour jusqu'à suggérer que le rôle de suivi des affaires par des rapporteurs au sein de la Cour puisse être rémunéré⁶⁹. La proposition est immédiatement enterrée, car cette instance reste attachée à une éthique de bénévolat, mais elle souligne l'implication plus forte de certains dans la Cour : pour eux, la réussite de l'institution est cruciale.

Le cas de Carolan est, lui, symptomatique en ce qu'il vient relayer à la Cour, dès sa première année d'existence, l'implication d'Owen Young, avocat devenu le président du conseil d'administration de General Electric. Un peu de la même manière, René Duchemin, président de l'Union des industries chimiques très impliqué dans les premières années de l'arbitrage, est ensuite remplacé par Eugène Expert-Bezançon, issu du même secteur. Mais Duchemin devient ensuite un célèbre conseil du gouvernement Poincaré et président de la CGPF, alors qu'Expert-Bezançon a aujourd'hui sombré dans l'oubli ; de même, Young est aujourd'hui connu au moins des spécialistes, mais non pas Carolan. Y a-t-il là l'expression d'une tendance au remplacement de célébrités par des hommes de second rang dans leur domaine, à mesure que l'activité autour de l'arbitrage devient plus prenante ? On ne peut pas en faire une règle générale, car la fin des années 1920 voit aussi l'arrivée de Nicolas Politis, célèbre juriste spécialiste des arbitrages entre États, ancien et futur ministre en Grèce, président de l'Assemblée de la SDN en 1932 (Papadaki, 2012). Nommé vice-président de la Cour dès qu'il y fait son entrée en octobre 1926, puis président du comité exécutif en juillet suivant, s'il est loin d'être systématiquement présent, il s'implique réellement dans l'institution. Politis, comme Jean-Robert, semble avoir d'abord interagi avec la Cour comme avocat d'une partie impliquée dans un arbitrage, mais René Arnaud le connaissait aussi personnellement⁷⁰.

Il semble être en tout cas l'arbre qui cache la forêt. Des trajectoires plus représentatives des piliers de l'arbitrage à la CCI, même si elles en accentuent les traits, seraient plutôt celle de l'ingénieur, inventeur et industriel néerlandais Ottho Gerhard Pierson, qui finit par prendre la nationalité française en 1936, ce qui oblige à le remplacer à la Cour et au Comité (comme quoi, malgré la forte inscription parisienne de ses membres, ceux-ci doivent tout de même pouvoir continuer à faire figure de représentants de pays étrangers) ; ou bien de Robert Marx, avocat en Allemagne puis à Paris, qui rejoint rapidement la jeune délégation allemande à la CCI après avoir siégé au Tribunal mixte franco-allemand, mais qui en est exclu sans explication, très probablement parce qu'il est juif,

⁶⁹ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 28, 122^e session de la Cour, 25 novembre 1936.

⁷⁰ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 5, exposé du litige dans l'affaire 115, 26 avril 1926 ; Document 9, 25^e session du comité exécutif, 28 avril 1926.

en 1936⁷¹. On le retrouve après-guerre à la Cour, cette fois non pas pour représenter un pays, mais comme secrétaire général puis conseiller technique. Ces deux cas sont ainsi des symptômes, certes extrêmes, du fait qu'un groupe se forme, au moins entre les plus assidus des membres, qui finit par opérer une véritable identification à un certain milieu parisien (qui n'est pas nécessairement celui des juristes français), voire à l'institution CCI.

Cette constitution comme groupe est d'autant plus intéressante, voire étonnante, que nos hommes diffèrent entre eux par presque toutes leurs caractéristiques : leur nationalité, comme on l'a vu ; leurs âges et générations, extrêmement variés ; et leurs activités, pas toujours aisées à classer entre affaires et droit et qui, en tout cas, ne font pas peser la balance dans l'un ou l'autre sens pour le groupe dans son ensemble. Pour ne mentionner que trois des cinq membres les plus impliqués, le Suédois Thor Carlander, un des piliers les plus essentiels, se dit alternativement avocat ou ancien avocat, marchand ou ancien marchand et semble en réalité surtout travailler pour la CCI ; le Belge Charles Neef, qui préside une grande partie des séances, est docteur en droit et a plaidé dix ans (ce qui n'est jamais mentionné dans les archives de la CCI) avant d'entamer une très longue carrière à la Compagnie des wagons-lits ; et Henri Sambuc, présent au titre de l'Indochine (distinguée de la France dans les archives CCI de la période), toujours au contraire désigné dans les sources comme docteur en droit et avocat honoraire et souvent défenseur, dans les débats, des points de vue les plus juridiques, a été riziculteur aussi bien que membre de l'administration française en Asie.

Si l'on opère un léger zoom arrière pour envisager cette fois l'ensemble des membres recensés sur les procès-verbaux de la Cour et du Comité d'études dans l'entre-deux-guerres⁷², donc si l'on gagne en systématisme en perdant en qualité d'information sur les parcours, puisque cela implique de s'en tenir à ce que la source dit des activités des individus, les constats restent dans l'ensemble les mêmes.

Intéressons-nous tout d'abord aux nationalités représentées. On peut par exemple totaliser, par nationalité, le nombre de présences actives (avec une intervention) sur la totalité de la période. Derrière les représentants de la CCI elle-même, avec 53 présences actives à la Cour, 20 pays sont représentés, très inégalement. Trois de plus ont des représentants présents de deux à six fois, mais qui ne prennent jamais la parole : la Finlande, le Japon et la Yougoslavie ; il en va de même au Comité d'études, où l'Inde s'y ajoute. Les pays les plus actifs à la Cour sont ceux qui comptent un pilier de l'arbitrage dans leurs rangs : à part quasi égales, la Belgique, les Pays-Bas, la Suède, l'Italie, le Danemark, la France, l'Indochine, la Pologne, et un peu derrière les États-Unis,

⁷¹ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 24, 120^e session de la Cour, 29 juillet 1936. Pendant la guerre, la Cour essaie déjà de l'employer à nouveau, pour aller mettre au courant le nouveau personnel qui doit travailler à Stockholm (Jarvin, 2011).

⁷² Plus exactement dans les procès-verbaux que nous avons dépouillés systématiquement de cette façon, les mêmes que ceux pris en compte dans le tableau.

l'Allemagne et le Luxembourg. Ce n'est donc jamais la multiplication des représentants qui pèse, d'autant que les moins souvent présents prennent aussi moins la parole. La situation est un peu différente au Comité d'études de l'arbitrage, où, autour des piliers qui sont en général présents aussi à la Cour, on retrouve des membres plus nombreux qui viennent et s'expriment ponctuellement, et une moins grande concentration de la parole dans chaque pays. Ainsi, neuf personnes différentes sont présentes pour la France, sept pour l'Allemagne, le Royaume-Uni et les États-Unis, cinq pour les Pays-Bas, tandis que cinq juristes sont aussi là (une ou deux fois chacun) en cette qualité, sans qu'il soit dit qu'ils s'expriment au nom d'un pays. Les plus petits pays qui sont représentés par un pilier à la Cour ont donc proportionnellement un peu moins la parole au Comité d'études, mais ce n'est qu'une question de degré.

Si l'on tente ensuite, uniquement sur la base des activités indiquées aux procès-verbaux (dont on a vu qu'elle était très incomplète), de caractériser les membres comme représentant les affaires, le droit, l'appareil de la CCI ou bien la diplomatie, on constate d'abord que sur 60 individus pour la Cour, dont 53 qu'on peut caractériser, 7 ont deux de ces profils à la fois. Par ailleurs, 22 relèvent des affaires et 14 du droit (dont 3 des deux à la fois). Au Comité d'études, sur 90 individus, dont 70 qu'on peut caractériser, on retrouve en revanche 20 hommes d'affaires contre 32 juristes (dont là aussi 3 profils ambigus). Il existe donc bien un accent différent dans chaque instance, mais à un niveau qui relève de la nuance et non de l'opposition. En outre, lorsqu'un même pays envoie plusieurs représentants à la Cour ou au Comité, ils ont en général des profils différents de ce point de vue : aucune délégation ne paraît privilégier systématiquement droit ou affaires. Enfin, de manière agrégée, les représentants (exclusifs ou non) des affaires interviennent un peu plus que les juristes (des interventions à deux tiers plutôt que la moitié des séances de la Cour où ils sont présents, plus de 8 par personne contre moins de 6 pour les juristes à la Cour, et encore plus de 4 contre plus de 3 pour les juristes au Comité). Cela signale sans doute simplement que certains juristes sont nommés en cette qualité mais ne s'impliquent pas, alors que cela arrive moins aux commerçants, banquiers ou industriels.

Tant le profil des piliers de l'arbitrage à la CCI que ce rapide regard sur les autres participants de leurs discussions nous rappellent ainsi que les frontières entre droit et commerce n'ont jamais été étanches, les tribunaux de commerce notamment ayant régulièrement puisé leurs juges mais aussi leurs auxiliaires de justice à leur interface (Lemerrier, 2012). Ici, nous retrouvons une déclinaison propre au 20^e siècle, intéressante et jusqu'ici peu étudiée, de cette porosité, avec la présence manifeste d'un milieu d'avocats d'affaires internationaux (bien avant l'implantation à Paris des grandes firmes américaines) et sa rencontre avec des dirigeants de grandes sociétés industrielles et bancaires, autant que de négoce ou de transports. Le monde qui est représenté là est donc bien celui

que la Cour essaie de décider à recourir à l'arbitrage : un monde de dirigeants ou de conseils juridiques d'entreprises moyennes ou grandes, voire très grandes (comme Dunlop, Kuhlmann, General Electric ou la Banque française et italienne pour l'Amérique du Sud). Ironiquement, c'est plutôt au moment où les dirigeants directs de ces très grandes entreprises ont quitté les organes chargés de l'arbitrage à la CCI, dans les années 1930, que des litiges issus de ce monde commencent à être régulièrement soumis : il faut sans doute y voir le temps incompressible nécessaire pour construire une institution et, ici, pour faire adopter la clause compromissoire dans les contrats de ces entreprises.

Il reste qu'il est important, pour comprendre cette réussite relative, de savoir qui en sont les artisans : des hommes rarement ignorants du droit, mais une très petite minorité de juristes professionnels ; des Parisiens, mais peu de Français ; des représentants de secteurs économiques très variés. Et ces hommes, on l'a dit, font groupe, parviennent à créer une collégialité qui leur donne les moyens de s'appuyer sur leurs différences, voire leurs divergences, pour les canaliser en propositions de réforme.

Bien évidemment, ce n'est possible que parce que les partisans de systèmes radicalement différents ont d'eux-mêmes pris très tôt leurs distances avec l'institution encore en construction. C'est le cas de Robert S. Fraser (voir l'Annexe), l'un des Anglais les plus intéressés par l'harmonisation internationale de l'arbitrage, mais un homme qui ne fait que passer à la Cour de la CCI, à son tout début : elle ne répond manifestement pas à ses attentes en la matière. De la même manière, les Américains disparaissent très vite, à l'exception de Carolan, très impliqué jusqu'en 1927 mais jamais remplacé ensuite : cela tient sans doute moins aux distances (d'autres Américains de Paris auraient certainement pu succéder à Carolan) qu'au fait que l'arbitrage CCI a pris une voie très différente de celui de l'AAA, en insistant moins sur la conciliation, au moment où ce dernier prenait son essor. Les Américains ne reviennent dans les débats que par le biais d'un accord entre organisations, à la fin des années 1930, lorsque la CCI et l'AAA prévoient de se partager le monde de l'arbitrage en établissant une clause commune, qui renvoie les litiges à l'une ou l'autre selon la nationalité des parties et la localisation du litige. Il est alors acté que la Cour de la CCI est une organisation européenne, et même de l'Europe continentale, ce qui correspond bien à l'identité des participants à ses instances (même si, comme on l'a vu, Royaume-Uni et États-Unis font des apparitions au Comité d'études) comme des parties qui ont recours à son arbitrage. Même si cette base reste limitée, elle inclut suffisamment de pays, avec des pratiques d'arbitrage et des droits assez différents, pour que la construction commune d'une institution reste une entreprise difficile et que son succès relatif soit remarqué.

Le secrétariat

Avant d'entrer dans le détail de quelques étapes de cette construction, il faut signaler, pour en finir avec la dimension prosopographique de notre recherche, ce que la CCI doit à son secrétariat, et tout particulièrement à René Arnaud, longtemps secrétaire général de la Cour et de loin le plus présent et actif dans nos procès-verbaux (Comité national français, 1969). René Arnaud est un major de l'ENS, combattant de la Grande Guerre, qu'il a terminée par des missions militaires aux États-Unis, âgé de moins de 30 ans et tout juste agrégé d'histoire lorsqu'il est présent pour la première fois à une réunion de la CCI sur l'arbitrage, en 1921. Il entame alors, dans le sillage d'Édouard Dolléans, auteur d'études historiques, secrétaire général de la CCI dès sa création (qui est, lui, juriste de formation), une longue carrière de « permanent patronal » (Dard et Richard, 2005 ; sur Dolléans, voir Duveau, 1954). Bien moins connu aujourd'hui que d'autres grandes figures du genre comme Henri de Peyerimhoff, il n'en est pas moins, parallèlement à ses décennies de travail à la CCI (auprès du Comité national français et de l'organisation centrale), directeur des études économiques de la CGPF, puis impliqué au sein de la Ligue européenne de coopération économique (LECE) et au Conseil des fédérations industrielles d'Europe après-guerre (Badel, 1999). Il ne quitte finalement la CCI qu'en 1969 : c'est dire ce que les pratiques d'arbitrage doivent certainement à la mémoire institutionnelle qu'il a pu élaborer et transmettre. Dans l'entre-deux-guerres, son rôle est manifeste à plusieurs titres dans les procès-verbaux, jusqu'à être central dans l'intervention de la Cour sur le projet Unidroit de 1935 : un travail pourtant on ne peut plus juridique, à l'occasion duquel il utilise ses connaissances non seulement sur la pratique de la Cour ou la jurisprudence française, mais aussi sur les lois anglaise ou italienne. Arnaud est ensuite relayé, mais sur un ton plus mineur, par le Suisse André Boissier, qui est, lui, juriste de formation et qui lui succède comme secrétaire général de la Cour en 1933. Si Boissier apparaît plus en retrait dans les discussions, Arnaud intervient encore très régulièrement, comme « conseiller technique de la Cour », fonction créée pour lui. Tous deux sont accompagnés de quelques adjoints qui assistent aux réunions, en n'y prenant généralement pas la parole : le secrétariat de la Cour reste très petit, mais s'est déjà renforcé avec l'afflux des affaires.

Le poids du secrétariat en général, et d'Arnaud en particulier, est manifeste à plusieurs niveaux. C'est lui qui suit les affaires au quotidien, avec toute la correspondance que cela implique, avec les parties et les Comités nationaux de la CCI en amont de la procédure⁷³, puis avec les parties et les arbitres, qu'il s'agisse d'envoyer des pièces ou de régler les honoraires. L'implication du secrétariat est même plus importante au moment où les affaires sont soumises, puisqu'il lui incombe de réaliser le résumé des faits et des demandes sur la base duquel la Cour choisit notamment le lieu d'arbitrage

⁷³ Voir notamment à ce sujet Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 46, Comité d'études de l'arbitrage, 29-30 octobre 1925.

et le pays de l'arbitre. Cela représente un gros travail, d'autant que les parties ne sont pas toujours très claires dans leurs explications liminaires. Dans la foulée de cet exposé des affaires, c'est souvent directement Arnaud qui suggère une nationalité d'arbitre à laquelle on pourrait faire appel et un lieu d'arbitrage (dès le début de 1924), orientant ainsi nettement la décision de la Cour, même si, bien évidemment, lorsqu'un membre exprime un autre point de vue, la proposition par défaut d'Arnaud n'est pas suivie. Plus généralement, dès 1927, on constate que les ordres du jour du comité exécutif sont parfois plus longs que ses procès-verbaux (issus d'une sténographie), ce qui pointe la part du travail effectuée en amont par le secrétariat. C'est même Arnaud qui, pour des raisons de simplification bureaucratique, oriente la pratique de la Cour vers le recours à un seul arbitre dans presque toutes les affaires, alors même que le règlement ouvrait plusieurs options en la matière⁷⁴. L'administration de la CCI a aussi un rôle dans le tournant pris dans le sens de ne plus accepter systématiquement les petites affaires, qui occasionnent un travail disproportionné : pourtant, certains membres de la Cour souhaitaient en admettre le plus possible, pour rendre un service aux entreprises ou pour afficher un nombre d'affaires traitées. Dès la fin de 1924, le secrétaire général de la CCI Dolléans affirme, contre eux, que « *ce n'est pas le nombre des affaires qui importe, mais leur importance. L'activité de la Chambre aurait été réelle si les 89 affaires qui ont été soumises à l'heure actuelle, portaient toutes sur des sommes réellement importantes.* »⁷⁵ Dans le courant de 1926, la lassitude d'Arnaud lorsqu'il présente les nouvelles petites affaires est sensible dans les ordres du jour.

Ainsi, dans les discussions de la Cour et du Comité d'études, le secrétariat général de la Cour (parfois appuyé, surtout au Comité d'études, par celui de la CCI) défend ses propres intérêts, au sens où il met en avant, lorsqu'il y a des points à trancher sur le contenu du règlement ou son application, la charge de travail induite ou encore le coût pour la CCI. C'est ainsi à sa demande que des provisions sont demandées aux parties, puis augmentées, pour assurer la couverture des frais de bureau, même lorsque l'arbitrage n'a finalement pas lieu. Le secrétariat joue aussi le rôle de mémoire de l'institution – également assumé par les piliers de la Cour et du Comité d'études et qui est donc loin d'être l'apanage d'Arnaud. Il s'agit d'assurer une certaine cohérence des décisions, ou du moins de s'assurer que lorsqu'un tournant est pris, c'est en connaissance de cause.

Le dernier rôle majeur du secrétariat concerne ce que les sources appellent la « propagande », c'est-à-dire l'élaboration de brochures, tracts ou articles à proposer à des journaux et revues pour faire connaître l'arbitrage en général et la procédure de la CCI en particulier. Il s'agit d'un gros travail qui donne en particulier naissance à une longue série de brochures sur le droit de l'arbitrage

⁷⁴ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 9, 9^e session du comité exécutif, 27 février 1924 : « *Pour alléger la procédure et diminuer les frais, il est préférable de n'avoir qu'un seul arbitre.* »

⁷⁵ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 33, 18^e session du comité exécutif, 28 janvier 1925, et des formules similaires dans le Document 30, 17^e session du comité exécutif, 17 décembre 1924.

dans chaque pays, appelées en interne « *Manuel d'arbitrage* », dont l'idée émerge dès les discussions en amont de la création de la Cour, qui sont ensuite publiées progressivement⁷⁶ et régulièrement rééditées. En 1923, dans des résolutions proposées pour le Congrès de Rome de la CCI, c'est à la Société des Nations que le Comité national britannique envisageait de demander la publication de résumés explicatifs officiels des lois nationales en vigueur sur l'arbitrage – publication conçue comme une première étape dans un processus d'harmonisation⁷⁷. Il est intéressant que ce soit en fait le secrétariat de la Cour de la CCI qui se soit chargé de cette tâche, qui légitime sans aucun doute la CCI comme un interlocuteur majeur de la SDN, puis d'autres institutions internationales, sur le sujet. Sur la base d'une correspondance avec les Comités nationaux, auxquels un questionnaire détaillé est envoyé en 1923⁷⁸, de l'utilisation des compétences des commissaires administratifs pour chaque pays, mais aussi de recherches documentaires plus directes, le secrétariat accomplit ainsi une tâche importante d'information juridique et de traduction de cette information en des termes supposés clairs pour les hommes d'affaires – à charge ensuite pour les responsables de la CCI et notamment de la Cour de diffuser ces informations, notamment dans la presse professionnelle de chaque pays, lors des réunions de chambres de commerce ou d'associations de branches, etc.⁷⁹

L'essentiel de ce travail a donc été mené par un homme, René Arnaud, qui n'avait au départ pas d'expérience du droit ni des affaires et qui pourtant, dès 1925, en venait par exemple à récrire pour Clémentel certains aspects de sa proposition de loi sur la clause compromissoire⁸⁰. Or les brochures de la Cour, réalisées à un moment où il n'existe encore guère de synthèses universitaires en la matière, ont un grand poids dans la construction de la légitimité de la CCI en matière d'arbitrage, tant auprès des juristes que de la SDN. Contrairement à leur successeur de l'immédiat après-Second Guerre mondiale Frédéric Eisemann, René Arnaud et André Boissier n'ont pas marqué à long terme l'histoire juridique de l'arbitrage ; ils n'ont par exemple pas fait l'objet d'un hommage par un *liber amicorum*. Mais ils ont réussi à s'insérer personnellement dans le milieu naissant des juristes spécialistes d'arbitrage international et ont largement participé à y rendre la Cour légitime.

⁷⁶ Une première impression pour les Pays-Bas et l'Italie est indiquée le 13 décembre 1923 (Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 45) mais semble ne pas être réalisée, puisqu'il est à nouveau question d'une première publication, pour la Suisse et l'Italie cette fois, le 14 octobre 1927 (Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 65, 4^e session du Comité d'études). Les brochures sont titrées de façon standard *L'arbitrage commercial et la loi x* et publiées selon les cas au nom de la CCI, d'un Comité national et/ou d'un individu, à partir de *L'arbitrage commercial et la loi italienne*, Paris, secrétariat général, 1928, qui mentionne le nom de Roberto Pozzi.

⁷⁷ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 30, 20 janvier 1923.

⁷⁸ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 45, 15 juin 1923. Voir aussi Comité d'études de l'arbitrage, Document 1, session du Conseil de la CCI, 2-3 avril 1928.

⁷⁹ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 33, 18^e session du comité exécutif, 28 janvier 1925. Voir aussi les sessions suivantes de 1925 sur la propagande en général, avec notamment les versions successives de certains tracts. Édouard Dolléans entreprend en outre une propagande plus directe par le biais de dîners avec des avocats d'affaires. Voir notamment Archives CCI, Cour d'arbitrage, 46^e session du comité exécutif, 5 septembre 1928.

⁸⁰ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 34, 19^e session du comité exécutif, 25 mars 1925.

Lorsque, lors du départ en retraite de René Arnaud en 1969, le président de la CCI affirme : « *Vous fûtes en partie l'artisan de cette construction très longue à édifier, à faire adopter* », il s'agit, au-delà de l'emphase propre à l'occasion, d'un véritable constat (Comité national français, 1969).

3. Une évolution incrémentale du règlement et de la pratique

Ainsi, la Cour de la CCI parvient, dès la fin des années 1920, à recruter des arbitres très réputés, principalement des juristes, alors même que ses pères fondateurs effectifs ne sont ni de prestigieux juristes, ni même pour l'essentiel des hommes d'affaires ou des hommes politiques très connus. Autour du secrétariat de la Cour, ces piliers ont constitué un groupe assez uni et investi dans l'arbitrage de la CCI pour parvenir à en construire, puis à en amender à la marge les procédures, à mesure que des affaires un peu plus nombreuses et surtout touchant des montants plus importants et impliquant des parties plus pugnaces, voire procédurières, leur étaient soumises. L'arrivée de ces affaires repose très probablement sur la structure d'ensemble que constitue la CCI, suffisamment légitime auprès des grandes entreprises, par le biais notamment des syndicats patronaux faïtiers de chaque pays, pour que certaines aient fini par se risquer à utiliser sa clause compromissoire. Mais cette expérience serait restée sans lendemain si les procédures avaient donné lieu à des scandales, ou simplement avaient paru manifestement inadaptées à trop de parties. Or, si Anglais et Américains restent en retrait, ce n'est pas ce qui se passe pour les autres pays européens. Une condition nécessaire de ce que l'on peut ainsi qualifier de succès est que les évolutions des droits nationaux (acceptation de la clause compromissoire) et les nouveaux accords internationaux ne rendissent pas l'acceptation des arbitrages ou leur exécution impossible : la CCI, notamment sous l'impulsion de la Cour et du Comité d'études, a largement pesé en ce sens auprès des gouvernements et de la SDN (voir notre seconde partie). Mais il était tout aussi nécessaire, en interne, que la procédure s'adaptât à une demande qui était largement inconnue, imprévisible, pour les fondateurs de l'institution.

L'organisation de l'arbitrage propre à la CCI repose sur une Cour dédiée à le superviser et à discuter presque en permanence de sa procédure, qui garantit ainsi son adaptation. La Cour est en effet un chaînon crucial entre les arbitres (qui ne connaissent qu'une ou quelques affaires) et un Comité d'études parfois lancé dans des discussions très théoriques. Dès avant l'arrivée des premiers litiges à résoudre, la Cour est au travail : son insertion dans la CCI l'oblige à fonder son règlement sur un compromis entre les traditions nationales et ne permet pas de circonscrire les débats exclusivement entre juristes. C'est peut-être ce qui explique l'invention de certaines solutions procédurales, qui ont pu dès lors à bon droit être présentées comme réellement internationales, et non pas comme héritées d'un droit national particulier.

Sans pouvoir retracer ici les dizaines de pages de débats sur chaque point de procédure qui donnent à voir cette organisation propice à l'invention par hybridation, nous allons en donner une idée en nous centrant sur quelques débats pour chaque période. Ces débats témoignent aussi des évolutions plus générales de l'arbitrage. Celui-ci cesse assez rapidement d'être seulement un enjeu théorique pour devenir un ensemble de procédures réellement utilisées par des parties. Puis ces usages empiriques font naître de nouvelles questions, qui deviennent à leur tour de véritables enjeux en droit : compétence sur la compétence, existence possible de « sentences internationales », création d'une jurisprudence. Dans ces différents débats, on observe souvent que les clivages ne passent pas entre hommes d'affaires et juristes.

Les origines : sortir des contradictions entre arbitrages anglais, américain et continental

La toute première réunion sur l'arbitrage dont on ait trace aux archives de la CCI⁸¹ donne un bon exemple de la variété des choix possibles en matière d'organisation de l'arbitrage, qui dépasse largement l'opposition entre hommes d'affaires et juristes, y compris lorsque les acteurs se réfèrent eux-mêmes à cette opposition.

En effet, lors de cette réunion d'un comité réduit « *sur l'arbitrage commercial international* », en mai 1921, Édouard Dolléans, secrétaire général de la CCI, présente la discussion en termes de plus ou moins de droit. Le « moins de droit » est à ce moment assimilé à la pratique américaine, plus centrée sur la conciliation (avec des sanctions purement morales) et le « plus de droit » à une pratique européenne qui concernerait la Hollande, la Belgique, l'Italie et la France aussi bien que l'Angleterre⁸². Ce résumé de la situation fait suite au constat de la distance entre des propositions envoyées par écrit depuis la Chambre de commerce des États-Unis et celle de New York d'une part, et d'autre part les avis donnés en séance par quelques pionniers des écrits sur l'arbitrage en Europe, qu'il s'agisse de Roberto Pozzi, conseiller juridique des associations cotonnières italienne et internationale, ou de Charles Lyon-Caen, professeur de droit, membre de l'Académie des sciences morales et politiques (censé présider le comité d'écriture du règlement de la Cour, mais très vite désengagé de l'institution). Cette distance donne lieu à l'élaboration d'un règlement en deux branches : conciliation et arbitrage. En réalité, il a même au départ trois branches, la troisième étant

⁸¹ Elle fait suite à quelques réunions préparatoires dont on connaît au moins les conclusions par *The Record*, le journal de la CCI, n° 1 et 2, mars et avril 1921.

⁸² Archives CCI, Cour d'arbitrage, 24 mai 1921 (les références suivantes à des dates de session dans cette partie renvoient également au registre titré « Cour d'arbitrage », qui contient aussi des archives antérieures à sa création). Dolléans parle notamment de « *the American point of view, which attaches great importance to reconciliation, and also the European point of view more particularly concerned with organising arbitration on a legal basis* » (« le point de vue américain, qui attache une grande importance à la conciliation, et le point de vue européen qui veut organiser l'arbitrage sur une base juridique ») ; il redit ensuite : « *in Europe the mentality was different, a little more legal* » (« en Europe, les mentalités sont différentes, plus juridiques »).

destinée à l'arbitrage dans les pays ne reconnaissant pas encore la clause compromissoire : rapidement obsolète du fait des réformes législatives en cours à ce sujet, cette branche n'est pas réellement utilisée et est supprimée dans la deuxième version du règlement⁸³. En pratique, on l'a vu, très peu de demandeurs américains ont recours à la CCI, et la conciliation en vient à constituer non pas une alternative à l'arbitrage, choisie par des parties qui voudraient une procédure moins juridique ou moins conflictuelle, mais une première étape de procédure proposée par le secrétariat de la Cour dans une part croissante des affaires. Il reste que la perception d'un désaccord entre États-Unis et Europe (alors même que le représentant du Comité national américain de la CCI affirmait qu'il n'y avait pas de point de vue national unifié dans son pays) a ici conduit à ajouter des options au règlement.

Cela dit, en réalité, les points de vue qui créent de réels clivages au sein du comité et conduisent à des décisions d'une importance plus pérenne pour la Cour de la CCI ne se laissent pas si aisément ranger sur l'échelle du plus au moins juridique. Ce que l'on constate surtout dans ces premières années de discussion, lorsque tout est à inventer, c'est que ceux qui ont déjà une pratique précise de l'arbitrage proposent de la transposer avec le minimum possible d'adaptations. Ainsi, Roberto Pozzi plaide pour la simple élaboration de listes d'arbitres, diverses du point de vue des branches et nationalités, et n'imagine pas une implication de la CCI elle-même dans l'arbitrage : il reproduit ainsi la pratique classique des associations de branches. Robert S. Fraser écrit pour proposer que la CCI codifie le droit commercial « *dans la lignée de la loi anglaise sur la vente [Sales of Goods Act]* » ; plus tard, en février 1924, il suggère que toutes les questions de procédure qui se poseraient à la CCI soient renvoyées à Sir Thomas Wiles Chitty, un juge très connu pour ses positions légalistes et anglo-anglaises, d'ailleurs souvent minoritaires en Angleterre même. Carlos Prast, président de la chambre de commerce de Madrid, s'inspire du fait que depuis 1911, les chambres de commerce espagnoles peuvent agir collectivement comme arbitre amiable compositeur pour proposer que la CCI délègue l'instruction aux chambres de commerce des parties, puis rende une sentence. Dans des remarques par courrier, John Redpath, de la chambre de commerce des États-Unis, qui est crédité d'une longue expérience dans les arbitrages commerciaux entre son pays et Buenos Aires, semble prendre comme une évidence le fait que l'on parle d'un arbitre choisi par chaque partie, donc de deux arbitres complétés par un surarbitre. Cette pratique dite parfois « de l'arbitre-avocat » (les arbitres des parties tendant à agir simplement comme leurs défenseurs) est courante, quoique déjà contestée, en Angleterre et aux États-Unis⁸⁴, mais elle est assez étrangère aux formes de nomination d'experts ou d'arbitres rapporteurs prévalant en Europe continentale.

⁸³ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 46, Comité d'études de l'arbitrage, 29-30 octobre 1925, Document 15, Synopsis of decisions reached at the 2nd meeting, 31 mai 1926.

⁸⁴ Voir par exemple Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 56, Comité d'études de l'arbitrage, 14 octobre 1927.

Ainsi, si la question de savoir si les arbitres seront plutôt marchands ou plutôt juristes affleure parfois dans ces premières discussions, elle est loin d'être la plus mise en avant. Il faut surtout s'accommoder de traditions propres à des pays, voire à des associations de branches ou à des chambres de commerce. Leurs représentants considèrent que leur arbitrage fonctionne et constitue le meilleur modèle possible ; surtout, ils ignorent tout des autres pratiques envisageables. Les séances d'élaboration du règlement deviennent ainsi des moments d'acculturation mutuelle, où de nouvelles questions semblent sans fin s'ouvrir quand de nouveaux interlocuteurs entrent dans la discussion, et conduisent souvent à des additions ou amendements au règlement. On en a un bon exemple en 1923, lorsque l'Anglais Streat découvre les enjeux de la notification des sentences par défaut en droit français. Au départ, Streat craint des délais accrus et une porte de sortie pour les parties de mauvaise foi ; mais après quelques explications d'avocats français, une formulation de est trouvée⁸⁵.

C'est au cours de ce processus que les Américains et les Anglais se désengagent, vers 1924 ; mais ils étaient les plus présents en 1921. De ce fait, leur présence précoce, même si elle est de courte durée, laisse des traces, dans la mesure où les représentants d'autres pays sont informés de leurs pratiques et où certaines parties du règlement sont prévues pour être compatibles avec ces pratiques anglaises ou américaines. Par exemple, les 10-11 février 1922, lors d'une des premières discussions précises d'un règlement complet, un article sur le cas de faillite d'une partie est ajouté, en décalque direct du règlement de la chambre de commerce de Bradford. Il est aussi souligné qu'il ne faut pas traduire la notion continentale d'équité par *equity*, qui a un sens juridique différent en Angleterre. De manière plus fondamentale, le point crucial de l'organisation de la Cour, qui est qu'elle se permet de relire les décisions des arbitres et de leur donner des conseils à ce sujet, mais en essayant de ne pas entamer leur autorité, est conceptualisé sur la base d'une pratique à bien plus petite échelle de la chambre de commerce de Manchester, où les arbitres avaient coutume de discuter des formulations de leurs sentences avec le greffier (*registrar*)⁸⁶.

Par la suite, même avec un débat réduit pour l'essentiel à l'Europe continentale, il reste bien des questions à trancher. Rares sont celles qui pourraient être rangées sur l'axe « plus ou moins de droit ». Certes, certaines mettent en jeu les intérêts directs des professionnels du droit ; c'est principalement le cas de la place des avocats dans l'arbitrage. Ainsi, ayant manifestement appris que la présence d'avocats n'était pas suffisamment prévue au règlement, plusieurs représentants français de la profession s'imposent dans la discussion, au titre du Comité national français de la CCI, à un stade assez tardif de l'élaboration du règlement, en février 1923, et parviennent à y introduire les

⁸⁵ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 48, avril-juillet 1923.

⁸⁶ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 35, 22-23 février 1923. Cet élément n'est introduit au départ que dans des conseils aux arbitres constituant un appendice, et non pas dans le règlement lui-même : Document 44, 22-23 février 1923.

changements selon eux nécessaires (possibilité d'avoir un avocat en conciliation, dispense de procuration pour les avocats), en usant à l'occasion d'arguments assez menaçants. M^e Rodanet affirme ainsi que « *si la CCI veut se passer de l'appui des Compagnies du Barreau français, son œuvre est appelée à échouer.* »⁸⁷ Mais, plus souvent, ce sont les nuances entre droits nationaux continentaux, par exemple sur la possibilité d'arbitrage par défaut et ses implications, sur les mesures conservatoires ou sur la définition exacte de l'amiable composition, qui font débat et imposent des reformulations du règlement. Celles-ci ne vont pas vers plus ou moins de droit, mais constituent un ajustement entre les références juridiques possibles. L'objectif est alors d'éviter tout ce qui pourrait conduire à l'annulation des sentences dans tel ou tel pays.

Enfin, les questions concrètes d'organisation de l'arbitrage sont au moins aussi discutées, dans la mesure où les pratiques antérieures sont très diverses. C'est le cas du choix entre un arbitre, trois arbitres à égalité ou bien deux arbitres et un surarbitre (la première option est privilégiée) ; de la nécessité d'établir des listes d'arbitres publiques pour les parties, voire de leur y laisser le choix, ou bien de la préférence pour un choix *ad hoc* de l'arbitre, dans chaque affaire, par la Cour, sur proposition du Comité national de la nationalité choisie (la seconde option est choisie, mais très régulièrement remise en cause, notamment lors des Congrès de la CCI ; c'est l'impossibilité pratique de tenir à jour de très longues listes qui l'emporte à chaque fois⁸⁸) ; du fait que les deux parties, ou bien seulement le demandeur, versent une provision en début de procédure (la seconde option est choisie au départ) ; de la confidentialité des sentences (choisie après d'assez courts débats, mais contre l'avocat néerlandais Nolen) ; ou encore de la rémunération des arbitres (par opposition à un simple défraiement). La gratuité est posée en principe, mais, selon les articles XIX et XLI du premier règlement, « *Toutefois, et pour autant qu'il est de fait que dans certains pays et dans certaines industries des honoraires sont ordinairement réservés aux arbitres, la Cour d'arbitrage a capacité d'allouer aux arbitres des honoraires qui seront compris dans les frais de l'arbitrage aux taux ordinaires de ces pays et de ces industries.* » À chaque fois, les effets de ces choix sont importants, notamment sur les délais et coûts de l'arbitrage – et ces discussions n'impliquent pas un clivage entre marchands et juristes.

Dès 1923, ces réouvertures régulières des discussions sur le règlement, qui donnent lieu à de nombreux amendements ayant souvent pour conséquence de l'allonger, inquiètent l'administration

⁸⁷ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 44, 22-23 février 1923.

⁸⁸ Voir notamment Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 44, 3^e session du Comité d'études de l'arbitrage, 4-5 février 1927, Document 65, 4^e session, 14 octobre 1927, Document 66, Conseil de la CCI, 24 octobre 1927. Le Comité national hongrois est à l'origine de plusieurs de ces demandes d'établir des listes d'arbitres. L'existence des listes est en réalité prévue par la deuxième édition du règlement, manifestement pour faire plaisir à certains Comités nationaux, mais sans caractère obligatoire, et elles ne sont pas constituées, sauf pour la Serbie, la Croatie et la Slovénie (42^e session du comité exécutif, 25 avril 1928) et pour certaines spécialités comme la soie, en reprenant des listes d'associations de branches (50^e session du comité exécutif, 30 janvier 1929).

de la CCI. Édouard Dolléans parle d'une « véritable débauche d'amendements ! En principe j'y suis hostile. On ne doit pas, surtout en matière d'arbitrage vouloir tout réglementer, il faut laisser aux arbitres de très larges pouvoirs. [...] Il ne faut pas que le Règlement de la CCI soit plus compliqué, plus minutieux, plus restrictif de la liberté des conventions que les lois en vigueur dans les différents pays. » Pour Roberto Pozzi, « toute institution qui, dès qu'elle est née, modifie sa constitution, risque de perdre son autorité ».⁸⁹ Les mêmes craintes reviennent régulièrement pendant tout l'entre-deux-guerres. Il est évidemment possible, comme le craignent certains contemporains, qu'un règlement trop détaillé, voire trop changeant, ait découragé certaines parties de soumettre leur affaire à la CCI. Il est difficile d'envisager des sources permettant de s'en assurer ; on peut seulement souligner que la propagande est faite avec une brochure claire et résumée et non directement avec le règlement. En revanche, il semble qu'en contrepartie, toutes ces discussions du règlement aient permis des ajustements progressifs permettant d'éviter le désengagement global de trop de pays aussi bien que l'engorgement des procédures par la chicane⁹⁰, et aient donc contribué à assurer la survie à long terme de l'institution. Dès 1925, Dolléans lui-même a d'ailleurs reformulé ses inquiétudes : il accepte d'ouvrir la possibilité d'une révision du règlement, à condition qu'il s'agisse de le simplifier et le rendre plus « élastique » « plutôt que de l'amender »⁹¹. Et de fait, certaines des discussions conduisent à choisir en toute connaissance de cause une formule vague, autorisant plusieurs interprétations, plutôt qu'une précision excessive : il en va notamment ainsi à propos de la compétence de la Cour, restreinte aux affaires « internationales », mais sans qu'il soit indiqué si ce caractère repose sur la nationalité des parties, leur domicile, voire les questions en litige⁹².

Ainsi, la première originalité importante de l'arbitrage de la CCI apparaît très en amont, dans le fait qu'il naît d'un échange entre une grande diversité de pratiques préalables, mais constitue finalement un hybride nouveau. La présence, au départ, des Anglais et des Américains, même s'ils

⁸⁹ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 44, 22-23 février 1923.

⁹⁰ Les membres de la Cour sont en effet bien conscients que l'arbitrage doit proposer une rapidité relative, par rapport aux tribunaux, et s'inquiètent notamment en 1934 d'avoir vu une sentence rendue après 11 mois seulement et une autre après 5 ans. Archives CCI, Comité d'études de l'arbitrage, Document 4, 11^e session du Comité d'études, 18-19 décembre 1933. Peu après, il est acté que la procédure CCI ne peut guère prendre moins de 6 mois. Archives CCI, Comité d'études de l'arbitrage, Document 22, Lettre adressée par René Arnaud à l'*Exportateur français* en réponse aux articles de Mario Roustan dans les numéros des 30 avril, 28 mai et 9 juin 1936.

⁹¹ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 55, Comité d'études de l'arbitrage, 29-30 octobre 1925 : « *it was not so much a question of amending the rules as of reducing them and making them more elastic.* »

⁹² Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 55, Comité d'études de l'arbitrage, 29-30 octobre 1925. Une discussion animée conduit alors à l'adoption de la formule « *les différends d'ordre commercial ayant un caractère international* ». Le choix est ensuite délibérément fait de ne pas préciser : Documents 62-65, 4^e session du Comité d'études de l'arbitrage, 14 octobre 1927. La question de mieux expliciter ce point est régulièrement reposée et le choix du flou est maintenu. Ainsi, en 1931, il est souligné que le règlement permet d'arbitrer un litige entre nationaux d'un même pays, mais que l'affirmer trop clairement ne permettrait plus à la procédure de bénéficier des garanties de la convention et du protocole de Genève (Comité d'études de l'arbitrage, Document 19, 6^e session du Comité d'études, 21 février 1931). Cette interprétation vaut toujours en 1948 (Cour d'arbitrage, Document 79, 180^e session de la Cour, 1^{er} octobre 1948). Le flou de la formule était aussi publiquement revendiqué comme tel (Arnaud, 1928).

se retirent ensuite, joue un rôle clé à cet égard, car elle implique qu'il ne s'agit pas uniquement d'une synthèse de pratiques continentales. En outre, même si on a vu que les piliers de l'organisation de l'arbitrage à la CCI habitaient pour l'essentiel à Paris, ils n'étaient pas pour autant majoritairement français. En réalité, dès les premières discussions, les Français apparaissent particulièrement divisés, le summum en la matière étant atteint lorsque les avocats font valoir leurs revendications, puisque le débat a alors lieu pour l'essentiel entre Français : Max Leclerc, directeur d'Armand Colin et impliqué dans l'élaboration du règlement d'arbitrage du Congrès international des éditeurs, défend ainsi, contre les avocats, un règlement simple et court. Comme, de plus, Édouard Dolléans et René Arnaud n'ont pas de pratique personnelle antérieure de l'arbitrage, cela implique qu'il n'y a pas de front uni pour promouvoir ce qui serait un arbitrage à la française, malgré la localisation de la CCI à Paris. Il est ainsi particulièrement frappant que nul ne se réclame, dans cette première phase où les retours d'expérience sont échangés, de la pratique pourtant très répandue du renvoi à arbitre rapporteur par les tribunaux de commerce français (Lemerrier, 2012, chapitre 3). Manifestement, les milieux patronaux français impliqués à la CCI dans ses premières années sont assez éloignés de la justice commerciale, et les avocats français se désintéressent de la CCI après la première année (ils n'y reviennent très ponctuellement que lorsqu'elle discute de la loi française sur la clause compromissoire). La scène est donc ouverte pour une hybridation originale entre pratiques. La question du choix entre modèles continental, anglais ou américain, qui continue à bloquer les discussions de l'ILA par exemple, n'arrêtera plus la Cour de la CCI.

Le passage à la pratique : de la réaction à la chicane à l'ouverture de questions juridiques

Le processus d'oscillation dans l'élaboration du règlement finit ainsi par se réduire : certaines questions ne peuvent plus, au bout de quelques années, être rouvertes. Mais l'étape la plus importante pour le succès à long terme de l'arbitrage de la CCI est sans doute celle qui s'ouvre ensuite, entre 1925 et 1939. L'institution s'avère en effet particulièrement capable d'évoluer, dans ses pratiques, son organisation et même son règlement, en fonction du déroulement des premières centaines d'affaires qui lui sont soumises. Comme l'écrit Arnaud lui-même, celles-ci ont permis à la Cour, au secrétariat et aux Comités nationaux « *de faire leur apprentissage dans ce qui était en somme une expérience* »⁹³.

Ces premières affaires mettent en effet très vite en évidence les lacunes, les contradictions du règlement et surtout la manière dont des parties chicanières peuvent en jouer. La première discussion de ce type a même lieu avant que la Cour soit officiellement installée, dès que la

⁹³ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 46, Comité d'études de l'arbitrage, 29-30 octobre 1925.

première affaire lui est soumise, lors de la première session de son comité exécutif, le 24 juillet 1922. Il faut alors décider de la langue du compromis et de celle de la sentence : le compromis sera en français, sauf si les parties s'accordent sur l'anglais, et la sentence au choix des arbitres, mais un texte français sera toujours déposé à la CCI. Le fait que ce type de question, comme celles qui se posent ensuite, n'ait pas été anticipé souligne que, même si la CCI se nourrit des pratiques antérieures d'arbitrage, il existait assez peu de précédents de traitement d'affaires internationales et dépassant le cadre d'une seule branche. Les organisateurs de l'arbitrage à la CCI sont donc régulièrement surpris de ce qui leur arrive, et c'est de leur capacité à réagir, en répondant à la demande des parties sans pour autant risquer le blocage de l'institution par les plus chicanières⁹⁴, que dépendent les évolutions de la Cour.

