

LES LIMITES DE L'ORDRE PUBLIC POSÉES À LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE – UN EXEMPLE TIRÉ DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ SUISSE

par

JUAN CARLOS LANDROVE *

Licencié en droit suisse et espagnol, LL.M (NYU), Docteur en droit de
l'Université de Lucerne

- 1. Introduction**
- 2. Tentative de délimitation des différentes notions de liberté contractuelle et d'ordre public en droit privé et en droit international privé**
 - 2.1. La liberté contractuelle
 - 2.2. L'ordre public
- 3. Renonciation au recours contre une sentence arbitrale (art. 192 LDIP)**
 - 3.1. Le concept
 - 3.2. La procédure équitable au niveau de l'ordre public
 - 3.3. La conséquence adéquate de la nullité de l'accord d'exclusion
- 4. Conclusion**

1. Introduction

L'ordre juridique suisse repose sur un certain nombre de principes qui gouvernent l'ensemble des activités de l'Etat, des entreprises et des individus dans leurs interrelations. Deux de ces principes, forts enclins à entrer en collision, nous intéressent tout particulièrement pour leur potentiel d'interférence entre droit privé et droit public ; ce sont la liberté contractuelle et la protection de l'ordre public.

En droit des obligations, la liberté de contracter, consacrée par les art. 1 et 19 CO¹, constitue une part cardinale de l'autonomie de la volonté, protégée à

* Chargé de cours à l'UniL et à l'EPFL. Avocat aux barreaux de Genève, Madrid et New York.

¹ Il sied de préciser qu'il n'y a nulle part dans le CO une règle qui consacre de façon expresse le principe de la liberté contractuelle; l'on admet que cette dernière est incluse de façon implicite dans la loi, cf. AUER Andreas/ MALINVERNI Giorgio/ HOTTELIER Michel, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, 2^{ème} éd., Stämpfli, Berne, 2006, N 611.

son tour par le noyau intangible de la liberté économique garantie par l'art. 27 Cst. féd.².

Tant la liberté contractuelle que ses limites reposent sur le même fondement: la loi, laquelle détermine jusqu'où ce pouvoir discrétionnaire des parties peut aller et quand il doit être limité ou même levé. Aux termes de l'art. 19 CO : *« l'objet d'un contrat peut être librement déterminé, dans les limites de la loi. La loi n'exclut les conventions des parties que lorsqu'elle édicte une règle de droit strict, ou lorsqu'une dérogation à son texte serait contraire aux moeurs, à l'ordre public ou aux droits attachés à la personnalité »*.

La doctrine reconnaît classiquement que la liberté contractuelle revêt les aspects suivants: la liberté de conclusion (incluant la faculté de choisir ou non de contracter ainsi que celle du choix du partenaire contractuel), la liberté de forme (incluant le choix du type de contrat), ainsi que la liberté de fixer le contenu du contrat³. Ce dernier pan consiste en la possibilité reconnue à tout sujet de droit d'aménager lui-même et à sa convenance le contenu de ses rapports contractuels, à l'intérieur des limites fixées par l'ordre juridique⁴.

L'une des justifications des limitations de la liberté contractuelle (quant au contenu de la convention) réside dans la nécessité de protéger la communauté en tant que telle, ce que le droit privé suisse exprime à l'art. 19 al. 2 CO en condamnant les clauses contraires à « l'ordre public »⁵. La liberté contractuelle se trouve ainsi limitée par le même ordre juridique qui la reconnaît et qui veut protéger la collectivité en sanctionnant les conventions contraires, notamment, à l'ordre public (art. 19 al. 2 CO) ; la sanction consistant en la nullité au sens de l'art. 20 CO.

Dans le cadre restreint de la présente contribution nous nous attellerons précisément à une étude confinée aux limites posées par l'ordre public à la liberté de contenu des conventions. Nous l'examinerons à travers le prisme

² Cf. ATF 132 III 226, cons. 3.3.1 p. 234 (fr.); ATF 131 I 333, cons. 4 p. 339 (fr.); ATF 131 I 223, cons. 4.1 p. 230.

³ Cf. notamment en matière d'assurances, terreau fertile de l'application du principe de la liberté contractuelle, BRULHART Vincent « La liberté contractuelle: fondement juridique et impératif technique de l'assurance privée », *HAVE* 2007 pp. 88-96. Voir également, en matière de bail, SAVIAUX Nicolas « Liberté contractuelle et droit du bail », *AJP/PJA* 2007 pp. 424-432.

⁴ L'art. 19 al. 1 CO évoque la liberté du contenu du contrat, laquelle trouve sa concrétisation à l'art. 19 al. 2 CO.

⁵ Les règles d'ordre public ont souvent pour objet de rétablir l'équilibre entre les parties au contrat, rompu par les fortes disparités économiques, sociales, culturelles et de formation et d'éviter que le contrat, loi des parties, ne se transforme en loi du plus fort. La limitation de la liberté contractuelle des personnes privées est donc légitimée par la défense de l'intérêt général, cf. ATF 132 III 226, cons. 3.3.1 p. 235 (fr.).

d'une particularité du droit international privé suisse⁶ : la faculté offerte aux parties par l'art. 192 LDIP d'exclure tout recours contre une sentence arbitrale internationale.

Ce faisant, nous débiterons par une tentative de délimitation des différentes notions de liberté contractuelle et d'ordre public dans leurs acceptions particulières en droit privé et droit international privé (cf. *infra* 2). Ensuite, nous procéderons à un examen du concept d'accord d'exclusion de recours en matière arbitrale et de ses limites découlant des droits fondamentaux de procédure (cf. *infra* 3). Enfin, nous exposerons quelques réflexions en guise de conclusion (cf. *infra* 4).

2. Tentative de délimitation des différentes notions de liberté contractuelle et d'ordre public en droit privé et en droit international privé

2.1. La liberté contractuelle

En droit international privé, l'autonomie de la volonté permet, notamment⁷, aux parties de désigner le droit national applicable à leur contrat. Cette désignation comprend tant les règles impératives que les règles dispositives du droit élu. En désignant un droit, les parties écartent l'application des autres droits présentant certains liens avec le contrat. Elles en écartent tant les règles impératives que les règles dispositives. On voit ainsi que l'autonomie de la volonté en droit international privé doit être distinguée de la liberté contractuelle de droit interne; il s'agit de concepts différents. La liberté contractuelle de droit interne (art. 19 CO) n'intervient qu'une fois le droit applicable désigné; elle ne s'exerce qu'à l'intérieur du droit élu et uniquement à l'égard des règles dispositives de ce droit (elle ne permet aucunement d'en écarter les règles impératives).

L'autonomie de la volonté n'est évidemment pas illimitée. Outre les limites générales des articles 17 à 19 LDIP, l'élection de droit est exclue ou limitée pour certains types de contrats, surtout lorsqu'en raison de l'inégalité des

⁶ En droit international privé, on parle d'autonomie des parties comme de la prérogative reconnue aux contractants de choisir la loi applicable au contrat (art. 116 LDIP) ou encore la possibilité d'écarter la compétence du juge ordinaire en faveur d'une méthode alternative de résolution des litiges (p. ex. l'arbitrage : art. 178 LDIP). L'autonomie des parties est aussi une émanation de l'autonomie de la volonté, cf. SCHWANDER Ivo, « Zur Rechtswahl im IPR des Schuldvertragsrechts », in : Forstmoser Peter [et al.] (Eds.), *Festschrift für Max Keller*, Schulthess, Zurich, 1989, 473, 474.

⁷ Cf. *supra* note 6.

parties elle risque d'être systématiquement imposée par la partie forte au détriment de la partie faible⁸. C'est à propos des limites de l'autonomie de la volonté qu'apparaissent des divergences entre les différents ordres juridiques, par ailleurs quasi unanimes sur l'admission du principe même de l'autonomie⁹, qui s'exprime en définitive par un processus de choix des parties que ce soit en droit privé ou en droit international privé.

2.2. L'ordre public

A juste titre, la doctrine pointe la confusion possible entre la notion d'ordre public au sens du droit privé avec celle incluse dans le droit international privé¹⁰. Alors qu'en droit privé l'ordre public englobe toutes les valeurs et tous les principes immanents à l'ordre juridique¹¹; en droit international privé la notion d'ordre public permet d'appliquer une disposition de droit interne dont la méconnaissance porte atteinte à un principe fondamental de l'ordre juridique suisse ou blesse d'une façon intolérable le sentiment du droit¹². Ainsi, lorsque le contrat est soumis à des normes de droit étranger, les règles et principes impératifs que celui-ci reconnaît ont une portée prioritaire. Toutefois, en vertu des principes généraux applicables au droit des conflits, le juge suisse doit aussi tenir compte des principes du droit suisse qui expriment l'ordre public (art. 17 et 18 LDIP).

Par ailleurs, en matière de recours contre une sentence arbitrale internationale, l'art. 190 al. 2 lit. e LDIP pose l'ordre public matériel et procédural comme grief admissible, mais avec un examen non seulement au regard du droit interne (comme à l'art. 17 LDIP) mais également au regard d'un système de valeurs étranger, supranational ou universel plus sévère¹³.

En théorie, toute restriction à la liberté économique (art. 27 Cst. féd.), dont découle la liberté contractuelle, doit, conformément à l'art. 36 Cst. féd., reposer sur une base légale, être justifiée par un intérêt public prépondérant

⁸ Cf., p. ex., l'exclusion pour les contrats de consommation (art. 120 al. 2 LDIP) et la limitation pour le contrat de travail (art. 121 al. 3 LDIP). Cf. également le parallèle, en droit privé, quant à la protection de la partie faible évoqué *supra* note 5.

⁹ BÖCKSTIEGEL Karl-Heinz, « *The Role of Party Autonomy in International Arbitration* » 52 *Disp. Resol. J.* p. 24, 25 (1997).

¹⁰ Cf., p. ex., CR CO I- GUILLOD Olivier/ STEFFEN Gabrielle, art. 19 et 20 CO, N 67 et références citées.