Après l'entrée en vigueur d'une deuxième version du règlement de la Cour, le 1^{er} janvier 1928, il a pu sembler un temps qu'il ne serait plus question que de fonctionnement de routine : le Comité d'études de l'arbitrage n'est alors pas convoqué pendant deux ans et demi, entre octobre 1927 et mars 1930. Mais pendant ce temps, il s'avère que les questions s'accumulent à nouveau. Certaines sont soulevées par des Comités nationaux de la CCI, notamment le comité britannique, qui fait mine à nouveau à ce moment de s'intéresser à l'arbitrage, même si c'est sur des points de procédure assez mineurs ; le secrétariat de la Cour s'inquiète aussi du peu d'arbitrages venant des États-Unis et essaie de comprendre, en amont du Congrès de la CCI qui doit avoir lieu à Washington, les critiques qui y auraient cours. Le traitement de ces questions est l'occasion d'inviter au Comité un professeur et un avocat délégués par des sociétés de droit comparé, M^e Henri Levy-Ullmann et M^e Pierre Lepaulle, ce qui témoigne de la crédibilité accrue de la Cour⁹⁵. Si l'on en revient alors, pour un temps, à l'ambition de faire rayonner la Cour au-delà de l'Europe continentale, c'est depuis une position bien plus ferme qu'en 1922 dans le monde du droit international.

Mais ce sont surtout des questions du comité exécutif « inspirées par l'application pratique du règlement »⁹⁶ qui sont renvoyées au Comité d'études. Elles émergent plus exactement lorsque des parties parviennent à contourner le règlement ou à y faire apparaître des lacunes, par exemple en demandant la récusation d'un arbitre, l'élaboration d'un procès-verbal écrit d'arbitrage, ou encore la nomination d'un expert pour des constatations urgentes⁹⁷. Nous ne les développerons pas toutes ici, mais nous nous attacherons à trois d'entre elles, qui constituent des questions importantes pour

⁹⁴ En particulier, il est difficile de choisir entre laisser subsister des lacunes au règlement, qui peuvent être sources de chicane, et avoir un règlement trop précis, également suspect de donner de mauvaises idées aux plaideurs. Voir notamment Archives CCI, Comité d'études de l'arbitrage, Document 60, 15^e session du Comité, 16 février 1939.

⁹⁵ Archives CCI, Comité d'études de l'arbitrage, Document 9, 5^e session du Comité d'études, 17 mars 1930.

⁹⁶ Archives CCI, Comité d'études de l'arbitrage, Document 4, 5^e session du Comité d'études, 17 mars 1930.

⁹⁷ Sur cet usage des mesures conservatoires comme moyen dilatoire et les limites posées par la Cour à ce sujet, voir en particulier Archives CCI, Comité d'études de l'arbitrage, Document 46, 15^e session du Comité d'études, 16 février 1939.

l'arbitrage international en général et qui sont encore débattues après la Seconde Guerre mondiale : la compétence sur la compétence, la question de la nationalité des sentences et celle de l'élaboration d'une jurisprudence.

Assurer l'acceptation de l'arbitrage, défendre la compétence de la Cour

L'arbitrage commercial international, comme bien d'autres formes d'arbitrages, avait été rêvé comme une institution purement volontaire. Beaucoup des surprises offertes aux acteurs par les premières affaires traitées sont causées par la réticence des parties à se soumettre à l'arbitrage ou par leur capacité à en faire un usage chicanier. À un moment où la nécessité de commencer à rendre des sentences par défaut se profile, le Comité national belge de la CCI exprime bien cet espoir déçu : « *Nous estimons, en effet, abstraction faite de toute considération juridique, que l'arbitrage international doit être une procédure pour gens de bonne foi, acceptée de commun accord et qu'il y a lieu d'éviter, autant que possible toutes mesures coercitives.* »⁹⁸ Le premier règlement de la CCI avait été écrit en bonne partie avec en tête de telles parties de bonne foi, même s'il envisageait la possibilité de sentences par défaut.

Une bonne illustration en est la place que ce règlement, comme les premiers tracts présentant l'arbitrage de la CCI, donnait aux « sanctions morales », notamment promues par les Américains lors des discussions préliminaires, c'est-à-dire aux manières non judiciaires de faire appliquer les sentences. Or en pratique, dès la première affaire qui pose des problèmes d'exécution, à l'automne 1926 (on se souvient qu'il y a eu jusque-là peu de sentences), la Cour constate l'impossibilité de manier de telles sanctions. Si, pour l'arbitrage organisé par des associations de branches, la menace d'une exclusion peut porter, une institution comme la CCI n'a pas de telles armes à sa disposition. Le règlement envisageait des sanctions de réputation. Mais le demandeur de l'affaire 115, un courtier en tabac belge condamné à payer 100 000 FF 1920, ne se laisse pas faire et écrit à l'arbitre : « *Nous devons d'autre part vous mettre en garde contre votre menace d'essayer d'exercer sur nous une pression et de vous livrer à des dénonciations de notre firme et à des publications à notre détriment. Nous nous réservons de vous réclamer des dommages et intérêts à raison du tort que vous nous occasionnerez* »⁹⁹. Le comité exécutif de la Cour est sensible à la menace : alors qu'il y a encore très peu de sentences, il veut absolument éviter que celle-ci puisse être cassée par un tribunal belge. Toute sanction morale est donc suspendue, en attendant un *exequatur* qu'une convention franco-belge de 1899 laisse espérer et qui est obtenu. En revanche, les sanctions morales, ayant ainsi fait la preuve de leur difficulté d'application, sont supprimées de la deuxième édition du

⁹⁸ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 72, 39^e session du comité exécutif, 28 décembre 1927.

⁹⁹ Lettre reproduite dans Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 23, 28^e session du comité exécutif, 15 septembre 1926. Sur cette affaire voir également les Documents 22 et 25, même session et 29^e session du comité exécutif, 27 octobre 1926.

règlement¹⁰⁰. Parallèlement, on note aussi en 1929-1930 des formules de conciliation bien plus formelles que cinq ans auparavant, qui envisagent la possibilité que des parties ne se conforment pas à l'accord obtenu (Hamilton, 2001).

L'exécution des sentences, et même des transactions obtenues en conciliation, pose ainsi différents problèmes, souvent non anticipés du fait d'une vision trop irénique de l'arbitrage. C'est aussi le cas, en amont, de l'acceptation même de l'arbitrage par les parties, dont la Cour constate vite qu'elle ne va pas de soi. Le tout premier problème pratique qui se révèle pour le fonctionnement de la chambre est ainsi le caractère essentiel de la clause compromissoire, qui avait été largement sous-estimé. Or il apparaît, quand une cinquantaine d'affaires ont été soumises, qu'un seul arbitrage a pu avoir lieu, principalement parce que les défendeurs non soumis à la clause profitent en général de la possibilité de refuser l'arbitrage, voire se dispensent de répondre au secrétariat de la Cour, malgré le recours à leurs Comités nationaux pour les relancer¹⁰¹. Il s'agit là sans doute de la déception la plus régulière des promoteurs de l'arbitrage, quels que soient le temps et le lieu : ils constatent qu'il est difficile de décider des parties à se lancer dans un arbitrage une fois le conflit ouvert s'il n'y a pas eu, en amont, un engagement ferme dans ce sens. Ce constat a pour conséquences l'accent mis par la CCI sur la pression sur les gouvernements pour obtenir la reconnaissance de la clause compromissoire (à travers notamment les propositions de loi déposées en France par Étienne Clémentel, premier président de la CCI, propositions qu'il soumet à la Cour pour avis sur leur rédaction), la propagande pour l'inclusion de la clause CCI dans les contrats et l'engagement pour le Protocole de 1923 de la SDN¹⁰².

Mais indépendamment de ces efforts, la Cour se heurte rapidement à un obstacle qu'elle n'avait pas du tout prévu : des affaires dans lesquelles, malgré l'existence d'une clause compromissoire, une des parties refuse son activation, affirmant l'incompétence de la Cour. C'est le cas dans des situations limites où la clause n'a été acceptée que tacitement, parce qu'elle était incluse dans des conditions générales de vente ou même sur un papier à en-tête. Cette question est petit à petit tranchée par la jurisprudence dans chacun des pays qui vient d'accepter la clause compromissoire, avec des résultats variés mais en général favorables aux clauses tacites¹⁰³. La Cour suit de près cette jurisprudence et tente même directement de l'influencer, en particulier en France : ainsi, en 1932, le secrétariat général fait tierce-opposition, au nom de la CCI, à un arrêt de la Cour d'appel de Douai¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 39, Révision du règlement d'arbitrage, 11 février 1927 ; Document 44, 3^e session du Comité d'études de l'arbitrage, 4-5 février 1927.

¹⁰¹ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 49, 13 décembre 1923.

¹⁰² Voir notamment Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 53, 13 décembre 1923. À noter que le Comité économique et social de la SDN appelle explicitement la CCI à mener une campagne pour la ratification du Protocole : Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 50, Comité d'études de l'arbitrage, 29-30 octobre 1925.

¹⁰³ Pour un point sur cette question : Archives CCI, Comité d'études de l'arbitrage, Document 14, 6^e session du Comité d'études, 21 février 1931. Pour la France, l'arrêt clé est celui du 9 janvier 1933 de la Cour de Cassation.

¹⁰⁴ Archives de Paris, 2ETP/1/7/20 1, 39^e session du Conseil, 17 novembre 1932.

La Cour doit aussi réagir lorsque des parties arguent d'autres éléments variés pour refuser l'arbitrage malgré l'existence d'une clause explicite : par exemple la contestation de leur statut de commerçants (le règlement de la Cour vise les affaires commerciales, mais sans préciser sur la base de quelle définition exacte) ou le fait qu'un procès soit en cours sur une question connexe. Ces tactiques d'obstruction laissent planer le risque de longues suites judiciaires et surtout d'invalidation des sentences, risque considéré comme grave par une partie des instances de la Cour. Mais une autre partie considère comme encore plus grave le risque de « déni de justice » qui se présenterait si des parties qui ont fait l'effort d'insérer la clause CCI dans leurs contrats ne pouvaient pas *in fine* en bénéficier, par excès de prudence de la part de la Cour.

C'est après que plus de 200 affaires ont été inscrites, à la fin de 1927, que cette situation se présente pour la première fois, dans une question d'agence opposant deux parties belges¹⁰⁵. Comme on l'a vu, 1927 a marqué le début du traitement d'affaires découlant de l'insertion d'une clause CCI (et c'est le cas de deux tiers des affaires dès 1930). Dès ce début, les défendeurs se montrent aussi récalcitrants qu'auparavant (la première sentence par défaut, dans l'affaire 169, est rendue à la toute fin de l'année). Mais ils ne peuvent plus se contenter de dire non à l'arbitrage pour s'en dégager. La Cour doit donc notamment statuer sur le fait que l'arbitre, ou le comité exécutif, puisse ou non décider sur sa compétence – une question éminemment juridique qui a, depuis, largement occupé les spécialistes de l'arbitrage.

Politis en appelle au départ à « *une règlement (sic) universellement admise que le juge de l'action soit également juge de l'exception* »¹⁰⁶, ce qui est évidemment loin de clore le débat. La décision étant provisoirement laissée à l'arbitre, il y a là une incitation de plus pour qu'il soit plus souvent choisi parmi les juristes. Et comme les parties ne tardent pas à contester cette compétence de l'arbitre (ou de la Cour) sur sa compétence, les membres du comité exécutif doivent ouvrir des manuels de droit pour se pencher par exemple sur la définition de l'ordre public ; certains en concluent qu'il faudrait sans doute réviser le règlement pour qu'il affirme clairement cette compétence sur la compétence¹⁰⁷. C'est une des questions importantes soumises au Comité d'études lorsqu'il recommence à se réunir dans les années 1930. En effet, l'apparition des sentences par défaut implique un risque juridique réel : en cas de refus d'*exequatur*, « *la Cour d'arbitrage qu'elle ait statué elle-même ou qu'elle ait chargé l'arbitre de statuer [...], subira un échec moral extrêmement préjudiciable à son autorité dans le monde des affaires internationales.* »¹⁰⁸ Pourtant, c'est seulement une coutume interne qui continue à gouverner les décisions de la Cour, qui se

¹⁰⁵ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Documents 68-71, 38^e session du comité exécutif, 26 octobre 1927, affaire 233.

¹⁰⁶ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 73, 39^e session du comité exécutif, 28 décembre 1927.

¹⁰⁷ La première fois : Archives CCI, Cour d'arbitrage, 49^e session du comité exécutif, 17 décembre 1928. C'est le *Traité de droit commercial* de Lyon-Caen et Renault qui est cité par Hans Dietler, en même temps que des décisions de tribunaux supérieurs suisses.

¹⁰⁸ Archives CCI, Comité d'études de l'arbitrage, Document 16, 6^e session du Comité d'études, 21 février 1931.

déclare compétente si elle considère que l'affaire a un caractère international et si la majorité des membres pensent que l'exécution sera possible¹⁰⁹. Et ce n'est qu'à une faible majorité que l'idée que la Cour (plutôt que l'arbitre) décide de sa compétence, introduite au règlement par un amendement lors du Congrès de Washington en 1931, mais régulièrement débattue depuis, est maintenue par le Comité d'études juste avant la guerre¹¹⁰. Les jugements qui commencent à être rendus autour de l'exécution de sentences, même ceux qui sont par ailleurs décevants pour la CCI, tendent toutefois à confirmer cette compétence à juger de sa propre compétence¹¹¹.

En 1939, la Cour a donc réglé de manière assez satisfaisante pour ses membres la question de l'acceptation de l'arbitrage : la clause compromissoire est légale dans la plupart des pays, celle de la CCI se répand, et le problème de la compétence de la Cour sur sa propre compétence, s'il est encore débattu en interne, ne paralyse pas le fonctionnement. Il est notamment apparu impossible de laisser cette question à l'arbitre, qui, dans la procédure de la CCI, n'est nommé qu'après plusieurs étapes, alors que le problème de la compétence doit être réglé en amont. Cette situation implique toutefois que la Cour se reconnaisse d'assez bonnes connaissances juridiques pour prendre des décisions sur sa compétence qui ne risquent pas de mettre en danger l'*exequatur*. Elle conforte ainsi le poids de la Cour, et pas uniquement des arbitres, qui fait la spécificité de l'organisation de l'arbitrage à la CCI ; elle incite aussi à maintenir ou augmenter le poids des juristes à la Cour et les compétences juridiques du secrétariat.

Assurer l'exécution : du choix du lieu d'arbitrage à l'idée de sentence internationale

On retrouve ces mêmes conclusions à l'issue des débats liés cette fois aux problèmes d'exécution eux-mêmes. Non seulement les « sanctions morales » sont abandonnées au profit de l'*exequatur* (même si encore en 1935, la Cour peut se glorifier de 87 % d'exécution de ses sentences sans procédure judiciaire¹¹², et en 1939 de seulement trois sentences non exécutées : Boissier, 1939), mais les membres de la Cour, au départ peu intéressés par le conflit des lois, doivent en venir à ce type de discussion très juridique. Ils ont toutefois la chance, comme pour les contestations de la compétence de la Cour, de n'avoir que progressivement à se confronter aux questions d'exécution, à mesure que de nouvelles affaires imposent de nouveaux dilemmes.

¹⁰⁹ Archives CCI, Comité d'études de l'arbitrage, Document 21, 52^e session du Conseil de la CCI, Rapport sur l'activité de la Cour et de la conciliation depuis le Congrès de Paris, 26 juin 1936.

¹¹⁰ Archives CCI, Comité d'études de l'arbitrage, Documents 14-21, 6^e session du Comité d'études, 21 février 1931 et notamment Document 60, 15^e session du Comité d'études, 16 février 1939.

¹¹¹ Voir sur des jugements belge et allemand Archives CCI, Cour d'arbitrage, Documents 49 et 52, 130^e session de la Cour, 26 janvier 1938, et commentaire du secrétariat général sur un arrêt du 16 novembre 1937 de la Cour d'appel de Berlin.

¹¹² Archives CCI, Comité d'études de l'arbitrage, Document 8, Congrès de Paris, séance de groupe exceptionnelle du 25 juin 1935.

Le premier problème qui affleure, alors qu'il avait été ignoré dans les discussions sur le règlement, est celui du choix du lieu de l'arbitrage. C'est une des principales décisions que doit prendre la Cour dans chaque affaire, en même temps qu'elle choisit une nationalité, et souvent un type de compétence, pour l'arbitre (et demande au Comité national correspondant de suggérer un nom en fonction de ces préférences). En effet, il est posé dès le départ que l'arbitre doit être choisi dans une nationalité tierce, différente de celles des parties (même si en pratique, des questions de compétence linguistique entrent aussi en ligne de compte).

C'est un choix intéressant en soi et par le fait qu'il est toujours donné comme naturel par tous les acteurs, car il prend comme une évidence le fait que les intérêts en cause dépendent de la nationalité, plus par exemple que de la branche ou de la position commerciale (vendeur/acheteur, commerçant en nom propre/commissionnaire, etc.¹¹³). La Cour de la CCI exprime ici son assise fondamentalement *inter-nationale* (et non pas inter-branche et supra-nationale, par exemple) : un rattachement national est l'information minimale qui est toujours donnée dans les procès-verbaux, tant sur les parties que sur les membres de la Cour ; les membres du comité de conciliation sont choisis en fonction de la nationalité des parties, qui contraint aussi le choix des arbitres, ceux-ci étant désignés par des Comités nationaux. Une phrase symptomatique d'un document de propagande de la Cour indique ainsi, à propos de la conciliation, que « *Les parties sont sûres que leurs intérêts seront sauvegardés puisque leurs compatriotes de la Commission administrative siègent toujours à ces séances.* »¹¹⁴

Mais, si l'arbitre doit ainsi être neutre par rapport à ce critère dominant qu'est la nationalité des parties, il n'apparaît pas souvent opportun d'arbitrer dans un lieu neutre. En effet, tant que les sentences étrangères ne sont pas reconnues dans tous les pays, il est important que la sentence soit rendue là où elle devra être exécutée. La Cour est donc souvent désireuse d'obtenir un arbitrage dans le pays du défendeur pour faciliter l'exécution de la sentence. Malgré des débats réguliers à ce sujet, toutefois, cette option n'est jamais explicitée dans le règlement comme la seule possible, ni même présentée comme le choix à faire faute de préconisations contraires¹¹⁵. En effet, il peut y avoir de bonnes raisons d'arbitrer ailleurs, soit qu'on ne sache pas quelle partie a plus de risques d'être

¹¹³ On constate que l'interprétation de la neutralité en termes purement nationaux n'est pas la seule possible lorsqu'une partie, dans une affaire de commerce de guano pour laquelle la CCI cherche avec difficultés un arbitre anglais pour arbitrer à Londres tout en s'inquiétant d'une possible exécution aux Pays-Bas, demande surtout, en soulignant la phrase dans sa lettre, un arbitre qui soit courtier en gros et non marchand pour son propre compte (« *if it is looked after that the sole arbitrator is a man who usually sells whale guano on commission, as a broker, and not as a merchant on his own account.* »). Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 58, 22^e session du comité exécutif, 16 décembre 1925.

¹¹⁴ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 41, *L'arbitrage de la CCI*, 7 octobre 1925.

¹¹⁵ En réalité, cette idée d'en faire l'option par défaut est sérieusement envisagée, mais pas adoptée. Voir notamment Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 7, Projet de texte révisé du règlement de conciliation et d'arbitrage, 28 avril 1926, Document 15, Synopsis of decisions reached at the 2nd meeting, 31 mai 1926. Il est finalement décidé de ne pas avoir d'option par défaut : Document 39, Révision du règlement d'arbitrage, 11 février 1927.

condamnée *in fine* (il y a souvent des demandes reconventionnelles), soit que l'arbitrage implique une expertise de marchandises et doive donc se faire de préférence là où elles se trouvent. Ces divers impératifs imposent souvent un lieu d'arbitrage ne correspondant pas à la nationalité souhaitée pour l'arbitre. Cela implique soit des frais de déplacement, soit la nécessité de rechercher un arbitre compétent et neutre qui réside aussi dans le pays d'une des parties, ce qui peut s'avérer difficile¹¹⁶. Dès le début de 1924, on cherche ainsi un Belge ou un Néerlandais de Paris, un Anglais résidant aux États-Unis, un Suisse prêt à se rendre en Tchécoslovaquie, etc. Dans d'autres cas, les droits de douane encourus pour faire parvenir les marchandises à l'arbitre pressenti bloquent la procédure¹¹⁷. Enfin, si certains arbitrages se font sur documents, il arrive aussi que les deux parties veuillent comparaître, ce qui ne simplifie pas l'organisation de l'arbitrage. Ces difficultés ne sont jamais résolues en pratique dans l'entre-deux-guerres ; en 1930, il est ainsi précisé que lorsque la localisation des marchandises pose problème, le secrétaire général incite surtout les parties à une résolution à l'amiable ou une transaction¹¹⁸.

Ces problèmes pratiques ont aussi des conséquences bien plus juridiques. Ils sont ainsi à l'origine de l'implication de la CCI dans les efforts de la SDN pour la reconnaissance des sentences étrangères (voir notre seconde partie) : un point qui n'avait jamais été abordé dans les débats en amont de la création de la Cour, mais qui affleure au fil de la pratique et s'affirme, lors de la création du Comité d'études de l'arbitrage, comme un des principaux objectifs de ce dernier¹¹⁹. Ils finissent également par poser la question de la possibilité de sentences qui auraient d'emblée un statut international.

En effet, les discussions initiales sur le règlement de la Cour avaient scrupuleusement évité de poser de manière frontale la question du droit, tant substantiel que procédural, que les arbitres devraient appliquer. Pour la procédure, l'évidence implicite derrière les débats était que les arbitres feraient du règlement de la Cour lui-même leur loi, la seule dont ils auraient besoin. Pour le droit substantiel, les discussions avaient rapidement fait apparaître qu'il n'était pas opportun de mobiliser le couple droit-équité, bien connu en Europe continentale mais ignoré ou considéré comme suspect en Angleterre. S'il n'était donc nulle part question explicitement d'équité, en revanche, les discussions autour du règlement présupposaient que les arbitres seraient souvent des techniciens et auraient souvent le rôle, là aussi très continental, d'amiables compositeurs, c'est-à-dire qu'ils ne

¹¹⁶ Pour la première apparition explicite de ce problème : Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 7, 8^e session du comité exécutif, 24 janvier 1924. Pour une discussion plus détaillée : Document 46, Comité d'études de l'arbitrage, 29-30 octobre 1925.

¹¹⁷ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 8, 24^e session du comité exécutif, 19 avril 1926 : l'arbitre est en Suisse, les marchandises à Madrid ; finalement, l'arbitrage a lieu en Espagne, avec l'accord des parties. Pour un cas similaire, Documents 41 à 49, 32^e et 33^e sessions du comité exécutif, 23 février-6 avril 1927.

¹¹⁸ Archives CCI, Comité d'études de l'arbitrage, Document 9, 5^e session du Comité d'études, 17 mars 1930.

¹¹⁹ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 52, Comité d'études de l'arbitrage, 29-30 octobre 1925.

seraient pas tenus d'appuyer leurs décisions sur le droit écrit. Ce n'est que la 99^e affaire soumise à la Cour qui, à la toute fin de 1925, expose ces implicites et les problèmes qu'ils peuvent poser – après, donc, déjà quelques années d'expérimentation qui ont permis à l'institution de commencer à exister, pour elle-même et vue de l'extérieur.

Cette affaire oppose une société néerlandaise à un particulier norvégien autour d'une question de délais de livraison dans un achat de guano : si la somme en cause est élevée (près de 200 000 FF 1920), il n'y a donc rien là qui sorte *a priori* de l'ordinaire des premières années. Mais ces parties sont déterminées à contrôler leur arbitrage de près. Outre qu'elles s'opposent sur les caractéristiques à souhaiter pour l'arbitre ou encore le fait de comparaître ou non en personne devant lui, le défendeur demande expressément à être jugé selon une loi norvégienne de 1907. Le comité exécutif constate alors qu'il ne sait même pas s'il doit lui-même trancher cette question ou laisser l'arbitre en décider. Finalement, c'est la seconde option qui est choisie, malgré les protestations du défendeur, qui crie à l'arbitraire, et l'opposition notamment de Sambuc et Jeziarski¹²⁰. Lors des discussions à ce sujet, certains membres invoquent les notions d'équité ou, comme l'avocat norvégien Reimers, de « principes du droit commercial », pour définir ce qui doit fonder la décision de l'arbitre, mais il n'y a pas de consensus sur ce point, dont Arnaud souligne qu'il n'avait pas été explicité lors des discussions sur le règlement. Thor Carlander, tout en comptant sur le fait que la loi sur le point en litige soit « *sans doute à peu près la même dans tous les pays* », en profite pour regretter que la Cour n'ait pas choisi d'adopter les règles de conflit des lois proposées par l'Institut de droit international de Florence en 1908¹²¹. En effet, lui-même avait été le seul à évoquer précédemment la question, sans éveiller aucun intérêt auprès de ses collègues, dès 1923 : il avait alors suggéré que la Cour, et non l'arbitre, détermine « *la loi applicable dans chaque cas d'espèce. C'est là en effet, selon M. Perceron et M. Gidel, experts pour l'arbitrage auprès de la Société des Nations, la véritable difficulté de l'arbitrage international.* »¹²² L'avocat au barreau de Paris Roger Réau, notamment, avait alors affirmé que cette question était trop juridique pour être discutée par la Cour, et elle avait été enterrée par le biais d'un envoi pour avis aux Comités nationaux de la CCI.

Le destin de cette intervention est symptomatique : au moment où le règlement est élaboré, toute l'attention se porte sur les échanges à propos des diverses organisations pratiques possibles pour l'arbitrage. Les rares évocations de la doctrine à ce sujet, en revanche, n'enclenchent pas de débats. L'arbitrage est conçu à la Cour comme un problème commercial, un problème de procédure, éventuellement de droit commercial, mais pas vraiment de droit international. C'est par la pratique,

¹²⁰ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 31, 23^e session du comité exécutif, 17 mars 1926, Document 19, 26^e session du comité exécutif, 30 juin 1926.

¹²¹ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 1, 22^e session du comité exécutif, 16 décembre 1925.

¹²² Archives CCI, Cour d'arbitrage, Documents 38 et surtout 44, Comité de rédaction du règlement de conciliation et d'arbitrage de la CCI, session des 22 et 23 février 1923.

et plus précisément face à des parties dont les demandes n'avaient pas été anticipées, que ces questions font finalement irruption à la Cour, à un moment où elle est peut-être un peu mieux armée pour les traiter. Elle peut notamment s'appuyer sur Gilbert Gidel, professeur à la Faculté de droit de Paris, qui arrive dans les instances de la Cour à la faveur de la création du Comité d'études. Ceux qui étaient invoqués ou ignorés comme des experts lointains sont maintenant dans la place.

Cela arrive précisément au moment où l'Association de droit international (ILA) consulte le Conseil de la CCI à propos d'un nouveau projet de convention sur le conflit de lois. Cette fois, la CCI prend le temps à la fois de mobiliser un petit groupe de quatre hommes, dont Carlander, pour examiner le projet de près et d'obtenir effectivement des réponses de chaque Comité national¹²³. Certains se méfient d'une juridicisation de l'arbitrage : les États-Unis ré-interviennent, pour une fois, et à nouveau dans le sens de cette méfiance ; ils soulignent aussi que le conflit des lois entre leurs propres États est déjà inextricable. Les juristes ne sont pas les derniers à voir comme « *une violation pure et simple du principe même de l'arbitrage* » l'idée d'obliger un arbitre à suivre une loi substantielle, quelle qu'elle soit, comme le dit par exemple l'avocat à la Cour suprême de Norvège Beuch Bugge. Mais cette opinion est largement fondée sur le constat que les arbitres ne sont pas nécessairement des hommes de loi : cela ouvre la possibilité de faire évoluer en parallèle le profil des arbitres et leur rapport aux lois, ce qui se produit effectivement dans les années 1930 à la Cour de la CCI. La Cour entre bien progressivement, malgré de telles préventions, dans les discussions des juristes sur l'arbitrage, y compris sur la question unanimement reconnue comme « technique » du conflit des lois.

Le problème est en effet régulièrement reposé par des affaires en cours, notamment, en 1929, un litige d'autant plus épineux qu'il concerne une partie anglaise. De telles affaires sont rares, comme on l'a vu, et la Cour prend garde, pour que les sentences soient applicables et donc pour conserver ce petit contingent qui lui permet de montrer qu'elle n'est pas qu'une institution continentale, à les faire arbitrer en Angleterre, en respectant les procédures anglaises. Mais qui dit procédure, ici, peut se rapprocher dangereusement d'une application du droit substantiel anglais, à travers notamment la possibilité du *special case*, c'est-à-dire du renvoi par l'arbitre d'une question de droit à un tribunal. Confronté à cette situation, le comité exécutif, tout en se montrant particulièrement souple parce que l'Angleterre est en cause, affirme assez clairement qu'en l'absence de règles internationales sur le conflit des lois, il ne s'astreint qu'à respecter les procédures locales et non le droit substantiel, malgré les espoirs des *solicitors* du défendeur anglais¹²⁴.

¹²³ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 10, Observations de divers Comités nationaux sur le projet de convention établi par l'Association de droit international, 17 avril 1926 (citation de Bugge) ; Document 15, Synopsis of decisions reached at the 2nd meeting, 31 mai 1926.

¹²⁴ Archives CCI, Cour d'arbitrage, 54^e-57^e sessions du comité exécutif, 29 mai-1^{er} octobre 1929, affaire 249.

Après un temps d'apaisement, pendant lequel la question juridique délicate est plutôt celle des décisions de la Cour sur sa propre compétence, le problème du rapport aux droits nationaux revient à l'ordre du jour du Comité d'études en 1939, alors que le recours à l'*exequatur* est devenu nettement plus fréquent. Henry Solus, professeur à la Faculté de droit de Paris, qui vient juste d'être nommé au Comité d'études, propose un rapport qui rouvre même la question des procédures nationales : toutes leurs préconisations doivent-elles être suivies pour les sentences ? Il souligne que la question n'a rien d'évident, d'autant qu'il est impossible de savoir, au moment où la procédure d'arbitrage commence, quelle partie devra exécuter la sentence : on ne peut donc pas se fonder sur le droit de son pays. Solus préférerait également que la sentence ne soit pas considérée comme une sentence nationale du pays où elle est rendue, notamment parce que ce pays n'a pas été choisi par les parties : cela voudrait dire qu'elles doivent se plier à un droit procédural qu'elles n'ont pas choisi, ce qui lui paraît contraire au principe de l'arbitrage. Au fond, Solus, nouveau venu, exprime clairement ce que ses collègues plus anciens pensaient tout bas : les formalités propres à la CCI devraient être la seule loi de la procédure, sauf dispositions d'ordre public ou lacunes, auquel cas on en reviendrait à la loi du pays de la sentence.

Surtout, cette discussion est l'occasion d'affirmer un espoir qui joua ensuite un rôle important dans l'élaboration de la Convention de New York : celui de voir naître des sentences d'emblée « internationales » (de fait plutôt pensées comme supra-nationales), convenant au statut très particulier obtenu par la CCI. Solus écrit ainsi dans son rapport : « *Sans doute, la CCI étant essentiellement un organisme privé n'ayant pas de pouvoir d'autorité sanctionné par les différents États souverains, serait-il téméraire de reconnaître aux sentences que rend la Cour d'arbitrage un caractère proprement international.* »¹²⁵ Et lors de la discussion de ce rapport, « M. Boissier rappelle que les sentences de la CCI n'ont encore aucun statut international et qu'il faut bien tenir compte de cette situation. » Même si elle est présentée en termes d'impossibilité, c'est manifestement la solution qui, si elle devenait possible, aurait la préférence de Solus, de Boissier, comme de la Cour en général. En attendant, c'est déjà l'interprétation de Solus selon laquelle le règlement de la CCI est pour l'essentiel la loi de la procédure qui est adoptée lors de cette discussion¹²⁶.

Mais dans le même temps, les parties, de plus en plus systématiquement assistées d'avocats, et les arbitres, plus souvent juristes, rouvrent, eux, la question des droits substantiel et procédural applicables, en la pensant toujours en termes de droits nationaux. Ainsi, dans l'affaire 619 arbitrée à Berlin, pour laquelle on a vu que la Cour se félicitait de la stature des arbitres et du sérieux des audiences, c'est le compromis même qui précise qu'il faut juger « d'après la loi allemande ». Au

¹²⁵ Archives CCI, Comité d'études de l'arbitrage, Document 50, 15^e session du Comité d'études, 16 février 1939.

¹²⁶ Archives CCI, Comité d'études de l'arbitrage, Document 60, 15^e session du Comité d'études, 16 février 1939.

même moment, dans l'affaire 626, les arbitres commencent leur projet de sentence par une discussion du droit applicable (ici sur la situation d'une société qui a fait faillite), ce qui implique l'interprétation d'un contrat qui n'avait pourtant rien prévu d'explicite en la matière ; ils concluent également à la nécessité de suivre le droit allemand, et la sentence, en conséquence, abonde en références aux lois, à la jurisprudence et même à la doctrine correspondantes¹²⁷. Il s'agit là encore d'une affaire germano-norvégienne, avec cette fois un tiers arbitre néerlandais jugeant à Rotterdam. Or la décision des arbitres sur cette question du droit applicable est contestée en des termes très vifs par Hugo Karvaly. Les autres membres du Comité exécutif s'accordent toutefois pour considérer que « *la Cour ne devrait pas intervenir dans cette question éminemment juridique* », comme le dit Jean-Paul Palewski, qui est pourtant aussi docteur en droit. La sentence est finalement approuvée sans commentaire, et le fait de laisser les arbitres décider du droit applicable semble bien définitivement acté. C'est un partage des tâches crucial, qui est permis par l'évolution antérieure vers le choix d'arbitres juristes, mais qui engage aussi à la poursuivre.

C'est finalement sur un problème de rattachement de la procédure à un droit national que se conclut l'entre-deux-guerres de la Cour de la CCI. En effet, dans l'affaire 619, si le compromis précisait qu'il fallait juger d'après la loi allemande, il avait aussi choisi explicitement la procédure de la CCI. La nouvelle procédure allemande en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1934, très stricte, n'a donc pas été suivie par le surarbitre anglais, alors même que l'arbitrage a eu lieu à Berlin. La question de la nationalité de cette sentence se pose : elle ne peut guère être allemande, et il n'est pas certain non plus qu'elle puisse être exécutée comme sentence étrangère. Selon Boissier, la doctrine tend à attribuer une nationalité aux sentences selon le lieu où elles sont rendues, et plusieurs membres du comité exécutif craignent qu'il soit difficile de faire considérer le règlement de la CCI comme un véritable droit étranger. Pourtant, en approuvant la sentence, la Cour fait ce choix de la présenter comme étrangère¹²⁸. Mais elle est rapidement confrontée aux questions plus précises du Tribunal de Berlin (*Landgericht*), auquel le secrétariat répond cette fois qu'il s'agit d'une « *sentence arbitrale internationale* », car rendue au nom d'une organisation internationale, hors des dispositions des législations nationales, selon l'article 2 du Protocole de Genève de 1923. Berlin n'aurait été choisi que par commodité et la loi allemande ne se serait imposée que sur le fond¹²⁹. Le tribunal allemand n'accepte pas cette notion de sentence internationale et refuse l'*exequatur* parce que la sentence n'a pas été déposée dans les formes. Le nouveau secrétaire général Boissier en fait le reproche aux membres de la Cour : selon lui, « *la méthode suivie de façon constante par la Cour depuis plus de 13 ans [...] consistait à observer les formalités de procédure exigées par la loi du*

¹²⁷ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Documents 14 et 15, compromis dans l'affaire 619 et projet de sentence dans l'affaire 626, présentés à la 119^e session de la Cour, 17 juin 1936.

¹²⁸ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 24, 120^e session de la Cour, 29 juillet 1936.

¹²⁹ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 29, 123^e session de la Cour, 25 janvier 1937.

pays où la sentence était rendue. » La Cour aurait eu tort de rompre avec cette méthode en considérant le règlement de la Cour comme un droit en soi, suffisant « *pour rendre la sentence susceptible de sanctions légales* ». Il est manifeste dans la discussion qu'en réalité, les membres de la Cour n'étaient pas tous conscients qu'en pratique, les sentences de la Cour se voyaient attribuer diverses nationalités afin de pouvoir être exécutées. Cette prise de conscience occasionnée par la décision du tribunal de Berlin ne les conduit pas à une position unifiée, mais Politis en profite pour plaider à nouveau pour une convention permettant « *de véritables sentences internationales.* » Il affirme : « *Une sentence rendue sous les auspices d'une organisation internationale, avec le concours de Comités nationaux et d'arbitres neutres, diffère pourtant d'une sentence prononcée par des juges nationaux. Elle devrait donc être soumise à un statut spécial* »¹³⁰.

Les deux parties ayant attaqué le jugement du Tribunal de Berlin, la Cour d'appel de la même ville revoit toute la procédure, en soulignant elle aussi qu'il n'est pas possible qu'une sentence soit internationale, mais en reconnaissant qu'il est difficile de lui attribuer une nationalité. Il est en effet envisagé que la sentence de l'affaire 619 puisse être française, mais la Cour d'appel rejette cette interprétation, en considérant que ce n'est que pas accident, en quelque sorte, que la CCI a son siège en France. Au total, son interprétation est plutôt favorable à la Cour d'arbitrage, puisqu'elle accepte l'idée que la CCI ait pu suivre sa propre procédure tout en appliquant le droit allemand sur le fond. Mais la sentence reste annulée, cette fois faute de motivation suffisante¹³¹.

Si les parties ne vont pas en cassation, elles reviennent presque aussitôt devant la Cour d'arbitrage de la CCI, pour un autre litige lié au même contrat, ce qui offre l'occasion de continuer les plaidoyers, en interne, pour une convention prévoyant des sentences internationales. Henri Sambuc rappelle à cette occasion que René Arnaud avait déjà évoqué le problème au Congrès de droit comparé à La Haye, les 2-6 août 1932 : « *on aboutit à des illogismes singuliers : un arbitre suisse, prononçant en amiable compositeur, une sentence qui condamne un Français, rendra une sentence qui sera étrangère au regard de la loi française, s'il signe sa sentence à Bâle. La même sentence, comportant les mêmes considérants et la même condamnation deviendra nationale en France, si l'arbitre passe la frontière et s'en va rédiger sa sentence à Saint Louis, c'est-à-dire, à quelques kilomètres de Bâle, sur papier timbré français.* »¹³² Parallèlement, Boissier fait montre de sa compétence juridique pour proposer une analyse plus positive de l'arrêt de la Cour d'appel, en soulignant que « *[l]a sentence arbitrale doit avoir une nationalité. Plus exactement, elle doit être soumise à un droit de procédure déterminé* », en même temps qu'il analyse la nouvelle loi

¹³⁰ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 30, 123^e session de la Cour, 27 janvier 1937.

¹³¹ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 48, Arrêt rendu par la Cour d'appel de Berlin le 16 novembre 1937.

¹³² Citation directe d'Arnaud par Sambuc, Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 51, 130^e session de la Cour, 26 janvier 1938.

allemande pour permettre à de futurs arbitres de se couvrir en matière de procédure¹³³.

Ainsi, l'habitude a été prise de s'interroger systématiquement, et assez en amont, sur les droits substantiel et procédural applicables. Même dans les conditions chaotiques de fonctionnement de Stockholm pendant la guerre, alors que les juristes sont en minorité dans la formation de la Cour mise en place dans cette ville, cette question reste prise au sérieux. Il faut se demander par exemple dans l'affaire 688, où un arbitre danois doit juger d'un litige italo-allemand, si le droit danois permet l'amiable composition et, devant les divisions des juristes en la matière, préciser au compromis que cette option est exclue¹³⁴. La Cour a pris la mesure de ce que sa position requérait en matière de connaissance et de respect des droits et jurisprudences de chaque pays.

Quant à la question des sentences internationales, elle reste donc ouverte ; ce n'est que dans les années 1950 qu'elle devient un cheval de bataille de la CCI, qui se heurte alors, dans le cadre des discussions préalables à la Convention de New York, à l'opposition déterminée des juristes de bien des pays vis-à-vis de cette innovation (voir notre seconde partie). À la fin des années 1930, il ne s'agit guère que d'un espoir ténu, mais il témoigne déjà bien de la position très particulière acquise par la CCI : réellement internationale, sa Cour a du mal à se positionner vis-à-vis des droits nationaux, alors que ce problème ne se pose pas de façon aiguë à la LCA ou à l'AAA, bien identifiées à un système juridique. En outre, la Cour est suffisamment certaine des compétences juridiques qu'elle a acquises, notamment chez ses arbitres et dans son Comité d'études, pour envisager une discussion d'égal à égal avec les spécialistes mondiaux en la matière. Il est particulièrement intéressant, rétrospectivement, qu'à aucun moment elle ne s'appuie, dans cette discussion, sur la notion de *lex mercatoria*. C'est de l'attachement à la procédure propre à la CCI, qu'elle aimerait élever au même rang que les lois nationales, que naît la revendication de sentences « internationales » – et non pas de l'invocation d'un droit substantiel qui serait propre au commerce international.

Publier les sentences : la création d'une jurisprudence ?

Enfin, le traitement par la Cour d'affaires plus complexes, leur traitement par des arbitres juristes et le fait qu'elles aboutissent à des sentences finissent par ouvrir la question de la publication de ces dernières (le seul point faisant consensus étant que si elles sont publiées, elles doivent être anonymées), et donc celle de la possibilité que se constitue une jurisprudence de la Cour. Cette publication est d'abord envisagée dans un but de publicité de l'institution, qui n'est pas encore

¹³³ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 52, Arrêt rendu par la Cour d'appel [...], commentaire du secrétariat général.

¹³⁴ Archives de la Cour conservées à la Bibliothèque royale de Suède, compilation réalisée par Sigvard Jarvin en 1992, Cour d'arbitrage, 1^{re} session à Stockholm, 18 avril 1940, affaire 688.

fortement assise lorsque le débat commence, à la toute fin de 1926¹³⁵. Mais l'idée que certaines affaires pourraient faire jurisprudence est aussi assez tôt agitée par Charles Neef, à propos, ce n'est sans doute pas un hasard, des affaires 143 et 144, dans lesquelles l'arbitre est un juriste. L'affaire 143, dans laquelle la banque de Giuseppe Zuccoli, membre assidu du comité exécutif, est demanderesse a même très probablement été portée devant la Cour dans le but d'obtenir une décision de principe, à propos du fonctionnement des lettres de crédit. Il est donc logique d'envisager une forme de publication, d'autant que l'arbitre, un avocat belge conseil de plusieurs grandes banques, formule effectivement sa sentence dans des termes qui se veulent généraux¹³⁶. Arnaud affirme explicitement à ce moment que le comité exécutif espère la constitution d'« *une jurisprudence commerciale internationale* »¹³⁷ ; il se heurte toutefois à l'opposition britannique sur la question de la publication des motifs de la sentence, et le *statu quo* est maintenu. En 1930, confronté à l'avocat Pierre Lepaulle, de la Société de législation comparée, qui espère la naissance d'une véritable jurisprudence, Arnaud dit que « *la volonté formelle* » du comité exécutif s'y oppose, tant pour préserver « *le secret absolu* » sur les sentences que pour ne pas lier les arbitres¹³⁸. Le secrétariat général commence toutefois à regretter ce que la confidentialité fait perdre en prestige à la Cour¹³⁹. En 1924-1925, des résumés d'affaires conciliées, mais aussi ponctuellement arbitrées étaient présentés dans la « chronique de l'arbitrage » du *Journal de la CCI* ; mais il ne s'agissait pas de sentences ou d'extraits de sentences en tant que tels (Magnier, 1928, Hamilton, 2001). Ce qui est en jeu est ainsi moins un problème de confidentialité, satisfait de toute façon par l'anonymisation, que la question de savoir si l'on veut ou pas créer des précédents, une jurisprudence de la Cour.

La question des effets de la dévaluation de la livre sterling ouvre finalement la voie à la publication des sentences. Une dizaine d'affaires liées aux effets de cette dévaluation sur les contrats libellés en livre-unité de compte sont soumises à la Cour en 1931. Il s'agit d'un moment où le Conseil même de la CCI est saisi du problème, bien au-delà donc de sa dimension d'arbitrage. Une commission qu'il crée sur la question, dont les membres sont largement puisés dans les instances de la Cour d'arbitrage, ne parvient pas à décider d'une conclusion générale en termes de « *formule uniforme de règlement* » qui pourrait aider les arbitres¹⁴⁰. Ceux-ci restent donc souverains, mais leurs décisions n'en sont que plus attendues. En pratique, sans se concerter ni se lire mutuellement, les arbitres choisis par la Cour jugent tous qu'à défaut de clause or, le débiteur ne peut pas être tenu à une compensation du fait de la dépréciation. Devant le risque que le contenu de ces sentences se propage sous la forme de simples rumeurs, ainsi que devant l'afflux de demandes individuelles au

¹³⁵ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 37, 30^e session du comité exécutif, 29 décembre 1926.

¹³⁶ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 40, Sentence arbitrale, 19 février 1927.

¹³⁷ Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 44, 3^e session du Comité d'études de l'arbitrage, 4-5 février 1927.