¹¹ PETITPIERRE Gilles, « Une proposition de lecture systématique des art. 19 et 20 CO » *SJ* 2001 p. 73, 74 ; lequel a démontré que même si la liberté contractuelle ne peut s'exercer, selon la formule de l'article 19 al. 1 CO, que « dans les limites de la loi », cette expression est bien trop étroite puisque ces limites ne découlent pas nécessairement et uniquement de la loi et sont données par l'ensemble de l'ordre juridique.

¹² ATF 88 II 1, cons. 2 pp. 2-3, et références citées.

¹³ ATF 117 II 604 = JdT 1992 I 400.

et, selon le principe de la proportionnalité, se limiter à ce qui est nécessaire à la réalisation des buts d'intérêt public poursuivis. En pratique, cela demeure vrai quelle que soit l'origine (interne ou supranationale) de l'ordre public invoqué pour restreindre la liberté contractuelle. Ainsi, l'ordre public du droit privé et celui du droit international privé interviennent techniquement de façon identique, seuls leurs contours (et donc leur contenu) diffèrent parfois.

3. Renonciation au recours contre une sentence arbitrale (art. 192 LDIP)

3.1. Le concept

En principe, le contrôle d'une sentence arbitrale par une instance judiciaire nationale ne peut être exclu. Ce principe a même fait l'objet d'articles de lois dans certains ordres juridiques¹⁴. Cependant, la liberté des parties d'exclure tout recours contre une sentence arbitrale internationale au lieu du siège de l'arbitrage a fait son chemin dès les années 1980¹⁵. L'exclusion de tout recours est un accord des parties simultané à la conclusion (par les mêmes parties) d'une clause arbitrale (ou subséquemment, mais dans tous les cas avant qu'une sentence –violant le grief sur la base duquel on exclut le recours– ne soit rendue¹⁶) par lequel elles excluent leur droit de déposer un recours contre la sentence arbitrale internationale¹⁷. La reconnaissance de

¹⁴ Autriche : § 598 al. 1 ancien ZPO, cf. cependant § 611 ZPO dans sa version du 13 janvier 2006.

¹⁵ La mouvance débuta en Belgique en 1985 (art. 1717 al. 4 du Code judiciaire belge), la Suisse lui emboîta le pas dès 1987 (art. 192 LDIP) tout en rendant la démarche optionnelle. La Tunisie (art. 78 al. 6 du Code d'arbitrage de 1993) a adopté, et la Belgique s'est adaptée à l'approche optionnelle helvétique (art. 1717 al. 4 du Code judiciaire belge dans sa version de 1998) ; finalement la Suède adopta cette possibilité en 1999 (art. 51 du Code d'arbitrage de 1999). Ceci constitue un excellent exemple de l'influence du droit comparé sur le droit de l'arbitrage au niveau des codes nationaux, cf. GAILLARD Emmanuel, « Du bon usage du droit comparé dans l'arbitrage international » 51 *Rev. arb.* 375, 377 (2005) ; ainsi que de comment la fertilisation croisée des droits nationaux de l'arbitrage s'opère, cf. LANDROVE Juan Carlos, « Américanisation du droit suisse de l'arbitrage commercial international? » in : Killias Martin/ Dongois Nathalie (Eds.), *L'américanisation des droit suisse et continentaux*, Bâle, Genève, Zurich, Schulthess, 2006, 295, 315-316.

¹⁶ Autrement, les accords d'exclusion peuvent être conclus à n'importe quel moment, cf. MAYER Carl Ulrich, « Exclusion Agreements According to Article 192 of the Swiss Private International Law Act », 17 *Bull. ASA* 191, 199 (2/1999).

¹⁷ Le terme « exclusion » est ici utilisé dans son acception de « renonciation *ex ante facto* », i.e., une renonciation opérée avant que les faits pouvant donner lieu à un recours ne soient connus des parties, contrairement à une « renonciation *ex post facto* », i.e., une

tels accords d'exclusion varie selon les Etats¹⁸. Dans certains ordres juridiques les accords d'exclusions sont privés d'effet¹⁹, dans d'autres seule une exclusion partielle (de certains griefs de recours moins fondamentaux) est admise²⁰, et finalement d'autres où une exclusion totale est permise²¹.

renonciation « éclairée » -en pleine connaissance de cause- dans le cadre de laquelle les parties connaissent tous les tenants et aboutissants ouvrant la voie d'un recours potentiel et décident, soit par une attitude passive ou au moyen d'un accord idoine, de ne pas déposer de recours devant la juridiction compétente. Dans le cadre de cette contribution, le terme « exclusion » est utilisé pour une renonciation *ex ante facto* et le vocable « renonciation » pour une renonciation *ex post facto*.

¹⁸ MAYER, *op. cit.*, *supra* note 16, p. 192.

¹⁹ Autriche : § 598 al. 1 ancien ZPO, en tout cas si la renonciation est conclue avant que le grief de recours n'apparaisse ce qui équivaut à une exclusion, cf. OGH, 25 novembre 1936, Rsp 1937/17; LIEBSCHER/SCHMID in : Weigand Frank-Bernd, *Practitioner's Handbook on International Arbitration*, Munich, Copenhagen, Beck, DJØF, 2002, p. 584, § 261; d'un autre avis : FASCHING Hans W., *Schiedsgericht und Schiedsverfahren im österreichischen und im internationalen Recht*, Vienne, Manz, 1973, pp. 147, 170 et du même auteur, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts*, Vienne, Manz, 2nd ed. 1990, § 228, qui considère que tout accord d'exclusion est privé d'effet, cf., cependant, la nouvelle teneur du ZPO *supra* note 14. Angleterre : les art. 67 et 68 du Code d'arbitrage de 1996 sont de droit impératif, mais les recours sur des points de droit peuvent être exclus (art. 69 al. 1); cf. également MAXWELL in : Weigand, *op. cit.*, *supra*, p. 639, § 257. France: *Société Cargill France c. SA Tradigrain France*, C.A. Paris (1e Ch. C.), 14 juin 2001, *Rev. arb.* 616-617 (2001); *Société Almira Films c. Pierrel*, C.A. Paris (1e Ch. Suppl.), 16 février 1989, *Rev. arb.* 711 (1989) note Idot; PLOUDRET Jean-François/ BESSON Sébastien, *Comparative Law of International Arbitration*, Zurich, Londres, Schulthess, Sweet and Maxwell, 2^{ème} ed., 2007, pp. 779-780, § 838; GAILLARD/ EDELSTEIN in : Weigand, *op. cit.*, *supra*, p. 679, § 210. Italie : art. 829(1) et 831 CPC, RUBINO-SAMMARTANO in : Weigand, *op. cit.*, *supra*, p. 880, § 343; PLOUDRET/ BESSON, *op. cit.*, *supra*, p. 780, § 838. Espagne : l'art. 6 de la loi d'arbitrage de 2003 parle seulement de renonciation tacite *ex post facto*; une exclusion *ex ante facto* serait contraire aux art. 6(2) du Code Civil et 24 de la Constitution espagnole, cf. VON TABOUILLOT in : Weigand, *op. cit.*, *supra*, p. 237, § 237. USA : aucune disposition légale ni jurisprudence topique ne sont disponibles, la doctrine estime qu'un accord d'exclusion serait privé d'effet, cf. CARBONNEAU in : Weigand, *op. cit.*, *supra*, p. 1137, § 241.

²⁰ La non-arbitrabilité ainsi que l'ordre public constituent des griefs de recours impossibles à exclure par les parties en Allemagne : (§ 1059 al. 2 ch. 1 lit. a et ch. 2 lit. a et b ZPO) et l'ordre public en Suède : art. 33 al. 2 et 51 du Code d'arbitrage de 1999; HOBÉR/ STREMPER in : Weigand, *op. cit.*, *supra* note 19, p. 1043, § 228; HELLER Kurt, « Constitutional Limits of Arbitration » 4 *S.A.R.* 7, 17 (2000:1). Font partie des griefs que les parties ont le loisir d'exclure en Allemagne : les § 1059 al. 2 ch.1 lit. b, c et d ZPO (absence de certaines notifications, sentence *extra petita*, formation des arbitres, etc), cf. les travaux préparatoires du code allemand d'arbitrage, *BT-Drucks* 13/5274, p. 59. Cf. également, WAGNER in : Weigand, *op. cit.*, *supra* note 19, p. 820, § 461 et PLOUDRET/ BESSON, *op. cit.*, *supra* note 19, pp. 779-780, § 838, tous deux avec des références doctrinales supplémentaires.

²¹ Belgique : art. 1717 al. 4 du Code judiciaire belge de 1998. Suisse: art. 192 al. 1 LDIP, cf. KARRER/ STRAUB in : Weigand, *op. cit.*, *supra* note 19, p. 1079, § 232; le TF a récemment précisé qu'il n'est plus nécessaire de mentionner expressément les art. 190 ou 192 LDIP dans le texte de l'accord d'exclusion : ATF 131 III 173 (2005) reproduit in 23

Ces derniers ordres juridiques, comme un *minus in maius*, acceptent que les parties contractent une exclusion partielle, e.g., excluant un recours judiciaire quant au fond de la sentence²², mais préservant le droit de requérir un contrôle judiciaire d'une procédure arbitrale défectueuse ou mal conduite²³.

A notre avis, un accord d'exclusion viole l'ordre public, sauf si, cumulativement, la loi nationale applicable le prévoit expressément²⁴ et, plus significativement dans le contexte de cette contribution, aucune convention internationale portant sur les droits fondamentaux ne le prohibe, même indirectement.

3.2. La procédure équitable au niveau de l'ordre public

Un accord d'exclusion constitue un pas radical : il empêche tout contrôle judiciaire d'une sentence arbitrale internationale²⁵, même pour des défauts fondamentaux. Par conséquent, la question des limites de la validité de telles exclusions (*ex ante facto*) face aux garanties d'une procédure équitable mérite d'être posée.