¹³⁸ Archives CCI, Comité d'études de l'arbitrage, Document 9, 5^e session du Comité d'études, 17 mars 1930.

¹³⁹ Archives CCI, Comité d'études de l'arbitrage, Document 16, 6^e session du Comité d'études, 21 février 1931.

¹⁴⁰ Voir notamment sur ce sujet Archives CCI, Conseil de la CCI, 23-24 octobre 1931.

secrétariat à ce sujet¹⁴¹, il est finalement décidé de les publier – tout en affirmant bien que la Cour n'a pas de doctrine. Les sentences portant sur la livre sterling sont même republiées ensemble dans un document distinct en 1936, suite à un nouvel épisode de dévaluation et à de nouvelles demandes d'information de commerçants¹⁴². Cet épisode permet donc à la Cour à la fois de gagner en notoriété et d'affirmer une certaine indépendance vis-à-vis de la CCI.

C'est l'adoption d'une proposition soumise par Robert Marx qui a permis cette série de publications. Elle est semble-t-il fondée sur l'exemple de l'AAA, qui a pris peu avant la même décision. Un choix de sentences anonymées, réalisé par le comité exécutif, est publié dans la revue de la CCI, *L'Économie internationale*, accompagné d'affirmations réitérées qu'il ne s'agit pas de précédents contraignants pour les arbitres¹⁴³. C'est qu'en amont de cette décision, les débats ont été très vifs, longs et indécis, tant au comité exécutif qu'au Comité d'études de l'arbitrage, qui se retrouve même divisé à cette occasion par un vote à huit contre huit (alors que les votes y sont très rares). Malgré l'urgence de répondre aux demandes concernant la livre, invoquée par Arnaud, la question est renvoyée aux Comités nationaux, dans l'espoir que cela permette de trancher. Au Comité d'études, les clivages paraissent reposer, au moins en partie, sur des expériences nationales contrastées en termes de publications antérieures de sentences. Mais, pour une fois, on note aussi une tendance à l'opposition entre juristes, plutôt favorables à la création d'une jurisprudence, et hommes d'affaires, plus défavorables : les premiers sont six à voter pour et trois contre, les seconds cinq à voter contre et deux pour. Les deux juristes issus des tribunaux arbitraux mixtes entre deux pays, dont les sentences ont été publiées, sont notamment pour. Et lorsque le Comité d'études, dans un nouveau vote, adopte le principe de la publication par neuf voix pour, quatre contre et cinq abstentions, deux des trois nouveaux convaincus sont des juristes. Moins d'un mois après ce déblocage, pourtant acquis de justesse, le Conseil de la CCI donne son accord, le 24 juin 1932, et sept sentences sont publiées entre cette date et mars 1933, même si l'opposition de certains Comités nationaux fait que la possibilité n'est pas explicitement inscrite au règlement¹⁴⁴.

Un document en était venu à présenter les arguments en deux colonnes, pour et contre – présentation qui laissait sentir que le secrétariat de la Cour penchait du côté « pour ». L'idée que le secret total doit laisser place à une certaine publicité, pour le prestige de la Cour (mais sans bien sûr exposer les parties), paraît tout de suite faire consensus. C'est en revanche la question de la jurisprudence, et donc notamment de l'autonomie laissée à l'arbitre, qui domine dans les oppositions à la publication : *« l'arbitre perdra son indépendance et se jugera lié par ces précédents. Il*

¹⁴¹ Archives CCI, Comité d'études de l'arbitrage, Document 30, 7^e réunion du Comité d'études, 18 janvier 1932.

¹⁴² Archives CCI, Comité d'études de l'arbitrage, Document 23, *Quelques sentences rendues dans des litiges consécutifs à la dévaluation de la livre sterling*, note du secrétariat général, 21 octobre 1936.

¹⁴³ De fait, il arrive au comité de choisir de ne pas publier une sentence au prétexte qu'elle n'est pas d'intérêt général : voir par exemple Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 20, 119^e session de la Cour, 17 juin 1936.

¹⁴⁴ Archives CCI, Comité d'études de l'arbitrage, Document 38, 9^e réunion du Comité d'études, 31 mars 1933.

manquera donc à son devoir qui est de juger chaque espèce en conscience et en équité selon les circonstances de l'espèce »¹⁴⁵. Charles Neef est particulièrement ferme sur cette position qui, pour lui, participe d'une opposition plus générale à la juridicisation de la Cour : « *La Cour d'arbitrage n'est pas un tribunal. Elle n'a pas à établir le droit ni à faire une jurisprudence. Elle ne doit pas avoir de doctrine.* » Mais, pour d'autres hommes d'affaires, « *une certaine jurisprudence sur certaines questions de principe telles que les contrats en £ sterling ou le sens des termes commerciaux ne saurait être un désavantage et servirait à prévenir bien des litiges.* »¹⁴⁶ Les réponses des Comités nationaux, sans doute plus souvent rédigées par des hommes d'affaires, soulignent d'ailleurs leurs propres divisions. Si dix pays se prononcent pour la publication et seulement cinq contre, la France, la Belgique et la Grande-Bretagne notamment sont parmi ces derniers et peuvent difficilement être ignorées. L'intérêt de ces réponses est notamment de souligner la stature acquise par l'institution. Si les Suédois fondent leur refus de l'établissement de précédents sur l'idée que la Cour n'est pas « *un tribunal au sens strict du terme* », les Américains défendent la position inverse en affirmant que « *les organisations comme la CCI sont au moins quasi publiques en termes de responsabilités* »¹⁴⁷.

*

Ce jeu très américain sur la double notion du « public », public comme non confidentiel ou public comme officiel, permet bien de conclure sur l'évolution de la Cour d'arbitrage de la CCI dans l'entre-deux-guerres. Elle est en effet déjà, à la fin des années 1930, devenue une véritable institution de l'arbitrage. Certaines entreprises se sont habituées à avoir recours à ses services, et bien plus sans doute à inclure sa clause d'arbitrage dans leurs contrats. Leur nombre, et surtout celui d'affaires traitées et de sentences rendues, reste toutefois limité, et la Cour ne couvre pour l'essentiel que l'Europe continentale ; ce qui est important à cet égard, c'est surtout qu'il s'agit de plus en plus de très grandes entreprises et que la Cour s'est délibérément tournée vers les affaires concernant de gros montants et posant des questions juridiques et pas uniquement de qualité. Elle commence aussi à avoir recours à des juristes réputés, et à l'occasion à des hommes politiques connus, dans le rôle d'arbitres comme à son Comité d'études. Surtout, la Cour est une institution dans le sens où elle a progressivement, par un véritable processus de tâtonnement, mis en place des règles de fonctionnement qui sont à la fin des années 1930 relativement stabilisées, et robustes face aux tentatives d'instrumentalisation par les parties. Ces règles donnent à la Cour elle-même un rôle important, qui ne se limite pas à choisir des arbitres et leur laisser gérer la procédure avec les parties. Enfin, au fil de ces différentes évolutions, la Cour a été reconnue tant par les organisations

¹⁴⁵ Archives CCI, Comité d'études de l'arbitrage, Document 27, 7^e réunion du Comité d'études, 18 janvier 1932.

¹⁴⁶ Archives CCI, Comité d'études de l'arbitrage, Document 30, 7^e réunion du Comité d'études, 18 janvier 1932.

¹⁴⁷ Archives CCI, Comité d'études de l'arbitrage, Document 33, 8^e réunion du Comité d'études, 27 mai 1932.

internationales que par les juristes (ou encore par l'AAA) comme un interlocuteur de poids, doté à la fois d'un bilan en matière de traitement d'affaires bien réelles et d'une véritable compétence juridique. Les fondations sont donc bien présentes qui, après la période de repli de l'activité consécutive à la guerre, ont été capables à partir des années 1960 d'accueillir un afflux d'affaires en bien plus grand nombre. Enfin, ce qui est particulièrement notable, c'est le rôle crucial qu'ont tenu dans cette période des membres du secrétariat et de la Cour qui pour l'essentiel étaient peu connus et ne disposaient pas de compétences juridiques attestées. Ces hommes ne disparaissent du reste pas, pour l'essentiel, après-guerre : les plus jeunes d'entre eux, au premier chef René Arnaud assurent encore longtemps la transmission de leur expérience. Le collectif motivé et réellement international qu'ils ont constitué a donc réussi dans son entreprise de création institutionnelle.

4. Les années 1940-1960 de la Cour d'arbitrage de la CCI : l'expansion dans la continuité

Nous avons pas pu consulter, pour l'après 1949, d'archives issues directement de la Cour d'arbitrage ni du Comité d'études sur l'arbitrage – alors renommé Commission de l'arbitrage commercial international. Il est probable qu'elles ont disparu, à l'exception bien évidemment des sentences, qui demeurent totalement confidentielles pour cette période. Toutefois, différents fonds d'archives et séries d'imprimés nous ont permis d'approcher l'après-guerre : des documents, principalement issus de réunions du Conseil de la CCI, conservés dans les archives de la Chambre de commerce de Paris au titre du Comité national français ; des documents du Comité national britannique ; des publications, notamment *L'Économie internationale*. Ces sources nous suffisent à étayer une impression d'ensemble : peu de choses ont changé par rapport à l'entre-deux-guerres. Les débats sont moins réguliers, moins fondamentaux, les hommes restent pour l'essentiel les mêmes, la Cour poursuit sur sa lancée des années 1930.

Bien sûr, deux éléments de taille font exception. Tout d'abord, la CCI s'implique dans l'élaboration de la Convention de New York, ce que nous détaillons dans notre seconde partie. Ensuite, un véritable afflux d'affaires commence à la fin des années 1950, ce qui ouvre une période d'expansion poursuivie jusqu'à ce jour. Ces deux éléments, contemporains, sont-ils liés ? Bien évidemment, la Convention de New York consolide les possibilités d'exécution des sentences et joue un rôle dans la stabilisation, voire l'expansion de l'arbitrage commercial international en général. Mais la tendance à l'augmentation du nombre d'affaires soumises à la CCI est largement antérieure à la ratification de cette Convention par les principaux pays. Il est difficile de conclure à ce stade sur les causes exactes de ce changement, du fait notamment qu'on ignore l'identité des parties.

Nous avancerons toutefois deux éléments importants, sous-estimés dans la bibliographie existante. D'une part, tout ce qui fait le succès de la CCI a été mis en place dans l'entre-deux-guerres – et, même en termes de nombre d'affaires par an, ce n'est qu'à toute la fin des années 1960 qu'on dépasse à nouveau le sommet de 1930, proche de 100. Les conditions de possibilité de ce qui se passe à ce moment sont liés aux fondements que nous avons décrits plus haut ; la crise puis la guerre ayant donné un coup d'arrêt à l'arbitrage, ce n'est peut-être au fond que la tendance à l'expansion de 1920-1930 qui reprend après-guerre. D'autre part, il est possible qu'un élément nouveau joue un rôle dans l'attrait de la clause CCI pour les entreprises : le fait que de plus en plus d'États ou d'organisations internationales y aient recours. L'arbitrage entre États et entreprises préoccupe en tout cas de plus en plus la Cour à partir de la fin des années 1950, et il devient empiriquement plus fréquent, avec des parties très visibles, comme certaines agences de l'ONU. Il est possible que cette utilisation de la Cour par des parties de statut public ait achevé de convaincre certaines entreprises de la crédibilité de l'institution et les aient incitées à y avoir également recours pour leurs contrats avec leurs homologues.

Des années de continuité et de consolidation

Pendant la Seconde Guerre mondiale, la Cour de la CCI se replie, on l'a dit, à Stockholm, d'abord uniquement pour ce qui concerne les litiges entre parties neutres et allemandes, en novembre 1939, puis, à partir du 1^{er} janvier 1943, pour l'ensemble de ses activités (Jarvin, 2011). Malgré les difficultés de communications, elle tient dix sessions et suit une quinzaine d'affaires. Les sessions à Paris reprennent le 13 mai 1946.

Le personnel de la Cour est resté en bonne partie inchangé, et cela se confirme dans les années 1950 et même 1960. Quoique renouvelée nominalement tous les deux ans, la Cour a un *turnover* très faible – et qui conduit parfois, comme on l'avait constaté dans l'entre-deux-guerres, à maintenir la représentation des mêmes entreprises, General Electric ou la Compagnie des wagons-lits, pour lesquelles on en est au troisième membre successif de la Cour. Il est toutefois notable que le chevalier Pierre Fernand de Laminne, qui représente la Belgique soit le chef de contentieux, et non plus un administrateur ou un directeur, de la Compagnie des wagons-lits. En effet, même si elle est loin de ne plus comprendre que des juristes, la composition de la Cour se modifie lentement dans ce sens, conformément aux tendances déjà observées dans l'entre-deux-guerres. Ainsi, la Cour compte à la fin de 1951, selon la description officielle de ses membres (qui peuvent cumuler deux de ces qualités), 12 juristes, 10 représentants d'entreprises, 4 personnes ayant des fonctions diplomatiques et 4 qui sont surtout là au titre d'une autre fonction dans la CCI ; en 1957, les nombres équivalents sont de 14, 8, 4, 4, et s'y ajoute un représentant d'organisation de branche, catégorie qui avait

disparu après-guerre ; enfin, en 1963, on est à 14, 10, 10 et 6, ainsi que deux représentants de chambres de commerce¹⁴⁸. Les juristes sont ainsi en majorité relative par rapport aux hommes d'affaires, mais relative seulement. Ils sont de plus en plus souvent avocats. C'est en particulier le cas de tous les vice-présidents – même s'il est bien précisé que, des deux co-présidents choisis en 1953, l'un, Charles Carabiber, est un juriste, qui paraît avoir été l'introducteur à la CCI de l'idée de *lex mercatoria*, mais l'autre un homme d'affaires, plus exactement le dirigeant d'un syndicat de pharmacie, François Prevet (là encore, dans la continuité de la représentation avant-guerre du syndicat des industries chimiques)¹⁴⁹. C'est Jean-Robert qui siège pour la France, et les pays les plus impliqués dans la Cour ont plutôt des représentants juristes. En outre, la Commission sur l'arbitrage (ex-Comité d'études) est devenue totalement juridique, ce qui n'était pas le cas avant-guerre (René David y représente la France). Si ses réunions semblent être assez rares, il est manifeste qu'elles se transforment parfois en de pures discussions universitaires, à tel point qu'il est envisagé d'y nommer des hommes d'affaires pour retrouver un point de vue plus pratique¹⁵⁰.

Frédéric Eisemann (1908-1986), secrétaire général de la Cour de 1947 à 1973, est l'homme clé de l'arbitrage CCI après-guerre, le premier à cumuler cette position avec une véritable reconnaissance comme juriste (CCI, 1978). Juif né dans l'Alsace allemande, docteur en droit à Gießen en 1931, il avait effectué des recherches à la Faculté de droit de Paris entre 1933 et 1939, puis publié sur l'arbitrage dans des revues variées, en français, allemand et anglais. Mais il s'appuie toujours sur les conseillers techniques René Arnaud, Georges Assan (qui avait représenté la Roumanie à la Cour dès 1927, comme attaché commercial) et Robert Marx, qui devient ensuite vice-président. Même la secrétaire de la Cour, Mme Lebègue, en poste depuis 1920, est encore active en 1951, au moment où le Conseil de la CCI décerne une médaille à sept membres de la Cour qui participent à ses activités depuis plus de quinze ans¹⁵¹. Ils étaient pour la plupart déjà de véritables piliers dans l'entre-deux-guerres : il s'agit d'Arnaud, Carlander, Dessau, Dutreux, Marx, ainsi que du docteur en droit et avocat suisse Jacques de Pury, arrivé comme suppléant de Dietler en 1936, et de l'industriel dans la pharmacie, docteur en droit et ancien président du tribunal de commerce de Paris Albert Buisson.

C'est dire que les modes de fonctionnement de l'entre-deux-guerres ont pu être transmis et reproduits, même s'ils étaient amendés à la marge, dans un contexte qui continuait à lentement se juridiciser. Il est particulièrement notable que les questions traitées par la Cour et la Commission

¹⁴⁸ Archives de Paris, 2ETP/1/7/20 2, 76^e session du Conseil, 2-3 novembre 1951 ; 2ETP/1/7/20 3, 89^e session du Conseil, 22-23 octobre 1957 ; 2ETP/1/7/20 4, 102^e session du Conseil, 19-20 novembre 1963.

¹⁴⁹ Archives de Paris, 2ETP/1/7/20 2, 80^e session du Conseil, 26-27 novembre 1953. Sur Carabiber et la *lex mercatoria*, 2ETP/1/7/20 6, Commission de l'arbitrage, 6 mai 1968.

¹⁵⁰ London Metropolitan Archives, CLC/B/150/MS16490, Réunion du comité exécutif du Comité national britannique de la CCI, 16 avril 1957 et Rapport annuel pour 1957-1958.

¹⁵¹ Archives de Paris, 2ETP/1/7/20 1, 74^e session du Conseil, 9-10 janvier 1951.

d'arbitrage de la CCI ne remontent que très rarement à son Conseil ou à ses Congrès. Ceux-ci, contrairement à ce qui se passait dans l'entre-deux-guerres, ne reçoivent même pas de vraies statistiques d'activité : l'arbitrage est vu comme une partie de la CCI qui fonctionne plutôt bien, quelque peu en vase clos peut-être, et en tout cas qui n'a guère besoin d'être réformée. Ainsi, pour les négociations sur la Convention de Genève de 1961 (voir la seconde partie) et pour des discussions en cours au Conseil de l'Europe autour de l'harmonisation des procédures d'arbitrage, Eisemann obtient mandat du Conseil de la CCI pour avancer de manière autonome, sans avoir besoin d'une approbation à chaque étape¹⁵².

La continuité domine également en ce qui concerne les relations, ou absences de relations, entre la Cour d'arbitrage de la CCI et ses homologues, et plus généralement son statut bien particulier à l'échelle mondiale. Pendant la guerre, les visées manifestement expansionnistes de l'AAA ont inquiété ceux qui tentaient de maintenir vaille que vaille une activité de la CCI¹⁵³. C'est peut-être pour cette raison que la CCI convoque à Paris, dès juin 1946, toutes les organisations qui peuvent compter en matière d'arbitrage international : AAA, LCA, mais aussi l'ILA et Unidroit, et encore la Commission canadienne d'arbitrage international, son homologue inter-américaine et la Commission d'arbitrage maritime et d'arbitrage pour le commerce extérieur près la chambre de commerce de l'URSS de Moscou¹⁵⁴. Elles doivent créer ensemble un comité d'études qui se veut permanent : la Commission de l'arbitrage commercial international (ICAC, selon l'abréviation anglaise). Cette semaine de réunions a un programme très ambitieux, puisqu'il est question de coordonner « *les diverses institutions arbitrales en un seul et unique système international. Celui-ci assurera au monde des affaires un réseau mondial de services et de facilités, tout en permettant à l'arbitrage de prendre son véritable essor* »¹⁵⁵. Mais elle n'a manifestement que peu, voire pas du tout de suites. Dès 1947, la majorité des délégations sont absentes¹⁵⁶. En 1950, la Commission d'arbitrage de la CCI demande d'ailleurs au Conseil d'obtenir une réaction : faut-il modifier les statuts de l'ICAC, ou créer une autre organisation ?¹⁵⁷ Cette tentative de relance aboutit à un constat d'échec, qui n'est peut-être pas pour rien dans le choix de la Cour d'arbitrage de concentrer toute son énergie sur ses relations avec l'ONU, puisque commence alors la campagne qui aboutit à la Convention de New York (voir notre seconde partie).

Ainsi, alors qu'on avait vu dans l'entre-deux-guerres la Cour devenir un interlocuteur légitime

¹⁵² Archives de Paris, 2ETP/1/7/20 4, 98^e session du Conseil, 20-23 mai 1962.

¹⁵³ Archives de Paris, 2ETP/1/7/20 1, Conseil de la CCI, réunion des 16-17 août 1945, rapport sur l'activité de la CCI entre le 1^{er} juillet 1939 et le 31 décembre 1944.

¹⁵⁴ *L'Économie internationale*, volume 12, n° 1, mai 1946.

¹⁵⁵ *L'Économie internationale*, volume 13, n° 3, août 1947.

¹⁵⁶ London Metropolitan Archives, London Court of Arbitration, minutes of the Court, Rapport du greffier sur la réunion du 28 mars 1947.

¹⁵⁷ Archives de Paris, 2ETP/1/7/20 1, Conseil de la CCI, résolution adoptée les 9-10 mai 1950.

pour l'ILA, Unidroit ou l'AAA, après-guerre, pendant que la CCI en général rétablit immédiatement avec l'ONU des relations au moins aussi intensives que celles qu'elle entretenait avec la SDN, la Cour est en position de donner le la au monde entier sur les questions d'arbitrage commercial international – ou du moins de mettre ces questions sur l'agenda, même si ses solutions ne sont pas ensuite acceptées par tous. Cette position est affirmée par le retour des Anglais dans ses instances : le président pendant quinze ans de la Commission d'arbitrage est ainsi anglais, et il s'efforce de mobiliser son Comité national¹⁵⁸.

Quant aux préoccupations des membres de la Cour sur son fonctionnement, elles semblent également inchangées par rapport à l'entre-deux-guerres. Cela montre que les nouveaux litiges n'ouvrent plus de questions non anticipées : la procédure est stabilisée, même s'il reste quelques questions lancinantes à régler, au premier chef celle de l'exécution des sentences étrangères, voire de la reconnaissance de l'existence de sentences « internationales », qui mène à la Convention de New York. L'arbitre ne peut plus être désigné comme amiable compositeur sans l'accord des parties, ce qui est propre à rassurer notamment les Britanniques, et il est recommandé aux parties de préciser le droit applicable dans leur clause, ce qui confirme la juridicisation entamée avant-guerre, sans résoudre toutes les questions d'exécution¹⁵⁹. La Cour de cassation paraît poser clairement le principe de la compétence de la Cour sur sa propre compétence, pour la France, par un arrêt du 22 février 1949, mais des jugements en sens contraire persistent dans les années qui suivent (Motulsky, 1955). Les tribunaux italiens se montrent en revanche particulièrement rigides, n'accordant jamais l'*exequatur* aux sentences de la CCI (Chambre de commerce internationale, 1949). La publication des sentences se fait toujours au compte-gouttes, et l'idée d'en tirer des « principes directeurs » n'est évoquée que très tard, à l'occasion du cinquantenaire de l'institution, avec beaucoup de précautions¹⁶⁰. Le secrétariat s'occupe toujours de compléter sa collection sur l'arbitrage international et la loi dans les différents pays, qui couvre déjà 56 pays en 1958¹⁶¹. Le règlement n'est modifié qu'à la marge au Congrès de Tokyo, en 1955, après l'échec d'une énième tentative pour établir des listes d'arbitres par pays. Cette tentative avortée est toutefois l'occasion d'une notation qui confirme que l'évolution vers des profils plus juridiques continue également à toucher les arbitres choisis par la Cour : « *Il est évident que les listes ne sauraient comporter que des juristes, ce qui répondrait d'ailleurs à 90% des besoins, une infime minorité seulement de cas soumis à la Cour exigeant en effet la nomination d'un arbitre technicien* »¹⁶². De fait, selon le secrétariat de la

¹⁵⁸ London Metropolitan Archives, CLC/B/150/MS16490, Réunion du comité exécutif du Comité national britannique de la CCI, 16 avril 1957.

¹⁵⁹ London Metropolitan Archives, CLC/B/150/MS16490, Réunion du comité exécutif du Comité national britannique de la CCI, 16 avril 1957 ; *L'Économie internationale*, volume 13, n° 3, août 1947.

¹⁶⁰ Archives de Paris, 2ETP/1/7/20 7, 89^e session du Comité exécutif de la CCI, 2 décembre 1969.

¹⁶¹ Voir notamment Archives de Paris, 2ETP/1/7/20 2, 76^e session du Conseil, 2-3 novembre 1951 ; 2ETP/1/7/20 3, 91^e session du Conseil, 12-13 novembre 1958.

¹⁶² Archives de Paris, 2ETP/1/7/20 2, 83^e session du Conseil, 9-10 février 1955.

Cour, pour les affaires traitées depuis l'après-guerre, en 1962, 45 % des arbitres ont été des « avocats et juristes », 25 % des « juges et professeurs d'université » – et presque tous, comme avant-guerre, étaient européens¹⁶³.

Arbitrages entre États et entreprises et augmentation du nombre d'affaires soumises

En 1958, le programme prévisionnel du Congrès de Washington la CCI inclut, pour la Commission de l'arbitrage, la question des arbitrages « entre États et particuliers » ; faute d'archives internes, on ignore ce qui a poussé à la mettre à l'ordre du jour, mais elle parvient au premier plan du programme de travail en matière juridique de la CCI en 1963 et y reste jusqu'aux années 1970¹⁶⁴. Il est possible que ce soit la question des arbitrages Est-Ouest, qui commence alors à être discutée dans le cadre de ce qui est devenu la Convention de Genève de 1961 (voir la seconde partie), qui ait servi de catalyseur.

En 1960 en tout cas, Eisemann indique que l'ONU serait prête à aider la CCI à « dissiper les préventions » qui existeraient en la matière (il est aussi question en 1961 d'un secteur « réfractaire » à l'arbitrage), à condition que la Cour donne plus d'informations sur les litiges entre États et particuliers qu'elle arbitre déjà¹⁶⁵. On constate alors que la confidentialité maintenue autour de l'identité des parties fait que le Conseil de la CCI et ses Comités nationaux découvrent seulement qu'il existe déjà de telles affaires. De fait, on en trouve trace dès l'entre-deux-guerres, sans que la question ait été alors posée de manière générale. Dès 1924, Dolléans, consulté à ce sujet par la société Schneider, avait confirmé qu'en théorie, la Cour pourrait arbitrer entre elle et un gouvernement (ottoman), et il avait espéré voir soumettre un litige entre une société italienne et la Marine nationale française ; mais ce dernier était resté en Conseil d'État¹⁶⁶. À la demande du Comité national britannique, la question d'arbitrages impliquant des sociétés publiques soviétiques avait aussi été étudiée, mais en vain, faute de reconnaissance de la clause compromissoire¹⁶⁷. En 1928 en revanche, la Cour avait effectivement désigné des tiers-arbitres (de la profession et de la nationalité suggérées par les parties) dans des affaires opposant l'administration française à des entrepreneurs allemands dans le cadre du Plan Dawes ; l'État français avait à nouveau été demandeur en 1938, pour une affaire l'opposant à des constructeurs français et allemand à propos d'un marché pour le

¹⁶³ Archives de Paris, 2ETP/1/7/20 4, 99^e session du Conseil, 20-21 novembre 1962.

¹⁶⁴ Archives de Paris, 2ETP/1/7/20 3, 91^e session du Conseil, 12-13 novembre 1958 ; Comité exécutif de la CCI, 72^e session, 2 juillet 1963 ; 2ETP/1/7/20 7, 117^e session du Conseil, 18 avril 1971.

¹⁶⁵ Archives de Paris, 2ETP/1/7/20 4, 95^e session du Conseil, 22 novembre 1960. Sur le secteur « réfractaire » : Comité exécutif de la CCI, 65^e session, 21 février 1961.

¹⁶⁶ Archives de la CCI, Cour d'arbitrage, Document 26, 15^e session du Comité exécutif, 8 septembre 1924.

¹⁶⁷ Archives de la CCI, Comité d'études de l'arbitrage, notamment Documents 9, 5^e session, 17 mars 1930 et Document 21, 52^e session du Conseil de la CCI, 26 juin 1936 ; Cour d'arbitrage, Document 6, 116^e session de la Cour, 11 mars 1936.

port de Dunkerque¹⁶⁸. La clause CCI était également présente dans un contrat entre le gouvernement d'Haïti et des entrepreneurs de travaux publics¹⁶⁹. L'idée d'arbitrages impliquant des États n'était donc pas inédite (elle avait aussi été discutée lors de la semaine d'études de 1946), mais ceux-ci restaient très rares.

La demande de l'ONU en 1960 est en tout cas l'occasion pour le secrétariat de la Cour de donner à nouveau au Conseil de la CCI quelques statistiques sur les affaires traitées. On se souvient qu'à la fin des années 1930, puis à nouveau des années 1940, la Cour recevait une vingtaine d'affaires par an (contre 88 en 1930) ; la LCA se situait au même niveau vers 1950, avant de tomber presque à zéro au cours de la décennie suivante (voir l'Annexe). Au contraire, en 1962, la CCI évoque environ 50 affaires par an : c'est encore peu par rapport au pic de l'entre-deux-guerres, mais cela marque une forme de renouveau, puisque seulement 32 affaires avaient été reçues en 1957¹⁷⁰. La Cour se pose toujours comme complémentaire des organisations de branches ; Eisemann affirme même qu'elle leur renvoie des arbitrages de qualité¹⁷¹. Sur 300 affaires, ce qui semble correspondre à la quantité arrivée depuis la guerre, un tiers aurait porté sur des contrats de vente, un cinquième sur des questions d'agence commerciale, un cinquième sur des licences, un sixième sur la fourniture de matériels industriels, un douzième sur des questions financières. C'est la première fois que la Cour ventile ainsi les affaires, ce qui permet une comparaison avec nos propres chiffres pour les années 1930 (*cf. supra*) : il y a après-guerre un peu moins de questions de licence et de changes, un peu plus de questions d'agence, mais la distribution d'ensemble est étonnamment semblable. De même, l'issue des affaires n'a pas drastiquement changé : 40 % ne vont pas à leur terme (il y a un arrangement direct entre les parties), 18 % sont conciliées, 32 % aboutissent à une sentence, soit un peu plus de sentences et moins de conciliations que dans les années 1930 – et surtout moins de refus d'intervention de la CCI, seulement 5 %. Les changements importants ont eu lieu ici entre les années 1920 et 1930, et non entre les années 1930 et l'après-guerre.

Quant aux montants, si l'on ajoute foi aux opérations de conversion nécessairement hardies qui permettent de transposer des \$ de 1962 en FF de 1920, la statistique donne un tiers d'affaires concernant moins de 10 000 \$ (environ 100 000 FF 1920) et un sixième concernant plus de 200 000 \$ (environ 2 millions de FF 1920). Il y aurait donc ici un changement significatif, avec un fort accroissement des montants en cause, puisque seulement le quart des affaires concernaient plus de 100 000 FF 1920 dans les années 1930. On ignore sa cause exacte : sans doute la Cour opère-t-elle elle-même en la matière une sélection plus drastique que dans l'entre-deux-guerres, et/ou les

¹⁶⁸ Archives de la CCI, Cour d'arbitrage, 48^e et 49^e sessions du Comité exécutif, 14 novembre et 17 décembre 1928 ; 134^e session de la Cour, 29 juin 1938.

¹⁶⁹ Archives de la CCI, Comité d'études de l'arbitrage, Document 21, 52^e session du Conseil de la CCI, 26 juin 1936.

¹⁷⁰ Archives de Paris, 2ETP/1/7/20 6, 109^e session du Conseil, 14 mai 1967.

¹⁷¹ Archives de Paris, 2ETP/1/7/20 4, 99^e session du Conseil, 20-21 novembre 1962 (source pour l'ensemble des statistiques qui suivent).

parties ne soumettent-elles plus que des affaires portant sur des montants très importants, du fait que la juridicisation de l'arbitrage augmente les délais et les frais. En effet, pour la première fois également, une statistique des durées de procédure est fournie, et elle montre qu'à peu près aucune affaire conduisant à une sentence n'est réglée en moins de 6 mois ; la moitié prennent entre 6 mois et un an, mais 12 % prennent plus de 18 mois.

En outre, la Cour a été critiquée comme étant à la charge du budget de la CCI¹⁷². De ce fait, le Congrès de Tokyo de 1955, s'il n'avait amendé le règlement que très à la marge, avait accepté officiellement le nouveau barème de frais expérimenté depuis 1947 (*cf. supra*), proportionnel aux montants en cause, donc plus élevé dans l'ensemble, mais aussi calculé de manière à décourager la soumission d'affaires pour de faibles montants. La réforme suivante du barème, en 1971, ne fait qu'accentuer cette évolution vers un arbitrage plus cher (notamment parce que le recours à trois arbitres plutôt qu'à un seul tend à devenir la règle), pour des affaires plus importantes, évolution qui a commencé dès les années 1930. Il est alors explicitement question d'aligner les honoraires versés par la CCI sur la rémunération des avocats internationaux, qui sont devenus les principaux arbitres, afin d'éviter la concurrence de l'arbitrage *ad hoc*¹⁷³.

La statistique de 1962 permet enfin d'apprendre ce que voulait savoir l'ONU au premier chef : 4 % des affaires traitées après-guerre, soit une douzaine, avaient un État comme partie. C'est seulement en 1964 que cette question, toujours au centre des préoccupations de la CCI, est reformulée comme concernant plus précisément l'arbitrage d'investissement¹⁷⁴. Il faut peut-être y voir une impulsion donnée par le *solicitor* Edwin Herbert, lord Tangle, devenu président de la Commission de l'arbitrage en 1950, et qui présente à ce moment une proposition précise, déjà transmise à la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD). En s'adressant au Comité national britannique, Tangle développe alors tout particulièrement la question des arbitrages impliquant les États, en avançant que ceux-ci devraient voir le recours à l'arbitrage comme « *un exercice de leur souveraineté et non une exception par rapport à elle.* »¹⁷⁵ Sans doute aussi l'approche du Congrès de New Delhi de la CCI, sur le thème général du développement, incite-t-il à reformuler en termes d'arbitrage d'investissement la question des États comme parties.

En tout cas, ces discussions sont l'occasion de confirmer que 25 gouvernements et plusieurs organisations internationales, dont l'ONU, utilisent la clause CCI – sans l'avoir nécessairement déjà activée dans des litiges. Dans les années qui suivent, de nouvelles réussites dans ce domaine sont

¹⁷² Archives de Paris, 2ETP/1/7/20 6, 109^e session du Conseil, 14 mai 1967.

¹⁷³ Archives de Paris, 2ETP/1/7/20 7, 118^e session du Conseil, 1^{er} décembre 1971.

¹⁷⁴ Archives de Paris, 2ETP/1/7/20 5, 103^e session du Conseil, 26-27 mai 1964.

¹⁷⁵ « *that a submission to arbitration was an exercise of sovereignty and not a derogation from it.* » London Metropolitan Archives, CLC/B/016/MS17565/003, rapport sommaire sur le Congrès de New Delhi de la CCI, 6-13 février 1965.

également notées jusque dans les sessions du Conseil de la CCI, avec l'adoption de la clause par l'Association européenne pour la coopération de la CEE, par la *Food and Agricultural Organization* (FAO), pour des contrats portant souvent sur des dizaines de millions de \$, ou encore par l'organisation européenne pour la recherche spatiale et par la Banque d'import-export du Japon¹⁷⁶. IBM aurait aussi fait accepter la clause dans ses contrats avec 90 gouvernements ou agences gouvernementales¹⁷⁷. Les Comités nationaux semblent s'être fortement impliqués pour obtenir de telles décisions dans chaque pays, qu'il s'agisse de commerce ou d'investissement.

La CCI constate donc une augmentation parallèle du nombre total d'affaires soumises à la Cour, 77 en 1966, plus de 100 en 1969 et 238 en deux ans en 1969-1971, et de la part de celles qui impliquent des États : 13 % en 1966 comme en 1967, auxquels il faut ajouter dans les deux cas environ 10 % d'affaires Est-Ouest décomptées à part, et 31 % au total en 1969¹⁷⁸. En 1968, l'arbitrage est pour la première fois depuis longtemps mis en avant comme figurant « *parmi les activités de la CCI qui connaissent le plus grand succès* » et Eisemann parle d'« *essor prodigieux* », en soulignant notamment que la somme des provisions versées à la Cour équivaut au budget total de la CCI.

Cet essor est-il directement lié au fait que la CCI est légitimée par l'adoption de sa clause par de nombreux États et organisations internationales ? Il est impossible de l'affirmer catégoriquement, mais cela semble plausible – étant bien entendu que les fondements de ce succès résident surtout dans les efforts réalisés entre-deux-guerres, que nous avons décrits plus haut.

*

Cet examen des années 1946-1971 permet de réviser le récit proposé par Dezalay et Garth (1996). Ceux-ci placent en effet dans les années 1970 un tournant qui verrait la CCI recevoir non seulement plus d'affaires, mais des affaires bien plus importantes. Au contraire, nous avons montré que cette tendance à l'augmentation des montants était ancienne et s'était confirmée dès les années 1930. Elle n'est pas liée au premier chef à un choix réalisé pour leurs clients par les avocats d'affaires américains. Quant à l'augmentation du nombre d'affaires, Dezalay et Garth l'attribuent à la publicité qui est faite autour de grands arbitrages d'investissement Nord-Sud, en particulier en matière pétrolière. Notre récit donne aussi un rôle aux arbitrages impliquant les États, mais un rôle plus précoce, et un peu différent. En effet, l'augmentation très nette du nombre d'affaires chaque année soumises commence bien avant les arbitrages concernant l'Algérie, tenus à Paris dans les années

¹⁷⁶ Archives de Paris, 2ETP/1/7/20 5, 106^e et 107^e sessions du Conseil, 15-16 novembre 1965 et 21-22 mars 1966 ; 2ETP/1/7/20 6, Comité exécutif de la CCI, 10 juillet 1967.

¹⁷⁷ London Metropolitan Archives, CLC/B/016/MS17565/003, rapport sommaire sur le Congrès de New Delhi de la CCI, 6-13 février 1965.

¹⁷⁸ Archives de Paris, 2ETP/1/7/20 6, 109^e et 111^e sessions du Conseil, 14 mai 1967 et 21-22 mai 1968, 2ETP/1/7/20 7, 113^e et 118^e sessions du Conseil, 1^{er} juin 1969 et 1^{er} décembre 1971.

1970 : elle date de la fin des années 1950. Ces arbitrages pétroliers ont certainement pu accentuer l'essor de la Cour d'arbitrage de la CCI, mais il a commencé bien avant – sans doute parce que l'adoption de la clause CCI par un nombre croissant d'États, et plus encore d'organisations internationales, a contribué à donner confiance dans ce dispositif aux plus grandes entreprises mondiales.

Enfin, Dezalay et Garth attribuaient le tournant qu'ils plaçaient dans les années 1970 à une légitimité particulière de la CCI, qui aurait été liée à son ancienneté. De fait, sa qualité de première venue joue un rôle important dans son succès. Mais il faut beaucoup mieux spécifier à quel titre, et quand. Nous avons en effet montré que ce succès ne peut pas être daté des années 1970, ni même de la fin des années 1950. Dès les années 1930, il se mesure à l'arrivée d'affaires juridiquement complexes, portant sur des montants importants, soumises par de grandes sociétés, ainsi qu'au choix, d'arbitres de plus en plus souvent juristes et très connus dans leurs pays respectifs. Dès les années 1930 également, le succès de la CCI apparaît à travers sa capacité à peser sur les discussions internationales en matière d'arbitrage, y compris lorsqu'elles ont lieu entre juristes et pas uniquement entre hommes d'affaires ou économistes. Dans un premier temps, pourtant, les hommes les plus impliqués dans l'arbitrage de la CCI, qu'ils en soient ou non les employés, ne disposaient pas d'une grande légitimité juridique. Ce sont leur pratique et leurs efforts de collecte d'information qui ont fini par leur donner une crédibilité en la matière. Mais c'est aussi un caractère très original de l'arbitrage de la CCI qui lui donne du poids dans les discussions avec la SDN, puis avec l'ONU : il s'agit de son caractère réellement international. Même si la plupart de ses chevilles ouvrières habitent Paris et si une majorité des affaires implique au moins une partie française, la procédure de la Cour apparaît comme une synthèse construite pas à pas d'héritages continentaux, mais aussi anglais et américains ; et ceux qui la mettent en place finissent même par imaginer la création de sentences d'emblée internationales, qui ne seraient ancrées dans aucun droit national particulier. Rien d'étonnant dès lors à ce que, comme nous allons le voir maintenant, la CCI et le milieu qui s'est créé autour d'elle aient fini par jouer un rôle majeur dans les grands accords internationaux sans lesquels l'arbitrage commercial n'aurait pas pu se développer.

SECONDE PARTIE

Une histoire internationale de l'arbitrage commercial

On l'a dit en introduction, l'arbitrage commercial international est une construction à trois étages : la procédure arbitrale proprement dite avec ses règles et ses procédures, donc avec l'organisation qui l'accueille ; la relation avec l'État et l'ordre juridique dans lequel l'institution est implantée ; enfin le cadre international qui supporte la coordination entre les juridictions nationales au service de l'arbitrage. Sur une longue période, l'évolution de l'institution et son renforcement progressif ont résulté ainsi de l'ajustement progressif, tâtonnant, de ces trois composantes : les règles d'arbitrage proprement dites, le droit interne des États, et la construction d'un régime international de l'arbitrage.

Il y a bien sûr une cohérence étroite entre ces trois éléments. Quoiqu'ait répété la *doxa* de la CCI pendant des décennies, donner aux agents le droit de s'extraire des juridictions nationales et de régler leurs différends sur une base privée ne peut pas découler uniquement de la « volonté des parties ». Qu'il y ait à l'origine d'une procédure donnée d'arbitrage un acte volontaire, cela va de soi. Ce qu'on ne saurait conclure est que cet acte puisse se réduire entièrement à un choix calculé et solitaire entre passer devant un juge officiel ou rejeter cette voie, entre les contraintes d'un régime statutaire et un régime de liberté et d'imagination procédurale. Les agents, en pratique, comparent les avantages et les inconvénients des deux voies, telle qu'elles se présentent à eux : les règles et les procédures qu'elles proposent, les garanties qu'elles apportent, les risques d'exécution qu'elles impliquent, etc. C'est pourquoi la légalisation de la clause compromissoire ne saurait s'envisager à elle seule comme l'acte de naissance de l'arbitrage moderne. Elle ouvre la possibilité d'un choix mais, comment des observateurs avertis l'ont immédiatement relevé en France, en 1925, ce choix implique la construction d'un régime juridictionnel : des forums, des arbitres, des règles de procédures, des garanties d'exécution, des possibilités de retour vers les juridictions officielles.

Nous venons de voir, dans la première partie de ce rapport, comment les forums et les règles de procédure ont été créés, les arbitres recherchés, les questions de garantie d'exécution et de retour vers les juridictions officielles ont été discutées en interne, dans le cas de la Chambre de commerce internationale (CCI). Cette histoire longue, touffue, illustre la complexité de ce processus d'élaboration collective fondé sur le va-et-vient entre les cas concrets soumis à l'arbitrage de la CCI et la recherche raisonnée d'une doctrine, ou d'un régime de règles stable. On l'a dit en commençant, en 1923 les fondateurs de la Cour d'arbitrage de la CCI ne pouvaient se fonder que d'un côté sur

des expériences antérieures disparates et jamais vraiment internationales, de l'autre sur une série de d'images idéales, sinon de mirages, emprunts d'une profonde dimension utopique. Sur la mise en pratique de l'arbitrage commercial *international*, ils n'avaient en revanche que les intuitions les plus ténues. Dès lors, on ne pouvait s'attendre à ce que la Cour d'arbitrage acquière d'emblée l'efficacité procédurale et la légitimité sociale exceptionnelle qui lui ont été si largement reconnues dans les décennies d'après la Seconde Guerre mondiale. On devait observer un processus long, tâtonnant, à forte dépendance au sentier.

La seconde partie de ce rapport prend le problème par l'autre extrémité : celle des règles du jeu international, reposant en premier lieu sur des textes de droit international public, sur lesquels a reposé *aussi* l'émergence, puis l'évolution progressive de l'arbitrage commercial international. Pour que celui-ci puisse en effet se développer, structurer ses règles et institutionnaliser ses pratiques, il fallait que le processus expérimental que l'on vient d'évoquer soit accompagné, voire guidé, par des règles nouvelles de coordination entre juridictions nationales. Ici, nous retrouvons deux enjeux vite identifiés, au début des années 1920, par les acteurs : la reconnaissance entre pays des clauses compromissoires, sans laquelle l'engagement à arbitrer entre parties de pays différents resterait lettre morte ; puis la reconnaissance et l'exécution, entre pays, des sentences arbitrales. Ce double problème fait l'objet de deux accords dans le cadre de la Société des Nations (1923 et 1927), puis d'un troisième, signé dans le cadre des Nations Unies (1958).

Ces négociations, que l'on va maintenant présenter, mettent en lumière deux tendances de fond. D'une part, on va voir se constituer un intérêt privé, principalement celui de la CCI, qui va graduellement investir l'institution multilatérale : à peine née lors de la négociation et à peu près passée inaperçue des experts et des diplomates de la SDN, la CCI n'a laissé aucune trace dans le Protocole de 1923. Mais très rapidement, le contact se fait, notamment grâce à l'homothétie de structure entre les deux organisations, l'une et l'autre gouvernées par un collège d'États-membres, ou de Comités nationaux, adossés à un secrétariat exécutif et une équipe d'experts. C'est entre ces experts que le contact se fait très vite et débouche sur des relations d'échange d'information, de consultation, puis d'influence. La Convention de 1927 sur la reconnaissance des sentences arbitrales est négociée avant tout en réponse à la demande expresse de la CCI : on ne trouve littéralement aucune délégation gouvernementale à l'origine de ce texte. Les États-membres accordent donc un texte, mais celui-ci est bien en retrait des attentes de la CCI. C'est pourquoi elle reviendra à la charge dès 1953 et, cette fois-ci, elle impose pour l'essentiel ses préférences. Donc, nous avons ici les linéaments d'une histoire institutionnelle des relations entre institutions privées, réseaux d'experts et organisations multilatérales : un thème désormais bien connu, mais dont généralement on ignore la profondeur historique pour ne se concentrer sur les années post-1990. Le cas de

l'arbitrage suggère nettement que cette sociologie particulière dans laquelle se noue les relations entre organisations multilatérales et acteurs privés est inhérente au multilatéralisme, dès qu'il prend forme, à Genève, au début des années 1920.

Le second thème sous-jacent dans cette histoire internationale de l'arbitrage commercial est *a contrario* celui de la souveraineté. Dans les années 1920, elle domine nettement les débats et détermine les résultats des négociations. En particulier, c'est un principe très affirmé de la souveraineté des juridictions nationales qui est opposé fortement au projet de l'arbitrage. Accepter d'exécuter une sentence étrangère c'est en effet entériner, dans son ordre judiciaire, des règles de droit et des garanties de procédure d'un État étranger. C'est donc un principe de reconnaissance mutuelle qui est posé et que les souverains ne sont pas encore prêts, dans les années 1920, à entériner. Ainsi, les longs débats qui aboutissent à la Convention si décevante de 1927 sont structurés par cette rencontre problématique entre la souveraineté des différents États-membres, beaucoup plus que par la question d'une « justice privée ». *A contrario*, à l'ONU en 1958, l'enjeu de souveraineté est sinon absent, du moins largement désinvesti des enjeux symboliques encore si puissants dans les années 1920. À ce point, nous voyons donc converger, dans l'arène multilatérale, ces deux tendances de fond qui sous-tendent l'ensemble de notre histoire : la construction d'une institution et d'une pratique privées qui acquièrent efficacité et reconnaissance ; et le retrait face à elles des souverains.

1. La reconnaissance des clauses d'arbitrage et le Protocole de 1923

Une initiative britannique

L'indétermination politique dans laquelle s'engage la négociation de 1923 est frappante dès que l'on ouvre les archives et que l'on cherche un moment premier : une initiative, un parti, un vrai croyant. Toutes les pistes conduisent certes au ministère du Commerce (*Board of Trade*) britannique, et progressivement se dégage ici la figure de Hubert Llewellyn Smith (1864-1945) : ancien agitateur syndical, membre de la gauche du Parti libéral, ce haut fonctionnaire en poste à Londres représente son pays auprès du Comité économique et financier de la SDN. Avec le chef de ce Comité, Arthur Salter, il est à ce titre l'homme clé dans la relation entre Londres et Genève, dans un secteur où l'influence britannique l'emporte très tôt, en particulier sur les Français. En mars 1922 Llewellyn Smith fait donc une déclaration devant le Comité, à Genève, dans laquelle il rappelle que des centaines d'arbitrages se font sans difficultés tous les ans à Londres (les autres pays ne sont pas mentionnés) ; mais des problèmes peuvent parfois se poser : « *il s'est récemment présenté des cas*

*dans lesquels les clauses d'arbitrage insérées dans des contrats conclus entre ressortissants de pays différents ont été délibérément ignorées par l'une des parties, qui a porté l'affaire devant un tribunal de son pays ; le tribunal s'est saisi de la plainte et a rendu son arrêt ».*¹⁷⁹ Donc Llewellyn Smith part bien d'un constat qui relève des relations du Royaume-Uni avec le reste du monde.

À quelles difficultés en particulier est-il fait référence ? Cela n'est pas précisé. Une hypothèse crédible, cohérente avec l'appartenance au *Board of Trade*, conduit toutefois en direction des nombreuses ruptures de contrats qui ont suivi la fin de la guerre et l'interruption brutale des fournitures aux armées. La CCI mais aussi la Chambre de commerce de New York se font aussi l'écho, au cours de ces années, de conflits multiples, laissés longtemps en suspens, entre fournisseurs américains et intermédiaires européens, dont beaucoup ont en fait disparu dès la fin du conflit. Il est vraisemblable aussi que cette initiative prend place dans l'effort méthodique du Comité économique et financier de la SDN pour construire l'agenda de la conférence économique de Gênes, qui se tient un mois plus tard, en avril 1922, et dont l'objet est expressément de reconstruire un ordre économique international. Or on sait, d'une part, que le *leadership* britannique s'est vigoureusement affirmé à cette occasion et qu'à ce titre le *Board of Trade* se retrouve en première ligne. D'autre part, la question de la régulation par le droit émerge régulièrement, ici et là, au lendemain de la guerre, bien que cette question n'ait encore fait l'objet que de peu de travaux (Petersson, 2013).

Reste qu'après avoir pointé le problème, Llewellyn Smith affiche immédiatement la plus grande circonspection. « *Il est inutile, toutefois, de se dissimuler qu'une convention internationale, à ce sujet, sera évidemment très difficile à conclure.* » Et il poursuit : « *Les cours de justice nationales sont jalouses de leurs pouvoirs* ». Il propose donc de former un petit groupe d'experts pour explorer le problème, proposition qui est immédiatement adoptée. Le Comité économique et financier est officiellement saisi et des noms de membres possibles commencent à circuler.

Ce groupe de travail est présidé par F. D. McKinnon, haut juge anglais qui est pendant toute la décennie l'autorité supérieure dans son pays, sur la question de l'arbitrage – en un mot, l'arbitre ultime. Est également invité le professeur Percerou, professeur de droit à la Sorbonne, lui aussi de très haute réputation, et qui rédige comme son collègue anglais une (excellente) note sur le droit de l'arbitrage dans son pays.¹⁸⁰ Puis viennent des experts hollandais, allemand (en dépit de ce que l'Allemagne n'est pas encore membre de la SDN), puis un Danois, un Tchèque et un Japonais. Immédiatement se pose cependant un problème d'agenda et de préséance : McKinnon, juge de circuit, ne peut se déplacer sur le continent et si l'on veut bénéficier de ses lumières, il faudra que le groupe se réunisse à Londres. Ce sera les 3 et 4 juillet 1922. De ce fait, Percerou envoie un

¹⁷⁹ SDN, cote 10/Doc19961/ Doss 19661.

¹⁸⁰ SDN, cote 10/Doc2045/ Doss 19661.

collaborateur, le Professeur Gidel, de moindre réputation.

Le rapport qui est rendu à l'issue de deux journées de travail est bref (une quinzaine de pages) et il est d'abord remarquable par l'inventaire qu'il propose des différents droits de l'arbitrage dans les pays représentés. De là, une conclusion s'impose très vite à notre petit groupe : « *il existe une diversité considérable et, par certains côtés, curieuse dans les législations des différents pays* ». ¹⁸¹ S'ajoute une liste des points d'accrochage éventuels dans une perspective de coordination internationale qui donne un assez bon aperçu de l'ampleur des difficultés soulevées par tout projet de rapprochement. Arrivé à ce point, le groupe d'experts prend toutefois le parti optimiste et progressiste qui était sans doute attendu de lui et souligne combien la situation présente est nuisible, avant tout par les échappatoires nombreuses qu'elle laisse aux commerçants de mauvaise foi. « *C'est évidemment payer trop cher l'affirmation des droits nationaux ou des droits d'un régime juridique national, que de risquer d'aboutir ainsi à développer l'immoralité privée et la déloyauté des citoyens de ce pays* ». Donc il y a bien utilité et légitimité à intervenir. L'enclavement des droits nationaux n'est pas bonne pour la moralité dans les affaires. Une fois cela posé, le rapport se limite toutefois à une position prudente et somme toute peu coûteuse en terme d'investissement politique. Ce serait déjà un grand progrès, concluent nos experts, si chaque pays-membre de la Société des Nations pouvait : i) adopter et faire respecter la clause compromissoire dans son propre ordre juridique ; et en outre ii) traiter de même les clauses compromissoires étrangères. Donc le bénéfice d'un accord en termes de coordination internationale se concentre dans ceci : si deux parties ont convenu d'arbitrer leurs possibles différends, cet engagement doit être respecté dans tous les pays ; toute action intentée devant un tribunal devra donc être rejetée de manière à laisser l'arbitrage aller à son terme, même s'il se tient dans un pays étranger ou si l'engagement a été inscrit dans un contrat de droit étranger.

À cette proposition à caractère général, le groupe ajoute cependant, de manière assez curieuse, une clause spécifique, adressée à un des principaux membres fondateurs de la Société des Nations : « *Si l'on doit réaliser ces objectifs, il est clair que l'un des premiers desiderata à remplir serait d'introduire une modification dans le régime législatif actuel de la France, et de tous les pays de régime analogue, de façon que la clause compromissoire soit reconnue comme valable et de plein droit.* » ¹⁸²

Ce rapport circonstancié ayant été rendu au Secrétariat de la SDN, l'affaire se poursuit en deux temps. D'abord, le 28 septembre 1922, l'Assemblée de la SDN adresse une « recommandation » aux États-membres, qui sont invités à tirer eux-mêmes les conclusions de ce travail. En substance,

¹⁸¹ SDN, Commission économique et financière Provisoire, sous-Commission sur les clauses d'arbitrage. Rapport de la session tenue à Londres. 22 août 1922. (SDN, cote 10/Doc23045/ Doss 19661).

¹⁸² Rapport de la Session tenue à Londres, ff 7 et 9.

la France est fermement invitée à légaliser la clause compromissoire, chose qui sera faite en 1925. Puis, Llewellyn Smith, finalement assez accrocheur, relance le jeu et propose en janvier 1923 au Comité économique d'étudier les mesures nouvelles qui pourraient prolonger les travaux de l'année antérieure. Donc l'homme du *Board of Trade* sait où il va : conjointement avec McKinnon, il a rédigé un projet de protocole qu'il propose au Comité économique, dont l'objet est bien d'assurer non pas l'adoption de la clause compromissoire dans chaque pays, mais leur reconnaissance mutuelle entre pays. En un mot, une clause belge ou anglaise ne doit pas pouvoir être contournée en portant une affaire devant un tribunal français ou danois¹⁸³. Ces derniers doivent décliner l'affaire et renvoyer les parties à l'arbitrage. Voilà le fond de l'affaire : le juge (français ou danois dans notre exemple) doit renoncer à son pouvoir d'appréciation sur la validité et la légalité de la clause compromissoire, même si elle n'est pas conforme à son droit national.

Dit autrement, le progrès vers plus de coordination entre pays (et donc plus de moralité entre marchands) passe par un renoncement aux pouvoirs discrétionnaires des juridictions nationales. Non seulement, en interne, le législateur doit accepter que les commerçants sortent des tribunaux officiels ; en plus, ils doivent entériner cette décision même dans le cas de contrats étrangers. Dès ce tout premier pas vers un régime public de l'arbitrage international commercial, on retrouve donc l'ancrage de cette institution dans une double problématique : une problématique verticale et interne, ancrée dans l'ordre politique et juridique national, qui régit les libertés des commerçants de chaque pays ; et une problématique horizontale et internationale de reconnaissance mutuelle entre pays de ces mêmes droits.

Cela étant, dès sa décision de principe de septembre 1922, le Secrétariat de la SDN avait reconnu implicitement qu'il y avait quelque chose de paradoxal à confier à des économistes et des financiers un projet à caractère très juridique. Parallèlement, il avait donc demandé l'avis du Département juridique de la SDN¹⁸⁴. Celui-ci rend son rapport en janvier 1923, quelques jours après que Llewellyn Smith a pris l'initiative de relancer le jeu. À la lecture de cette note, on peut imaginer que ce dernier avait eu connaissance des conclusions ultra-prudentes, sinon franchement défaitistes, des juristes-maison. Sur la première question qui lui avait été posée, relative à la reconnaissance des jugements, il conclut en effet que « *nous ne nous sentons pas à même de suggérer au Conseil [de la Société] aucun résultat tangible qui puisse être obtenu* ». Puis on enfonce le clou : « *il n'y a aucune raison de supposer que le moment présent se prête à prendre ce sujet au plan international avec quelque espoir d'obtenir des résultats pratiques supérieurs à ceux dans le passé* ». Conclusion, il n'est pas nécessaire de créer un nouveau groupe de travail sur la possibilité d'un accord multilatéral

¹⁸³ Llewellyn Smith. Clauses d'arbitrage dans les contrats commerciaux. 13 janvier 1923. (SDN, cote 10/Doc25735/Doss 119661).

¹⁸⁴ Rapport du Département juridique. L'exécution réciproque des jugements étrangers et des sentences arbitrales. 26 janvier 1923, 24 ff. (SDN, cote 10/25849/19961)

sur la question : « à supposer qu'il ait une valeur scientifique », un tel travail porterait sur un « problème de droit international privé immensément technique et complexe, qui ne soulève aucune question qui soit aujourd'hui d'intérêt vital pour aucun pays. »¹⁸⁵ Ce rapport est assez similaire sur le fond à celui qui avait soumis au ministre de la Justice britannique, dès 1919, par le haut comité de juges anglais, dont le message de fond était sans ambiguïté – la priorité est de protéger l'intégrité du droit et de l'ordre juridictionnel anglais.

La seconde question posée en septembre 1922 au Département juridique de la SDN était celle de l'opportunité de toute négociation sur le parallélisme entre le cas des jugements et celui des sentences. De nouveau, le Département juridique refuse son soutien à toute initiative du Comité économique. Poser la question de l'exécution des sentences arbitrales, c'est en effet prendre la question de l'arbitrage international « par le point le plus difficile et par le mauvais bout du problème. » Mais plutôt que de reprendre le fond de l'argument du rapport anglais de 1919, les juristes de la SDN apportent deux arguments originaux pour ne rien faire. D'une part, suffisamment de pays apportent des garanties substantielles en matière d'exécution, donc « il est inutile et indésirable » de tenter d'aller de l'avant. De l'autre, c'est à tort que l'on met jugements et sentences sur le même pied : « les questions aiguës liées aux conceptions de la souveraineté des États et aux principes nationaux qui gouvernent l'ordre juridictionnel, questions que l'on ne peut éviter dans le cas des jugements, peuvent en fait être largement être laissées de côté (dans le cas des sentences). Il n'y a guère de doute que cette analyse est correcte. » (ff 17). On verra très vite, dès 1925, le principe de cette distinction qualitative entre jugements et sentences revient sur la scène : une fois entériné, il permet un progrès beaucoup plus rapide en matière d'arbitrage. En 1923 toutefois, c'est la conclusion inverse qui est posée, puisque de toute manière « les juridictions nationales protègent avec jalousie leurs citoyens ».

Reste qu'après avoir solidement fermé la question de la reconnaissance et de l'exécution des sentences étrangères, le Département juridique approuve la voie prise par le Comité économique sur la question plus simple de la reconnaissance des clauses compromissoires. Fin janvier 1923, on décide la mise en place d'un second groupe de travail, qui ne présente plus un simple caractère exploratoire, comme celui du printemps 1922, mais qui est chargé de préparer un projet de protocole sur la reconnaissance des clauses compromissoires, devant être soumis ensuite à la ratification des États-membres. En fait, cette seconde phase s'avère difficile. D'abord le représentant italien, M. Scialoja, insiste en dépit du mandat reçu pour inclure la question de l'exécution des sentences, d'où des pertes de temps. Ensuite, le professeur Percerou, qui représente le gouvernement français, n'est pas toujours là, tant s'en faut, et il intervient par voie de lettres.

¹⁸⁵ *ibid*, ff. 4.

Enfin, des divergences profondes apparaissent progressivement entre Anglais, principalement entre le *Board of Trade* et le monde judiciaire, organisé autour des bureaux du ministère de la Justice : alors qu'une proposition de consensus a été obtenue à l'unanimité en mai 1923, elle doit être remise sur la table et amendée en septembre. On arrive alors au texte du Protocole relatif aux clauses d'arbitrage, encore connu aujourd'hui.

La SDN et la Chambre de commerce internationale : des débuts difficiles

Y a-t-il une quelconque relation entre les discussions qui se tiennent à Genève en 1922 et 1923 et celles qui se poursuivent, exactement au même moment, à Paris, dans les nouveaux bureaux de la Chambre de commerce internationale dont la Cour d'arbitrage est inaugurée le 19 janvier 1923 ? La CCI, conçue et construite comme un authentique lobby privé, est-elle une partie de la négociation sur le Protocole SDN de 1923 ?

Le constat est net : le rendez-vous a été manqué, alors même que les deux organisations avaient « pris date » assez tôt. Clémentel, co-fondateur et premier président de la CCI, appartient en effet au même milieu que Léon Bourgeois, lui-même premier président de la Société des Nations en 1919 : les deux hommes appartiennent l'un et l'autre à la gauche ou au centre-gauche, ils ont été ensemble au gouvernement pendant la seconde partie de la guerre, et Bourgeois a signifié à Clémentel son vif souhait que la CCI soit étroitement associée aux travaux de la SDN¹⁸⁶. Qui plus est, dès 1920-21, les Américains utilisent clairement la CCI comme un point d'appui en Europe, après leur retrait de la SDN à la fin de 1919. Cette politique, qui trouve son expression la plus forte avec la personnalité d'Owen Young, se prolonge au moins jusqu'à la fin des années 1920 : bien souvent, la CCI sert d'écran pour assurer la participation d'experts américains à des groupes de travail internes à la SDN. Mais, là non plus le contact ne se fait pas. Les principaux militants américains d'une expansion de l'arbitrage international, à la Chambre de commerce de New York, notamment Julius Cohen et Charles Bernheimer, sont déjà à cette époque en contact avec les hommes de la CCI, dont ils suivent et guident à l'occasion les premiers pas. Ils savent aussi que des discussions sont en cours à la SDN. Mais la relation ne se fait pas.

En 1922, le premier groupe d'experts de la SDN avait certes pris note « avec sympathie » d'une brochure sur l'arbitrage commercial international publiée lors du congrès de Londres de la CCI, en juin et juillet 1921. Mais très vite leur rapport passait du doux à l'aigre : en fait, ce projet « *visait à instituer un tribunal international d'arbitrage plutôt qu'à assurer l'exécution, dans le monde entier, des sentences des tribunaux existants.* » Et tout de suite : « *Étant donnée la perfection*

¹⁸⁶ Lettre de Clémentel au Secrétaire général de la Section économique et financière, le 23 juin 1920. (SDN, document 183, Dossier 183, Pièce 6334).

d'organisation à laquelle ont atteint les tribunaux arbitraux existants dans un grand nombre de branches commerciales [référence est faite ici à la LCTA et à l'arbitrage sur le coton à Brême] nous nous permettons de douter que le nouveau tribunal proposé par la Chambre Internationale de Commerce ait une grande chance d'obtenir l'adhésion des commerçants, exception faite de ceux qui appartiennent à des groupements moins fortement organisés. » Et comme pour enfoncer le clou, nos juristes soulignent qu'en plus ce projet se heurte « aux difficultés fondamentales qui apparaissent dans la mentalité des différents peuples en matière juridique ». D'ailleurs poursuivent-ils, « ce serait une erreur d'essayer d'entrer trop tôt dans des questions de détail ». Dans les mois ultérieurs, personne à Genève ne suggère de demander son avis à la nouvelle institution parisienne, laquelle n'a donc laissé aucune empreinte dans le texte de la Convention de 1923.

Donc il n'y a pas seulement un problème d'information mais un jugement fort sceptique formulé à Genève, singulièrement au Comité économique. D'ailleurs celui-ci décline formellement l'invitation à participer à l'inauguration officielle de la Cour d'arbitrage, le 19 janvier de cette année, en présence du président de la République et du corps diplomatique : seul le chef du Département juridique fera le voyage :

« Il s'agit d'une expérimentation de la Chambre de commerce internationale sur une question (l'arbitrage commercial) que le Comité économique a étudiée et discutée avec la Chambre. Nous sommes plutôt sceptiques, quoique très intéressés, en ce qui concerne son avenir et nous ne devrions pas être représentés en tant qu'organisation économique. J'ai répondu à l'invitation envoyée par Sir A. Salter en exprimant notre intérêt, mais en refusant. Il n'y a pas de raison de ne pas avoir de représentation du Département juridique, auquel cas nous serions heureux de connaître leurs impressions après coup. »¹⁸⁷

Le discours du représentant de la SDN, van Hamel, est des plus convenu, mais à son retour la tonalité est nettement optimiste : « Il est clair que la Cour a suscité un intérêt considérable dans le monde international du commerce ; les représentants de tous les pays étaient présents. Ils ont aussi montré beaucoup d'intérêt pour l'appui que la Société des Nations pourrait apporter. »¹⁸⁸ De nouveau, cependant, la Section économique freine nettement, pour une raison qui ne paraît pas très claire. Volonté de ne pas mélanger la préparation d'un texte à valeur générale aux intérêts particuliers d'un opérateur de l'arbitrage ? Résistance plus spécifiquement britannique ? Erreur

¹⁸⁷ « This is an experiment of the International Chamber of Commerce in connection with a matter (commercial arbitration) which the Economic Committee has studied and has discussed with the Chamber. We are rather sceptical, though much interested, as to its future and should not be represented as Econ. Organization. I have replied to an invitation addressed to Sir A. Salter expressing interest but refusing. There is no reason, as far as the Econ. Section is concerned, why the Legal Section should not be represented, in which case we should be happy to receive their impression afterwards. » Note manuscrite de Walters (Eco & Fin Section) à Van Hamel (Chef du Département juridique), le 10 janvier (SDN, cote Doc 10/ Pièce 25844/ Dossier 25542)

¹⁸⁸ Rapport de van Hamel, 22 janvier 1923. (même cote).

tactique de la Cour parisienne qui aurait ciblé van Hamel et le Département juridique, avant de réaliser, mais un peu tard, que les affaires importantes se discutaient à la Section économique ? Une hypothèse parallèle est qu'à cette époque, la Cour d'arbitrage se mettait en place et qu'au-delà de problèmes de ressources humaines, elle n'avait peut-être pas encore identifié quels seraient pour elle les enjeux importants, les lieux stratégiques, les personnalités décisives.

Reste ce constat : lors de ce tout premier épisode, la CCI n'est pas seulement absente des débats genevois, elle aussi ignorée, sinon méprisée. Dit autrement, au tout début des années 1920, lorsqu'on passe de l'utopie à la mise en œuvre d'un projet institutionnel, il n'y a pas encore un lobby de l'arbitrage commercial international qui guiderait, influencerait, ou observerait les maîtres d'œuvre. Les entrepreneurs institutionnels se connaissent plus ou moins de nom, ils commencent à échanger des signes de reconnaissance, mais ils n'agissent pas encore ensemble. Aussi, en 1921-23, la SDN opère-t-elle exclusivement à travers le canal des experts et des informations fournis par les gouvernements nationaux ; et quand une organisation tierce au profil encore mal défini, comme la CCI, lui propose de travailler ensemble, elle hésite encore, ne sait pas très bien comment engager cette discussion.

2. La Convention de 1927 sur l'exécution des sentences arbitrales

Ce tableau change très rapidement. Dans les années et les décennies ultérieures, un atout maître de la CCI est sa capacité de lobbying, et au-delà son intelligence aigüe des organisations internationales. Alors que les organisations ou les lobbies nationaux n'ont pas un accès direct et entièrement légitime à la SDN, ou plus tard à l'ONU, la CCI s'appuie très vite sur son accréditation officielle pour entrer littéralement dans les bureaux et les groupes de travail de ces organisations multilatérales et établir là des relations de bienveillance, de reconnaissance mutuelle et d'échange d'information. Cette évolution ressort dès 1925 lorsque s'engagent les premières négociations devant conduire au second grand texte de droit international public relatif à l'arbitrage privé : le Protocole de la SDN sur la reconnaissance des sentences arbitrales, signé finalement en 1927.

Telle est la première curiosité de ce Protocole : alors même que les plus fermes mises en garde avaient été exprimées en 1923 contre toute tentative d'aller de l'avant, et alors qu'un consensus semblait s'être formé à Genève contre toute exploration de la question, la reconnaissance des sentences revient sur le tapis dix-huit mois plus tard. Qui plus est, la discussion débouche sur un texte ratifié par un nombre non négligeable de pays. Que s'est-il passé ? Comment a-t-on obtenu un résultat aussi inattendu ? Second constat, contrairement à l'épisode de 1922-23, la CCI est cette fois-ci au premier rang, d'un bout à l'autre. À bien des égards, c'est *par elle et pour elle* que ce

texte est sera adopté, en dépit du scepticisme ou du manque d'enthousiasme de la SDN et des États-membres. Cela étant, ce texte se heurte à des réserves très fortes des États-membres, si bien qu'ils accumuleront les clauses de sauvegarde, rendant le tout très imparfait. Dès le début des années 1950, la question d'un nouveau traité revient donc sur la table, de nouveau par la CCI elle-même.

Un projet de la CCI

Significativement, le point de départ de ce second cycle de négociation est le Congrès de juin 1925 de la CCI, tenu à Bruxelles. La résolution adoptée à l'issue du Congrès contient pas moins de deux pages sur la question de l'arbitrage, y compris la version (lapidaire) de ce que pourrait être un accord international sur l'exécution des sentences étrangères¹⁸⁹ ; puis elle conclut par un appel solennel aux gouvernements pour que « *que la Société des Nations soit invitée à examiner la possibilité de mettre sur pied une Convention internationale sur ces bases* ».

Or, surprise, deux mois plus tard, dans un rapport au Conseil de la SDN pour sa session commençant le 31 août, le Comité économique reprend la balle au bond : « *Le Comité économique a constaté avec plaisir le prix attaché par le monde commercial à l'œuvre que [...] la Société des Nations a déjà accomplie en vue d'assurer la validité et de faciliter l'exécution de la clause compromissoire. [...] le Comité économique reconnaît pleinement les difficultés juridiques et autres du problème, 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.* »¹⁹⁰ En opposition complète avec sa posture de 1923, le Comité économique répond à l'appel de la CCI et reconnaît le plus explicitement du monde que c'est bien d'elle que vient l'initiative. Il a bien en effet « *constaté avec plaisir le prix attaché par le monde commercial à l'œuvre* » et il juge parfaitement légitime de répondre à son appel, sans toutefois promettre à ce point l'adoption d'un nouveau traité.

Au même moment, dans le même texte au Conseil, « *le Comité économique estime que la méthode la plus utile consiste à concentrer tout d'abord son attention sur [...] l'extension de l'arbitrage comme règlement des différends commerciaux* ». Jusqu'à présent, on l'a rappelé, il était de règle de mettre sur le même pied l'exécution des jugements et des sentences : l'Université, les juges et les législateurs suivent cette ligne depuis longtemps, mais nous avons vu que le Département juridique de la SDN, en janvier 1923, avait souligné le contraste entre ces deux types de décisions. Le seul clivage opposait la position classique pour laquelle les obstacles à la

¹⁸⁹ « *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*.

¹⁹⁰ Société des Nations, Comité économique. Rapport au Conseil, Seizième session, 31 août-5 septembre 1925. (SDN, cote Doc 10/Pièce 47913/Dossier 28600.

reconnaissance des jugements valent a fortiori pour les sentences, alors que l'option alternative indiquait que les sentences, de nature contractuelle, posaient en principe moins de problèmes. Mais les deux vues se rejoignent pour conclure que tout cela faisait autant de bonnes raisons pour ne rien faire. Encore en octobre 1925, l'assimilation des deux problématique avait été maintenue par lors d'une nouvelle session de la Conférence de droit international privé de La Haye, conférence prestigieuse si l'en est.

Pourtant, lorsqu'il se saisit du sujet, le Comité économique de la SDN, donc des profanes en la matière, invite à laisser de côté les jugements. Immédiatement, le 30 octobre 1925, le Comité d'études de l'Arbitrage de la CCI reprend la balle au bond : reprenant la question au point où l'avait laissée le Congrès de Bruxelles de juin, il renouvelle l'appel aux gouvernements et « *estime que la Chambre doit en premier lieu chercher à résoudre le problème de l'exécution des sentences arbitrales [...]. En conséquence, le Comité [de l'arbitrage] demande au Conseil de la Chambre de prier instamment [la Société des Nations] de mettre à l'étude la question de l'exécution des sentences arbitrales étrangères sans lier cette question à la question de l'exécution des jugements.* ». Le 29 novembre le message est confirmé par une lettre officielle du Président de la CCI, Walter Leaf, à Sir Drummond, secrétaire général de la Société des Nations. Ils rejoignent apparemment les avis de certains États d'Europe centrale qui constate que le Protocole de 1923 n'a été ratifié que par 27 pays, et que des progrès sur le plan de l'exécution seraient susceptibles de relancer l'intérêt pour ce texte-là aussi.¹⁹¹

Il n'est pas possible à ce point de savoir exactement ce qui s'est joué entre Paris et Genève. Deux choses sont certaines toutefois. La Cour d'arbitrage avait un intérêt direct évident à obtenir cette bifurcation entre jugement et sentence, intérêt des « milieux commerciaux » que le Comité économique reconnaît pour justifier sa proposition vis-à-vis du Secrétariat de la SDN¹⁹². Et puis il apparaît dans les archives de la SDN qu'à cette époque le lien est fait entre son Comité économique et la Cour d'arbitrage de la CCI. Une correspondance continue se développe, des échanges d'information, des discussions techniques. Ainsi, le rapport interne de la CCI daté du 30 octobre 1925 appelant à distinguer sentences et jugements se retrouve dans les archives du Comité économique, avec cette mention manuscrite : « *communiqué à titre personnel à M. Smets par le Secrétaire Général de la CCI* » ; or le secrétaire général de la CCI n'est autre qu'Edouard Dolléans (1878-1954), père fondateur de la Cour d'arbitrage.¹⁹³ Plus généralement, ces relations prennent rapidement un tour personnel (« *mon Cher Arnaud* »), et elles mentionnent en passant un « *engagement mutuel de nous communiquer les renseignements relatifs aux questions qui nous*

¹⁹¹ Société des Nations, Comité économique, Rapport au Conseil, dix-huitième Session, 6 mars 1926 (SDN, cote 10/50178/28600).

¹⁹² Ibid.

¹⁹³ SDN, cote 10/47766/47253.

occupent l'un et l'autre »¹⁹⁴.

Donc dans cette première phase, la CCI est d'abord une précieuse source d'information pour le Comité économique de la SDN : l'institution parisienne apporte notamment un recensement précis et systématique des règles nationales en matière d'arbitrage (*cf. supra*). Cet investissement très tôt décidé donne 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 1923 ou 1925, en dehors de la CCI, personne n'a d'idée précise sur les droits de l'arbitrage belge et suisse par exemple, ni sur la manière dont ils interagissent dans le cas d'un litige bilatéral entre ces deux pays.

On commence à voir circuler à la fois de l'information, de l'expertise et des d'intérêts bien compris, sans nul besoin ici de faire 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. Reste cependant cette relation informelle d'échange dont le caractère premier est bien d'échapper au regard, au jugement et à la sanction des États-membres. Notons aussi que, dans cette phase, aucune trace n'apparaît d'échanges ou même de simples contacts avec d'autres acteurs du jeu : la *London Court of Arbitration* (LCA) ou l'*American Arbitration Association* (AAA) ; de même, aucune relation continue n'apparaît entre les experts mobilisés à Genève et l'une des autorités allemandes sur l'arbitrage, Arthur Nussbaum, professeur de droit à Berlin, qui publie quatre tomes d'un remarquable annuaire international sur cette question, entre 1926 et 1931¹⁹⁵. 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, une ambition politique, voire à un idéal international. C'est pourquoi on ne peut pas comprendre, en dehors de cette relation émergente, le succès en 1927 du projet de Convention, tant étaient lourdes les résistances des États et des professionnels du droit.

¹⁹⁴ SDN, cote 10/47766/47253.

¹⁹⁵ On relève un simple échange de correspondance, poli et très formel, en avril 1926, dans lequel Nussbaum propose de reproduire le dernier rapport du Comité économique et indique, comme pour entamer une conversation qui n'aura pas lieu, que lui aussi est partisan d'une distinction des jugements et des sentences (SDN, cote 10/51366/47253).

Une gestation difficile

C'est peu dire en effet que la rédaction de la Convention de 1927 est longue, compliquée, sinon confuse, et que le résultat est pour beaucoup insuffisant. On peut distinguer trois moments principaux dans cette longue gestation. D'abord, pendant une grosse année, l'activité est centrée sur les services genevois et en particulier une série de travaux préparatoires et d'échanges bilatéraux avec certains gouvernements. L'objectif est d'explorer plus en détail ce terrain miné qu'avait décrit à l'avance la note rédigée en janvier 1923 par le Département juridique. A Genève, on approche donc le sujet avec une grande prudence, comme en témoigne une note du Comité économique de juin 1926 dans laquelle il est indiqué qu'il ne s'agit aucunement de toucher à l'indépendance ou à la souveraineté des pays-membres, en matière judiciaire, mais « *de formuler quelques règles essentielles que les signataires s'engagent à appliquer réciproquement, et pouvant se compléter par des accords particuliers* »¹⁹⁶. Prudemment, on table sur le projet de convention adopté par la Conférence de droit international privé de La Haye, « *produit de la collaboration des plus éminents juristes* », comme l'avait souligné le Département juridique (5 juin 1926). Un premier projet de Protocole est donc soumis informellement aux administrations nationales.

Mais des résistances fortes se font jour à Londres, où l'on arrive bientôt à la conclusion que tout cela reste une affaire de juristes civilistes et continentaux. Llewellyn Smith, qu'on a vu à l'origine du Protocole de 1923, mais qui est maintenant entré au *Board au Trade*, met en garde nettement Stoppani, son ancien collègue genevois : le projet de Convention proposé par le Comité économique est « *inacceptable* », notamment parce que les conceptions juridiques sur lesquelles il repose sont « *absurdes et inintelligibles* » en droit anglais. Avant d'envoyer officiellement une proposition au Conseil de la SDN, il propose donc de « *le soumettre à l'examen technique préalable de juristes compétents* ». On ne sait pas si les juristes incompetents sont les économistes de la SDN ou bien les sommités réunies à La Haye. Toujours est-il que le principe d'un Comité d'experts est entériné en septembre 1926, et qu'il est constitué dans les mois suivants. C'est le second temps dans la préparation du texte final.

On trouve ici (à titre personnel) un juriste italien, un Français, un Tchèque, un Autrichien et un Britannique. En outre, René Arnaud représente la CCI en tant que telle, et sur la demande du Comité économique, Edouard Dolléans, secrétaire général de la CCI, propose que son propre président, Benjamin Connor, domicilié place Vendôme à Paris, représente les États-Unis. Deux hommes de la CCI, donc. Une session de trois jours est organisée à la fin janvier 1927, au cours de laquelle les échanges semblent avoir répondu aux meilleures règles de la courtoisie universitaire.

¹⁹⁶ Comité économique. Note sur l'exécution des sentences arbitrales étrangères. 9 juin 1926, 9 ff. (SDN, cote 10/52056/47253).

Pourtant les difficultés s'amoncellent très vite : avant même d'engager la rédaction d'un nouveau projet, on n'a même pas pu s'accorder sur une liste de ses principaux articles, cela « *parce qu'il est apparu que la diversité des droits de l'arbitrage rend la tâche excessivement difficile* ». Mais heureusement « *le Comité n'a pas désespéré de produire quelque chose d'utile et il a décidé de se réunir une seconde fois.* »¹⁹⁷ On se retrouve deux mois plus tard, chacun ayant travaillé sur des éléments possibles d'un texte collectif. Une proposition de Protocole est finalement rendue début avril 1927. Mais cela ne suffit pas : quand ils reçoivent ce texte, de nombreux gouvernements lui opposent les réserves les plus nettes, si bien qu'on décide finalement de ne pas le soumettre sous cette forme au Conseil de la SDN.

Troisième temps de la délibération, on passe des experts à la négociation politique : les représentants de 14 pays, mandatés cette fois-ci par leurs gouvernements respectifs, se mettent au travail sur le base du texte soumis en avril ainsi que des critiques et avis transmis officiellement au cours des mois suivants. On aboutit finalement à une proposition de synthèse, qui est adopté par le Conseil de la Société des Nations le 26 septembre. Le Protocole ainsi approuvé et soumis à la ratification des États-membres. Le même jour, on trouve dans les archives du Comité économique une note manuscrite 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* ». ¹⁹⁸

Pourquoi tant de difficultés ?

Pourquoi les choses ont-elles été aussi compliquées ? Pourquoi le texte final n'a-t-il pu être adopté qu'au prix de nombreuses clauses laissant aux États de larges marges d'appréciation dans l'application de la Convention ? Trois niveaux de lecture peuvent être identifiés à ce point.

Le premier est la diversité intrinsèque, profonde, des différents droits nationaux de l'arbitrage, question derrière laquelle se profilent les enjeux qui marqueront l'évolution ultérieure du régime international de l'arbitrage : le droit qui va gouverner une procédure donnée, et donc la sentence qui en sera issue, doit-il être celui du lieu où elle se tient ? Ou bien celui du pays où pourra être demandée l'exécution ? ou encore doit-on laisser le choix aux parties ou aux arbitres ? Et si la ligne de pente principale porte vers l'idée que la procédure doit suivre le droit du lieu où elle se tient, nombreuses sont les réserves à suivre entièrement son corollaire logique : une fois que la sentence aura été homologuée dans ce pays, elle doit pouvoir être reçue et exécutée sans nouvel examen sur

¹⁹⁷ Comité d'experts juristes, Procès-verbaux. (SDN, cote 10/57235/47253).

¹⁹⁸ SDN, cote 10/41766/47253

le fond, dans tout pays tiers. Ici on va voir s'empiler les nombreuses clauses de sécurité permettant à chaque État, en pratique, de garder la main. La plus connue est bien sûr la clause d'*ordre public*, mais l'interprétation de la sentence comme un jugement ou un contrat continue d'imposer des tensions fortes entre traditions juridiques nationales. Autre exemple, le champ des litiges arbitrables : en droit français il s'inscrit dans celui du droit commercial, et non dans celui du droit civil au sens large ; or la tradition de *common law* en particulier ne connaît pas cette différenciation. Les difficultés, il est vrai s'accumulent entre les continentaux et le représentant anglais. Un exemple entre dix : les civilistes réclament qu'en préalable à la demande d'exécution d'une sentence étrangère, elle soit considérée comme « définitive et exécutoire » dans son pays d'origine, et donc qu'elle ait « la force de la chose jugée », expression commune en droit français que l'on traduit à Genève par *res judicata*. Problème, répond le représentant anglais, cette expression n'a aucun sens en droit anglais :

« Ces critiques [...] me convainquent que le texte du Secrétariat, qui est fondé sur celui de La Haye, n'a pas une forme acceptable (ou en réalité intelligible) pour des pays dont les conceptions et les pratiques juridiques se fondent sur le système anglo-saxon – quelles que soient ses qualités pour les pays continentaux. Par exemple, des expressions comme 'les règles en vigueur en matière de compétence', 'devenir chose jugée', 'condamné par défaut', 'déclaré exécutoire', 'exequatur' etc. ne sont pas habituelles, et certaines sont dépourvues de sens ou incompréhensibles en anglais. »¹⁹⁹

Deuxièmement, le conflit porte donc sur ces traditions juridiques et judiciaires : alors que le langage civiliste est largement partagé par tous les pays continentaux et qu'il permet d'identifier, de négocier et souvent de transiger sur les différences entre pays, face à la tradition anglaise, en revanche, les difficultés sont beaucoup plus aiguës. Elles prennent en outre une dimension culturelle et idéologique forte, en particulier côté anglais. D'abord ceux-ci étaient mal préparés, contrairement à la situation observée en 1923, lorsque le *Board of Trade* avait eu l'initiative d'ouvrir des négociations sur les clauses compromissoires. Début 1927, le représentant britannique n'est nommé que très tardivement, son nom n'étant notifié à Genève que huit jours avant la première réunion du groupe d'experts : les personnalités les plus expérimentées qui avaient été contactées, notamment McKinnon, ont (significativement) refusé de participer. Donc on mandate Claughton-Scott, bon juriste mais pas très aguerri, qui en outre comprend mal la discussion, va-t-il indiquer dans un de

¹⁹⁹ « These criticisms, [...] convince me that the Secretariat draft, which is based on the Hague draft, is not in a form which would be acceptable (or indeed intelligible) to countries whose legal conceptions and practices are based on the Anglo-Saxon system, however well-suited it may be to Continental countries. For example, such expressions as 'the rules regarding competence in force', 'become a *res judicata*', 'declared to be in default', 'declared to be executory', 'exequatur' etc. are not customary, and some of them are meaningless or unintelligible in England ». Lettre de Llewellyn-Smith à Stoppani, 16 août 1926 (SDN, cote 10/52056/47253).

ses compte-rendus au *Home Office*.²⁰⁰ Second problème dont il fait état : « *s'il y a une faiblesse dans ce comité, c'est le manque d'expérience du fonctionnement concret de l'arbitrage commercial* », constat derrière lequel cet envoyé aperçoit la position exceptionnelle de la place londonienne dans cette affaire : « *j'aime à imaginer que Londres est le principal centre européen en matière d'arbitrage, tout comme en matière bancaire. Ce point n'est sans doute bien apprécié que par les hommes d'affaires et par le nombre relativement réduit des avocats qui ont eu une expérience régulière de notre pratique de l'arbitrage commercial.* » Et de ce constat, il tire à l'adresse de ses supérieurs une conclusion qui va exactement à l'opposé de tout effort d'engagement international : « *Je me permets de suggérer que l'attention du Board of Trade devrait être attirée sur l'importance d'affirmer que l'arbitrage doit être conduit en Angleterre.* »

Enfin se pose une question plus profondément attachée à la dimension multilatérale du projet. Depuis la fin du 19^e siècle, les accords de coopération judiciaire, tant en matière de jugements que de sentences, étaient restés essentiellement bilatéraux, liant en pratique des pays proches politiquement et institutionnellement. Passer à une convention multilatérale de reconnaissance mutuelle des sentences implique que chaque pays mette sa justice et sa force publique au service de décisions arbitrales prises dans un pays étranger, sous un droit étranger et après vérification par des magistrats étrangers. Or, le principe d'une Convention est qu'elle reste ouverte indéfiniment à la ratification de nouveaux pays : le problème de transitivité s'étend ainsi à des pays dont on ne connaît même pas la liste au moment où l'on s'engage. La question est donc beaucoup plus sensible que celle posée en 1923, quand on ne demandait aux juridictions nationales que de s'abstenir d'agir, face à une clause compromissoire étrangère. Désormais, on leur demande d'entériner une sentence validée par un juge étranger, cela après l'examen le plus limité possible. En d'autres termes, ces juridictions doivent faire confiance à leurs pairs en matière d'intégrité des procédures judiciaires, mais elles doivent aussi reconnaître des principes juridictionnels étrangers à leur tradition juridique et constitutionnelle. Ceci ressort de manière presque comique lors de la troisième session, le 28 janvier après-midi :

« M. Basdevant [...] a demandé si le juge d'une cour à qui l'exécution a été soumise pouvait refuser d'agir s'il considérait que la sentence était manifestement injuste. Le Président (italien) [...] dirait qu'à première vue aucune cours n'accorderait l'exécution d'une sentence qu'elle considérerait manifestement injuste. Le Dr Volkmar (Allemagne) dit qu'il ne pensait pas que l'exécution puisse être refusée simplement sur un point d'injustice. [...] Mr Conner (États-Unis) dit qu'une personne qui recourt à l'arbitrage prend nécessairement le risque d'une injustice possible, ou bien d'une stupidité de la part des

²⁰⁰ « J'ai souffert de nombreux désavantages du fait d'être le seul membre du groupe à ne pas avoir une connaissance parfaite du français [...]. Je n'ai pas compris tout ce qui était dit. » (SDN, 10/57093/47253).

*arbitres. Mr Scott (Grande-Bretagne) dit qu'une sentence ne pouvait être rejetée en Angleterre que si elle était clairement contraire à un point de droit. »*²⁰¹

3. De la crise de 1929 à un nouveau projet international

Quel bilan des années 1930 ?

Il n'est pas entièrement aisé d'établir un bilan du développement de l'arbitrage commercial international à la veille de la Seconde Guerre mondiale. Au cours des années 1930, la question de l'arbitrage en général est absente des grandes réunions internationales et plus généralement de l'agenda des gouvernements : elle reflue donc à l'intérieur des organisations d'arbitrage elles-mêmes ainsi que dans les arènes juridiques plus discrètes, notamment l'*International Law Association*. Au-delà, un sentiment net de déception est exprimé par nombre d'observateurs.

Prenons par exemple Arthur Nussbaum (1877-1964), professeur à l'Université de Berlin, qui a édité quatre numéros d'un remarquable annuaire sur la question : l'*Internationales Jahrbuch für Schiedsgerichtswesen*²⁰². Chassé de son poste dès 1933, parce que juif, il est immédiatement nommé professeur à Columbia University, à New York, où il poursuit une carrière très remarquée en droit international privé et public. Or, en 1942 Nussbaum publie un article dans la *Harvard Law Review* dans lequel il établit sur notre question un bilan particulièrement sombre : « *le volume énorme de travail hautement qualifié qui a été investi dans la préparation (des deux traités de la SDN) n'a été récompensé par aucun progrès tangible de l'arbitrage commercial international.* » Et quant au cas de la Chambre de commerce internationale, « *l'absence de succès est d'autant plus significative* » qu'elle aurait du bénéficier en particulier de ces deux textes. Même constat selon Nussbaum si l'on se tourne vers les scènes anglaise ou panaméricaine : la Commission créée à l'initiative de l'AAA avec les « Républiques sœurs » d'Amérique latine n'aurait traité en tout qu'un seul litige, pour une valeur de 600 dollars. Et de conclure, sur un ton franchement dépressif : « *Il semble que l'homme qui a donné le cap à la Société des Nations en matière d'arbitrage commercial international a mal jugé la situation. Beaucoup d'autres se sont également trompés, y compris l'auteur de cet article qui nourrissait de grandes espérances pour le développement de l'arbitrage commercial international.* ».²⁰³ De fait, à notre connaissance, Nussbaum ne reviendra *jamais* sur la question, en dépit du nouveau départ connu par l'institution après 1945. Ainsi, dans la *Concise History of the Law of Nations* qu'il publie en 1954, il évoque les juridictions des foires et la *lex mercatoria*

²⁰¹ idem.