La conclusion d'une clause d'arbitrage n'engendre pas une renonciation complète aux garanties offertes par les textes portant sur les droits de l'Homme²⁶. Le noyau intangible de tels droits fondamentaux semble bien embrasser le respect d'une procédure équitable, à laquelle on peut certes renoncer durant l'instance par la simple inactivité d'une partie consciente de sa violation, mais à laquelle on ne pourrait valablement renoncer à l'avance - *ex ante facto*-, i.e., que l'on ne saurait exclure²⁷. Par conséquent, nous défendons la position selon laquelle une partie ne peut exclure à l'avance son

Bull. ASA 496 *et seq.* (2005), Arrêt dans lequel notre Haute Cour reconnut pour la première fois un accord d'exclusion depuis l'entrée en vigueur de la LDIP en 1989. Pour des décisions antérieures, cf. ATFs non publiés 4P.62/2004 du 1^{er} décembre 2004 et du 2 juin 2004 reproduits in 22 *Bull. ASA* 782 (2004).

²² Cf., e.g., en Suisse : concernant le test de compatibilité avec l'ordre public de l'art. 190 (2)(e) LDIP.

²³ BLESSING Marc, « The New International Arbitration Law in Switzerland: A Significant Step Towards Liberalism » 5 *J. of Int'l Arb.* 9, 76 (1988).

²⁴ LEW Julian D. M./ MISTELIS Loukas A./ KRÖLL Stefan M., *Comparative International Commercial Arbitration*, Londres, New York, La Haye, Kluwer, 2003, p. 683, § 25-67.

²⁵ Mais pas au stade de l'exequatur, cf. *infra* notes 34, 35, 36, et 37, ainsi que le texte y relatif.

²⁶ Cf, e.g., concernant l'art. 6 al. 1 CEDH, LANDROVE Juan Carlos, « European Convention on Human Rights' Impact on Consensual Arbitration – An État des Lieux of Strasbourg Case-Law and of a Problematic Swiss Law Feature » in : Besson Samantha/ Hottelier Michel/ Werro Franz (Eds.), *Human Rights at the Center – Les droits de l'homme au centre*, Bâle, Genève, Zurich, Schulthess, 2006, 73, 82 *et seq.*

²⁷ HELLER, *op. cit.*, *supra* note 20, p. 16.

droit de recourir contre la sentence pour des griefs touchant à la procédure équitable. Cette position a pour corollaire le doute quant à la compatibilité des dispositions législatives nationales évoquées (prévoyant la possibilité d'exclure les recours contre les sentences arbitrales) avec les standards de la procédure équitable²⁸.

En signant une clause d'arbitrage, les parties à la procédure arbitrale conservent la légitime attente que les arbitres respectent les principes d'une procédure équitable²⁹. Les parties disposent de la liberté (contractuelle) d'organiser la procédure arbitrale comme elles l'entendent, mais elles ne peuvent pas négliger les règles impératives prévoyant des garanties minimales de procédure, tels le droit d'être entendu, le droit de récuser un arbitre et, par conséquent, nous pensons qu'elles ne peuvent pas exclure le droit de recours contre la sentence arbitrale en relation avec de tels griefs³⁰. Il doit en aller ainsi car il existe une limitation de l'autonomie de la volonté (et de son expression dans le cadre de la liberté contractuelle) dans l'intérêt des parties elles-mêmes : les parties à une convention d'arbitrage ne peuvent valablement s'accorder sur une procédure qui violerait directement certains principes fondamentaux de l'ordre public, tels que le caractère équitable de la procédure³¹.

L'on assiste donc à une confrontation d'intérêts entre le contrôle judiciaire national (impératif au regard des conventions internationales portant sur les droits de l'Homme et incluant des garanties de procédure, telle la CEDH) des sentences privées et la liberté contractuelle des parties³². Mais puisque la liberté contractuelle n'est pas un droit protégé par la garantie d'une procédure équitable, il doit en aller de même pour les modalités particulières des conventions arbitrales³³. Ainsi, les parties ne devraient être autorisées à

²⁸ Cf., e.g., en Belgique : l'art. 1717 al. 4 du CJB qui limite la compétence des juridictions belges dans le cadre des recours contre des sentences arbitrales à des procédures arbitrales impliquant un citoyen ou un résident belge ; en Suisse : l'art. 192 LDIP qui permet aux parties d'exclure totalement le recours si aucune d'entre elles n'a de domicile ou de résidence en Suisse. Voir également, *supra* note 21.

²⁹ Notamment, l'indépendance et l'impartialité comme composantes d'une procédure équitable, cf. CAMBI FAVRE-BULLE Alessandra, « L'état de la jurisprudence en Suisse » in : Cambi Favre-Bulle/ Dal/ Flécheux/ Lambert/ Mourre, (Eds.), *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme*, Droit et Justice No. 31, Nemesis, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 69, 74.

³⁰ WEDAM-LUKIC Dragica, « Arbitration and Article 6 of The European Convention On Human Rights » 64 *Arbitration* 16, 19 (1st Supplement, 1998).

³¹ OLDENSTAM Robin, note de jurisprudence concernant le jugement de la Stockholm District Court rendu en 2004 dans l'affaire Å 860-04 et l'Arrêt de la Svea Court of Appeal rendu en 2004 dans la cause ÖÅ 4247-04, 7 *S.A.R.* 332, 337 (2004:2).

³² MAYER, *op. cit.*, *supra* note 16, p. 192.

³³ BENCHENEB Ali, « La contrariété à la Convention européenne des droits de l'homme d'une loi anéantissant une sentence arbitrale » 42 *Rev. arb.* 181, 185 (1996) et références

exclure (*ex ante facto*) le recours contre une sentence arbitrale future que pour des griefs qui ne ressortissent pas à l'ordre public.

Par ailleurs, cette opinion est confortée par le fait que (par la conclusion d'un accord d'exclusion) les parties perdent un degré de juridiction : le stade du recours. Une telle perte pourrait être acceptable si un véritable examen du respect des droits fondamentaux de procédure était pratiqué au stade de l'exequatur de la sentence. Or, dans certaines situations il est impossible de s'assurer de la compatibilité d'une sentence arbitrale avec les garanties de procédure, par exemple lorsque la procédure arbitrale s'achève par une sentence dans laquelle le tribunal arbitral décline sa compétence ; sentence qui, par nature, n'est pas susceptible d'exequatur.

Il est vrai que dans la plupart des occurrences une exclusion, même totale, de recours ne fait pas obstacle à tout contrôle par un juge national car la juridiction compétente pour décider de l'exequatur de la sentence arbitrale n'est pas incluse dans l'exclusion³⁴. Ainsi, un contrôle de la sentence arbitrale sera finalement exercé. En fait, au niveau pratique, l'inconvénient majeur est supporté par le demandeur qui a perdu dans le cadre de l'arbitrage car il n'obtiendra pas de seconde chance au niveau de l'exequatur³⁵. Par conséquent, un accord d'exclusion totale représente l'équivalent d'une pleine et exclusive *Kompetenz-Kompetenz* du tribunal arbitral car aucun recours n'est possible sur la compétence³⁶. Nous pensons qu'une conséquence aussi radicale est incompatible avec les standards de procédure équitable existant au niveau de l'ordre public³⁷, tant interne qu'international.

citées. Cette affirmation est d'autant plus valable en Suisse : puisqu'un Arrêt récent du Tribunal fédéral se montre très flexible quant à la clarté du libellé exigé afin de constituer un accord d'exclusion, cf. *A. c. B. et C.*, 4 février 2005, ATF 131 III 173 (2005), à comparer avec la stricte approche antérieure dans de multiples cas cités dans cet Arrêt, notamment avec *S. c. K. Ltd.*, ATF 116 II 639 (1990).

³⁴ BAIZEAU Domitille, « Waiving the Right to Challenge an Arbitral Award Rendered in Switzerland: Caveat and Drafting Considerations for Foreign Parties » 8 *Int. A.L.R.* 69, 75 (2005).

³⁵ POUURET/ BESSON, *op. cit.*, *supra* note 19, p. 781, § 839; WALTER Gerhard/ BOSCH Wolfgang/ BRÖNNIMANN Jürgen, *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz – Kommentar zu Kapitel 12 des IPR-Gesetzes*, Berne, Stämpfli, 1991, p. 260.

³⁶ HIRSCH Laurent, « Contractual Exclusion of Annulment Actions Against International Arbitral Awards Made in Switzerland » 8 *S.I.A.R.* 43, 96 (2006:2).

³⁷ Même si en Suisse : à teneur d'un ATF non publié du 31 octobre 2005, 4P.198/2005, § 2, le Tribunal fédéral déclare le recours irrecevable, en application de l'art. 192 LDIP, malgré des griefs ressortissant à l'ordre public (l'art. 19 LDIP est considéré comme inapplicable à l'art. 192 LDIP car ce dernier ne désigne pas un droit applicable : *in casu* l'ordre public turc ne fût pas pris en compte). Ainsi, l'unique investigation portant sur l'ordre public ne peut être opérée (à cause de l'art. 192 LDIP) qu'au stade de l'exequatur, cf. *id.* cons. 2.2. Il est piquant de constater que le TF ne fait même pas mention de la CEDH dans son Arrêt.

Ainsi, les tribunaux arbitraux sont autorisés à vider des litiges sous la supervision potentielle (à la demande de la partie s'estimant flouée) de juridictions étatiques qui contrôleront si des droits fondamentaux appartenant à l'ordre public ont été respectés ou ont fait l'objet d'une renonciation valable³⁸. Les garanties d'une procédure équitable sont ainsi indirectement applicables à l'arbitrage contractuel au travers d'un contrôle a posteriori (recours contre la sentence) qui ne saurait être valablement exclu à l'avance, i.e., avant les faits, concernant des griefs ressortissant à l'ordre public ; en tout cas pour les Etats comme la Suisse ayant adhéré à la CEDH³⁹ ou au Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁴⁰.