²⁰² Quatre livraisons seront données en 1926, 1928, 1931 et 1934 chez l'éditeur Carl Heymanns (Berlin). Le premier volume a été traduit et publié la même année par l'*American Arbitration Association*, chez Oxford University Press.

²⁰³ Il est probable que Nussbaum pense ici à Llewellyn Smith, que nous avons vu en effet à l'origine du Protocole de 1923 : c'est le seul *actor fabulae* cité nommément dans cet article de 1942.

médiévale, puis son absorption par la *common law* en Angleterre, ou encore la Cour d'arbitrage de La Haye et l'expérience des tribunaux mixtes établis par le Traité de Versailles. Mais *pas une seule ligne* n'est accordée à l'arbitrage commercial international. C'est donc sans surprise que lorsque pas moins de six collègues de Columbia signent en 1957 dans la *Columbia Law Review* un article en son honneur, cette partie de son œuvre n'est même pas mentionnée (Cheatham et al., 1957).

Ernst Cohn, un des plus brillants analystes de l'arbitrage commercial, trace aussi à la fin de la guerre un portrait sévère des tentatives continentales des deux décennies antérieures, dans laquelle il voit, de manière excessivement anglaise, tous les défauts auxquels conduit le goût exagéré pour l'utopie et l'abstraction²⁰⁴.

Il est vrai que les années 1930 n'ont pas été favorables à l'arbitrage commercial. Dès 1928, la *London Court of Arbitration* s'ancre nettement dans un cadre impérial, en recevant de facto le soutien du Congrès des Chambres de Commerce de l'Empire : sans doute était-ce là une bonne option pour donner une assise plus solide à cette cour toujours contestée, restée *de facto* en marge du paysage judiciaire anglais (voir l'Annexe que nous lui avons consacrée). La coopération au plan judiciaire au sein de l'Empire est loin d'être efficace : il y a là un créneau, qui peut apporter en outre une légitimité. La récession et l'adoption de tarifs douaniers protectionnistes vont ensuite accentuer cet anglo-centrisme et inscrire plus fortement la pratique de la LCA dans la judicature et le droit anglais, mais aussi dans une problématique ancienne de la coordination internationale. Dit autrement, la LCA se replie sur un espace juridique de tradition anglaise dans lequel les besoins de coordination entre juridictions restent importants, mais elle esquivé ainsi le problème central autour duquel l'arbitrage va se développer après la guerre. Alors même que tous les efforts menés depuis 1922 à Genève avaient précisément pour objet de donner un cadre multilatéral à l'arbitrage, impliquant symétrie et réciprocité des engagements, c'est bien le parti inverse que choisit la LCA, suivant en cela la préférence exprimée depuis si longtemps par l'élite juridique anglaise. Fraser, qui est l'homme de l'international à la LCA depuis le début du siècle, et qui a siégé à la CCI dès 1922, tente bien des ouvertures. Par exemple, il propose un accord bilatéral entre la CCI et la Fédération britannique des Chambre de commerce, en 1939, sur le modèle de l'accord passé entre l'*American Arbitration Association* et la CCI. Mais celle-ci refuse, sans doute parce qu'elle ne veut pas s'enfermer dans un modèle continental, donc dans une sorte de division des marchés. Dans son aspiration, elle est toujours *primus inter pares*.

Reste qu'à bien des égards, la CCI apparaît à la fin de la décennie comme la grande perdante de

²⁰⁴ « Il y avait une tendance à viser avec énergie un objectif très lointain, combiné avec une tendance tout aussi forte à ne pas affronter les réalités de la situation, ceci conduisant à une acceptation facile de solutions de façade [en français dans le texte] au lieu et place de la vraie chose que l'on cherchait à atteindre. » (Cohn, 1945). Sur la personnalité de Cohn, voir le chapitre qui lui est consacré dans Beatson et Zimmermann (dir.) 2004.

l'affaire, celle dont la création et le projet étaient le plus nettement associés à l'idéal de 1919, et dont l'avenir au lendemain de la guerre apparaît à beaucoup aussi douteux que celui de sa comparse, la Société des Nations.²⁰⁵ Toutefois, si les affaires qu'elle traite restent nettement centrées sur un cadre continental et civiliste, leur taille et leur complexité a plutôt tendance à s'accroître, comme on l'a vu, ce qui suggère à tout le moins que le processus d'essais et d'erreurs mené depuis le début des années 1920 n'a pas été aussi stérile que Nussbaum l'affirme.

Dans ce paysage d'ensemble, un facteur supplémentaire de division et d'affaiblissement, au caractère à la fois juridique et idéologique, s'est ajouté au cours des années 1930. Le point de départ de cette discussion si peu fertile est un rapport sur le droit comparé de l'arbitrage, rendu en 1932 par le Professeur René David pour Institut international pour l'unification du droit international privé. Cette institution, créée en 1926 et connue aujourd'hui sous le nom d'Unidroit, est une fille de la SDN, à laquelle elle reste étroitement associée. En plus d'un travail de collection et de comparaison des législations nationales, unanimement salué et longtemps cité, le rapport David propose *in fine* l'esquisse d'une loi uniforme en la matière, loi que par hypothèse les États-membres seraient invités à transcrire dans leur droit intérieur. Or cette proposition de loi est écrite de part en part dans le langage juridique continental, notamment franco-italien. Immédiatement on observe donc une mobilisation puissante à Londres et plus généralement dans les pays de *common law*.

Présent parmi d'autres au début des années 1920, ce thème devient après 1927 un véritable abcès de fixation. Ce débat se focalise en particulier sur la question de l'amicable composition, une pratique assez courante dans les pays civilistes qui autorise les arbitres à s'éloigner du droit existant et à juger en équité : une pratique qui n'autorise cependant à ignorer ni les règles générales de procédure, ni les règles d'ordre public ni non plus les « principes généraux du droit ». C'est donc sur le droit dit matériel que porte principalement l'autorisation ainsi donnée aux arbitres. Or cette pratique commune à la CCI va rapidement être perçue, décrite et décriée en Angleterre comme le signe même de l'arbitraire laissé aux arbitres : en un mot la licence qui leur serait donnée d'ignorer les règles sacrées du *rule of law*. Dès lors, sous beaucoup de plumes, l'amicable compositeur ne va pas être seulement associé à l'arbitrage continental en général ; il va aussi devenir le symbole d'une forme de corruption du droit et de la justice, propre sans doute à ceux qui n'ont pas eu la chance de naître sous de bonnes institutions. On est donc ici sur des enjeux d'identité professionnelle mais

²⁰⁵ La chose est dite le plus nettement, et sans acrimonie, dans un article de 1937 de l'*Arbitration Journal*, publication de l'AAA : « *on avait cru que [la CCI] offrirait un système universel qui serait utilisé de manière générale par les ressortissants de tous les États. On a pensé qu'elle absorberait une partie des fonctions des organismes existants ou, au moins, qu'elle agirait comme un organisme de coordination. Que ce rêve n'ait pas été entièrement réalisé est dû à des difficultés inhérentes [...] comme les différences de langue, de coutumes et à des attitudes, des lois et des procédures nationalistes. Les agences existantes ont résisté à l'absorption.* » Et l'auteur d'ajouter : « *La méfiance des Américains envers les institutions européennes, même si elles ont été fondée par eux-mêmes, a conduit à établir leur propre système et à demander la coopération des autres États américains* » pour cela. (Comstock, 1937).

aussi nationale : aucune transaction, aucun compromis ne saurait se justifier.

Ce conflit a eu pour effet principal de diffuser la perception d'une fracture majeure, à peu près irréparable, entre les traditions civiliste et anglo-américaine. Tout se passe comme si les critiques abruptes exprimées initialement au sein de l'*establishment* judiciaire anglais s'étaient transformées en un conflit constitutif et, pour beaucoup, en un signal certain qu'il y n'a plus rien à faire. Ainsi, en 1937 le Congrès de Berlin de la CCI soutient le projet de David et appelle les gouvernements à l'adopter, voyant là l'instrument d'un progrès majeur au plan international. Mais les Chambres de commerce britannique, américaine et australienne s'opposent à cette résolution. En 1938, le Congrès d'Amsterdam de l'*International Law Association*, basée à Londres, se voit soumettre deux rapports sur cette question, qui s'opposent selon la même ligne de partage et ne se réconcilient aucunement.²⁰⁶ Ces épisodes marqueront pour beaucoup en Angleterre une sorte de moment de vérité sur la question de l'arbitrage commercial international, après qu'ils ont (coupablement) laissé les Continentaux se lancer dans une aventure déraisonnable. De là est sorti dans les années ultérieures le thème d'une *special relationship* transatlantique en matière d'arbitrage, thème d'autant plus curieux, on l'a déjà dit, que les traditions anglaise et américaine sont notoirement distinctes sur la question du rapport de l'arbitrage à la loi et aux tribunaux officiels.

Préparer l'après-guerre

Dès les années de guerre, bon nombre d'observateurs et de praticiens vont cependant annoncer une reprise rapide des activités dès la fin du conflit mondial, d'une part avec la relance du commerce international, de l'autre, thème récurrent, avec la suspension des contrats d'armement le jour où la guerre sera finie²⁰⁷. On se souvient qu'un motif important des premiers pas à la SDN ou à la Chambre de commerce de New York, au lendemain de 1918, avait précisément été de résorber un volume important de litiges issus de tels contrats. En revanche, l'incertitude est grande sur le cadre institutionnel dans lequel cette relance de l'arbitrage devrait s'observer.

L'invasion de la France en juin 1940, suivie par le déplacement partiel puis entier de la CCI à Stockholm, soulignent le trait : à partir de 1942, à Londres, à Washington ou à New York, ceux qui préparent l'après-guerre laissent nettement dans l'ombre l'expérience de la CCI. L'*American Arbitration Association*, qui se prépare très tôt à jouer le premier rôle, ne voit aucunement dans la CCI une source d'inspiration, ou une expérience qui puisse lui être d'une quelconque utilité. En

²⁰⁶ Voir notamment sur cet épisode la remarquable étude historique et politique de Macassey (1939), Cohn (1941) et Rosenthal (1945/46).

²⁰⁷ « Il n'y a pas besoin d'un grand don de prophétie pour annoncer que la fin de la guerre occasionnera une des plus grandes explosions de l'arbitrage commercial international dans toute l'Histoire. » (« One need not possess a great gift of prophecy to be able to foresee that the end of the present war will bring one of the greatest booms in international commercial arbitration which legal history has ever seen. ») Cohn (1945)

1946, Frances Kellor, vice-présidente de l'AAA, compte la CCI parmi les quatre « systèmes » d'arbitrage, avec les modèles panaméricain, britannique et soviétique ; mais elle ajoute tout de suite que la CCI « *n'a pas altéré l'activité et le prestige des système de la Grande-Bretagne et de l'Union Soviétique* » – ce dernier étant considéré comme « un des mieux organisés au monde » (Kellor, 1946).

La *London Court of Arbitration*, elle, met en place dès juillet 1943 un groupe de travail sur cette question, dirigé par Fraser, son *grand old man*, mais aussi un militant ancien et expérimenté de l'engagement international en matière d'arbitrage ; il a participé aux premiers travaux de la CCI, mais semble compter plutôt parmi les déçus de l'aventure (voir l'Annexe). Ce Comité va donc produire un nouvel état des lieux, rappeler les difficultés soulevée par la pratique française et la CCI (l'amiable compositeur), et arriver à une proposition assez nette dans son principe, sinon dans sa mise en œuvre : le mieux serait d'un côté de partir des « principes anglo-américains », sans écarter nécessairement les contributions des autres pays ; et puis on pourrait commencer par inviter à un échange de vue les principaux alliés de la Grande-Bretagne : le *Commonwealth*, la Chine, les États-Unis et l'Union soviétique²⁰⁸. Fraser décède cependant en novembre 1944 et le rôle principal revient dès lors aux greffier de la LCA, J. G. Allenby, qui possède la mémoire de l'institution et de ses pratiques : il continue d'être le plus investi dans la coopération internationale, le plus compétent, et le plus ouvert aux propositions venues d'Europe ou d'Amérique. Mais il n'est pas un dirigeant de la Cour, il n'est pas *attorney*, et si on l'autorise à participer à certaines réunions internationales, notamment à la CCI, il est clair, dès l'immédiat après-guerre, que la question internationale ne mobilise aucunement la LCA dans son ensemble. Donc, on renvoie les décisions à une réunion ultérieure, ou à la Chambre de commerce de Londres, et, de manière générale, personne ne veut se déplacer aux grandes réunions internationales.

Résultat de ce sous-investissement manifeste, lorsqu'en 1954 la question d'un nouveau traité international sur les sentences vient sur la table (via le *Board of Trade*), accompagnée de la proposition de la CCI d'envisager une « sentence internationale », la réponse de la LCA est toute simple : « *Le point significatif est que la proposition de la Chambre de commerce internationale a été conçue pour surmonter les difficultés rencontrées par leur propre Cour d'arbitrage. Ces difficultés n'existent pas pour la Cour d'arbitrage de Londres, ou dans aucune des autres organisations anglaises d'arbitrage, parce qu'elles assurent le règlement des différends dans le cadre du droit anglais.* ». Telle est la raison pour laquelle les experts de la CCI « *ont introduit de nouveaux principes qui sont plus répréhensibles encore que tous les défauts existants* »²⁰⁹. Comme

²⁰⁸ London Court of Arbitration, Rapport du Sous-Comité formé pour examiner la question de l'unification du droit et des pratiques de l'arbitrage en Europe. (LCA, Minutes of the Court). Octobre 1943.

²⁰⁹ London Court of Arbitration. Minutes of the Courts, 28 juin et 14 juillet 1954.

on disait déjà à Genève en 1927 : *ignotum per ignotus*.

Faut-il s'étonner dans ces conditions que la LCA soit absente de la Conférence de New York de mai-juin 1958 qui adopte le texte majeur, qui reste la pierre de touche de l'arbitrage international - la Convention des Nations Unies sur l'exécution des sentences ? Ce texte est présenté succinctement à la Cour par Allenby, en octobre 1959, dix-huit mois après la conférence. Et à la lecture des minutes de cette réunion, il semble n'avoir reçu *aucun* commentaire.

Du côté américain, une série de conférences réunit de nombreuses organisations professionnelles et patronales à partir de l'automne 1942. Elles engagent expressément des travaux sur le devenir de l'arbitrage international après la guerre. À la fin de cette année est créée une *International Commercial Arbitration Commission* (Commission de l'arbitrage commercial international, ICAC), chargée de préparer des projets de règles internationales en la matière, en s'appuyant en particulier sur l'expérience de l'*American Arbitration Association* et de la LCA. A la même époque, on trouve aussi une première discussion de ces perspectives d'après-guerre dans la principale publication de l'AAA : *The Arbitration Journal*²¹⁰.

Au-delà, deux points sont à relever. D'une part, l'AAA est une association récente (1925), née au lendemain de l'adoption de la loi fédérale sur la clause compromissoire, et qui est avant tout tournée vers l'arbitrage entre Américains. Sur ce terrain, elle a connu immédiatement un très large succès : en 1926, l'association avait un panel de 480 arbitres à New York ; en 1936 il est de 2 200 personnes, et au-delà l'association est représentée dans 1 600 villes, avec 4 900 arbitres bénévoles, soit un total de plus de 7 000 arbitres.²¹¹ Qui plus est, l'AAA couvre virtuellement tous les litiges économiques, depuis les relations commerciales, jusqu'aux conflits de travail ou à la distribution des films. Enfin, elle évolue rapidement vers un arbitrage à contenu juridique plus complexe que le simple arbitrage de qualité : conflits et dissolution de sociétés, fusions et acquisitions, droits de propriété intellectuelle, représentation des associations de porteurs de titres dans les faillites, etc. Aussi claironne-t-elle la participation de plus en plus importante des avocats à ses activités, tant comme conseils des parties que comme arbitres. Pour les dirigeants de l'AAA, ces évolutions signalent la légitimité sociale de leur projet ainsi que son succès à s'établir sur un marché de l'arbitrage à caractère juridique qui connaîtra une expansion majeure dans les décennies d'après-guerre.

Second point, la dimension internationale est présente continuellement dans le discours et dans les publications de l'AAA. Peu de numéros de l'*Arbitration Journal* n'évoquent telle ou telle dimension du sujet ; il y a peu d'années aussi où l'AAA ne met en avant ses amitiés internationales, ses projets, son ambition d'être parmi les architectes d'un monde nouveau. Sans doute est-elle

²¹⁰ Brock, Herman. 1942. Commercial Arbitration in International Reconstruction. *Arbitration Journal*, 6(4), pp. 211-216.

²¹¹ Parker, Franklin. 1939. The American Arbitration Association. *The Arbitration Journal*, 3(1), pp. 3-18.

l'institution qui a préservé le plus longtemps le vieux discours utopiste et idéaliste de l'arbitrage comme source de paix, de fraternisation et de prospérité. Alors que ce thème a disparu très vite des publications de la CCI et qu'il a été essentiellement absent du discours anglais sur l'arbitrage, la Seconde Guerre mondiale voit fleurir à nouveau en Amérique cette rhétorique début de siècle. Au lendemain de la capitulation allemande, en mai 1945, l'*Arbitration Magazine* propose ainsi, dans une ultime extravagance, de construire un mémorial qui réunirait « *Un Panthéon pour ceux qui sont morts pour sauver notre liberté [...] ; un Refuge pour les vétérans qui ont tout risqué mais qui sont rentrés ; et un 'Hall de l'Arbitrage' où, par la résolution pacifique des différends, nous nous consacrerons au principe qui est la vraie antithèse de la guerre.* »²¹² À l'appui, un dessin d'architecte propose un projet à mi-chemin entre la Cour Suprême de Washington et le Parthénon d'Athènes.

Deux New Yorkais font cependant leur apparition dans ce nouvel environnement, qui joueront dans les années suivantes un rôle central dans la construction du régime international de l'arbitrage. À bien des égards, ils porteront aussi l'alliance muette de la Cour d'arbitrage parisienne et de l'*American Arbitration Association*, dès lors que deux constats auront été établis : la relation anglo-américaine, si valorisée à Londres, n'est porteuse d'aucun projet viable en matière d'arbitrage ; et les contraintes politiques internes aux États-Unis, mais aussi les limites opposées par la structure fédérale du pays, rendront difficile une contribution directe des États-Unis à ce régime. Il faudra donc bientôt trouver une voie intermédiaire, entre l'approche relativement centralisée et coordonnée qui avait été envisagée après 1918 et l'internationalisme libéral et américano-centré, dont on vient d'entendre il y a un instant l'écho.

Le premier de ces deux New Yorkais, Morris Rosenthal, est depuis les années trente un des dirigeants de premier plan de l'AAA, dont le champ d'intervention est de manière croissante l'international ; c'est en somme l'*alter ego* du Londonien Fraser, en plus jeune. Il a publié en 1946 avec Frances Kellor, vice-présidente de l'AAA, un ouvrage au ton militant et programmatique.²¹³ Avocat au barreau de New York exerçant chez Stein, Hall & Co, il sera au début des années 1950 président du Comité exécutif de l'AAA et vice-président du Comité pour l'arbitrage international à la CCI : il agira dès lors comme le principal coordinateur entre les deux institutions, notamment à l'approche de la conférence des Nations Unies de 1958. Donc, sans nul doute un homme de réseaux, d'influence et de pouvoir – un vrai avocat newyorkais.

L'autre personnalité qui ressort de cette époque, dont la forte trace restera visible jusqu'aux années 1980, est Martin Domke. Né à Berlin en 1892, il fait des études de droit conclues par un doctorat à l'Université de Greifswald, puis il commence une carrière de magistrat à Berlin

²¹² *Arbitration Magazine*. 3 (5-6), mai-juin 1945.

²¹³ *Arbitration in International Controversy*, New York : AAA and Committee for the Organization of Peace. 1946

(*Gerichtsassessor*), tout en poursuivant des publications à caractère universitaire, notamment en droit international privé et en droit commercial. Il quitte cependant l'Allemagne en 1933 et s'établit à Paris, où l'on trouve la trace d'un certain nombre de publications, notamment autour de la clause-or et des crédits internationaux, cela dans le contexte du flottement de la livre ; il n'est pas exclu que ceci l'ait mis en contact dès ces années avec la CCI, dont on a vu qu'elle a été confrontée à ces problèmes.

À côté de cet engagement professionnel, Domke a aussi renoué ou poursuivi pendant ces années parisiennes un certain nombre de relations allemandes, notamment avec Bertold Brecht, dont il est semble-t-il l'avocat à Paris, ou avec Theodor Adorno. Il fréquente aussi le philosophe Walter Benjamin, avec lequel il avait dirigé en 1913-14 une association d'étudiants libérale, à Berlin (la *Freie Studentenschaft*). Après le suicide de ce dernier, en octobre 1940, la sœur de Benjamin confie à Domke une partie des très nombreux manuscrits laissés à Paris, et qu'il transmet à Adorno, une fois arrivé à New York en 1941. Pour des raisons encore inconnues, il conserve (ou acquiert ?) d'autres textes et documents de Benjamin jusque dans les années 1960, avant de les céder à l'université allemande de Gießen. Cela étant, on ne sait pas pour le moment comment il est arrivé aux États-Unis sauf à relever que, contrairement à Arthur Nussbaum par exemple, ni Domke ni sa femme n'ont été aidés par l'*Emergency Committee In Aid of Displaced Foreign Scholars*. Cependant, il refait surface assez vite avec la publication d'un ouvrage en anglais sur l'économie de la guerre en 1943²¹⁴. La même année il signe un bref article dans l'*Arbitration Journal* (n° 3-1, page 3), et en 1944 il est Directeur de la recherche de l'AAA, tandis que son nom continue d'apparaître occasionnellement dans un journal en langue allemande de la communauté juive new yorkaise (*Aufbau*). Dans les décennies d'après-guerre, Domke devient une des principales, peut-être la principale personnalité du milieu de l'arbitrage commercial international, multipliant interventions, publications et pratique d'avocat jusque dans un âge avancé. Avec son seul *alter ego*, plus jeune d'une génération, Piet Sanders (1912-2012), il est notamment au cœur de la négociation de New York, en 1958. C'est Sanders, au demeurant, qui publie en 1968 le *Liber Amicorum* dédié à Domke.²¹⁵

Au-delà de ces trajectoires personnelles, deux thèmes se détachent dans les publications américaines relatives à l'arbitrage international, au cours de ces années 1942-1946. D'une part, le principal exemple mis en avant par l'AAA pour illustrer ses succès internationaux est son vieux réseau latino-américain : cette série d'accords bilatéraux passés à partir de 1915, notamment avec l'Argentine, donne naissance en 1933 à une Commission panaméricaine de l'arbitrage, sans aucun doute dirigée et organisée depuis New York. On connaît peu de choses toutefois sur cette

²¹⁴ *Trading with the enemies in World War II*. New York : Central Book, 1943.

²¹⁵ Sanders P. ed. 1968. *International Arbitration. Liber Amicorum for Martin Domke*. Den Haag : Martinus Nijhoff.

expérience, sinon qu'elle semble avoir connu une expansion fort modeste au moins jusqu'à la guerre ; il semble en revanche, mais sous réserve de recherches plus détaillées, que le nombre d'affaires traitées ait crû rapidement pendant le conflit mondial. Au-delà, la référence est la *London Court of Arbitration*, mais sans que l'AAA n'embrace très vigoureusement le thème des bons principes anglo-américains.

D'autre part, et de manière sans doute plus significative, l'AAA prépare clairement le terrain pour construire autour d'elle un système international de l'arbitrage commercial. Il ne s'agit pas d'imposer des institutions et des règles proprement américaines, comme l'avait fait la Grande-Bretagne au 19^e siècle, mais on n'est pas non plus dans la perspective multilatéraliste qui mobilisait les Chambres de commerces américaines au lendemain de la Première Guerre mondiale. Non seulement la CCI a déçu, mais on repousse assez clairement, désormais, le principe même d'une relative centralisation, ou d'une coordination assez forte, structurée à partir d'une petite sœur privée de la SDN. L'avenir serait plutôt à des organisations régionales ou locales, liées par des accords de coopération sur le modèle panaméricain, et au milieu desquelles les institutions américaines auraient naturellement une position prééminente. En somme, on est dans l'internationalisme libéral américain dans sa version post-1945, et non plus dans la version wilsonienne. D'ailleurs l'AAA ne manque pas de souligner le point auprès de ses membres et de ses lecteurs américains, à qui elle laisse envisager à la fois la participation à un monde meilleur et la défense de leurs intérêts bien compris.

« La meilleure façon pour les Américains de prévoir un arbitrage qui se tienne 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. »²¹⁶

Le retour de la CCI à Paris et la relance d'un projet international

Les conditions du retour à Paris de la CCI et de la reprise de ses activités d'arbitrage nous restent encore mal connues. Le retour des deux instances suit en tout cas assez vite la libération du pays et la première réunion de la Cour se tient le 13 mai 1946. Au-delà, on observe un rétablissement rapide de l'institution, dans ses modes de fonctionnement et plus généralement dans son projet collectif

²¹⁶ A New Kind of Competition for American Traders. *Arbitration Magazine*, 3 (1-2), janvier-mars 1945.

(voir la fin de notre première partie). Nul doute que cette continuité repose pour une bonne part sur celle du personnel de la Cour, notamment son encadrement, et sur les appuis qu'il a su préserver dans les Chambres de commerce nationales. René Arnaud, en particulier, reste la cheville ouvrière de la Cour d'arbitrage : il tient dans ses mains le réseau entier de ses correspondants et amis, il a guidé le développement de l'institution depuis ses tout débuts et il démontre dans les années suivantes une grande détermination dans la poursuite de l'ambition internationale héritée des années 1920. On retrouve autour de lui Algot Bagge, un juriste suédois qui devient le nouveau président de la Cour, mais aussi notamment Robert Marx. Pas très loin de la Cour d'arbitrage parisienne gravitent aussi toujours Jean-Robert, qui sera dans les années suivantes une des principales inspirations de la Cour sur le plan juridique, ou encore René David, qui poursuit une grande carrière universitaire d'internationaliste, sans se limiter à l'arbitrage privé. Recrue de l'après-guerre, d'une génération plus jeune, Frédéric Eisemann signe ses premières publications de la CCI dès 1949 et devient peu après secrétaire général de la Cour. Avec un profil proche, un autre futur *grand old man* de la Cour d'arbitrage, Charles Carabiber, apparaît aussi dans ces années à proximité de la CCI²¹⁷.

De manière significative, la première initiative internationale d'après-guerre n'est finalement pas venue de New York, mais de Paris – même si elle reprend le sigle ICAC. Décidée dès août 1945, une conférence sur les orientations futures de l'arbitrage commercial international est en effet convoquée par la CCI, les 13 et 14 juin 1946. Sont représentés l'AAA (notamment avec F. Kellor et M. Rosenthal), la LCA (Allanby), L'Institut pour l'unification du droit international privé (avec R. David), l'*International Law Association* (P. Govare, L. Lapradelle), ainsi que des instances d'arbitrage soviétiques. La CCI quant à elle est représentée entre autres par A. Bagge et R. Arnaud, ainsi que par P. Sanders, qui fait alors son entrée dans ce milieu, tout en apparaissant comme secrétaire du Premier ministre néerlandais. L'ensemble des questions classiques est remis à l'agenda : la reconnaissance et l'exécution des sentences, mais aussi l'unification du droit de l'arbitrage, la coopération entre forums ; s'y ajoute, de manière plus neuve, l'arbitrage entre personnes privées et gouvernements, dont on a vu l'importance. On décide aussi de (re)mettre en place un *International Commercial Arbitration Committee*, où l'on retrouve la plupart des participants à la réunion de 1946, plus Domke ; des comités de travail spécialisés sont également créés. Enfin, le principe de réunions à échéances régulières est arrêté, la seconde conférence étant prévue pour 1947, aux États-Unis. Mais à nouveau, la dynamique ne prend pas : la conférence américaine se tient finalement à New York au début de 1949, mais elle n'aura pas de suite, les travaux des comités spécialisés n'ont laissé aucune trace et le Bureau de liaison prévu à Paris n'est pas mis en place.

²¹⁷ Sur Carabiber, voir notamment. Livak, Leonid. 2010. *Russian Émigrés in the Intellectual and Literary Life of Interwar France*. Montreal : McGill-Queens University Press, pp. 265-273.

Pour comprendre ce qui s'est passé dans ces années, il est utile de consulter dans les archives des Nations Unies une note envoyée dix ans plus tard par la CCI au Département juridique de cette organisation, peu avant la grande conférence de mai-juin 1958²¹⁸. Quatre moments successifs de la stratégie internationale de la CCI sont décrits dans ce texte rétrospectif. Un premier temps est marqué, dans l'immédiat avant-guerre, par la recherche d'accords bilatéraux impliquant « *une forme d'allocation des marchés* » entre grandes organisations. Le modèle en est donné par l'accord avec l'AAA, conclu en 1939 et renouvelé en 1947. Toutefois, la CCI a conclu que cette approche était un échec (« *unsuccessful* ») et, on l'a vu, avait dès 1939 refusé un accord bilatéral similaire avec la LCA, en 1939. Le second temps est représenté par la conférence de 1946 : un succès sans suite, le projet envisagé s'étant révélé selon la CCI « *trop ambitieux* ». Puis est venue l'entrée de la CCI dans diverses organisations régionales de l'ONU, en Europe et en Asie de l'Est en particulier (voir ci-dessous sur son implication dans l'organisation européenne).

Enfin, confirmant le constat que la coordination directe avec les autres organisations d'arbitrage n'est pas une stratégie prometteuse, la CCI opte pour ce qu'elle appelle l'« *action directe pour le bien commun* ». Ce terme suggère assez nettement ce que sera la rôle de la CCI dans les années suivantes. D'un côté, elle sera l'architecte d'un régime international qui intervient, milite, investit systématiquement les forums internationaux où ces principes et règles du jeu sont mis en discussion. La priorité est l'adoption, à la fois, de lois appropriées au plan national et de règlements d'arbitrage au niveau des forums privés, qui visent à assurer une cohérence de l'institution arbitrale dans son ensemble, au plan international. De l'autre côté, la CCI n'est pas seulement un lobby ou un représentant des intérêts mobilisés par l'enjeu de l'arbitrage : elle est aussi un acteur majeur de la pratique arbitrale, qui prend rapidement le dessus sur ce marché émergent. Ici, le texte parle curieusement « d'inter-changeabilité » entre organisations, puis plus clairement de liberté de choix des parties entre organismes d'arbitrage²¹⁹. Un peu plus bas, la note poursuit en affirmant que l'autorité ou la légitimité de chaque organisme d'arbitrage ne saurait découler de la caution que lui donnerait une institution plus mûre et plus reconnue, par le biais d'un accord bilatéral, selon une forme de *sponsoring* institutionnel à laquelle la CCI se refuse. Ce qui compte, poursuit-elle, c'est la qualité des services fournis aux parties.

Cette note décrit donc, de manière un peu contournée, un régime international fondé d'une part sur la concurrence entre forums, de l'autre sur un effort méthodique pour obtenir une convergence progressive des normes qui les régissent, que ce soit sur le plan des droits nationaux ou de leurs

²¹⁸ *Collaboration between the various systems of institutional arbitration at the international level*. Note non signée, CCI. 3 feuillets, 14 mars 1958 (ONU, cote S-0450-0415, folder 4. [EC 232/19 (1-1-2).].

²¹⁹ Dès 1951, Morris Rosenthal avait affirmé ainsi que « *ce dont le monde a besoin aujourd'hui, c'est des Tribunaux Volontaires d'Arbitrage International disponible au moment où on en a besoin et là où on en a besoin, pour toute partie d'une contrat qui a besoin de résoudre n'importe quelle type de litige.* » *Arbitration Journal*, 6(1), pp. 21-26.

règlements respectifs. De manière assez nette, fidèle à ses origines lointaines au lendemain du Traité de Versailles, la CCI se profile ici comme une institution *primus inter pares*, position qu'elle va occuper de fait par la suite : non seulement elle est dans la concurrence ou dans le marché de l'arbitrage, et cela avec un succès croissant dans les années 1950 et 1960 ; mais elle se désigne aussi comme l'agent collectif, ou comme le protecteur bienveillant de ce marché. Elle va donc se donner pour tâche de le structurer et de l'institutionnaliser, en entrant dans les forums multilatéraux et régionaux depuis lesquels l'on peut espérer orienter au mieux l'évolution des règles communes. C'est cela que la CCI appelle dans cette note de mars 1958 « *une action directe pour le bien commun* », au moment où elle a pris le plus ostensiblement qui soit la première place dans le débat conduisant à l'adoption de la Convention de New York de 1958.

4. La conférence des Nations Unies de 1958

Une sociologie nouvelle

Comme la Convention de 1927, mais contrairement au Protocole de 1923, le troisième grand texte de droit international public sur l'arbitrage porte la marque de la CCI. Les lacunes de ses archives pour l'après-guerre (*cf. supra*) n'ont pas encore permis de reconstituer la genèse exacte de cette initiative et de la contribution si particulière qu'y apporte le milieu professionnel et universitaire qui s'est structuré progressivement autour de sa Cour d'arbitrage. Mais les archives de l'ONU et divers imprimés permettent déjà d'attester nettement des éléments importants.

D'une part, comme on l'a déjà indiqué, on observe une montée en puissance de juristes de haut calibre : Jean Robert, Charles Carabiber et Frédéric Eisemann sont au cœur de ce réseau à Paris, mais sont aussi en relations étroites avec Piet Sanders, Morris Rosenthal ou Martin Domke. Au-delà, deux évolutions contribuent sans doute au changement de profil de la CCI. D'une part, on voit arriver à Paris les grands bureaux d'avocats américains, qui vont souvent établir là leurs têtes de pont pour accompagner en Europe leur clientèle d'entreprises multinationales. Plus tard, ces bureaux proposeront aussi leurs services aux grandes entreprises européennes et deviendront ainsi le milieu dans lequel l'arbitrage CCI acquerra ses lettres de noblesses. D'autre part, les années 1950 voient l'amplification d'une tendance esquissée dans les années 1930 : le développement d'une jurisprudence de la Cour d'appel de Paris et de la Cour de Cassation très favorable à l'arbitrage commercial international (par opposition à l'arbitrage domestique). La place prééminente acquise par la CCI serait inconcevable sans cet appui très cohérent et continu qu'elle a obtenu des hautes juridictions françaises, alors même que les administrations et les gouvernements resteront très éloignés de son expérience jusqu'aux années 1970. Cette relation étroite entre la jurisprudence

française et la CCI débouche sur une « construction juridique de l'extra-territorialité » dans laquelle la régulation *ex ante* et le contrôle *ex post* de l'arbitrage CCI sont considérés, jusqu'à aujourd'hui, comme exceptionnellement favorables à la place parisienne.

Le milieu des praticiens et des théoriciens de l'arbitrage commercial doit donc être analysé *en y incluant* ce groupe de hauts magistrats à la fois étroit, influent et institutionnellement proche du milieu de la CCI. En fait, cette *co-évolution* de l'arbitrage CCI et de la jurisprudence parisienne était conditionnée par l'entrée à la CCI de juristes de haute volée, à la crédibilité universitaire incontestable : ce sont eux, par leurs relations personnelles mais aussi par leurs contributions à la doctrine de l'arbitrage, qui font la médiation. Sans eux, les entrepreneurs inspirés et déterminés des années 1920, à commencer par René Arnaud, n'auraient pas pu établir ce lien. Un major de l'ENS, agrégé d'histoire peut mobiliser son capital social à Paris, surtout s'il est en plus étroitement lié aux milieux patronaux d'avant et d'après la Seconde Guerre mondiale ; mais il ne saurait discuter et argumenter pour son propre compte, face à la Cour d'appel et à la Cour de Cassation. Il lui faut des médiateurs pour cela. C'est pourquoi, peut-on penser, René Arnaud passe la main en 1953 à Frédéric Eisemann, qui devient alors secrétaire général de la Cour d'arbitrage et incarne cette alliance nouvelle entre les avocats internationaux, les juristes de Cour, et les hauts magistrats. La CCI est leur port d'attache, leur ancrage commun, presque leur propriété commune ; mais, à ce moment, on passe de la construction d'une institution par des entrepreneurs éclairés à une nouvelle sociologie professionnelle qui investit l'institution, la nourrit, mais aussi la mobilise dans un projet qui, en fait, la dépasse. C'est ce que disait à sa manière la note de mars 1958 retrouvée dans les archives des Nations Unies, lorsqu'elle présentait la CCI à la fois comme une organisation d'arbitrage parmi d'autres et comme le protecteur bienveillant de ce nouveau marché. En somme : l'arbitre des arbitres, discutant avec une Cour suprême de la construction d'un habitat juridique inédit, jamais auparavant imaginé, et qui va être la souche de l'arbitrage tel que nous le connaissons depuis les années 1970.

La proposition de la CCI de 1953

La généalogie de la Convention de 1958 commence avec un ou plusieurs groupes de travail formés au sein de la CCI à partir de 1950. Ils aboutissent à une proposition dont Arnaud est le rapporteur, adoptée en mars 1953 par la CCI et publiée la même année²²⁰. Selon Morris Rosenthal, les représentants de plus de trente pays ont participé à ces travaux. Président du Comité exécutif de l'AAA et vice-Président du Comité de l'arbitrage de la CCI, il présente cette proposition le 6 avril

²²⁰ International Chamber of Commerce. 1953. *Enforcement of International Arbitral Awards, Report and Preliminary Draft Convention*. Brochure 174. 8 ff.

1954, au nom de la CCI, devant le Comité économique et social de l'ONU (Ecosoc)²²¹. Celui-ci entérine le souhait de la Chambre de commerce internationale d'étudier à nouveau la question de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales, en partant de la proposition de Convention soumise par la CCI avec son rapport de mars 1953.

Le texte de 1927 est donc considéré comme insuffisant par les intérêts commerciaux au nom desquels parle la CCI. En particulier, on se souvient que les conditions confuses dans lesquelles la Convention de 1927 avait été négociée avaient abouti à multiplier les clauses de sauvegarde, qui laissaient une très large discrétion à chaque État pour recevoir ou non une sentence étrangère. En pratique, si elle est contraire à leur droit processuel, elle peut être rejetée. Il s'agit donc de faire un nouveau pas, si possible très grand, en direction d'un régime international de l'arbitrage dans lequel chaque État accepterait (presque) sans réserve une sentence étrangère dès lors qu'elle aurait été reconnue, ou confirmée, et rendue exécutable par un autre pays. On est donc dans une logique de reconnaissance mutuelle des droits nationaux de l'arbitrage, fondée sur l'idée qu'au-delà de règles pratiques différentes, issues d'histoires judiciaires particulières, les États partagent en pratique des méta-normes : des grands principes de justice, qui fondent cette reconnaissance mutuelle et autorisent l'émergence d'une sorte d'espace arbitral transfrontalier, susceptible d'apporter aux commerçants l'instrument fluide et efficace de résolution des différends qu'ils appellent de leurs vœux depuis la fin du 19^e siècle.

À ce premier thème, qui sera au cœur du texte de 1958, la CCI ajoute cependant un second élément, qui va faire scandale. À l'idée d'une reconnaissance et donc d'une circulation aisée des *sentences étrangères* entre juridictions nationales, elle propose de substituer l'idée d'une *sentence internationale*, terme qui reste associé dans la mémoire arbitrale à la pré-histoire de la Convention, mais aussi à l'inventivité, voir à l'extravagance intellectuelle des séminaires fermés tenus à Paris dans ces années. L'idée est qu'au lieu d'être fondée ou validée seulement par une juridiction et donc par des règles de droit national, avant en somme de recevoir un passeport international, les sentences pourraient être produites de leur seule autorité par des organisations d'arbitrage international, parmi lesquelles on pense évidemment en premier lieu à la CCI.

À l'arrière-plan se trouve un vieux cheval de bataille de la CCI, né d'un arrêt en 1921 d'un arrêt du Tribunal de première instance civile de Paris, qui fondait la validité d'une sentence étrangère sur *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 plus besoin *du tout* d'une validation par une autorité de rang national. Les sentences seraient enfin entièrement émancipées de toute attache dans la souveraineté et dans les juridictions souveraines.

²²¹ Rosenthal, Morris S. Enforcement of International Awards. *Arbitration Journal*. 1954, 9 (1). pp. 42-45.

Depuis des décennies, la CCI a utilisé cet argument de la volonté des parties, et notamment cet arrêt de 1921, pour établir à la fois l'autonomie de la clause compromissoire, celle du tribunal arbitral, et enfin celle de la sentence. On a vu ainsi, dans notre première partie, l'expression même de sentence internationale faire surface dans les débats internes dès 1937²²².

Dit autrement, la CCI a tenté de restaurer la vieille doctrine des droits naturels, repris par le droit des gens classique, selon lesquels le droit de contracter appartient en propre aux personnes et n'est nullement affecté par les normes et les décisions des souverains. Bien sûr, l'arbitrage est une institution *volontaire*, au sens où nul ne peut être contraint de mettre ses intérêts et ses différends entre les mains d'arbitres : il y a pour cela des institutions par défaut, qui sont les tribunaux officiels. Reste que l'histoire entière de l'arbitrage, que nous tentons de reconstituer ici, n'est pas seulement celle de la sortie des tribunaux officiels, mais aussi celle de la construction lente, tâtonnante, controversée d'un cadre institutionnel efficace et légitime, à même d'accueillir les parties et de leur apporter, pour commencer, la sécurité et la prévisibilité sans lesquelles à l'évidence elles ne renonceraient jamais à la justice publique. La CCI est en fait très habile, voire rusée, dans son usage tactique du principe de la liberté des parties : elle le met en avant chaque fois qu'elle rencontre devant elle une institution ou une norme qui l'embarrassent, ou plus simplement lorsqu'elle veut établir son autorité et son autonomie sans transiger ni avec les États, ni avec leurs magistrats. Pourtant, *en aucune mesure* on ne saurait rendre compte par ce seul principe individualiste et contractuel de l'effort long de construction de l'institution qui est bien l'autre moitié de notre histoire.

New York, 1958

A la suite de la présentation de la proposition CCI par Rosenthal, en avril 1954, l'Ecosoc a donc décidé de se saisir de la demande d'une réforme de la Convention de 1927 sur la base du texte parisien. Un groupe de travail est formé, avec des représentants de huit pays : Australie, Belgique, Équateur, Égypte, Inde, Suède, Union soviétique et Royaume-Uni. Pourquoi, au-delà de la Belgique et de la Suède, ne trouve-t-on aucun pays étroitement associé à l'expérience de la CCI ? Les archives ne nous l'ont pas encore avoué. Les seuls membres de notre réseau dans ce groupe de travail sont Rosenthal lui-même, plus la représentante permanente de la CCI aux Nations Unies, Roberta Lusardi. Cette situation naît peut-être simplement du désintérêt des gouvernements

²²² Voir aussi *L'Économie Internationale*. 13 (3). On relève aussi en 1947, dans *L'Économie Internationale/World Trade*, la principale revue de la CCI, une brève note sur « L'action de la CCI dans le domaine juridique » où il est dit que « le fait que les tribunaux nationaux aient de plus en plus tendance à reconnaître la primauté des règles de procédure établies par les grands organismes arbitraux [...] ouvre un vaste champ d'activité aux organisations arbitrales ainsi promues au rang de législateurs privés ». Également, dans la même revue, un article à la tonalité similaire : Edwin Herbert. 1950. Liberté contractuelle, Mise en vigueur des sentences arbitrales internationales. *L'Économie Internationale*. 16(5).

allemand, américain, français, italien ou suisse pour cette affaire : la question n'était pas à leur agenda, donc le Comité Ecosoc se serait constitué un peu par hasard, au fil des bonnes volontés. Toujours est-il que treize réunions sont tenues, à l'issue desquelles un rapport et une proposition de convention sont transmis au Département juridique de l'ONU. Une résolution est adoptée le 20 mai 1955 par l'Ecosoc : elle prend acte de ces travaux et entérine le principe de la convocation d'une Conférence de l'ONU devant discuter en particulier la nouvelle proposition de Convention rédigée par le groupe de travail ; quelques mesures complémentaires pour conforter le fonctionnement de l'arbitrage international sont ajoutées.

Il est clair, à la lecture du rapport et du projet de convention, que ceux-ci sont nettement en retrait du texte de la CCI, en particulier sur la question de la « sentence internationale ». Ici trouve son origine le récit classique de la Conférence de 1958, selon lequel les États ont repris la main sur les séminaires hautement spéculatifs de la CCI et ramené en somme tout le monde à la raison.

La phase qui s'étend jusqu'à la conférence proprement dite, en mai et juin 1958, est néanmoins d'un très grand intérêt pour comprendre ce qui s'est joué à ce moment-là. Une compréhension fine nous est rendue possible grâce à plusieurs gros dossiers conservés dans les archives de l'ONU, dossiers qui à notre connaissance sont restés jusqu'à ce jour inexploités. Deux grands ensembles se dégagent ici : une correspondance générale du Département juridique avec les États et les organisations professionnelles consultées sur le texte de 1955 ; puis les échanges denses entre ce Département et nos acteurs privés, des côtés américain et européen. Concentrons-nous ici sur cette seconde source.

Du côté des États-Unis, le jeu commence par un séminaire organisé le 17 décembre 1957 à l'hôtel Biltmore, à New York, où 21 personnes se retrouvent, à l'invitation apparemment de l'AAA. Face aux trois membres du Département juridique de l'ONU, organisateurs eux-mêmes de la Conférence, on trouve principalement le cœur du lobby pro-arbitrage de New York : l'AAA avec Martin Domke, le Comité américain de la CCI représenté par Morris Rosenthal (*US Council of the ICC*) et la Chambre de commerce américaine. L'ensemble est complété par un certain nombre d'organisations professionnelles liées au commerce international, plus la représentante de la CCI à l'ONU, Roberta Lusardi. Ni la hiérarchie du Secrétariat de l'ONU, ni les autorités américaines, ni aucun autre État membre ne sont présents. Le thème de la réunion est imprimé sur le programme : « *la valeur de la participation du gouvernement américain à la conférence* »...

Les pièces suivantes du dossier américain découlent de cet ordre du jour. Il contient surtout la copie d'une correspondance de l'AAA et de la Chambre de commerce de États-Unis avec les autorités de Washington (Département du Commerce et Département d'État). A tout le moins, la présence de telles copies suggère des relations informelles, fondées sur la confiance personnelle et

une assez forte convergence d'intérêts, très similaires à celles que nous avons observées entre la SDN et la CCI dans les années 1920. On trouve par exemple une lettre à Martin Domke (AAA) d'Oscar Schacter, un des trois membres du Département juridique présent au Biltmore. En lui envoyant « *sur une base confidentielle* » un projet de mémorandum destiné aux États-membres, il ajoute : « *Comme vous le savez, nous donnons beaucoup de prix à votre jugement dans ce domaine, et nous vous serions très reconnaissant d'avoir vos réactions, à la fois en général et dans le détail. Si cela vous convient, peut-être pourrions nous déjeuner ensemble à un moment donné* »²²³.

Sur le fond, les échanges proprement dits entre les lobbyistes américains et le gouvernement témoignent avant tout de l'immense réserve du gouvernement américain vis-à-vis de l'ensemble du projet. Tout ce que l'AAA obtient, c'est qu'il ne s'abstienne pas de toute participation :

« *L'étude de la question par le Département l'a conduit à l'idée que, dans les circonstances présentes à tout le moins, il est très douteux [it is a matter of grave doubt] qu'il soit désirable de prendre des engagements important du type de ceux inscrits dans le projet de convention. Considérant toutefois que l'agenda de la Conférence inclut aussi une discussion générale sur les difficultés pratiques rencontrées par l'arbitrage commercial international, le Département étudie la possibilité d'une forme de représentation à la Conférence.* »²²⁴

Prenons le temps de souligner ce paradoxe. Une littérature immense nous a appris comment, depuis 1942 jusqu'aux conférences de Bretton Woods et de San Francisco, puis au moins jusqu'aux années 1970, les États-Unis ont été les architectes et les gardiens d'un nouvel ordre international, à la fois libéral, démocratique et commerçant (voir par exemple Ikenberry, 2011). Or, ici, la construction d'une pièce majeure de la gouvernance des marchés internationaux, sur laquelle les intérêts privés insistent depuis des décennies, se voit opposer une fin de non-recevoir. Les États-Unis ne torpillent pas le sujet, mais il n'y a rien à attendre de plus. La raison mise en avant pour expliquer cette réponse, qui est généralement considérée comme valide, renvoie aux difficultés que soulève aux États-Unis tout traité en cette matière, en raison de la structure fédérale du pays²²⁵.

Un peu comme en Angleterre, c'est donc le lien étroit entre les règles internationales et règles domestiques en matière d'arbitrage qui est au cœur du problème ; et c'est face à cette symétrie que se détache la solution entièrement alternative dessinée graduellement à Paris autour d'une forme

²²³ Archives ONU, cote S-0450-0414, folder 7

²²⁴ Lettre de W. Beale, Deputy Assistant Secretary for *Economic* Affairs, Département d'État, à Philip Courtney, Président du US Council of the ICC. 31 janvier 1958. (archives ONU, même cote).

²²⁵ Lettre de Henry Kearns, Assistant Secretary of Commerce for International Affairs, à Joseph Sinclair, Directeur de la Commercial and Industrial Association de New York. 13 février 1958. « *Nous ne pensons pas qu'une convention affectant les procédures judiciaires de plusieurs états (de l'Union) [...] puisse être ratifiée par une majorité d'entre eux* » - sous entendu au Sénat américain. (archives ONU, même cote).

inédite d'extra-territorialité, qui deviendra le modèle de référence. C'est donc sur le fond de cette abstention de l'*hegemon* qu'il faut apprécier la stratégie et les résultats obtenus par la CCI, que cette abstention ait été un avantage ou non. Tout lobby défend ses intérêts dans un contexte donné, qu'il tente d'influencer. Construire un régime international, normé et organisé, est une toute autre affaire.

L'autre réunion préparatoire à la Conférence de l'ONU s'est tenue à Paris le 10 octobre au siège de la CCI, avec tous les ténors de la maison, membres de la Commission internationale de l'arbitrage et du droit commercial²²⁶ : René Arnaud, Jean-Robert, Charles Carabiber, Frédéric Eisemann, Piet Sanders et Edwin Hubert, en plus de piliers des années 1930, encore présents, comme Aage Dessau (Danemark), Jean-Paul Palewski (France) ou Max Vischer (Suisse). L'ordre du jour est ici aussi très clair : quelle position adopter face à la proposition de Convention fortement diluée qui est soumise à la Conférence de New York ?

Les procès-verbaux des discussions révèlent dans les premiers temps une opposition entre les partisans de la proposition « radicale » de la CCI et des minoritaires non négligeables (Allemagne, Danemark, Grande-Bretagne) qui pensent qu'il vaut mieux se rallier au nouveau texte. Mais, progressivement, les termes de la discussion changent et conduisent à poser une question tactique : qu'est-ce que la CCI, qui ne vote pas à l'ONU, peut tirer de cette conférence ? À ce moment, certains pensent que, même meilleure sur le fond, la proposition de la CCI doit être abandonnée et se rallie donc aux minoritaires. En somme, à trop demander on risque de tout perdre. Face à eux, Arnaud et Carabiber résistent : c'est justement parce que la CCI ne vote pas qu'elle peut défendre une position plus cohérente et radicale. L'issue de la délibération voit une convergence entre Robert et Sanders, le premier ayant jusque-là défendu la proposition de la CCI et le second s'étant compté d'emblée parmi les « minoritaires » et les « pragmatiques ». *In fine*, c'est Sanders, appuyé discrètement par Eisemann, qui donne les termes du consensus : nous n'avons sans doute pas grand chose à gagner de la Convention ; à défaut, concentrons nos efforts sur les trois sous-articles du projet ONU sur lesquels des progrès sensibles peuvent être obtenus.

Tel est le message de la CCI dans ses propres « observations » envoyées à New York en mars 1958 : « *Bien que le texte des experts de l'Ecosoc adopté comme base de discussion lors de la Conférence ne semble pas offrir une méthode pour standardiser les procédures d'arbitrage selon la voie proposée par la CCI, il représente néanmoins une contribution nouvelle à un usage plus facile de l'arbitrage [...] à condition que certains amendements soient apportés* »²²⁷.

Les mois et les semaines suivants, jusqu'à l'ouverture de la Conférence, sont marqués par un grand scepticisme des diverses parties, dû notamment à l'abstention des États-Unis. La conférence

²²⁶ ICC, Commission on International Arbitration and Commercial Law, Meeting on 10th October 1957. (compte rendu daté du 18 décembre, Document n°420/84).

²²⁷ ICC. Observations by the ICC. Nations Unies, 9 mars 1958 (même cote).

elle-même se développe en deux temps. Au cours de la première semaine, les États-membres tiennent l'agenda et les points successifs sont discutés, sans grand progrès et sans dynamique constructive. Cela laisse envisager un échec complet, ou l'adoption d'un texte bancal, peu susceptible de recevoir la ratification de nombreux États-membres. Le week-end intermédiaire entre dans la légende de l'arbitrage commercial international : face à la menace d'un imbroglio, Piet Sanders se retire dans la villa de banlieue de ses beaux-parents et, installé dans le jardin, il tape à deux doigts sur sa machine à écrire une proposition de synthèse. Le lundi, il propose son texte à la discussion, en ayant pris bien garde d'apparaître à la conférence non pas au nom de la CCI, ou de toute autre organisation, mais comme membre de la représentation néerlandaise. Le texte est accepté comme nouvelle base de discussion et, dès lors, la Conférence navigue dans des eaux clémentes vers le succès final. Apothéose et fin de la préhistoire de l'arbitrage commercial international.

Ce récit souffre cependant de deux défauts sérieux. D'un côté, il donne de Sanders l'image du petit secrétaire bien intentionné, qui laisse de côté ses propres préférences pour ne plus chercher que l'intérêt commun. C'est oublier le rôle central qu'on lui a vu jouer dans la réunion stratégique de la CCI, six mois auparavant. Nous entendons défendre l'hypothèse que, s'étant placé au cœur du réseau des entrepreneurs et des praticiens de l'arbitrage, connaissant tous les textes et toutes les positions des uns et des autres, Piet Sanders joue à New York la carte de ce réseau de la CCI, c'est-à-dire celle des architectes (privés) de l'arbitrage international.

D'un autre côté, le récit légendaire de la Convention de 1958 implique souvent un curieux effet d'optique : ce texte est célébré depuis des décennies maintenant comme la pièce de touche du régime international de l'arbitrage ; en un mot, l'acte fondateur qui, d'un coup, fait passer cette institution dans un monde moderne et efficace. Or ce n'est pas l'interprétation qui en est donnée au lendemain de la conférence : la tonalité d'ensemble, dans les correspondances dont nous disposons, est à une satisfaction raisonnée, doublée du constat que d'autres négociations et d'autres textes seront nécessaires avant d'arriver à une règle du jeu international entièrement satisfaisante. La Convention des Nations Unies a aussi une histoire ultérieure à juin 1958, à la fois longue et complexe, et qui va bien au-delà du travail d'un petit homme, dans son jardin new yorkais, un week-end de printemps.

5. La Convention européenne sur l'arbitrage international (Genève, 1961)

La Convention de Genève de 1961 constitue, avec la Convention de New York de 1958 et la Convention de Washington de 1965 créant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), l'un des points terminaux évidents pour notre recherche. La ratification de ces conventions – qui n'eut rien d'immédiat pour les principaux pays d'arbitrage – est contemporaine, dans les années 1960 voire surtout 1970, de l'accroissement du nombre d'affaires soumises aux principales organisations d'arbitrage, en particulier, comme on l'a vu, à la Cour de la CCI ; elle enclenche aussi des révisions des droits nationaux, en particulier en Angleterre. Dezalay et Garth (1996) font ainsi de cet ensemble de changements le point de départ de leur étude. Il ne faudrait pas pour autant penser que les conventions sont la cause principale et immédiate du changement de dimension de l'arbitrage commercial international. Replacées dans l'histoire plus ancienne que nous avons racontée ici, elles apparaissent plutôt comme des pas, somme toute timides, finalement faits dans des directions depuis longtemps envisagées.

La Convention de Genève sur l'arbitrage commercial international en donne une bonne illustration. Elle est signée le 21 avril 1961 par des représentants de seize pays de l'Ouest comme de l'Est de l'Europe (rejoints par deux autres avant la fin de l'année). Elle a été élaborée dans le cadre de la Commission économique pour l'Europe (ECE) de l'ONU²²⁸. Les pays européens se trouvent donc liés par une Convention qui, bien qu'elle vise au premier chef à régler des difficultés concrètes d'arbitrage Est-Ouest, pose également quelques principes plus généraux pour faciliter le déroulement des arbitrages commerciaux internationaux. Ces solutions et ces principes ne constituent toutefois en rien une rupture avec la situation qui prévalait auparavant : une fois encore, les espoirs et les craintes de ceux qui envisageaient un nouvel organisme plus supra-national d'arbitrage ne se sont pas réalisés.

De problèmes pratiques d'arbitrage Est-Ouest à des discussions de droit comparé

Comme celle de New York, la Convention de Genève est le produit de très longues discussions, puisque la question est ouverte en 1954, de manière au départ bien circonscrite²²⁹. L'ECE est à ce moment en train de tenter de standardiser les conditions générales de vente dans certains secteurs, dans un effort qui ressemble beaucoup à celui de la CCI, mais qui, à la différence de ce dernier,

²²⁸

Dans le même temps, l'homologue de ce bureau pour l'Asie (ECAFE) s'intéressait également à l'arbitrage commercial, mais son travail, bien plus en amont, visait avant tout à recenser les embryons d'organisations existantes et à tenter de les faire connaître. Voir notamment National Archives, BT 11/4988 et BT 11/6293.

²²⁹ Sur le début des discussions, voir National Archives, BT 11/5376, Document 64, Note on the ECE Working Party on Arbitration, sd [probablement 1956] ; voir aussi les documents 57a sur l'ingénierie (Note of a meeting held on 22nd March, 1956, Board of Trade, 5 avril 1956, dont les citations sont extraites) et 35 sur le commerce du bois.

inclut les pays de l'Est dans les discussions. Plus précisément, l'ingénierie, secteur le plus anciennement lancé dans cet effort, était pratiquement parvenu à un accord entre pays de l'Ouest, qui incluait une clause d'arbitrage devant la CCI. Mais l'arrivée des pays de l'Est dans les discussions ne permet plus de considérer la CCI comme une institution neutre : elle peut être vue comme telle entre pays, mais pas entre blocs, puisqu'elle n'a pas de comités nationaux dans les pays socialistes. Le commerce du bois, dans lequel les entreprises de l'Ouest se voient souvent obligées d'arbitrer à Moscou, se joint assez vite à la demande de l'ingénierie : il faut trouver une organisation d'arbitrage acceptable « à mi-chemin » (« *an acceptable halfway house* »), qui satisfasse les deux blocs. Le problème est qu'il n'existe « pas de tribunaux anciens et internationalement reconnus que l'on puisse utiliser, autres que la CCI » (« *no long-established and internationally recognised tribunals to fall back upon other than the ICC* »). Cette phrase souligne bien, à nouveau, la stature toute particulière déjà acquise par la Cour d'arbitrage.

Il est un temps envisagé de créer une instance à La Haye, voire de donner des pouvoirs à la Commission économique pour l'Europe de l'ONU elle-même – ne fût-ce que celui de nommer un arbitre ou un tiers-arbitre qui puisse être considéré comme assez impartial en absence d'accord des parties, ce qui constitue le principal problème pratique. Mais ces solutions sont rapidement écartées : les représentants de plusieurs pays, notamment du Royaume-Uni, ne sont aucunement prêts à encourager ainsi le développement de la bureaucratie onusienne²³⁰. En outre, les fournisseurs anglais d'arbitrage au sein des branches (tout particulièrement dans l'assurance, autour de Lloyd's) mobilisent le ministère du Commerce pour éviter tout ce qui risquerait de concurrencer leur juridiction – comme ils le font dans le même temps à propos de la Convention de New York, voire avec plus d'énergie²³¹. En Europe, ils sont de fait, avec la CCI (ainsi que la Chambre de commerce et l'Institut d'arbitrage technico-industriel de Stockholm, qui réalisent déjà quelques arbitrages Est-Ouest), les principales institutions qui pourraient être concurrencées par la naissance d'un véritable organisme d'arbitrage supra-national et officiel, naissance à laquelle l'ECE est au départ favorable²³². La CCI, quant à elle, s'implique dans les discussions pour, le cas échéant, y gagner en se posant en organisme relativement neutre, et surtout ne pas y perdre en voyant sa procédure concurrencée par de nouvelles règles modèles. Elle est notamment représentée dans les débats par René Arnaud, qui siège pour la France. *In fine*, elle a tout à gagner à la Convention et s'engage

²³⁰ National Archives, BT 11/5509, ECE, Committee on the Development of Trade, Ad Hoc Working Group on Arbitration ; Note personnelle adressée à Wardrop, délégué permanent britannique à Genève, sd [1955] : il lui est demandé de « *retenir le Secrétariat dans son impérialisme* » (« *to restrain the Secretariat in their empire-building activities.* »).

²³¹ National Archives, notamment BT 11/5349, Document 43 pour un résumé des positions des associations ; BT 58/632 sur les assureurs.

²³² National Archives, BT 11/5376, Document 64 : « *jusqu'ici, nous avons pu empêcher la formulation de propositions révolutionnaires comme la création d'un tribunal supra-national de l'ECE, qui aurait été soutenue par le Secrétariat* » (« *we have so far prevented the formulation of any revolutionary proposals such as e.g. an ECE supra-national tribunal, which would have had the support of the Secretariat* »).

auprès des gouvernements pour faciliter sa ratification²³³.

Dès lors que toute innovation institutionnelle radicale est écartée, il reste tout de même à trouver une solution à la méfiance envers les organisations d'arbitrage de l'Est, qui est dans toutes les têtes mais doit rester non dite²³⁴. C'est pour cela que, d'une question pratique précise sur le mode de nomination d'arbitres, discutée par des experts en commerce international, on passe à un débat juridique très large sur l'arbitrage, avec six réunions d'un groupe d'experts à Genève entre février 1955 et mai 1959²³⁵. Ce groupe amasse, sous la direction du secrétaire exécutif de l'ECE Gunnar Myrdal, une documentation importante sur des questions un peu différentes de celles traitées simultanément à New York. En effet, même si les problèmes d'exécution sont évoqués, il s'agit surtout de faire un état des lieux des procédures existantes et des problèmes rencontrés en amont, notamment sur la question de la détermination de la compétence des arbitres, mais aussi par exemple sur la possibilité de recourir à des arbitres étrangers ou encore les conditions de révocation. Le groupe d'experts ayant été créé à la demande de l'URSS et du Royaume-Uni, les principaux pays partisans du *statu quo*, il n'est guère étonnant que ses discussions s'enlisent après qu'il a été suggéré de formuler des règles modèles d'arbitrage²³⁶. Dès octobre 1956, on a le sentiment d'assister à des conférences de droit comparé plutôt qu'à une négociation sur des points précis²³⁷.

L'Europe, lieu d'élection de l'arbitrage commercial international

Toutefois, des fonctionnaires de l'ECE conservent l'ambition d'aboutir. C'est principalement le cas de Lazare Kopelmanas (1907-1980), conseiller juridique de l'organisation, dont les Britanniques se méfient tout particulièrement²³⁸. Ce juriste formé en France, qui occupe ce poste depuis 1949, tient à la fois à mettre à bas les derniers obstacles opposés par les jurisprudences nationales à l'arbitrage commercial international et à poser les bases d'un arbitrage d'investissement (Kopelmanas, 1961). C'est une note du Secrétariat qui, en avril 1957, introduit explicitement dans la discussion la question des organismes publics comme parties, au-delà du problème spécifique du commerce Est-Ouest²³⁹. Contrairement aux espoirs de Kopelmanas, la Convention n'a pas eu d'application directe dans le domaine de l'arbitrage d'investissement (Golsong, 1962) ; elle a tout de même contribué à la mise sur l'agenda de cette question au début des années 1960.

En revanche, elle introduit de nouvelles règles de deux ordres. D'une part, la question posée

²³³ National Archives, BT 11/5700, lettre du Comité national britannique de la CCI au *Board of Trade*, 31 mars 1959 ; Archives de Paris, 2ETP/1/7/20 4, 97^e session du Conseil de la CCI, 21-22 novembre 1961.

²³⁴ National Archives, BT 11/5376, Document 64.

²³⁵ Voir notamment sur la perception de la juridicisation du débat National Archives, BT 11/5700, lettre du ministère du Commerce au ministère de la Justice (D. N. Byrne à J. M. Cartwright Sharp), 3 mars 1959.

²³⁶ Les Britanniques répondent ainsi particulièrement tard au questionnaire envoyé aux différents pays sur leurs droits nationaux. National Archives, BT 11/5376.

²³⁷ National Archives, BT 11/5509, Rapport sur la 3^e réunion du groupe d'experts.

²³⁸ National Archives, BT 11/5509, Document précité de 1955 qui évoque ses manœuvres à déjouer (« *monkey tricks* »).

²³⁹ National Archives, BT 11/5349, Document 40a.

initialement en matière d'arbitrages Est-Ouest est résolue par un long article IV et une longue annexe, même si la solution, compliquée, est arrivée très tard dans les discussions. En cas de désaccord des parties, l'arbitre ou le surarbitre peut être nommé par la chambre de commerce du défendeur ou du lieu d'arbitrage, ou bien, si à nouveau les parties ne sont pas d'accord sur une de ces options, par un comité spécial composé d'un membre représentant l'Est, un membre représentant l'Ouest, et un président tournant entre ces deux groupes. Aucun véritable nouvel organisme supranational ne vient donc concurrencer la Cour de la CCI ; en outre, on peut noter que l'Ouest et l'Est sont définis comme les pays où il existe ou n'existe pas de comités nationaux CCI, nouvelle preuve du caractère quasi officiel de l'organisme.

D'autre part, les autres articles de la Convention sont plus encore propres à satisfaire la Cour et les autres organismes d'arbitrage, puisqu'ils viennent compléter la Convention de New York en offrant un cadre juridique plus favorable aux arbitrages intra-européens. Le fait que les pays de l'Ouest de l'Europe se trouvent collectivement en butte à l'opposition soviétique leur a manifestement permis des concessions mutuelles. Ainsi, l'article II affirme la capacité des personnes morales de droit public de se soumettre à l'arbitrage, ce qui permet de passer outre les restrictions alors en vigueur en Belgique, en France ou en Grèce, et l'article III permet aux étrangers d'être arbitres, ce qui était notamment difficile en Italie. L'article VII explicite que les parties peuvent désigner le droit applicable sur le fond et qu'à défaut, les arbitres peuvent en décider ; les parties peuvent aussi choisir l'amicable composition. Quant au droit procédural, alors que la Convention de New York indique que, faute de stipulation des parties, c'est celui du lieu de l'arbitrage qui doit être utilisé, celle de Genève donne là aussi le choix aux arbitres. Elle limite les possibilités de contester en justice la compétence de l'arbitre – sans pour autant aller aussi loin, en matière de compétence de l'arbitre sur sa propre compétence, que certains le souhaitaient pendant les discussions, ou même que la jurisprudence du moment en RFA (Kopelmanas, 1961). Enfin, la Convention de Genève, dans son article IX, limite un peu plus que celle de New York les obstacles à l'exécution dus au droit du pays où a lieu l'arbitrage.

Ainsi, les arbitrages qui ont lieu au sein de l'Europe de l'Ouest se trouvent encadrés à partir des années 1960 par une Convention qui laisse plus d'autonomie qu'ailleurs aux arbitres (ou, de fait, aux organisations d'arbitrage comme la Cour de la CCI) et laisse espérer des arbitrages plus rapides et moins incertains. En parallèle, des discussions ont lieu au Conseil de l'Europe (avec notamment Frédéric Eisemann) à partir de 1958 pour tenter d'harmoniser les droits nationaux ; elles intègrent après 1961 la question de l'application concrète de la Convention de Genève. Si, là encore, le programme est plus ambitieux que les résultats, l'Europe apparaît toujours en avance sur ces questions. Ce n'est en effet qu'en 1968 que l'ONU se saisit plus globalement, à travers Uncitral (Cohen, 2010-2011), de la question de l'harmonisation du droit et des procédures de l'arbitrage, et la

première conclusion en la matière est qu'il faudrait étendre la Convention de Genève au reste du monde²⁴⁰.

Les dispositions de la Convention de 1961 apparaissent ainsi dans la droite ligne des débats nés dans les années 1930, à Paris, à la Cour de la CCI à la suite des premières tentatives d'obstruction des parties. Comme on l'a vu, des questions qui n'avaient pas été anticipées par les juristes au début des années 1920 sont alors apparues en pratique, puis ont été rapidement saisies par des débats plus universitaires. Il faut plusieurs décennies pour que ceux-ci aboutissent dans le sens d'une plus grande émancipation des organisations d'arbitrage vis-à-vis du contrôle des tribunaux officiels.

²⁴⁰ Voir notamment National Archives, BT 11/5700, BT 103/1270 et BT 213/154 sur le Conseil de l'Europe et LCO 2/7826, LCO 2/7829 et BT 333/14 sur les premières sessions d'Uncitral.

CONCLUSION

L'histoire que nous avons racontée dans ce rapport commence avec le modèle anglais de l'arbitrage, tel qu'il s'est développé au cours de la première globalisation, sur les marchés de matières premières de Londres et de Liverpool (céréales, coton, etc). Ces marchés étaient gérés chacun par une association de branche spécialisée ; ces associations, intégrées verticalement, étaient largement reconnues comme efficaces, légitimes et remarquablement légères au plan institutionnel. Ce modèle classique présentait deux caractères distinctifs. D'une part, il était à la fois *local et global*, en ce qu'*in fine* il reposait entièrement sur le droit et sur les institutions judiciaires anglaises, sous la protection desquelles les négociants du monde entier étaient invités à commercer. Au demeurant, ils n'avaient guère le choix dès lors qu'ils atteignaient une certaine taille, aucune structure équivalente n'étant disponible en Europe continentale ou en Amérique. Ainsi cette régulation impériale reposait-elle sur un pouvoir de marché, lui-même conforté par les atouts structurels de place londonienne à son apogée (la City, la marine marchande, les Lloyds, la *Bank of England*, etc.). Second caractère de ce modèle classique : les différends qui étaient soumis aux arbitres des associations de branches relevaient dans leur immense majorité de problèmes de fait (qualité des grains, délais de livraison, retards de paiement, etc.). Si un problème de droit apparaissait, la loi sur l'arbitrage de 1889 demandait qu'il soit soumis aux tribunaux officiels. En effet, les arbitres des associations de branches n'étaient que des spécialistes ou des techniciens de chaque marché, et non des juristes considérés comme capables d'interpréter le droit existant et de produire des précédents. De cette manière, les associations de branches apportaient à la fois une sécurité juridique maximale et une efficacité élevée, grâce à une résolution des différends qui restait le plus souvent dans les mains des pairs. Mais dès le début du 20^e siècle, cet équilibre vieux de quelques décennies a été progressivement affecté par trois évolutions structurelles.

D'abord, avec la seconde révolution industrielle, la structure des échanges internationaux s'est déplacée progressivement des matières premières vers des produits industriels, entre autres des biens d'équipement, vendus directement par des sociétés bien plus grandes. Les grandes entreprises qui opèrent sur cette nouvelle frontière des échanges internationaux s'engagent dans des transactions plus complexes : développement de filiales à l'étranger, sous-traitance, transferts de droits de propriétés intellectuels, acquisition d'entreprises étrangères, contrats de service après-vente, financement à long terme, etc. Ces évolutions dans la structure contractuelle des échanges occasionnent plus des différends considérés comme juridiquement complexes entre firmes de nationalité diffé-

rentes ou de domiciliées dans des pays différents. Clairement visible dès l'entre-deux-guerres, cette tendance prendra le dessus après la Seconde Guerre mondiale, tandis que le commerce de matières premières continue sa vie à l'aide d'institutions directement héritées du 19^e siècle anglais.

Deuxième tendance lourde : ces nouvelles formes de l'échange international vont aussi de pair avec une moindre capacité des opérateurs de marché à garantir entre pairs la discipline des contrats et l'exécution des sentences arbitrales, sur la base d'un pouvoir de marché et de l'organisation verticale des anciennes associations de branches. On ne voit pas apparaître d'organisation similaire dans le secteur de l'ingénierie, de l'automobile ou de l'équipement électrique, notamment parce que ces produits ne présentent pas le caractère générique des matières premières.

Dans une perspective anglaise, ces évolutions du commerce international mettent doublement en question l'équilibre entre sécurité juridique et souplesse procédurale. D'un côté, l'apparition d'affaires juridiquement plus complexes implique une relation de plus en plus étroite avec les tribunaux officiels, l'arbitrage apparaissant de manière croissante comme un supplétif de ces derniers, voire comme un préalable à un procès ; de l'autre, une moindre efficacité de l'autorégulation privée et du pouvoir de marché comme principe de discipline de marché implique aussi, toutes choses égales par ailleurs, un appel plus important aux tribunaux officiels et à leurs garanties d'exécution supérieure.

Enfin, alors que ces deux tendances fortes, relatives au droit substantiel et à l'exécution, poussent à une articulation plus étroite entre arbitrage et tribunaux officiels, cette articulation se heurte à des évolutions à caractère plus géopolitique. D'une part, le déclin relatif de l'industrie britannique implique que la production et les échanges internationaux ne sont plus centrés aussi fortement sur la Grande-Bretagne qu'au 19^e siècle. Cela vaut en particulier dans les secteurs industriels émergents, où ressort plus nettement la montée en puissance industrielle des États-Unis et de l'Europe continentale, en particulier l'Allemagne. D'autre part, et plus tardivement dans le 20^e siècle, l'affirmation des souverainetés, notamment avec la décolonisation, rend plus difficile une régulation des échanges internationaux sur une base impériale, à la fois anglaise et globale. Un monde où la production est répartie dans plus de pays et où la fragmentation entre juridictions nationales devient plus forte pose donc des problèmes de plus en plus sérieux à un modèle fortement ancré dans l'économie politique proprement anglaise de la première globalisation.

Quelles réponses sont apportées à ces évolutions ? Comment offrir la sécurité juridique et les garanties d'exécution fortes que demandent les opérateurs privés, face au déclin du modèle impérial de coordination des marchés ? Trois réponses concurrentes à ces évolutions prennent forme entre 1905 et 1925, respectivement à Londres, New York et Paris.

Trois modèles d'arbitrage international

Dès avant 1914, la *London Court of Arbitration* (LCA) tente d'inventer, de l'intérieur des institutions et de la tradition juridique anglaise, un modèle d'arbitrage alternatif à celui des associations de branches. On a vu que cette proposition institutionnelle a connu un certain succès dans les années 1905-1913, voire dans les années 1920, en tentant d'offrir un forum plus juridique et moins contrôlé par les Anglais. La LCA tente en effet explicitement de répondre aux problèmes propres aux marchés qui échappent aux associations de branches, ou aux besoins des opérateurs qui ne veulent pas recourir à leurs services. Cependant, le repli sur le *Commonwealth* après la crise de 1929 entraîne apparemment un effet de fossilisation. La vieille question du renvoi des questions de droit aux tribunaux officiels devient de plus en plus cruciale pour la définition d'un modèle anglais, elle est considérée comme une composante du *rule of law* et opposée au modèle continental de l'amicable composition ; or ce renvoi aux tribunaux officiels est inconcevable pour la plupart des parties non anglaises.

Ainsi, dès la fin des années 1940, la LCA est nettement marginalisée, le nombre d'affaires qui lui sont soumises stagne, voire s'approche de zéro, et elle n'est en aucune mesure une source d'innovation ou de proposition au plan international. C'est aussi le moment où les Américains commencent à critiquer les lourdeurs du modèle anglais et à se tourner vers la CCI. Dans les années 1950-1960, qui représentent un véritable tournant pour l'arbitrage commercial international, la LCA est une institution morte-vivante qui ne réagit aucunement à l'évolution rapide des pratiques et des règles du jeu. Il faut attendre une refondation entière du droit anglais de l'arbitrage et de la LCA, dans les années 1980, pour voir la place londonienne revenir dans la concurrence.

La deuxième réponse aux évolutions du début du siècle prend forme autour de l'*American Arbitration Association*, créée en 1925 à New York. Le droit américain de l'arbitrage et l'AAA en particulier se distinguent de la tradition anglaise par une position bien plus ouverte quant à la compétence juridique de l'arbitre. Celui-ci peut donc trancher sur le fond plus aisément qu'en Angleterre, ce qui se reflète au plan sociologique dans l'empressement de l'AAA à accueillir des avocats dans ses tribunaux arbitraux, mais aussi dans ses propres ses organes dirigeants. L'AAA se rapproche cependant de la tradition anglaise par son inclination pour un modèle impérial de régulation, qui serait à la fois local et international. Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, l'objectif de nombreux intérêts américains est bien d'inviter les négociants et les industriels du monde entier à échanger et à régler leurs différends dans un cadre américain, suivant un droit américain. On est ici dans une problématique de succession hégémonique dans laquelle New York reprendrait pour partie le savoir-faire anglais. Ce trait est souligné en particulier par la faible différenciation, en droit new yor-

kais, entre arbitrages domestique et international. Au demeurant, l'histoire de l'AAA au cours de ces premières années est d'abord celle d'un très grand succès sur son marché intérieur américain.

Ce projet néo-impérial ne produit pas cependant le modèle de référence, qui structurera l'évolution de l'institution arbitrale au plan international dans l'après-guerre. En particulier, des difficultés sérieuses découlent du fait que, selon la Constitution américaine, le droit de l'arbitrage relève pour une bonne part des États de l'Union, et non pas de la fédération. Ce trait oppose une résistance forte à l'internationalisation de l'arbitrage américain. Il explique en particulier le silence, puis l'abstention des autorités américaines lors de la Conférence de l'ONU de 1958. Alors même que l'arbitrage est au cœur de la nouvelle régulation des échanges internationaux, l'*hegemon* américain est absent lorsque la pierre de touche de ce nouveau régime est mise en place. Il faut attendre 1971 pour voir les États-Unis adhérer à la Convention adoptée à New York en 1958.

Le modèle de référence sur lequel repose l'expansion de l'arbitrage privé international à partir des années 1950 n'est donc ni londonien, ni new yorkais. Il est le fait de la Chambre de commerce internationale (CCI) qui, sur la base de sa structure multilatérale inspirée de la Société des Nations, développe progressivement un modèle juridique et judiciaire original : au lieu d'être à la fois *local et global*, comme les modèles londonien et new yorkais, l'arbitrage CCI est *international et largement extra-territorial*. D'un côté, la Cour d'arbitrage de la CCI exclut pour l'essentiel les différends internes, entre Français. De l'autre, elle ne cherche pas à imposer d'emblée un droit donné (anglais, américain ou français) : elle reconnaît la diversité des droits nationaux et s'inscrit explicitement dans une problématique du conflit des lois, dont l'enjeu central est l'articulation ou la coordination formelle entre ordres juridiques nationaux. Cette approche tranche évidemment avec le modèle classique anglais dans lequel tout le monde arbitre à Londres, sous le droit anglais.

Ce positionnement original permet à la CCI de répondre assez aisément aux deux tendances lourdes identifiées à l'arrière-plan du déclin du modèle anglais : la demande d'arbitrages plus juridiques et l'affirmation des juridictions nationales. Cependant, là où la LCA et l'AAA adoptaient des droits substantiel et procédural disponibles clé en main, et à la légitimité incontestable, la CCI va devoir inventer et légitimer sa pratique et ses règles originales. Alors qu'elle rend ses premiers arbitrages en 1922-1923, il faut attendre les années 1950 pour que son modèle soit entièrement établi, reconnu et adopté par les grandes entreprises internationales. Cette généalogie longue, qui relève à la fois de la technique juridique et de sa validation sociale, contraste fortement avec les expériences anglaise et américaine : très vite opérationnelles, ces dernières se heurtent en revanche ensuite à des résistances sérieuses dues à la structure interne du droit domestique dans lequel elles ont pris souche – renvoi au juge en Angleterre et problématique fédérale aux États-Unis.

En pratique, la technologie propre à la CCI n'est pas développée dans les tribunaux arbitraux formés au cas par cas, en appelant des experts d'horizons professionnels divers. Le laboratoire d'où émerge le modèle nouveau d'arbitrage est plutôt le collège de juristes, mais aussi d'hommes d'affaires issus des principaux pays membres de la CCI, qui constitue la Cour d'arbitrage. Dès les premières années, ce collectif intervient dans la rédaction des sentences par les arbitres afin de maximiser les chances qu'elles soient rendues exécutoires par les juridictions publiques, en cas de besoin. Surtout, en se transformant en atelier de conflit des lois, cette instance transnationale développe progressivement un savoir-faire et une doctrine propres de l'arbitrage commercial international, nettement distincts de la pratique de la LCA et de l'AAA. On est donc ici dans une problématique à la fois de l'innovation technologique, de son accueil par un environnement institutionnel très particulier, puis de sa validation et de sa légitimation par les acteurs de marché.

Parallèlement à ce travail collectif d'élaboration évoqué dans la première partie, on a analysé en effet dans la seconde partie de ce rapport un processus externe de calage de l'arbitrage CCI sur les innovations complémentaires produites par les deux principaux interlocuteurs institutionnels de la Cour d'arbitrage : d'une part, les hautes juridictions parisiennes (Cour de Cassation et Cour d'appel de Paris) développent la jurisprudence française sur laquelle repose en partie la formation et le succès d'une juridiction privée et extra-territoriale ; d'autre part, la CCI entre très tôt dans un dialogue étroit avec les organisations multilatérales (SDN puis ONU) qui donne le cadre interétatique lui aussi nécessaire au succès de l'entreprise. Son dynamisme institutionnel, sa légitimité, son caractère d'organisation non gouvernementale multilatérale, l'absence enfin de toute inclination impériale expliquent que la CCI soit devenue l'interlocuteur naturel de ces deux organisations.

Aussi discrète soit-elle, l'expérimentation menée au sein de la CCI au cours des années 1920 et 1930 ne peut se concevoir sans cet environnement à la fois politique et juridique. Dès 1925, les relations entre les cadres de la Cour d'arbitrage parisienne et les experts de la SDN étaient à la fois intenses et nettement personnalisées ; il en va de même dès le début des années 1950 avec l'ONU, quand la CCI prend l'initiative de relancer les discussions qui conduiront à la Convention de New York de 1958. On pourrait parler ici d'une écologie ou bien d'un habitat institutionnel, dans lequel la pratique de l'arbitrage inventée par la CCI a pu à la fois se structurer, se développer et apporter *in fine* des services que les entreprises internationales valoriseront hautement.

Une légitimation endogène du champ de l'arbitrage commercial international

Le profil des acteurs principaux de cette expérience prend dès lors des traits particuliers, assez différents *in fine* de ceux qu'ont identifiés Dezalay & Garth (1996) dans leur livre classique. Ancrés dans une sociologie culturelle des institutions et des marchés, ces deux auteurs insistent sur les conditions dans lesquelles l'institution arbitrale a acquis la légitimité sociale qui fonde son succès, à la fois comme pratique professionnelle et comme marché de services. Au cœur de cette construction sociale de l'arbitrage, ils identifient une opération de *transfert de légitimité* : l'arbitrage international aurait été à la fois inventé, établi et légitimé par des personnalités dominantes des différents champs juridiques nationaux, qui auraient investi là leur capital spécifique et validé ainsi la nouvelle pratique institutionnelle. Dès lors, l'évolution institutionnelle et sociale de l'arbitrage international s'analyserait comme le résultat de luttes entre élites juridiques nationales, représentées en somme par leurs différents champions.

Les éléments que nous avons rassemblés dans ce rapport, et l'analyse que nous en avons proposée, suggèrent une lecture sensiblement différente. Cette divergence ne porte pas sur la figure des *grand old men* telle qu'elle est identifiée par Dezalay & Garth. Nous avons aussi croisé ces pères fondateurs de l'arbitrage international : Martin Domke, Piet Sanders, Jean Robert, Charles Carabiber, Frédéric Eisenmann, Morris Rosenthal ou Berthold Goldman – pour s'en tenir ici à la première génération d'après-guerre. Nous avons aussi observé la capacité de ces acteurs à manipuler différents types de capital : universitaire, professionnel, institutionnel, etc. La dimension « multi-carte » de leur stratégie est frappante dès les négociations menant à la Conférence de 1958 : le cas de Piet Sanders est exemplaire, comme nous l'avons montré.

Le point sur lequel nous nous opposons à Dezalay & Garth relève de *la généalogie de cette sociologie*. En un mot, nous affirmons que ces pères fondateurs n'étaient pas porteurs *initialement* d'une légitimité ou d'un capital social exceptionnels, qu'ils auraient investi dans le marché émergent de l'arbitrage international après les avoir accumulés au plan national. Au début de notre histoire, les *grand old men* n'étaient pas si grands, même dans leur pays d'origine – et cela d'autant moins qu'une autre génération, encore moins célèbre à l'époque, avait précédé celle que nous venons d'évoquer, dans l'entre-deux-guerres. Le groupe qui a construit l'arbitrage commercial international était largement constitué d'*outsiders* tant vis-à-vis de la profession juridique que des institutions publiques les plus reconnues. Le trait ressort dans les trois pays que nous avons étudiés.

Ainsi le relatif échec de la *London Court of Arbitration* (LCA) s'explique-t-il entre autres par le fait que ses initiateurs et dirigeants étaient dans une position dominée par rapport à l'élite juridique londonienne, qui les a longtemps ignorés. Par exemple, quand un groupe d'experts sur l'arbitrage et

la coopération judiciaire est mis en place à la Chancellerie anglaise, en 1919, ce n'est qu'au dernier moment qu'on pense à demander à la LCA d'envoyer un représentant. Encore dans les années 1950, ses dirigeants ne sont aucunement des représentants de l'élite judiciaire, mais des professionnels chapeautés par la Chambre de commerce de Londres. A Paris, les deux fondateurs effectifs de la Cour d'arbitrage de la CCI, Édouard Dolléans et René Arnaud, n'étaient même pas juristes : ils devront d'ailleurs s'éclipser progressivement, si bien que leurs noms aujourd'hui sont largement ignorés. De même, les membres les plus actifs de la Cour d'arbitrage, dans l'entre-deux guerres, sont rarement des juristes de premier plan, et souvent des expatriés sans lien fort avec les institutions de leurs pays d'origine (Thor Carlander, Roland Marx, Jean-Paul Palewski, Ottho Gerhard Pierson, etc.).

De manière significative, à Paris comme à New York, on relève aussi, parmi la génération des fondateurs, de nombreux avocats et juristes juifs, réfugiés d'Allemagne ou d'Europe centrale. Les deux fondateurs de l'arbitrage moderne américain, Charles Bernheimer et Julius Cohen, sont l'un et l'autre des membres actifs de la communauté juive new yorkaise, mais ils sont marginalisés après la création de l'AAA en 1925. Plus tard, Martin Domke, juif allemand arrivé à New York en 1941 ou 1942, entre très vite dans les instances supérieures de l'AAA, grâce à un capital professionnel spécifique (ses connaissances en matière de conflit des lois), qu'il avait acquis avant son départ d'Europe et qui lui avait déjà permis de s'établir à Paris, après avoir quitté Berlin en 1933. En France et à la CCI en particulier, Charles Carabiber et Bertold Goldman étaient originaires d'Europe de l'Est (Russie et Roumanie respectivement), tandis que Roland Marx avait également dû quitter l'Allemagne.

A contrario, deux personnalités importantes (elles aussi juives), Arthur Nussbaum et René David, acquièrent très tôt leurs lettres de noblesse, à Berlin et New York pour le premier, à Paris pour le second : eux firent des carrières longues et glorieuses dans les institutions les plus reconnues (la Humboldt et Columbia pour le premier, la Sorbonne pour le second). Mais l'arbitrage ne fut pour elles qu'un moment passager dans leur *cursus honorum*, certainement pas la clé de leur réussite. René David rédige en 1933 un rapport sur l'arbitrage très remarqué, dans le cadre d'Unidroit, mais il revient ensuite à des objets d'étude plus classiques.

Ces éléments invalident donc la thèse d'un *transfert* de légitimité vers le champ émergent de l'arbitrage commercial international. La légitimité, et plus généralement la reconnaissance sociale des acteurs majeurs de ce champ, doit se comprendre en fait de manière endogène : elle n'a pas été accumulée préalablement, mais construite ou acquise par des entrepreneurs institutionnels, à bien des égards des *self-made men*, partis de positions sociales de second rang et qui, par une pratique pro-

fessionnelle réussie et collective, ont progressivement acquis reconnaissance sociale, pouvoir dans les institutions et prospérité financière.

Nous pensons donc que la sociologie de l'arbitrage international a son origine dans une innovation technique (ici juridique), développée par un collectif d'innovateurs et institutionnalisée progressivement dans un contexte politique spécifique – la CCI des premières années, la SDN puis l'ONU, enfin la relation si particulière, construite sur trois ou quatre décennies, avec les hautes juridictions parisiennes. L'innovation procédurale apportée par la Cour d'arbitrage de la CCI a modifié le mode opératoire des marchés internationaux et acquis sur cette base une légitimité propre ; au contraire, la LCA et l'AAA mobilisaient beaucoup plus directement la légitimité supérieure des institutions de l'État et des professionnels du droit de leurs pays, mais avec les limites que nous avons soulignées. Prendre en compte cette innovation permet de rendre compte plus aisément du succès en matière d'arbitrage commercial international de la place parisienne, alors même que Paris, au plan économique et financier, était nettement au second rang international pendant toute la période couverte. Si l'enjeu juridique au sens strict était sans implication, on ne pourrait guère expliquer l'échec des New Yorkais ou des Londoniens à imposer leurs règles après 1945. De même, on aurait sans doute du mal à rendre compte du succès de l'arbitrage de la CCI si l'on ne l'inscrivait pas d'emblée dans une pratique du conflit des lois et donc dans une reconnaissance des souverainetés juridictionnelles.