3.3. La conséquence adéquate de la nullité de l'accord d'exclusion

Les accords d'exclusion totale du recours contre une sentence arbitrale ont été lourdement critiqués par une minorité de la doctrine. D'aucuns contestent la validité d'une quelconque exclusion du recours en argumentant qu'une telle violation de l'ordre public entraînerait la nullité de l'entier de la sentence⁴¹, d'autres suggèrent une solution plus praticable : que l'exclusion du recours pour des griefs d'ordre public soit privé d'effet⁴².

La dernière solution, selon laquelle la méthode de résolution du litige demeure l'arbitrage et où seule la modalité de l'exclusion est privée d'effet, est à préférer pour les raisons suivantes. Premièrement, le fait que la jurisprudence (des ordres juridiques permettant une exclusion totale) soit très restrictive⁴³ dans l'admission d'une « déclaration expresse »⁴⁴ (constitutive

³⁸ ROBINSON William/ KASOLOWSKY Boris, « Will the United Kingdom's Human Rights Act Further Protect Parties to Arbitration Proceedings? » 18 *Arb. Int'l* 453, 462 (2002).

³⁹ RS 0.101 ; art. 6 al. 1.

⁴⁰ RS 0.103.2 ; art. 14 al. 1.

⁴¹ Cf., e.g., en Suisse : POUURET/ BESSON, *op. cit.*, *supra* note 19, p. 781, § 839 et les références citées concernant l'art. 192 LDIP.

⁴² Cf., e.g., en Suisse : WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN, *op. cit.*, *supra* note 35, p. 259.

⁴³ Cf., e.g., en Suisse : où il est vrai que, depuis l'adoption de la LDIP en 1987, le Tribunal fédéral a admis pour la première fois un accord d'exclusion du grief d'absence de compétence du tribunal arbitral dans une décision du 4 février 2005 (ATF 131 III 173 (2005) = 23 *Bull. ASA* 508, 519, § 4.3 (2005) note Perret). Voir également, BAIZEAU, *op. cit.*, *supra* note 34, pp. 69-77; BESSON Sébastien, « Etendue du contrôle par le juge d'une exception d'arbitrage; renonciation au recours contre la sentence arbitrale: deux questions choisies de droit suisse de l'arbitrage international » 52 *Rev. arb.* 1071-1083 (2006) et *supra* note 21.

⁴⁴ Le législateur helvétique a imposé le fait que l'accord d'exclusion soit exprès. Cela signifie qu'une exclusion indirecte, telle celle incluse dans les règles d'une institution d'arbitrage (e.g., art. 28 al. 6 des Règles CCI de 1998 ou l'art. 40 des Règles SCC de 2007), est insuffisant. Un accord d'exclusion par référence n'est donc également pas

d'un accord d'exclusion) est insuffisante à protéger adéquatement les parties à la convention d'arbitrage. Deuxièmement, le fait qu'en opérant un tel examen les juridictions nationales fassent usage d'expressions proches de celles existant dans le domaine des droits de l'Homme, e.g., en requérant un accord d'exclusion « clair » et dépourvu d'ambiguïté demeure insatisfaisant tant que des exclusions d'ordre public *ex ante facto* sont cautionnées⁴⁵. Troisièmement, le fait que les accords d'exclusion ne recouvrent pas les moyens de recours extraordinaires⁴⁶, tels que la révision, ne guérit pas l'indisponibilité d'un contrôle du respect de l'ordre public à des stades procéduraux antérieurs. En effet, les procédures de révision sont soumises à des conditions très restrictives. Finalement, les parties à l'arbitrage ont valablement consenti à l'arbitrage et ainsi le principe même de vider un litige par le truchement de cette procédure correspond à leurs attentes légitimes, mais pas la limitation des griefs de recours ou l'exclusion de tout recours avant même de savoir comment la procédure arbitrale se déroulera.

Par conséquent, la sanction de la nullité partielle (de l'art. 20 al. 2 CO) devrait trouver application dans ces cas de figure et le principe de la méthode de résolution des litiges (l'arbitrage) demeurer⁴⁷, alors que la modalité d'exclusion *ex ante facto* du recours serait nulle. Ce mode de régulation de l'interdépendance entre l'art. 192 et 190 al. 2 lit. e LDIP s'inscrit d'ailleurs parfaitement dans l'approche adoptée par le Tribunal fédéral dans les cas de renonciation anticipée à la prescription⁴⁸.

En effet, même lorsque les parties se sont mises d'accord à son sujet, leur contrat sera dépourvu de toute valeur juridique s'il est contraire par son but ou son contenu à des principes fondamentaux (nationaux ou internationaux) de procédure intégrés dans notre ordre juridique. Dire qu'un contrat est dépourvu de toute valeur signifie en fait seulement qu'aucune des parties ne pourrait en exiger l'exécution en justice, puisque le juge devrait en constater

envisageable, e.g., une référence générale à des règles d'arbitrage institutionnelles s'avère insuffisant, cf. ATF 116 II 639 (1990); MAYER, *op. cit.*, *supra* note 16, pp. 193, 199 et 200.