Cela n'implique pas, bien sûr, que la Cour d'arbitrage de la CCI ait été entièrement étanche aux effets de légitimité et plus généralement de pouvoir issus de l'environnement dans lequel elle s'est développée. À l'évidence, le fait d'avoir été fondée par l'alliance des Chambres de commerce des principaux pays industrialisés la met d'emblée dans une position exceptionnelle. C'est très sensible à la SDN et à l'ONU, où elle n'est pas une simple organisation non gouvernementale : elle *représente* en pratique des institutions nationales et des intérêts sociaux très établis et très reconnus. Cela étant, l'argument ne saurait être poussé trop loin : la relation qui s'établit entre le réseau de la CCI et le personnel des Nations Unies, dans les mois qui précèdent la Conférence de mai 1958, ne se prête guère à une interprétation reposant sur l'idée d'un commerce de légitimité, qui renverrait l'origine de cette légitimité à la seule autorité des parties constituantes de la CCI. Cette dimension a certainement autorisé une relation qui s'est établie sur cette base ; mais ses effets réels, résumés dans le texte final de la Convention, reposent beaucoup plus sur la reconnaissance mutuelle entre des experts parlant le même langage, partageant les mêmes objectifs politiques et reconnaissant leur légitimité respective à l'intérieur d'un champ émergent. D'ailleurs, on peut se demander dans quelle mesure, pour le petit réseau des pères fondateurs qui investit la conférence de l'ONU, la CCI n'est pas simplement un point d'appui commode, en somme une structure de coordination. La multiplication

des organismes d'arbitrage dans les années ultérieures suggère bien que l'argument d'une légitimité dérivée, ou transférée, via l'institution n'est pas suffisant.

L'argument que nous voulons formuler est que les atouts institutionnels et politiques apportés par la CCI à sa Cour d'arbitrage ne pouvaient suffire à assurer son succès, en particulier du fait des spécificités juridictionnelles et juridiques qu'implique l'arbitrage international. L'émergence et l'institutionnalisation de cette pratique parisienne demandaient que ses pères fondateurs affrontent directement les enjeux formels inédits que sont l'invention d'une juridiction privée et extraterritoriale, puis le développement d'une technique nouvelle du conflit des lois. Ils se sont donc comportés comme des ingénieurs du droit commercial international et ont développé une nouvelle technologie qui répondait de manière originale aux dilemmes posés par le déclin du modèle anglais. C'est ce qui fonde l'originalité du modèle de la CCI, face aux alternatives anglaise et américaine adossées l'une et l'autre à une posture hégémonique ou impériale, mais aussi à un droit et des garanties juridictionnelles apportées par leurs puissants États d'origine. La discrétion de la Cour d'arbitrage parisienne dans les années 1920 et 1930, tout comme l'oubli dans lequel elle était un temps tombée au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, soulignent notre point : les entrepreneurs institutionnels prendront le contrôle du champ émergent dans les années ultérieures en s'appropriant cette technologie et en poursuivant son développement. Leur capacité à entrer dans des relations constructives avec les hautes juridictions françaises ou avec l'ONU repose sur un savoir-faire reconnu, ou sur un capital spécifique, et aucunement sur leur adoubement par ces grands lobbys industriels que sont les Chambres de commerce. Ces dernières, à travers leur organisation commune, la CCI, ne sont pour eux qu'un instrument, une ressource dans la construction du nouveau champ de l'arbitrage commercial international.

ANNEXE

La London Court of Arbitration, une première tentative d'arbitrage supra-sectoriel et potentiellement international, au succès limité

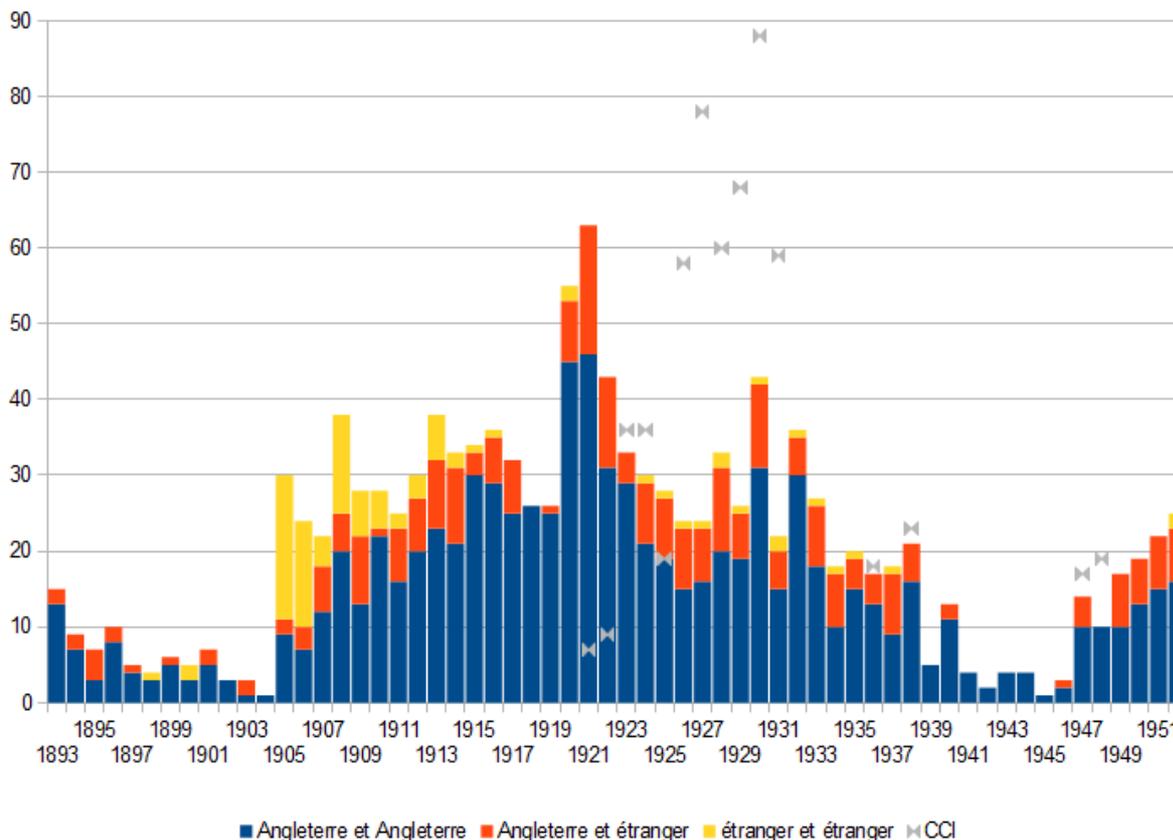
De nos jours, la *London Court of International Arbitration* se présente comme l'un des concurrents de la Chambre de commerce internationale pour la fourniture d'arbitrages internationaux privés. Toutefois, de l'avis général, elle reste située au second plan, tant en termes de nombre et d'importance des affaires traitées que parce que sa pratique reste, malgré l'adjonction à son nom de l'adjectif « international » en 1981, principalement centrée sur l'Angleterre et le *Commonwealth* (voir par exemple Dezalay & Garth, 1996). La *London Court of Arbitration* (LCA), créée en 1893, a même connu une période de quasi-désaffection après la Seconde Guerre mondiale, qui l'a menée en 1975 à une fusion provisoire avec l'*Institute of Arbitrators* – un organisme proprement anglais, créé en 1915, aux activités surtout axées sur la formation des arbitres et la reconnaissance publique de leur rôle (Marks & Betancourt, 2013).

Si nous nous y intéressons ici, c'est donc pour comprendre la divergence entre sa trajectoire et celle de la Cour d'arbitrage de la CCI, divergence qui connaît une première étape marquante dès la seconde moitié des années 1920 (voir le graphique suivant), puis se confirme définitivement dans la seconde moitié des années 1960, lorsque la LCA ne traite plus que quelques affaires par an, tandis que la CCI retrouve le niveau de 1930, avant de le dépasser. En ces termes quantitatifs, la Cour de la CCI a en réalité dépassé la LCA dès 1923, sa première année d'existence officielle ; elle reçoit deux fois plus d'affaires à la fin des années 1920 et, malgré un repli plus fort que celui de la LCA suite à la crise de 1929 puis à la Seconde Guerre mondiale, elle connaît un nouveau succès, plus ample et plus durable, par la suite.

En outre, la LCA, malgré un petit âge d'or en la matière dans les années 1900, n'a pas réussi à attirer durablement des parties non anglaises. En 1909, pour 13 affaires entre deux parties anglaises (et très généralement londoniennes) et neuf entre parties basées à Londres et à l'étranger, elle en avait reçu six qui impliquaient deux parties domiciliées à l'étranger. Nombre de parties allemandes s'adressent à la LCA, y compris pour arbitrer entre elles, parfois au sein d'une même ville. En 1909, on trouve aussi par exemple une affaire opposant une partie de New York à une autre de Bombay, ou encore une affaire entre des commerçants d'Odessa. Rien de tel, ou si peu, par la suite : après la Première Guerre mondiale, les affaires entre étrangers deviennent exceptionnelles, celles impliquant des étrangers très minoritaires, et à partir des années 1930, les principaux pays européens s'effacent au profits de régions plus lointaines (dans ou hors du *Commonwealth*). La LCA n'est plus que le

recours d'un petit nombre de parties anglaises confrontées entre elles ou à des conflits lointains – un nombre encore en chute après la Seconde Guerre mondiale, quand son comité d'arbitrage ne se réunit plus qu'une fois l'an²⁴¹.

Nouvelles affaires : London Court of Arbitration et (partiel) Cour d'arbitrage CCI



Source pour la LCA : LMA/ CLC/B/150/MS16562 London Chamber of Arbitration. *Register : list of disputants, addresses, names of arbitrators, dates of hearings, awards and fees, (1893-1953)*. Pour la CCI : données collectées à partir des différentes séries de procès-verbaux consultées.

Pour l'histoire que nous racontons, la LCA représente ainsi une tentative ratée (les conditions de sa renaissance actuelle étant un autre sujet), donc un contrepoint intéressant pour mieux comprendre la réussite, même tardive et relative, de la CCI en matière d'arbitrage international privé. En effet, bien qu'elle ait été créée au départ pour des raisons assez différentes, la LCA apparaît, au moment où elle est réorganisée en 1905, et encore au moment où la Cour de la CCI commence à fonctionner en 1921 (moment qui est le pic du succès de la LCA en termes de quantité d'affaires), comme une réponse possible aux défauts perçus du système des associations de branches : elle propose un arbitrage non limité aux questions de qualité, susceptible de traiter de manière impartiale de conflits entre marchands relevant de branches différentes, voire de pays différents. Cependant, elle ne

²⁴¹ LMA/ CLC/B/150/MS16562 London Chamber of Arbitration. *Register : list of disputants, addresses, names of arbitrators, dates of hearings, awards and fees, (1893-1953)*.

parvient pas à rencontrer la demande qui paraît pourtant exister en la matière. Nous pensons que c'est son origine anglaise qui pose finalement deux problèmes symétriques : pour les parties anglaises, il s'agit d'une institution inhabituelle, qui pâtit de son manque d'ancrage dans les habitudes et surtout les professions locales ; pour les autres parties, elle n'en reste pas moins relativement exotique et potentiellement biaisée. La LCA s'avère à la fois pas assez anglaise (surtout à ses débuts) et trop anglaise (surtout ensuite) pour prendre une place solide dans le paysage de l'arbitrage commercial.

Une création dans un moment d'expérimentation, d'abord sans succès

La naissance de la LCA est le produit d'un long tâtonnement qui a suivi la campagne lancée, à la fin des années 1850, pour l'établissement en Angleterre de tribunaux de commerce sur le modèle français, avec des juges commerçants mais un statut officiel (Lemercier, 2012, p. 241-301). Cette campagne résultait du constat de difficultés d'accès à la justice pour les différends entre marchands, du fait de la rareté et du coût d'accès aux tribunaux traditionnels avant les années 1870. Les négociants et industriels anglais regardaient de ce fait vers l'Europe continentale, notamment la France, mais aussi Hambourg et Malte, pour y trouver un modèle de justice plus simple et plus experte, mais officielle. Ils échouèrent dans cette importation sans doute trop radicale, d'autant plus qu'ils n'étaient pas soutenus par la City, dont les banquiers et assureurs utilisaient sans problème le système judiciaire. Toutefois, leur campagne eut un impact sur la réforme générale du système judiciaire mise en place dans les années 1870. Elle aboutit notamment à la création d'un tribunal supérieur spécialisé, la *Commercial Court*, qui, jusqu'à nos jours, juge certes peu d'affaires, à la suite d'une forme d'appel, mais joue le rôle de clé de voûte du système de l'arbitrage des matières premières (Dezalay et Garth, 1996).

Cette campagne et le constat final qu'il n'y aurait pas de tribunaux de commerce en Angleterre aboutissent aussi, en contrepartie, à mettre en avant comme une alternative l'arbitrage commercial organisé collectivement. La pratique des associations de branches était alors récente, fortement limitée par la jurisprudence et confinée à quelques domaines très précis (la Bourse de Londres, les courtiers en cotons de Liverpool, la *Baltic Coffee House* pour le commerce du chanvre, de l'huile et des graines). L'arbitrage associatif pour les matières premières se répand vraiment à partir des années 1870 et plus encore 1890, après la loi sur l'arbitrage de 1889. Cette loi fait de l'Angleterre une pionnière, notamment pour la reconnaissance de la clause compromissoire et l'exécution des sentences. Cela dit, la procédure d'arbitrage qu'elle instaure reste très liée au système judiciaire.

C'est dans ce contexte d'initiatives tous azimuts, parmi lesquelles les contemporains ne savent pas que l'arbitrage associatif sur les matières premières et la *Commercial Court* seront les institutions

qui s'installeront à long terme, qu'il faut situer la création de la LCA (Lemerrier, 2012, p. 294-295). Les chambres de commerce anglaises (institutions purement privées, contrairement à la France), qui pour la plupart ont été très impliquées dans la campagne pour des tribunaux de commerce, expérimentent dans le même temps la création de leurs propres organisations d'arbitrage, avec des succès très contrastés. Celle de Bradford s'impose comme une pionnière en la matière, mais avec une forme d'arbitrage qui ressemble à celle des associations, puisqu'elle se spécialise dans un produit, la laine. À Londres, plusieurs lords maires sont très impliqués en faveur des tribunaux de commerce, en particulier, dans les années 1870, Sydney Waterlow, un imprimeur d'origine française et administrateur de banques ; mais la possibilité de créer une chambre de commerce est longtemps refusée dans la capitale (Taylor, 2007). C'est le fait que cette création soit finalement acceptée en 1881 qui permet la naissance de la LCA. La chambre de commerce de Londres a très vite un très grand nombre d'adhérents et l'objectif de créer un tribunal de commerce lui est immédiatement assigné. Il faut toutefois une grosse décennie et une consultation publique de près de 5 000 personnes, dont 93 % s'y affirment favorables, pour que soit créée en 1893 une « chambre d'arbitrage » (*London Chamber of Arbitration*). La création se fait sous l'égide conjointe de la municipalité de Londres (*Corporation*) et de la Chambre de commerce. Parallèlement, cette dernière a été très impliquée dans l'écriture de la loi de 1889 sur l'arbitrage.

Qualifiée à sa naissance de « *tribunal de commerce anglais nouveau-né* » (« *infant English tribunal of commerce* »), ou encore d'« *espèce britannique de tribunal de commerce* » (« *British species of tribunal of commerce* ») (Pickstone, 1896, "The London Court of Arbitration", 1916), la jeune LCA n'a pourtant pas grand chose à voir avec les modèles continentaux. Mais elle s'éloigne aussi, du fait de la volonté de couvrir toutes les branches, de ce qui pré-existe du côté des associations ou des autres chambres de commerce. Il ne s'agit pas d'arbitrer entre membres d'une association (c'est pourquoi la loi de 1889 est essentielle pour l'exécution des sentences), mais principalement de fournir des arbitres. Plus précisément, la LCA constitue des listes d'arbitres, par spécialité, qui sont essentiellement des hommes d'affaires et d'autres non juristes (comptables, ingénieurs, etc.), proposés par des associations de branches à travers la chambre de commerce : dès le début, ces listes comptent plus de 1 500 noms²⁴². La LCA offre par ailleurs à ces arbitres une procédure type et une assistance juridique, par le biais de son greffier et, de manière optionnelle, de conseillers juridiques choisis parmi des avocats prestigieux (de type *Queen's Counsel*). Enfin, elle donne une allure symboliquement officielle à l'arbitrage, notamment parce qu'il a lieu à Guildhall, dans les locaux de la municipalité londonienne. Cela répond à des aspirations maintes fois exprimées au 19^e siècle, mais en pratique, cela éloigne aussi physiquement les arbitrages des

²⁴² La première liste, imprimée en 1895, compte 71 pages imprimées et inclut 95 spécialistes de commerce maritime, 84 comptables, 80 ingénieurs, 39 architectes, 47 négociants et courtiers généralistes, 45 spécialistes d'assurances maritimes, et souvent 2 à 20 noms par autre catégorie (de produit ou géographique). LMA/CLA/040/09/002.

commerçants, ce qui est rapidement considéré comme une des causes de l'échec de l'institution.

En effet, les affaires se font attendre. Accueillie avec une certaine faveur par nombre de revues de droit, crainte par d'autres, la chambre d'arbitrage était supposée avoir, dès son ouverture, plus de 1 000 affaires à traiter. Mais un juriste adversaire inconditionnel de l'arbitrage pouvait se féliciter, quatre ans plus tard, que seulement quarante lui aient en réalité été soumises (Pickstone, 1896). Pire : la courbe frôle le zéro au début des années 1900. Devant cet insuccès, la chambre de commerce de Londres rapatrie en 1905 l'arbitrage dans ses locaux, change le nom de l'organisation en tribunal d'arbitrage (*London Court of Arbitration*) et modifie la procédure à la marge. Comme le montre le graphique, la LCA connaît alors quelques décennies de fonctionnement réel, sans pour autant concurrencer l'arbitrage associatif en termes de nombre d'affaires, ni parvenir à s'auto-financer, ce qui était son objectif d'origine : elle reste soutenue, pour ses frais de bureau et le salaire du greffier, par la municipalité londonienne²⁴³. En revanche, elle décline nettement à partir de la Seconde Guerre mondiale.

Un complément nécessaire à l'arbitrage associatif sur les matières premières ?

L'ambition déclarée à partir de 1905 n'est plus que de compléter l'offre d'arbitrage des associations de branches, et non de changer en général le traitement des affaires commerciales en Angleterre ou de concurrencer les tribunaux officiels. C'est cette ligne que la LCA maintient dans les décennies qui suivent, en essayant de se constituer une niche institutionnelle propre. Ainsi, un prospectus d'octobre 1923 affirme que la Cour traite des affaires « *pour lesquelles il n'existe pas d'arbitrage organisé, et en même temps fournit à ceux qui le souhaitent un complément, sur une base neutre et indépendante, à ce qui est prévu dans les branches organisées* »²⁴⁴. Il y a là un véritable enjeu, qui peut expliquer l'afflux relatif d'affaires après 1905.

En effet, au début du 20^e siècle, l'arbitrage sur les matières premières par les associations anglaises est devenu une véritable institution ; mais c'est aussi une institution qui commence à être remise en cause. Dans certaines branches, des comités d'arbitrage concurrents sont créés hors d'Angleterre, à New York, Hambourg, Brême, Anvers, Le Havre, Lyon ou Marseille (voir par exemple Pozzi, 1921). Si leur périmètre reste en général très limité, ils soulignent qu'une insatisfaction existe, qui peut d'ailleurs mener au lancement de campagnes législatives pour l'arbitrage dans chaque pays : ainsi, en France, Louis Dreyfus, négociant en grains confronté à des arbitrages défavorables de la LCTA, dépose la première proposition parlementaire pour une reconnaissance de la clause

²⁴³ LMA/CLA/040/09/001 London Court of Arbitration. 1942. References to and reports of Committees and Minutes of Common Council relating to, etc. (1883-1933).

²⁴⁴ National Archives, BT 11/25A : "*for which no machinery of arbitration exists, and at the same time it furnishes, when desired, a means of supplementing, on an independent and neutral basis, any provision which may have been made for arbitration in organised trades*".

compromissoire en 1908. Les associations anglaises sont en outre confrontées à la difficulté de faire exécuter leurs sentences lorsque le défendeur est trop loin de leur communauté d'origine, notamment en Russie²⁴⁵. Même pour l'arbitrage sur la qualité des matières premières, il semblerait donc y avoir un espace pour une institution qui offrirait aux parties étrangères plus d'apparences d'impartialité, et qui ne se reposerait pas uniquement sur un fonctionnement associatif pour l'exécution des sentences. En 1895, un négociant en cafés flamand installé à Londres et qui a régulièrement affaire à l'arbitrage associatif le dit clairement : « *Il y a une demande qui est considérable, qui est que les marchands étrangers, à tort ou à raison, voudraient que leurs conflits avec des Londoniens soient réglés par un tribunal complètement indépendant et reconnu, avec une autorité ou un statut officiel, et pas laissés à cet esprit d'arrangement amical, qui leur fait naturellement supposer [...] que les Londoniens vont être favorisés.* »²⁴⁶ Il affirme même qu'un mouvement pour arbitrer ailleurs (dans le cas des cafés, au Havre) commence à se faire sentir.

Par ailleurs, toutes les affaires qui ne portent pas sur la qualité de matières premières, ou qui n'opposent pas deux marchands relevant du même secteur, restent hors du champ des associations existantes. L'avocat Heber Jones, dans la même source de 1895, souligne ainsi que les affaires opposant détaillants et grossistes n'ont pas encore d'alternative aux tribunaux officiels, puisque les associations se concentrent sur les problèmes entre grossistes. En outre, ces associations sont contestées parce que leurs arbitres sont en général des courtiers ou commissionnaires (*brokers*) et non des marchands en nom propre : lorsqu'une affaire oppose un marchand à un intermédiaire, le premier peut donc contester l'impartialité de la procédure. Il peut aussi mettre en cause l'expertise trop étroite du courtier s'il n'est pas question seulement de qualité, mais aussi d'autres aspects du contrat. C'est ce qu'exprime en 1895 le négociant précité : « *Il y a beaucoup d'autres conflits [...] qu'un marchand traiterait bien mieux qu'un courtier, parce que ses connaissances sont plus étendues.* »²⁴⁷ Ce second ensemble d'insatisfactions semble constituer une demande qui n'attendrait qu'une institution comme la LCA, gouvernée conjointement par les marchands des diverses branches de Londres, pour s'exprimer. Dans les années 1920, on retrouve l'expression des mêmes insatisfactions et aspirations dans la section de la chambre de commerce de Londres consacrées aux marchands importateurs et exportateurs : mécontents des pratiques d'arbitrage de plusieurs

²⁴⁵ Voir par exemple les tentatives de la LCTA autour de 1910 de négocier directement avec le gouvernement russe pour l'exécution des sentences : LMA/CLC/B/103/MS23172 003 et 006.

²⁴⁶ LMA/CLA/040/09/002. London Chamber of Arbitration. 1895. *Inquiry before the Joint Committee of Management of the London Chamber of Arbitration*. Alexander von Glehen : “*You can fill a want which is felt considerably, and which is this, that traders abroad very often have a feeling, rightly or wrongly, that they would like their disputes with parties in London to be settled by an absolutely independent and recognised tribunal, having some recognised authority or standing, and not left to this spirit of friendly and amicable arrangement where they naturally suppose [...] that the one party who is in London is best off*”.

²⁴⁷ “*There a number of other disputes where [...] a merchant would consider them much better than a broker, from his knowledge being wider*”. Voir aussi dans le même document le témoignage d'E.G. von Glehen (apparenté mais travaillant dans une autre maison) qui critique l'hégémonie des courtiers sur l'arbitrage.

associations dominées par les courtiers, notamment la *General Produce Brokers Association*, ils relaient aussi les plaintes de marchands étrangers et espèrent que la chambre de commerce pourrait proposer, en réponse, des contrats-types et notamment des clauses d'arbitrage plus « *justes et équitables* » (« *fair and equitable* »)²⁴⁸.

Une brochure de novembre 1908 insiste ainsi sur les deux points pour lesquels la LCA pourrait constituer une solution neuve : d'une part, « *il peut arriver qu'une partie soit un étranger résidant hors d'Angleterre, réticent pour diverses raisons à soumettre son affaire à un arbitrage londonien par les canaux ordinaires* » ; d'autre part, « *même si la sentence d'un arbitre relevant de la même branche que les parties [...] est généralement acceptable du point de vue des techniques propres à cette branche, une affaire peut impliquer des questions de droit, de fait ou de principe sur lesquelles un jugement indépendant et extérieur peut s'avérer nécessaire.* »²⁴⁹ Au moment où ces phrases sont écrites, elles ont manifestement un certain écho, comme en témoignent le nombre et la localisation des affaires traitées en 1909 ; mais la LCA n'arrive pas à répondre durablement à ces deux types de demandes. En 1932, un nouveau prospectus met encore en valeur la diversité des nationalités des parties entendues « *dans les années récentes* » (« *during recent years* ») et celle des affaires traitées (assurances, construction, brevets, etc., bien au-delà des problèmes de qualité), et il insiste sur la capacité de la LCA de fournir un arbitre neutre en cas de conflit entre un membre et un non-membre d'association de branche²⁵⁰. Ainsi, la chambre de commerce cherche encore une complémentarité avec ces dernières ; mais, en pratique, son succès reste pour le moins limité.

Les raisons d'un échec

La réforme de 1905 de la LCA suivait une véritable enquête, menée dix ans avant, dès la troisième année d'existence de l'institution, enquête qui permet de comprendre des raisons d'échec en partie propres à ces premières années, mais dont certaines ont continué à jouer à plus long terme²⁵¹. La lecture des procès-verbaux du comité d'arbitrage de la chambre de commerce de Londres, qui administre la LCA, et de ses listes d'affaires et de parties, comme ses mentions (et souvent ses absences de mentions) dans les autres sources que nous avons consultées pour cette recherche fournissent des pistes supplémentaires. Tout cela permet de comprendre non seulement pourquoi la LCA attire relativement peu de parties, et notamment de parties étrangères, mais encore pourquoi

²⁴⁸ LMA/CLC/B/150/MS16661/002, London Chamber of Commerce Import & Export Merchants Section Minute Books 1920-1931, notamment le 22 janvier 1924.

²⁴⁹ LMA/CLC/B/150/MS/16562 : “*it may happen that one of the parties is a foreigner resident abroad and is disinclined for various reasons to submit his case to Arbitration in London through the ordinary trade channels or Associations*” ; “*While the award of an Arbitrator belonging to the same trade as the disputants [...] is generally acceptable on technical points appertaining to that trade, questions of law, fact, or principles are sometimes involved on which an independent and outside judgment may be necessary.*”

²⁵⁰ Document publicitaire d'avril 1933 retrouvé aux National Archives, LCO 2/1198.

²⁵¹ LMA/CLA/040/09/002. London Chamber of Arbitration. 1895. *Inquiry before the Joint Committee of Management of the London Chamber of Arbitration.*

elle ne constitue jamais une référence majeure dans les discussions sur l'arbitrage commercial international, voire sur l'arbitrage commercial en général.

Ce second aspect est important : en effet, la Cour d'arbitrage de la CCI, au contraire, obtient rapidement ce statut de référence, même lorsque son bilan effectif est encore maigre en termes de nombre d'affaires. Cet écart dans les discours est déjà réel, par exemple, à la fin de 1930, alors même que la CCI n'a encore été saisie que de 459 affaires, deux fois moins que la LCA depuis sa création (927) ; certes, si l'on se limite à la période d'existence de la CCI, entre 1921 et 1930, l'écart s'inverse, mais de peu (459 affaires contre 347). Les ordres de grandeur restent comparables, avec entre 35 et 45 affaires par an et par organisation. Si on se place à la fin de 1948 et que l'on envisage les affaires traitées depuis 1921, le constat est similaire, car la Cour d'arbitrage de la CCI, comme la LCA, a souffert de la crise puis de la guerre : elles ont alors cumulé respectivement 757 et 586 affaires, soit 20 à 27 par an. Ce qui permet de qualifier les premières décennies de la LCA d'échec, par rapport à la CCI, c'est donc moins le nombre d'affaires à lui seul que la réputation de l'institution et le type de parties.

En effet, la différence majeure tient au repli de la LCA sur l'Angleterre : pour 1921-1948, seulement un gros quart des affaires implique au moins une partie étrangère, et moins de 3 % opposent deux étrangers. De plus, il faut prendre en compte le fait que ces parties localisées à l'étranger portent souvent des noms à consonance anglaise et sont donc peut-être en réalité des citoyens anglais faisant des affaires à l'étranger, pour leur compte, voire dans des succursales de maisons anglaises. Au contraire, même si la Cour d'arbitrage de la CCI confirme régulièrement son choix d'admettre des affaires concernant deux citoyens d'un même pays, à condition que le différend ait un « caractère international » (formule délibérément ambiguë retenue dans le règlement), ces cas sont empiriquement extrêmement rares. Les responsables de la Cour s'attristent certes régulièrement de la forte présence relative des Français parmi les parties, indice en creux d'une « propagande » insuffisante faite à l'étranger (ou, en positif, de l'efficacité de celle réalisée en France). Mais cette présence locale n'est pas totalement hégémonique et ne suffit pas à connoter la Cour comme une institution française. Il y a certes presque constamment, dans l'entre-deux-guerres comme à la fin des années 1940, une moitié de demandeurs français, et, selon les périodes, entre 10 et 40 % de défendeurs français²⁵². Mais cela laisse des affaires sans aucune partie française – une statistique dont il est d'ailleurs notable que le secrétaire ne l'ait jamais calculée, ou rendue publique. On en trouve un tiers parmi les 57 affaires reçues entre 1922 et 1925 pour lesquelles on connaît la nationalité des deux parties, un petit quart parmi les 128 affaires dans le même cas en 1926-1927,

²⁵² Comptages fournis par le secrétariat de la Cour, Archives CCI, 28-29 mai 1926, 4-5 février 1927, 21 octobre 1938, 1^{er} octobre et 22 décembre 1948, 12 janvier et 9 février 1949 (Cour d'arbitrage, Documents 13, 44, 71, 79, 80, 85, 88 des volumes correspondants), 17 mars 1930, 10 février 1931, 15 janvier 1932, 26 juin 1936 (Comité d'études de l'arbitrage, Documents 5, 18, 28, 21 des volumes correspondants) ; base de données constituée à partir de l'ensemble des affaires évoquées dans les archives de la Cour, décembre 1935-novembre 1938.

40 % sur une série de 77 nouvelles affaires en 1935-1938, un petit sixième sur une série de 20 en 1948 (marquée par des demandes répétées des mêmes maisons pour de petites sommes, un phénomène particulièrement français à l'échelle de la Cour)²⁵³. Cette part, qui fluctue donc, reste toujours minoritaire : de ce point de vue, la CCI reste assez « française ». Mais cette part des affaires qui impliquent deux parties non domiciliées sur place est, d'emblée et sur le long terme, largement plus élevée qu'à la LCA. Malgré les espoirs en la matière un temps réalisés lors de la relance de l'institution en 1905, celle-ci reste, et pas uniquement par son nom, fortement ancrée à Londres.

Pourquoi ce manque d'intérêt des parties étrangères, et notamment la disparition de celles d'Europe du Nord qui avaient été très présentes (une disparition qui profite en partie à la Cour d'arbitrage de la CCI) ? Lorsque le nombre d'affaires reçues par la LCA atteint en 1962 le minimum historique de quatre (avant qu'une seule sentence soit rendue en 1965), le greffier dénonce la concurrence de la CCI et, plus généralement, « *la tendance croissante des pays étrangers à insister sur l'arbitrage dans leur propre pays* »²⁵⁴. Pourtant, la concurrence ne joue sans doute en réalité qu'à la marge : le graphique ci-dessus montre que le nombre d'affaires avec des parties étrangères ne s'effondre pas tout de suite dans les années 1920. C'est le nombre d'affaires entre Anglais qui baisse alors ; quant à celui des affaires entre étrangers, il est devenu infime dès 1914. Plus qu'à l'offre par ailleurs de meilleures solutions, le manque de succès international de la LCA semble être dû à un caractère trop anglais, comme le subodorait le greffier – et cela alors même que l'institution s'écarte à l'origine de ce qui est rapidement devenu le modèle national : l'arbitrage de qualité par les associations consolidé juridiquement par la *Commercial Court*. Elle apparaît ainsi à la fois pas assez anglaise, pas assez ancrée dans certains aspects du droit et surtout des professions juridiques anglaises pour s'imposer aux parties locales, et trop anglaise, trop ancrée dans le droit anglais pour tenir un vrai rôle international.

L'enquête réalisée dans les premières années montre en quoi la LCA s'avère dans une certaine mesure trop peu anglaise pour connaître le succès. Le fond du problème tient au fait que les entreprises anglaises ont, depuis longtemps, l'habitude de sous-traiter leurs affaires juridiques et judiciaires à leurs *solicitors* (un terme que l'on pourrait imparfaitement traduire par avoué, ou procureur dans le sens qu'avait ce terme sous l'Ancien régime français). La complexité de la procédure, en particulier avant les réformes des années 1870, rendait ce recours à peu près inévitable et il n'existait pas, comme en France avec les agrées des tribunaux de commerce et les avoués des tribunaux civils, un petit nombre de spécialistes aux tarifs légalement limités. Or les *solicitors* ont manifestement mal pris la création de la LCA, comme le montre l'enquête de 1895. Il

²⁵³ Comptages réalisés à partir d'une saisie des informations sur les affaires données dans les séries de procès-verbaux de la Cour d'arbitrage (archives CCI).

²⁵⁴ LMA/London Court of Arbitration, minutes of the Court, 14 décembre 1962.

ne s'agissait pourtant pas du tout d'une institution hostile aux juristes en général : au contraire, avec le recours à un *Queen's Counsel* comme conseiller juridique, le rôle dévolu au greffier et l'inscription d'une vingtaine de juristes (certes, à côté de centaines de non juristes) sur sa liste d'arbitres, la chambre de commerce entendait fournir un arbitrage juridiquement plus informé que celui des associations de branches. Mais les *solicitors* en tant que tels n'y avaient guère de place comme arbitres. Surtout, ils ne pouvaient pas être assurés que le paiement de leurs honoraires, lorsqu'ils agissaient comme conseils ou représentants des parties, serait couvert par les dépens (comme il est de coutume, dans les tribunaux anglais, que les perdants paient les frais de représentation des gagnants). Or la moitié des parties des toutes premières années viennent à l'arbitrage accompagnées de leurs *solicitors* (elles prennent donc le risque de payer, si elles gagnent, plus de frais que si elles s'étaient adressées à un tribunal), et bien d'autres ont apparemment renoncé à arbitrer sur les conseils de ces derniers. C'est ainsi que les contemporains comprennent le fait que si peu d'affaires aient été amenées devant la LCA dans ses premières années, y compris par les arbitres eux-mêmes, pourtant supposés être les hommes les plus prestigieux de la City (« *the pick of the City* »). Il paraît impossible d'aller contre l'habitude d'utiliser des *solicitors* ; or cette habitude n'est pas prise en compte par la manière dont le règlement a conçu le coût de l'arbitrage, et les *solicitors* n'ont aucun intérêt, au contraire, à promouvoir l'institution.

Pourtant, dans le même temps, la LCA peut sembler trop anglaise, et trop ancrée dans le droit anglais, pour les parties étrangères. Le seul témoignage de 1895 qui critique le règlement d'arbitrage autrement que sur la question des frais, celui d'un marchand de grains, insiste sur son apparence bien trop juridique : on voit que ce règlement a été rédigé par des avocats, on croit lire celui d'un tribunal, il y a une véritable « *phraséologie juridique* » (« *legal phraseology* »). Utilisant le vocabulaire de l'Europe continentale, qu'il connaît sans doute par ses partenaires d'affaires et peut-être par les tribunaux de commerce, ce négociant dit : « *si nous voulons un arbitrage, ce n'est pas du droit que nous devons avoir : nous voulons l'équité.* »²⁵⁵ Or cette nuance n'existe pas en droit anglais : le refus du jugement en équité, propre de l'amiable composition, constitue justement le repoussoir unanime des spécialistes anglais de l'arbitrage lorsqu'ils sont confrontés, à la CCI ou ailleurs, aux pratiques des autres pays, pendant le gros demi-siècle qui suit. Même si les promoteurs de la LCA envisagent d'attirer des parties étrangères, ils ne sont pas prêts à franchir le pas dans la direction de l'amiable composition et de l'« équité » – et cela d'autant moins que, dans le même temps, la pression des *solicitors* les pousse au contraire à rester dans le cadre du droit procédural anglais.

Un choix implicite, mais continu et de plus en plus net, est ainsi fait : celui du repli sur

²⁵⁵ LMA/CLA/040/09/002. London Chamber of Arbitration. 1895. *Inquiry before the Joint Committee of Management of the London Chamber of Arbitration*. William E. Chambers, corn and seed trader. “*If we want to have arbitration, we must not have law – we want equity*”.

l'Angleterre. Il ne conduit pas pour autant à un afflux remarquable d'affaires anglo-anglaises, sans doute parce que la complémentarité entre associations de branches et tribunaux officiels s'est stabilisée par ailleurs et satisfait notamment les *solicitors*. Lorsque des parties prévoient dans leurs clauses des arbitrages à Londres « à la manière habituelle » (« *usual way* »), ce qui arrive fréquemment, il est généralement clair, au grand dam des dirigeants de la LCA, que c'est des associations de branches et non d'elle qu'il est question²⁵⁶. Encore dans les années 1920, la LCA paraît aspirer en contrepartie à obtenir une onction particulière du gouvernement, un statut semi-officiel qui lui ouvrirait un espace d'activité propre en Angleterre²⁵⁷ – mais ces aspirations n'ont jamais été sérieusement discutées par les gouvernements. Cela n'arrête pas son repli sur l'Angleterre, qui s'exprime par deux évolutions majeures.

D'une part, pour des raisons qui ne sont pas claires dans l'état limité de la documentation disponible (tiennent-elles essentiellement à une politique délibérée de l'institution ou à une évolution de la demande ?), la LCA se concentre, pour les rares affaires qui lui parviennent à partir de la fin des années 1930, sur des litiges soulevant des questions de droit relativement complexes. Les parties comparaissent avec un *solicitor*, voire un avocat, et ce sont des juristes qui sont choisis comme arbitres ; ils tendent à rapprocher les procédures de celles des tribunaux²⁵⁸. C'est ainsi sans débat qu'en 1948, une des spécificités procédurales fortes de la LCA, sans aucun doute adoptée au départ pour attirer des parties étrangères, est abandonnée à la suite de remarques faites au greffier par des juristes. En effet, le règlement de la LCA permettait aux parties de s'engager par leur clause compromissoire à renoncer à la procédure typiquement anglaise du *special case*. Ironiquement, c'est un pilier de la Cour d'arbitrage de la CCI, le juriste allemand Robert Marx, qui attire au départ l'attention du greffier sur cette question : cette clause ne serait-elle pas illégale en droit anglais ? Une confirmation en ce sens de plusieurs autorités juridiques anglaises décide le comité d'arbitrage de la LCA à supprimer cette possibilité du règlement, alors même qu'elle avait été généralisée en 1928, dans un règlement recommandé à toutes les chambres de commerce de l'Empire britannique²⁵⁹. Entre 1928 et 1948, un tournant définitif dans le sens de l'alignement sur le droit anglais s'est donc produit. Dès lors, à la LCA, les délais de traitement des affaires s'allongent, à

²⁵⁶ Voir par exemple National Archives, LCO 2/1198, lettre du secrétaire de la chambre de commerce de Londres au président du *Board of Trade*, 12 juillet 1928.

²⁵⁷ Voir notamment les réponses de la LCA au comité d'enquête McKinnon sur l'arbitrage en 1926 : "*The London Court of Arbitration would welcome its Statutory recognition in the amended Act.*" (la LCA voudrait être officiellement reconnue dans la loi à venir, qui doit amender celle de 1889) selon une lettre de l'institution, et une autre lettre de Fraser envisage un arbitrage à la dignité augmentée par son officialisation : "*were commercial arbitration as a system graded up under approved Arbitral Tribunals*". Ces propositions ont tendance à être annotées "*no*" en marge au ministère de la Justice (National Archives, LCO/1200). Elles ont toutefois le soutien, certainement par le biais de R.S. Fraser (*cf. infra*), de l'*International Law Association*, qui envisage de donner des « privilèges » à la LCA et à des « tribunaux » similaires et une « reconnaissance d'État » à leurs sentences. Il s'agirait principalement de leur donner le pouvoir de désigner des arbitres en cas de désaccord entre parties et de limiter les possibilités d'appel (National Archives, LCO/1201, témoignage de V.R. Aronson pour l'ILA au comité McKinnon, 15 mai 1926).

²⁵⁸ LMA/London Court of Arbitration, minutes of the Court, 28 juillet 1943, 23 novembre 1944.

²⁵⁹ LMA/London Court of Arbitration, minutes of the Court, 2 juin 1948.

mesure que les plaidoiries et échanges de documents se multiplient²⁶⁰. C'est peut-être un choix fait pour se distinguer davantage de l'arbitrage de qualité, mais cela ne peut que constituer une barrière pour les parties étrangères : l'idée d'une plus grande impartialité entre nations n'est plus appuyée par des spécificités procédurales.

D'autre part, la LCA abandonne assez rapidement ses efforts de publicité à l'étranger. En 1901, les chambres de commerce étrangères de Londres sont sollicitées pour traduire et transmettre dans leur pays le règlement de la LCA ; jusqu'en 1903, des efforts dans le même sens se poursuivent directement avec des chambres de commerce de Hollande et (avec moins de succès) d'Autriche-Hongrie²⁶¹. Peu avant la Première Guerre mondiale, la section germano-anglaise de la chambre de commerce de Londres, en lien avec le Conseil des anciens de Hambourg, avait un projet de tribunal permanent d'arbitrage commercial germano-anglais. À une autre échelle, la LCA est à l'initiative d'une question posée par les chambres de commerce britanniques au ministère du Commerce sur l'exécution des jugements au sein de l'Empire britannique (Fraser, 1918). On ne retrouve rien de tel par la suite²⁶². Certes, la guerre a brisé bien des élans, mais ce qui est frappant, c'est qu'ils ne renaissent pas ici dans les années 1920.

La LCA est au contraire particulièrement peu impliquée dans les discussions et les mobilisations des années 1920 aux années 1950 en faveur de l'exécution des sentences à l'étranger, ou encore de l'unification du droit de l'arbitrage. Plus exactement, un seul de ses dirigeants, R. S. Fraser, est intéressé par la question, ce qui permet à l'institution en tant que telle d'apparaître comme représentée. Mais Fraser exprime là un engagement personnel de long terme qui le place en réalité en position minoritaire au sein de la LCA : le sujet intéresse si peu ses collègues qu'ils le laissent agir, mais cela joue peu tant sur la pratique que sur la réputation de l'institution. Bien que Fraser crédite régulièrement la LCA de tous les succès possibles en termes d'arbitrage, en Angleterre et dans le monde (de la loi anglaise de 1889 à celle de 1934 ou au protocole et à la convention SDN)²⁶³, il est peu crédible à l'extérieur sur ce point, en bonne partie parce qu'il apparaît isolé en interne.

Robert S. Fraser, exception à la LCA

Ce *solicitor* (à la Cour suprême anglaise depuis au moins 1918), présent dès l'origine dans le comité d'arbitrage de la chambre de commerce de Londres, s'exprime dès 1913 dans un congrès de l'*International Law Association* (ILA) au sujet de l'exécution des jugements étrangers, puis continue régulièrement à intervenir dans ces congrès. Dès 1918, il fait paraître un article sur l'arbitrage commercial international où il recommande notamment des tribunaux arbitraux incluant à la fois des juristes et des hommes d'affaires, mais surtout où il plaide, de manière particulièrement précoce, pour

²⁶⁰ LMA/London Court of Arbitration, minutes of the Court, 17 décembre 1954.

²⁶¹ LMA/CLA/09/001, London Chamber of Arbitration, Joint Committee, Rough minutes, 1892-1905.

²⁶² Plus exactement, on trouve une brève mention des efforts de propagande à faire à l'étranger, comme intention sans suite, dans LMA/London Court of Arbitration, minutes of the Court, 10 avril 1946.

²⁶³ Voir notamment son « memo » d'octobre 1936, National Archives, LCO 2/1789.

une unification des procédures d'arbitrage à l'échelle mondiale (Fraser, 1918). Dans ce cadre, il affirme que la LCA représente « *une des premières tentatives organisées de standardiser l'arbitrage commercial* » (« *the first organised endeavour to standardise Commercial Arbitration* »). De fait, elle se singularise bien, comme il l'indique, par rapport aux associations de branche au moins à deux titres : sa volonté de fixer une limite entre ceux qui peuvent être arbitres et ceux qui ne le peuvent pas (sans pour autant s'en tenir à un petit groupe de dirigeants d'associations comme arbitres) ; et le fait de fournir une procédure relativement standard et une organisation bureaucratique minimale, tout en laissant pour tout le reste une très grande liberté aux parties.

Fraser ne participe qu'à deux réunions de la Cour de la CCI, en 1922, où il se contente de peser pour que la Cour d'arbitrage envisage la possibilité de renvoyer des affaires à des organisations membres, associations de branches ou chambres de commerce (ce qui lui est concédé mais, en pratique, arrive rarement)²⁶⁴. Mais au sein de la chambre de commerce de Londres, en 1923-1925, Fraser représente une position favorable à l'expérience représentée par la CCI et plus généralement à l'uniformisation des pratiques d'arbitrage. Il lui arrive d'ailleurs encore de participer à des congrès de la CCI²⁶⁵. Fraser s'oppose notamment sur tout cela à R.A. Patterson, plus âgé, plus légitime et également actif au sein de la LCTA, qui défend une tradition purement anglaise, notamment sur la non-motivation des sentences. À part Fraser, les membres de la commission chargée du droit commercial à la chambre de commerce de Londres sont plutôt enclins, s'il est question d'harmonisation internationale, à envisager de rectifier les pratiques d'instruction des non-Britanniques²⁶⁶... Et cette commission, dans les années 1930 et 1940, s'intéresse de moins en moins aux questions internationales en général.

Fraser correspond avec le New Yorkais Charles Bernheimer, en 1930, pour obtenir des arguments des États-Unis afin d'influencer le processus parlementaire anglais (dans le cadre de la discussion d'une nouvelle loi nationale sur l'arbitrage)²⁶⁷. Et il reste par la suite impliqué tant au sein de l'ILA (il préside son comité sur l'arbitrage en 1936) et de la LCA (il est encore un pilier du comité d'arbitrage de la chambre de commerce de Londres jusqu'à son décès en 1944, au bout d'un demi-siècle de présence) que plus généralement dans les discussions sur l'internationalisation de l'arbitrage commercial, dans ses différentes dimensions. Il est en particulier à l'origine de l'idée d'une tradition anglo-américaine d'arbitrage (idée surprenante au regard des oppositions entre représentants des deux pays au début des années 1920), par opposition à une tradition latine qu'il identifie à l'amicable composition et qu'il combat, notamment au sein de l'ILA²⁶⁸. Mais cette opposition ne l'empêche pas de continuer à plaider pour une harmonisation mondiale, sur des bases qui ne sont pas uniquement anglaises.

C'est ainsi lui qui soulève à plusieurs reprises, dès 1943, la question d'une harmonisation de l'arbitrage entre alliés (avec les États-Unis, mais aussi l'URSS et la Chine), alors même que le greffier de la LCA lui rappelle qu'il est très improbable que les associations anglaises de branches consentent à un quelconque accord avec l'étranger. Le même greffier, Allanby, rend, pour un sous-comité constitué tout de même sur le sujet, un rapport qui n'envisage d'harmonisation que sous l'égide des lois anglaises sur l'arbitrage de 1889 et 1934 (en affirmant que la loi états-unienne de 1925

²⁶⁴ Archives CCI, Comité d'arbitrage, 10-11 février 1922.

²⁶⁵ Voir pour le Congrès de Copenhague *L'Économie internationale*, vol. 11, n° 4, 1939.

²⁶⁶ LMA CLC/B/150/MS16669/001 et 002, London Chamber of Commerce Parliamentary and Commercial Law Committee Minute Book 1911-1925 et 1925-1949, notamment le 19 novembre 1923, le 23 novembre 1925 et (sur les pratiques d'instruction) le 20 janvier 1927.

²⁶⁷ National Archives, LCO 2/1198, lettre de novembre 1930.

²⁶⁸ Voir notamment ses textes de 1936-1938 dans National Archives, LCO 2/1789.

leur ressemble déjà, ce qui est très discutable). Autant dire que le projet est vite abandonné, d'autant qu'il est rappelé qu'il serait déjà nécessaire d'harmoniser les droits anglais et écossais²⁶⁹.

Peu après le décès de Fraser, la LCA est certes nominalement encore présente dans une importante tentative d'harmonisation : la conférence de Paris de 1946 et le travail en commission qui en découle dans l'ICAC (*International Commercial Arbitration Committee, cf. supra*). Mais son rôle est bien caractérisé par tous comme celui de représentation de la version anglaise de l'arbitrage : la LCA « *est considérée comme synonyme du meilleur du système britannique d'arbitrage* ». Cette appréciation est due au greffier de la LCA Allanby, en poste de 1938 à 1966 : prenant le relais de Fraser, il est en effet le seul à être activement impliqué dans ces rencontres internationales, dont les autres membres du comité d'arbitrage pensent qu'elles ne mettent pas en jeu de « questions de principe »²⁷⁰. Chargée en théorie de coordonner pour l'ICAC les travaux sur l'unification du droit de l'arbitrage et l'exécution des sentences, la LCA ne s'engage guère en pratique. Au cours des mêmes années 1946-1949, même les efforts pourtant tenaces de l'AAA pour mettre en place un accord bilatéral avec la LCA sont accueillis avec tiédeur et inertie, alors qu'il s'agit simplement de prévoir des clauses de renvoi mutuel, qui sont déjà en place entre l'AAA et Cour d'arbitrage de la CCI depuis la fin des années 1930.

La LCA semble donc se satisfaire de son rôle symbolique de pointe internationale de l'arbitrage anglais, sans plus chercher ni à augmenter son activité d'arbitrage, ni à dépasser une identification à l'Angleterre. Elle ne s'implique même pas vraiment dans la représentation de l'Angleterre sur les questions d'arbitrage au sein de la CCI. Dans l'entre-deux-guerres, le seul Anglais régulièrement présent dans les réunions parisiennes sur le sujet est Raymond E. Streat, secrétaire de la chambre de commerce de Manchester, qui représente plutôt la tradition de l'arbitrage associatif sur les matières premières (pour le coton) et ne s'intéresse aucunement à la LCA²⁷¹. Lorsqu'il s'agit de publier une brochure sur les lois anglaises sur l'arbitrage, la CCI le fait avec le concours de J.E. James, d'Imperial Chemicals Ltd, plutôt que de recourir à un représentant de la LCA²⁷². Dans l'immédiat après-Seconde Guerre mondiale, plus personne ne représente régulièrement l'Angleterre à Paris. La LCA oublie même de désigner un représentant dans la commission sur l'arbitrage du Comité national britannique de la CCI – et, lorsqu'ils s'en rendent compte, les membres du comité

²⁶⁹ LMA/London Court of Arbitration, minutes of the Court, 6 et 26 juillet et octobre 1943, 23 novembre 1944.

²⁷⁰ LMA/London Court of Arbitration, minutes of the Court, Rapport du greffier sur la Conférence de Paris, 13-15 juin 1946 daté du 1^{er} juillet 1946 : "*the Court is regarded as synonymous with all this is best in the English arbitration system.*" et 17 mars 1947 sur le désintéret pour ces travaux impliquant l'envoi du seul greffier.

²⁷¹ L'arbitrage de la chambre de commerce de Manchester connaît un véritable essor en la matière après la Première Guerre mondiale, avec 100 à 200 affaires par an. National Archives, LCO 2/1199 ; Streat, 1922.

²⁷² Archives CCI, Cour d'arbitrage, Document 36, 55^e session du Conseil de la CCI, 27 juin 1937, Activité de la Cour d'arbitrage et de la commission de conciliation depuis juin 1936.

d'arbitrage nomment, comme toujours, leur greffier²⁷³. Lorsque les discussions en amont de la Convention de New York commencent, avec la CCI qui affirme rendre un type particulier de sentences, des sentences « internationales », la chambre de commerce de Londres prend immédiatement ses distances avec cette affirmation, au lieu de tenter, comme elle l'aurait peut-être fait dans les années 1900, voire 1920, d'obtenir le même statut à part. Elle précise que ses sentences sont bien « britanniques » et récuse toute similitude entre son organisation et celle de la CCI²⁷⁴.

Il est vrai qu'à partir de 1950, l'activité de la LCA est de toute façon minimale, également en termes d'arbitrage ou de discussions purement anglaises : le comité d'arbitrage se contente pour l'essentiel de réviser sa liste d'arbitres, qui était devenue complètement obsolète puisqu'elle datait d'avant-guerre – et les demandes pour y être inclus ne se bousculent pas. Lorsqu'il exprime un avis sur les tendances internationales de l'arbitrage, c'est à la demande expresse du gouvernement britannique, qui paraît encore manifestement accorder un certain crédit représentatif à la LCA – sans doute du fait des liens plus généraux entre le ministère du Commerce britannique et la chambre de commerce de Londres²⁷⁵. Le regain d'activité perceptible à partir de 1967 à la LCA préfigure sa fusion avec l'*Institute of Arbitrators* : celui-ci vient manifestement chercher le reste de légitimité d'une institution alors moribonde. Au même moment, la chambre de commerce et d'industrie indienne, en demandant un accord bilatéral, préfigure une réouverture internationale. Mais ces changements prennent du temps et, surtout, repartent de discussions au sein de l'Angleterre ou du *Commonwealth* : l'ambition plus large qui prévalait au début du siècle a disparu.

Contrepartie logique : dans nos autres sources sur les discussions de la CCI, de la SDN, de l'AAA ou de l'ONU, nous trouvons dès les années 1920 de moins en moins de références à la LCA. Ainsi, lors de la préparation de la Convention de 1927, les représentants britanniques sont très actifs, menant une véritable guerre de tranchée contre tout projet qui se révélerait inadapté à leurs intérêts. Mais ils ne se réfèrent qu'à l'arbitrage associatif sur les matières premières, jamais à la pratique ou aux intérêts de la LCA.

*

Comment comprendre ce repli, au-delà de la position difficile d'une institution peut-être condamnée à être toujours trop ou pas assez anglaise ? Par comparaison avec la CCI, il semble clair qu'il est plus difficile à une organisation ne proposant des arbitrages qu'à Londres et n'ayant que des Londoniens dans son instance directrice de présenter des garanties d'impartialité internationale. Mais il n'est pas sûr que cette issue était donnée d'avance. Comme on l'a vu, les efforts pour attirer

²⁷³ LMA/London Court of Arbitration, minutes of the Court, 20 décembre 1950.

²⁷⁴ National Archives, BT 11/2348, lettre de la chambre de commerce de Londres à l'*assistant secretary* du *Board of Trade*, 14 juillet 1954.

²⁷⁵ Dans les cartons d'archives du *Board of Trade* consultés pour cette recherche, on a parfois l'impression, au ton des correspondances, que la chambre de commerce de Londres est un des bureaux du *Board of Trade*.

les parties étrangères étaient au début réels, jusqu'à exclure le *special case* du règlement. Réciproquement, la CCI a aussi été régulièrement critiquée pour arbitrer trop souvent à Paris ou trop favoriser des procédures propres à l'Europe latine, comme l'amicable composition. Sans doute a-t-elle bénéficié du fait d'être confrontée à des parties ayant des rapports plus variés à des professions juridiques plus hétérogènes que les parties anglaises : elle n'a pas eu à se heurter à quelque chose d'aussi général que la réticence des *solicitors*.

Mais une différence plus fondamentale repose sur le rôle différent donné à la « Cour » dans les deux cas. Au départ, la LCA et la Cour d'arbitrage de la CCI ont une originalité commune : ni l'une ni l'autre ne constitue un véritable tribunal arbitral qui produirait collectivement des sentences, comme c'est le cas dans bien d'autres associations. Leur rôle est principalement de fournir des arbitres et des règles de procédure. Toutefois, sur cette base commune, les pratiques se sont développées dans deux sens bien différents. La LCA ne fournit que des listes d'arbitres et un règlement, laissant pour le reste agir les parties et l'arbitre. Au contraire, la Cour de la CCI, pour chaque affaire, choisit elle-même l'arbitre (et le lieu d'arbitrage) et elle relit les sentences pour la forme avant qu'elles soient prononcées. En plus des gages d'impartialité que peuvent fournir les nationalités multiples des membres de la Cour et la volonté de trouver un arbitre d'une nationalité différente de celle des parties, cette organisation implique plus fortement les membres de la Cour dans l'activité d'arbitrage. Au contraire, en 1965-1966, les membres du comité d'arbitrage de la chambre de commerce de Londres ne comprennent pas vraiment pourquoi ils ne reçoivent presque plus d'affaires : en effet, la confidentialité de la procédure est si stricte qu'eux-mêmes ne savent pas comment ont été réglées les centaines d'affaires déjà soumises, ni sur le fond, ni du point de vue procédural. En conséquence, au sein même de son organe de direction, qui se réunit rarement, beaucoup de membres ont du mal à comprendre l'importance de la LCA²⁷⁶. Ils reçoivent seulement, toutes les quelques années, des informations très générales du greffier, sur le poids de plus en plus grand des juristes dans la procédure par exemple. Ils ne peuvent donc pas adapter au fur et à mesure le règlement ou les pratiques à ce qu'ils percevraient d'une demande ou d'insatisfactions des parties ou des arbitres. Cette adaptation fine apparaît au contraire comme une des grandes forces qui mène à l'institutionnalisation de l'arbitrage de la CCI.

276

LMA/London Court of Arbitration, minutes of the Court, 14 décembre 1965 et 11 mai 1966.

INDEX DES SIGLES

AAA : *American Arbitration Association* – Association américaine de l'arbitrage

BIRD : Banque internationale pour la reconstruction et le développement

CCI : Chambre de commerce internationale

CEE : Communauté économique européenne

CGPF : Confédération générale de la production française

ECE : Commission économique pour l'Europe de l'ONU

Ecosoc : Comité économique et social de l'ONU

EU : États-Unis d'Amérique

FAO : *Food and Agricultural Organization* – organisation de l'ONU pour l'agriculture et l'alimentation

ICAC : *International Commercial Arbitration Commission* – Commission de l'arbitrage commercial international

ILA : *International Law Association* – Institut de droit international

LCA : *London Court of Arbitration* – Tribunal d'arbitrage de Londres

LCTA : *London Corn Trade Association* – Association du commerce londonien de grains

LECE : Ligue européenne de coopération économique

LMA : *London Metropolitan Archives* – Archives municipales de Londres

NYCC : Chambre de commerce de New York

ONU : Organisation des Nations unies

SDN : Société des Nations

Unidroit : Institut international de Rome pour l'unification du droit privé

USCC : Chambre de commerce des États-Unis

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

- « The London Court of Arbitration ». *American Judicature Society* 12 (1916) : 40-46.
- Arnaud, René. 1929. L'arbitrage commercial international. *Journal de Droit International*. janvier-février, pp. 309-311.
- Arnaud, René. Le nouveau Règlement de conciliation et d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale. *Journal du droit international*, février 1928, 340-346.
- Arnaud, René. 1928. Le nouveau Règlement de conciliation et d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale. *Journal de Droit International*. janv.-février. pp. 340-346.
- Arnaud, René. 1935. La clause d'arbitrage en France. *Journal de Droit International – Clunet*. 62 (1), pp. 720-725.
- Badel, Laurence. *Un milieu libéral et européen : le grand commerce français, 1925-1948*. Paris : Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 1999.
- Beatson Jack, Reinhard Zimmermann (dir.). 2004. *Jurists Uprooted : German-Speaking Emigré Lawyers in Twentieth Century Britain*. Oxford UP. 872p.
- Boissier, André. L'arbitrage commercial international. *L'Economie internationale* 11, n° 2 (avril 1939) : 67-73.
- Boude, Antoine. 1934. *La clause compromissoire en matière commerciale*. Rapport à la Chambre de commerce de Marseille, adopté le 27 novembre 1934. Marseille, 15 ff.
- Brachet, Paul. 1928. *De l'exécution internationale des sentences arbitrales*. Paris : Librairie Arthur Rousseau. 233 pages.
- Bruns, Rudolph et Henri Motulski. 1957. Tendances et perspectives de l'arbitrage international (à propos de la réforme de la Convention de Genève de 1927). *Revue internationale de droit comparé*. 9 (4), pp. 717-727.
- Carbonneau, Thomas E. 1980. The Elaboration of a French Court Doctrine on International Commercial Arbitration : A Study in Liberal Civilian Judicial Creativity. *Tulane Law Review*. 55(1), pp. 1-62.
- Carbonneau, Thomas E. 1984. Etude historique et comparée de l'arbitrage. Vers un droit matériel de l'arbitrage commercial international fondé sur la motivation des sentences. *Revue internationale de droit comparé*. 36(4), pp. 727-781.
- Carbonneaux, T.E. 1984. *Resolving Transnational Disputes Through International Arbitration*. Charlottesville : University of Virginia Press.
- CCI. 1951. *Arbitrage commercial international et liberté contractuelle*. Paris, Brochure 160. 16 pages.
- Chambre de commerce internationale. *Hommage à Frédéric Eisemann*. Paris : CCI, 1978.
- Chambre de commerce internationale. *Les arbitrages de la CCI et la loi nationale*. Paris : CCI, 1949.
- Cheatham E., Friedmann W, Gellhorn W, Jessup Ph., Reese W., Schuyler W. 1957. Arthur Nussbaum : A Tribute. *Columbia Law Review*. 57 (1). Pp. 1-7.
- Cohen, Edward S. Normative Modeling for Global Economic Governance : The Case of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). *Brooklyn Journal of International Law* 36 (2011 2010) : 567-604.
- Cohn, E. J. 1941. Commercial Arbitration and the Rules of Law, a Comparative Study. *The University of Toronto Law Journal*. 4(1), pp. 1-32
- Cohn, Ernst J. 1945. Road of Progress Towards A Uniform Law. *International Arbitration Journal*, 1(1), pp. 62-66.
- Comité National Français de la CCI. 1969. *Un demi-siècle au service de la Chambre de commerce internationale*. Brochure publiée à l'occasion du départ en retraite de René Arnaud, Directeur Général du Comité. Paris. 6 pages.
- Comité national français de la CCI. 1969. *Un demi-siècle au service de la Chambre de commerce internationale*. Brochure publiée à l'occasion du départ en retraite de René Arnaud, directeur général du comité. Paris : CCI.

- Comstock, Louis K. 1937. Network of International Agencies. *Arbitration Journal*. 1(3), pp. 232-39.
- Cooter, Robert C. 1995. Decentralized Law for a Complex Economy : The Structural Approach to Adjudicating the New Law Merchant. *University of Pennsylvania Law Review*. 144 (5), may, pp. 1643-1696.
- Dard, Olivier, et Gilles Richard, éd. 2005. *Les permanents patronaux. Éléments pour l'histoire de l'organisation du patronat en France dans la première moitié du XX^e siècle*. Metz : Centre de recherche histoire et civilisation de l'Université de Metz.
- David, René. 1932. *Rapport sur l'arbitrage conventionnel en droit privé*. Rome : Institut International pour l'Unification du Droit International Privé.
- David, René. 1932. *Rapport sur l'arbitrage conventionnel en droit privé*. Institut International pour l'Unification du Droit Privé. Rome : l'Universale. 289 p.
- Dezalay, Yves, et Bryant G. Garth. 1996. *Dealing in virtue : International commercial arbitration and the construction of a transnational legal order*. Chicago : University of Chicago Press.
- Domke, Martin ed. 1958. *International Trade Arbitration, A Road to World-Wide Cooperation*. New York : American Arbitration Association. 311 pages. [13 articles]
- Duveau, Georges. 1954. « Édouard Dolléans ». *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, octobre-décembre, 322-323.
- Fraser, R. S. 1918. International Commercial Arbitration. *International Law Notes* 3 : 89-91.
- Godron, Jacques. 1919. La clause compromissoire dans les rapports internationaux devant les Tribunaux français. *Journal de Droit International*. 46, pp 57-62, et 654-659.
- Golsong, Héribert. 1962. L'arrangement relatif à l'application de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international. *Annuaire français de droit international* 8, n° 1 : 741-743.
- Hamilton, Stuart. 2001. La conciliation à la CCI : un aperçu historique ». *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, Supplément spécial. Pp. 25-32.
- Ikenberry, John G. 2011. *Liberal Leviathan. The Origins, Crisis, and Transformation of the American World Order*. Princeton : Princeton University Press. 372 p.
- International Chamber of Commerce. 1953. *Enforcement of International Arbitral Awards, Report and Preliminary Draft Convention*. Brochure 174. 8 ff.
- Isaacs, Nathan. 1927. Two Views of Commercial Arbitration. *Harvard Law Review*. 40 (7), pp. 929-42
- Jarvin, Sigvard. La Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale pendant la Seconde Guerre mondiale. In *Liber Amicorum en l'honneur de Serge Lazareff*, 331-347. Paris : A. Pedone, 2011.
- Kellor, Frances. 1946. Coordination of Commercial Arbitration Systems. *The Arbitration Journal*. 1 (2) New Series, pp. 139-144.
- Kopelmanas, Lazare. 1961. La place de la Convention européenne sur l'arbitrage international du 21 avril 1961 dans l'évolution du Droit international de l'arbitrage ». *Annuaire français de droit international* 7, n° 1 : 331-354.
- Kronstein, Heinrich. 1944/1945. Business Arbitration – Instrument of Private Government. *Yale Law Journal*. 54, pp. 36-69.
- Lemercier, Claire. 2012. *Un modèle français de jugement des pairs. Les tribunaux de commerce, 1790-1880*. Manuscrit d'habilitation à diriger des recherches, Université de Paris 8, en ligne sur HAL-SHS.
- Louis-Dreyfus, Louis. 1925. *La Clause Compromissoire*. Conférence faite au 32^o congrès de la Meunerie, octobre 1925. Association Nationale de la Meunerie Française. 23 ff.
- Louis-Dreyfus, Louis. 1927. *La Clause Compromissoire et l'Arbitrage Commercial*. Conférence faite à la Chambre de commerce de Troyes, le 27 juin, imprimée chez Louis Cornu, Paris, 15ff.
- Macassey, Sir Lynden. 1939. International Commercial Arbitration : Its Origin, Development and Importance. in : *Transactions of the Grotius Society*, vol. 24. London : Sweet and Maxwell. pp. 170-202.
- Magnier, Léon. 1928. *La Chambre de commerce internationale*. Paris : Rousseau.
- Marks, Tony, et Julio César Betancourt. 2013. The Chartered Institute of Arbitrators. In *Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland*, édité par Julian D.M. Lew, Harris Bor, Gregory

- Fullelove, et Joanne Greenaway, 75-88. Alphen aan den Rijn : Kluwer Law International.
- Marx, Robert. 1947. Amiable compositeur. Contribution to the Problem of Uniform International Commercial Arbitration. *Arbitration Journal*. New Series, 2 (3), pp. 211-217.
- Mentschikoff, Soia. 1960. Commercial Arbitration. *Columbia Law Review*. 61. pp. 846-869
- Motulsky, Henri. 1955. Le respect de la clause compromissoire. *La Revue de l'arbitrage*, n° 1 : 13-17.
- Motulsky, Henri. 1974. *Ecrits II, Etudes et notes sur l'arbitrage*. Paris : Dalloz. 541 pages.
- Nussbaum, Arthur. 1942. Treaties of Commercial Arbitration : A Test of International Private Law Legislation. *Harvard Law Review*, 56 (2), pp. 219-244.
- Papadaki, Marilena. 2012. The 'Government Intellectuals' : Nicolas Politis – An Intellectual Portrait. *European Journal of International Law* 23, n° 1 (2 janvier) : 221-231.
- Perreau. 1910. De la validité de la clause compromissoire insérée dans un contrat passé à l'étranger. *Journal de droit international – Clunet*. 37, p. 787-793.
- Petersson, Niels P. 2013. Legal Institutions and the World Economy, 1900-1930. in Dejung, Christof and Niels P. Petersson. *The Foundations of Worldwide Economic Integration. Power, Institutions, and Global Markets, 1850-1930*. Cambridge : Cambridge University Press. pp. 21-39.
- Picard, Maurice. 1923. La clause compromissoire et l'arbitrage dans les rapports internationaux. *Journal de Droit International*. 50, pp. 508-519
- Pickstone, C. H. 1896. Compromise and Arbitration. A Paper Read before the Incorporated Law Society at the Annual Provincial Meeting. *The Albany Law Journal* 54, n° 18 (31 octobre 1896) : 281-285.
- Pozzi, Roberto. 1921. La conciliation et l'arbitrage entre commerçants de pays différents. In *Chambre de commerce internationale. Premier congrès, Londres (27 juin-1^{er} juillet 1921)*, 7-21. Paris : Chambre de commerce internationale, 1921.
- Randon-Rachet. 1934. Clause compromissoire en matière commerciale. Chambre de commerce de Paris. 14 avril, 9ff. Rapport sur le rapport de M Catalogne, Sénat, 66, 15 février 134
- Refort, Charles. 1939. *Les Difficultés soulevées par l'application de la loi du 31 Décembre 1925 sur la Clause Compromissoire*. Paris : chez Maurice Lavergne. 99 pages. Thèse de droit.
- Robert, Jean. 1929. *La clause compromissoire et l'organisation de l'arbitrage*. Paris : Recueil Sirey. 228 pages (dont 60 pages d'annexe).
- Rothé, Otto. 1934. *La clause compromissoire et l'arbitrage depuis la loi de 1925*. Paris : Domat-Montchrestien. 172 p.
- Sartini van den Kerckhove, G. 1935. Une juridiction internationale de droit privé. *Journal du Droit International*. 62^e année, janvier-février. Pp. 775-804.
- Schneider, Volker. 2000. Global Economic Governance by Privat Actors : The International Chamber of Commerce. In *Organized Business and the New Global Order*, édité par Justin Greenwood et Henry J. Jacek, 223-240. New York : St. Martin's Press, 2000.
- Schultsz Jan, and Albert Jan Van den Berg, ed. 1982. *The Art of Arbitration, Essays on International Arbitration – Liber Amicorum Pieter Sanders 12september 1912-1982*. Deventer : Kluwer Publishers. 320 pages. [4 papiers revus].
- Steever, Miller D. 1923. Arbitration of Disputes between Exporters and Importers and Its Relation to International Good Will. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*. 108, pp. 90-98.
- Streat, Raymond E. 1922. The future of arbitration. *ICC Digest*, n° 27 (juillet 1) : 1-4.
- Streat, Raymond. 1922. The future of arbitration. *Digest*. n° 27, July 22, pp 1-4.
- Taylor, Ron. 2007. *A history of Chambers of Commerce in the United Kingdom 1768-2007*. Coventry : British Chambers of Commerce.
- Vulliemin, Robert. 1931. Du recours à l'arbitrage commercial à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle. Paris : Arthur Rousseau, 245 pages.
- Young, Owen D [1921]. International Commercial Arbitration. *ICC/ Digest n°3*. pp. 1-4. Octobre.

FONDS D'ARCHIVES DÉPOUILLÉS

1. Chambre de commerce internationale

Publications

Les principales publications de la CCI sont disponibles soit à la Bibliothèque nationale de France, soit dans certains bibliothèques universitaires américaines (notamment la Hoover Foundation, à Stanford). Parmi ces titres, on trouve :

Digest. Paris. n° 1-47 et *Digest – Fairs and Exhibition*. Paris. n° 51-63

The Record. Paris, n°1-8.

Paris Letter. International Information Service of the American Section, International Chamber of Commerce, Washington.

News Notes, A Review of Activities for the American Committee and Membership. ICC/ American Committee, Washington. n° 1(1) à 8(3), soit de février 1929 à janvier 1935

Journal of the International Chamber of Commerce. Paris. Issued quarterly. n° 1-19, de juillet 1924 à juillet 1928.

L'Économie Internationale. Revue éditée par la CCI et paraissant simultanément en anglais et allemand. n° I-VII

Arbitration Reports (série dispersée, non encore dépouillée de manière exhaustive).

Archives

Les archives (cotes BIB 48-50) comprennent deux séries principales de procès-verbaux et documents préparatoires dactylographiés, correspondant d'une part à la Cour d'arbitrage et à son Comité exécutif, traitant des affaires qui sont soumises et des points, notamment de procédure, qu'elles soulèvent, et d'autre part au Comité d'étude de l'arbitrage, qui se réunit moins souvent et aborde le sujet de manière plus générale, en particulier en termes de réformes législatives ou interventions de la SDN à solliciter, de propagande, d'échanges de vues avec d'autres organisations, etc. Toutefois, jusqu'en 1925, ces deux organes sont pour l'essentiel confondus et les documents sont réunis dans les mêmes cartons. Par la suite, il arrive plus ponctuellement que le registre dédié à l'un contienne des documents issus de l'autre, ou bien du Conseil de la CCI (organe directeur de la CCI en général, et non spécifiquement de l'arbitrage).

Chaque registre comporte une soixantaine de documents, généralement d'une dizaine de pages (plus des doublons dans d'autres langues, les traductions étant fréquentes). Nous avons dépouillé les six registres de ce type couvrant, si l'on suit leurs titres, la Cour d'arbitrage de 1920 à 1949. En réalité, la source commence en 1921 (alors qu'il y a eu plusieurs réunions auparavant), elle s'interrompt de 1939 à 1947 et les documents pour 1947-1949 restent relativement rares. Pour le Comité d'étude de l'arbitrage, nous avons dépouillé les deux registres, qui couvrent la période 1928-1939.

Nous avons également dépouillé les éléments concernant l'arbitrage dans les registres de procès-verbaux du Conseil de la CCI et dans les publications imprimées issues de ses Congrès, pour l'entre-deux-guerres et l'immédiat après-Seconde Guerre mondiale.

Pour la Seconde Guerre mondiale, outre Sigvard Jarvin a bien voulu mettre à notre disposition, en complément de son article publié (Jarvin, 2011), une copie des documents sur lesquels il se fonde, c'est-à-dire environ 130 pages constituant le fonds de la Cour ayant fonctionné à Stockholm entre 1940 et 1943. Ces documents sont conservés à la Bibliothèque Royale de Suède et la compilation a été réalisée en juin 1992.

La CCI n'ayant apparemment pas conservé d'archives de ses organes chargés de l'arbitrage, et peu d'archives en général, pour l'après-Seconde Guerre mondiale, nous avons pallié en partie cette

lacune en utilisant, outre les imprimés, deux sources principales :

- les archives de la Chambre de commerce de Paris, conservées aux Archives de Paris, où une série de cartons concerne les réunions du Conseil et du Comité exécutif de la CCI, avec parfois des éléments précis sur l'arbitrage, pour 1945-1971 (plus quelques documents isolés sur l'entre-deux-guerres) : Archives de Paris (ADP), 2ETP/1/7/20 1 à 7.
- les archives de Londres, où trois cartons issus du Comité national britannique permettent le même type de suivi pour 1952, 1956-1960 et 1965-1966 : LMA//4453/A/09/109, LMA/CLC/B/150/MS16490 et LMA/ CLC/B/016/MS17565/001 et 003.

2. Société des Nations

Tous les fonds relatifs à l'arbitrage ont été consultés et explorés. Une partie substantielle de ces dossiers a été photographiée et inventoriée. Cela inclut :

- *les premiers pas sur la question de l'arbitrage* faits par la Section économique et financière (juin 1922-1923) ; les premières notes d'experts sur la législation dans les principaux pays (Grande-Bretagne, France en particulier) et les premiers contacts avec la CCI (dossiers 19961, 23045, 24789, 25542).
- *la préparation du Protocole de 1923* : un ensemble de pièces important sur les clauses d'arbitrages, la négociation préparatoire, les points d'achoppement ; une correspondance importante avec la CCI ; de nombreux échanges de notes avec des experts et officiels britanniques sur la question des sentences arbitrales ; des contribution du Département juridique de la SDN (dossiers 25753, 27349, 28600). S'ajoutent des pièces variées sur l'adoption du Protocole de 1923 par les États-membres, la réforme française de 1925, etc.
- *l'avancée progressive vers la Convention de 1927* : on trouve également des notes et correspondances importantes, notamment avec la CCI, des versions préliminaires de la Convention et les procès-verbaux de 12 réunions tenues par le comité d'experts juridiques qui s'est réuni au début de 1927 (environ 230 pages).

Au-delà de la Convention de 1927, il apparaît que les archives de la Société des Nations ne contiennent pas de dossiers importants pour notre enquête. On a consulté des dossiers satellites sur le projet d'une Chambre commerciale à la Cour permanente de justice internationale de La Haye (1928), puis le projet d'une « Organisation Permanente de Conciliation économique et d'Arbitrage » (1930-1931). Ces deux propositions, qui n'aboutissent pas, sont intéressantes en ce qu'elles témoignent de l'intérêt, à la SDN, pour une démarché arbitrale en matière économique, mais entre États et non entre entreprises.

3. London Court of Arbitration (London Metropolitan Archives)

La LCA est un des principaux protagonistes de cette histoire. Formée en 1893 et réformée en 1905, elle s'inscrit à bien des égards dans le même projet que la CCI. Rendre compte du contraste paradoxal entre leurs destins est un des enjeux principaux de ce travail. Nous avons de ce fait recherché tous les documents possibles permettant de saisir l'activité de la LCA – il semble malheureusement qu'une bonne partie des fonds n'ait pas, comme pour la CCI, été conservée. Dans ces documents, nous avons également cherché toute trace d'interaction avec des autres organismes d'arbitrage, notamment la Cour de la CCI, de jugements portés sur les discussions internationales en cours, etc.

Nous avons dépouillé aux Archives municipales de Londres (*London Municipal Archives, LMA*) :

- le registre des parties et arbitres, qui permet de reconstituer le flux d'activité de la LCA, la nationalité des intervenants et, dans une certaine mesure, leur secteur d'origine (LMA/CLC/B/150/MS16562 *London Chamber of Arbitration. Register: list of disputants, addresses, names of arbitrators, dates of hearings, awards and fees.(1893-1953)*). Une base de données a été constituée qui résume ces éléments sur longue période (1905-1955).
- différentes sources sur les débuts de l'institution : procès-verbaux du *Joint Committee* pour

1892-1905 (LMA/CLA/040/09/001, Joint Committee. *Rough Minutes*. 1892-1905. London : Chamber of Arbitration), liste d'arbitres (LMA/CLA/040/09/002) et enquête en trois volumes de 1895 (LMA/CLA/040/09/002. London Chamber of Arbitration. 1895. *Inquiry before the Joint Committee of Management of the London Chamber of Arbitration*). Ces documents permettent de comprendre l'échec d'une première tentative de construction d'une Cour d'arbitrage universelle et d'identifier les acteurs qui pèsent dans la construction de la LCA, notamment la part des contraintes ou des pratiques spécifiquement britanniques.

- des sources sur les discussions internes pour les périodes ultérieures de fonctionnement : les procès-verbaux pour 1942-1968 (LMA/CLC/B/150/MS16559) ; un court document rétrospectif sur la période précédente (LMA/CLA/040/09/001 London Court of Arbitration. 1942. *References to and reports of Committees and Minutes of Common Council relating to, etc.* (1883-1933), 6 p.).
- pour les compléter, un dépouillement, à la recherche des mentions de la LCA, des procès-verbaux intégraux de la commission du Parlement et du droit commercial de la Chambre de commerce de Londres pour 1911-1968 (*Parliamentary and Commercial Law Committee*, LMA/CLC/B/150/MS16669/001 à 003), de ceux de sa section spécialisée dans le commerce d'import-export pour 1920-1931 (LMA/CLC/B/150/MS16661/002, *LCC Import & Export Merchants Section Minute Books*), de ceux du Conseil (organe central généraliste) de la Chambre de commerce pour 1902-1906, 1922-1924, 1926-1928 et 1956-1960 (LMA/CLC/B/150/MS/16459/003-1 et 2, 010-1 et 2, 012, 029, 030, *Council Minute Books*), et de son organe exécutif pour 1902-1924 (LMA/CLC/B/150/MS/16460/004, *General Purpose Committee*). Nous avons aussi dépouillé, sans résultat, les procès-verbaux du conseil exécutif de l'Association britannique des Chambres de commerce pour 1954-1965 (LMA/CLC/B/016/MS14476/017).

Ces dépouillements sont venus compléter ceux réalisés par Claire Lemerrier dans le cadre de son habilitation à diriger des recherches : trois très longs rapports parlementaires de 1859-1874 et un très riche corpus de presse qui permettent de rendre compte des débats autour de l'importation du modèle des tribunaux de commerce en Angleterre et de leur glissement progressif vers une promotion de l'arbitrage par les chambres de commerce et les associations de branches, puis vers la création de la LCA (Lemerrier, 2012).

Les cartons dépouillés aux Archives nationales britanniques sur d'autres objets (*infra*) contenaient également des correspondances avec la Chambre de commerce de Londres qui ont permis de confirmer certains points.

4. London Corn Trade Association (London Metropolitan Archives)

L'arbitrage anglais sur les marchés de matières premières (*commodities*) représente un modèle classique, propre au commerce international de la première globalisation, centré sur Londres. Organisé par des associations de branches privées, sur une base d'intégration verticale, ce modèle se distingue aussi par son ancrage fort dans l'ordre juridique et dans les juridictions anglaises. Enfin il présente une proportion comparativement faible de différends portant sur des questions de droit au sens strict, par opposition aux questions de qualité des produits. Nous avons donc ici un modèle très cohérent, très légitime et aux coûts de fonctionnement remarquablement bas. Longtemps, c'est à lui que l'arbitrage moderne, propre en pratique à la seconde globalisation, a été comparé et opposé. Nous avons pris à titre d'exemple le cas de la *London Corn Trade Association* (LCTA) et exploré de manière systématique ses archives, déposées aux archives municipales de Londres :

- procès-verbaux du sous-comité chargé d'amender les règles d'arbitrage et d'appel en 1884-1905, LMA/CLC/B/103/MS23175.
- procès-verbaux, très volumineux, du comité exécutif de la LCTA pour 1884-1964, où nous avons noté tout ce qui concerne l'arbitrage : LMA/CLC/B/103/MS23172/001 à 12.
- Registre des membres de la LCTA, 1895-1940
- Arbitration Books MS 23.197/1-3, [3 volumes]

- Minutes of the Appeal Committee: MS 23.188/1-7 [7 vol.], sondage, photographies
- Registre des procédures d'appel interne: CLC/B/1-4 [4 vol.] , sondage, photographies

5. Archives nationales de Londres

Nous avons eu recours aux très riches fonds des *National Archives* dans deux buts distincts. D'une part, ils nous ont permis de compléter nos connaissances sur les institutions anglaises d'arbitrage (associations de branches et LCA), leurs relations avec les autorités britanniques et leur rôle dans les évolutions du droit anglais de l'arbitrage. D'autre part, ces fonds permettent un suivi extrêmement précis des négociations des différents protocoles et conventions internationaux, d'un point de vue britannique notamment, mais pas uniquement, puisqu'ils comprennent de nombreux procès-verbaux des réunions des organes de la SDN et de l'ONU. Ce fonds complète ainsi ceux des organisations internationales – bien plus que ne l'auraient permis les fonds français équivalents, très lacunaires en la matière, qu'il s'agisse du ministère du Commerce, des Affaires étrangères ou de la Justice.

Nous avons ainsi dépouillé intégralement plusieurs dizaines de cartons relevant des fonds

* *du ministère de la Justice* (Lord Chancellor's Office) :

- LCO 2/755, LCO 2/1038 à 1040, LCO 29/21 à 23, sur les négociations à la SDN dans les années 1920, et LCO 2/1686, LCO 2/1789, LCO 2/3589 sur l'application ou la non-application ultérieures du protocole de 1923 et de la convention de 1927 ;
- LCO 2/1197 à 1204, LCO 2/3086, sur les réformes du droit anglais dans les années 1920 et 1930 ;
- LCO 2/6261 à 6264, LCO 2/7107 et 7108, LCO 2/7822, sur les négociations préalables à la Convention de New York, notamment son suivi par la commission du droit privé international (*Private International Law*, PIL) et LCO 2/7823 à 7830, sur les très longues discussions qui se terminent par sa ratification en 1973.

* *du ministère du Commerce* (Board of Trade), *qui est, bien plus qu'en France, avant tout un lieu d'interaction avec les groupes d'intérêts* :

- BT 11/25A, sur la question de l'exécution des jugements et sentences dans l'Empire et dans le monde, posée dès 1909, puis les négociations à la SDN dans les années 1920, et BT 213/254 sur l'application ou la non-application ultérieures du protocole de 1923 et de la convention de 1927 ;
- BT 37/104 sur les réformes du droit anglais dans les années 1930 et BT 103/1270 sur celles des années 1960 ;
- BT 11/5348 et 5349, sur les négociations préalables à la Convention de New York ; BT 241/821 et BT 333/13 et 14 sur sa ratification ;
- BT 11/5376, BT 11/5509, BT 11/5700, BT 58/632 sur la négociation de la convention de Genève de 1961 et BT 213/154 sur son application ;
- BT 11/4988, BT 11/6293 sur les discussions de l'ONU sur l'arbitrage en Asie (ECAFE).

* *plus à la marge, du ministère des Affaires étrangères* (Foreign Office), qui apparaît bien moins intéressé par l'arbitrage commercial international, se contentant pour l'essentiel de renvoyer les dossiers aux deux autres ministères : FCO 69/272 sur les discussions du début des années 1970, principalement dans le cadre d'Uncitral (la commission des Nations Unies pour le droit commercial international).

6. New York Chamber of Commerce

Dans le cadre de son habilitation à diriger des recherches, Claire Lemerrier avait déjà dépouillé et photographié la plupart des documents concernant l'arbitrage dans ces archives très riches, conservées à la *Rare Books and Manuscripts Library* de l'Université de Columbia, en s'arrêtant toutefois vers 1920. Pour le présent projet, plusieurs journées complémentaires ont été consacrées à une exploration plus serrée des sources relatives à la période postérieure. Le fonds est

particulièrement riche non seulement sur les pratiques d'arbitrage (en partie interne) de la Chambre elle-même, mais surtout sur ses activités de propagande et de lobbying à l'extérieur, en particulier menées par Charles Bernheimer et par l'avocat conseil de la Chambre, Julius Henry Cohen. Il s'agit notamment des campagnes pour la réforme du droit de l'arbitrage aux États-Unis et de la coopération en matière d'arbitrage avec les Chambres de commerce latino-américaine, puis avec la Chambre de commerce de Paris. Enfin, on trouve des éléments intéressants sur la phase préalable à la formation de l'American Arbitration Association (1925) qui deviendra très rapidement l'instance d'arbitrage dominante, tant au plan domestique qu'international. Les archives de l'AAA en revanche ne sont pas déposées à Columbia et semblent être encore conservées par l'Association elle-même. Une étape ultérieure de cette recherche devrait permettre de repérer ce fonds et de le dépouiller.

7. Les débats en France

Nos premiers dépouillements ayant confirmé la diversité des positions en France en matière d'arbitrage commercial en même temps que le rôle central des Français dans le fonctionnement de l'arbitrage à la CCI, nous avons, en complément, consulté :

- les débats parlementaires autour de la clause compromissoire.
- aux Archives de Paris, les archives de la Chambre de commerce de Paris sur le même sujet, ainsi que sur les arbitrages qui lui étaient demandés avant la création de la CCI et dans ses premières années (Archives de Paris (ADP), 2ETP/3/3/70 6 à 8 et 2ETP/1/2/79 1).
- les procès-verbaux des discussions entre juges du tribunal de commerce de Paris, conservées au greffe du tribunal, pour les années 1920-1926 (registres 17 et 18, à propos de la clause compromissoire) ; des allusions ont également été recherchées sans succès à la proposition Louis Dreyfus (années 1900) et à la Convention de New York (années 1950).
- diverses discussions autour de l'arbitrage de la CCI, ou de l'arbitrage commercial international en général, dans les publications de droit, d'actualité générale, d'économie politique, etc. Il s'agit pour partie de textes signés par des membres des différents comités de la CCI et prévus comme propagande pour l'institution, mais aussi parfois de points de vue plus extérieurs.

8. Organisation des Nations Unies

Après le Protocole de 1923 et la Convention de 1927, le troisième grand texte de droit international public relatif à l'arbitrage commercial, celui qui permet réellement un essor en nombre d'affaires traitées par la Cour d'arbitrage, est la Convention de New York de 1958, préparée et adoptée dans le cadre du Comité économique et social de l'ONU (Ecosoc). Ce texte a été abondamment commenté par les praticiens et les juristes, et il existe quelques témoignages d'acteurs de son élaboration. Mais sa généalogie est restée à ce jour assez opaque. Nous avons pu cependant faire des progrès importants sur ce plan, notamment en dépouillant de manière systématique des archives de l'ONU relatives à la préparation et au déroulement de la Conférence de New York de mai-juin 1958 (Comité Economique et Social de l'ONU, notamment le dossier EC 232/ 13 (2). United Nations, part 2, DSCO7381 et suivants).

Table des matières

AVANT-PROPOS	
Écrire l’histoire de l’arbitrage commercial international.....	5
INTRODUCTION	
Construire une juridiction privée, transiger sur la souveraineté.....	9
PREMIÈRE PARTIE	
La Cour d'arbitrage de la CCI : l’histoire interne d’une institution.....	23
SECONDE PARTIE	
Une histoire internationale de l’arbitrage commercial	96
CONCLUSION.....	138
ANNEXE	
La London Court of Arbitration, une première tentative d'arbitrage supra-sectoriel et potentiellement international, au succès limité.....	148
INDEX DES SIGLES.....	164
BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE.....	166
FONDS D'ARCHIVES DÉPOUILLÉS.....	170