⁴⁵ Le libellé de l'art. 192 LDIP et la jurisprudence du TF requièrent qu'un accord d'exclusion « *klar* » soit conclu par les parties, cf. ATF 166 II 639 (1990), 640 (cons. 2c) et MAYER, *op. cit.*, *supra* note 16, pp. 200 et 203.

⁴⁶ Cf., en Suisse : où le TF a accordé une révision *praeter legem*, ATF 118 II 199 (1992). Voir également, MAYER, *op. cit.*, *supra* note 16, p. 206.

⁴⁷ Non seulement en raison de l'art. 20 al. 2 CO, mais aussi -en matière d'arbitrage- en raison de l'autonomie de la clause arbitrale par rapport au (reste du) contrat, cf. art. 178 al. 3 LDIP.

⁴⁸ ATF 132 III 226, cons. 3.3.1 p. 235 (fr.) et autres Arrêts cités.

la nullité; on sait qu'en revanche, si les deux parties s'en accommodent et l'exécutent, la réalité devient norme⁴⁹.

Par conséquent, avant que de trop prestement clore l'affaire, pas sur le fond, mais sur la base d'un défaut de compétence⁵⁰, les juridictions nationales devraient examiner *ex officio*, et pas seulement *prima facie* mais vraiment en profondeur⁵¹ la validité d'un accord d'exclusion⁵² et entendre si nécessaire les parties impliquées.

4. Conclusion

Notre ordre juridique repose sur le principe de l'autonomie de la volonté. Il découle de ce principe que les sujets de droit sont libres de créer, de modifier et d'éteindre leurs rapports juridiques de droit privé. Si les parties décident en principe du contenu de leur accord, leur liberté n'est cependant pas totale. Tant le droit privé que les principes généraux de procédure équitable apportent des restrictions à leur pouvoir, même lorsque ce dernier est expressément conféré par la loi (comme dans le cas de l'art. 192 LDIP).

Il faut relever que la définition de ces règles d'ordre public dépend des conceptions éthiques et sociopolitiques qui évoluent dans le cadre de notre ordre juridique. Ces conceptions suivent naturellement l'évolution des mœurs; la règle qui est d'ordre public aujourd'hui ne le sera pas forcément demain et celle qui est d'ordre public international ne s'inscrit pas forcément dans l'ordre public interne. C'est donc à la jurisprudence qu'il revient de fixer par voie d'interprétation quelles sont les dispositions d'ordre public de notre droit et la liste qu'elle dresse de ce type de règles n'est pas destinée à être immuable, mais doit au contraire sans arrêt se modifier pour se conformer à l'évolution des mentalités.

Lorsqu'un accord d'exclusion du recours contre une sentence arbitrale internationale déroge à des règles d'ordre public (dans son acception à l'art. 190 al. 2 lit. e LDIP), il est nul. Le juge fédéral doit donc refuser d'en prendre acte et entrer en matière sur le recours. Le juge est en principe tenu de s'assurer de sa conformité à l'art. 190 al. 2 lit. e LDIP. A défaut, chacune des parties est en droit de se prévaloir de la nullité de l'accord d'exclusion que le juge a entériné à tort. Le système ne favorise malheureusement pas

⁴⁹ TERCIER Pierre/ ZUFFEREY Jean-Baptiste, « La rémunération liée au retrait d'un recours », *BR* 1997 p. 113, 114.

⁵⁰ MAYER, *op. cit.*, *supra* note 16, p. 206.

⁵¹ Notamment les questions d'une exclusion *ex ante facto* potentiellement problématique ainsi que la réalité du consentement éclairé d'une renonciation *ex post facto*.

⁵² MAYER, *op. cit.*, *supra* note 16, p. 207.

l'économie de procédure car la partie s'estimant lésée devra tenter le recours au TF qui, à teneur de sa jurisprudence récente, qualifiera très probablement le recours d'irrecevable en raison de l'existence de l'accord total d'exclusion et il incombera alors à la partie déboutée d'invoquer l'art. 6 al. 1 CEDH par-devant les instances strasbourgeoises.

Voilà un bel exemple de décloisonnement du droit, présentant de multiples interdépendance entre le droit (international) privé et public de procédure. Cette interdépendance peut être toutefois mise à mal par l'interférence passive d'une partie. En effet, la violation des règles et principes impératifs d'ordre public ne prive pas nécessairement l'accord d'exclusion de tout effet pratique. En soi, rien n'interdit aux parties d'appliquer et d'exécuter un accord d'exclusion pourtant juridiquement frappé de nullité, parce qu'il viole l'ordre public (interne ou international). En revanche, il est évidemment exclu qu'une partie puisse s'adresser à un juge pour obtenir la reconnaissance de son « droit ». C'est ainsi que l'ordre public, faute de support de contrôle actionné par la partie la plus diligente, doit parfois céder le pas à la liberté contractuelle dans une hiérarchie des principes dépendant finalement de la volonté des parties.