

C omparativa

Faculté de droit et des sciences criminelles de
l'Université de Lausanne

Travaux et recherches du Centre de droit comparé,
européen et international (CDCEI)

Collection fondée par Bernard Dutoit, professeur honoraire,
et dirigée par Andrea Bonomi, professeur ordinaire de droit civil comparé et de
droit international privé, Directeur du CDCEI

ARBITRAGE INTERNE ET INTERNATIONAL

**Actes du colloque de Lausanne
du 2 octobre 2009**

édités par

Andrea Bonomi

et

David Bochatay

Avec 10 contributions rédigées par :

Sébastien Besson, Andrea Bonomi, Xavier Favre-Bulle,
José Carlos Fernández Rozas, Jean-Michel Jacquet,
Christoph Müller, Paolo Michele Patocchi,
Luca G. Radicati di Brozolo, Antonio Rigozzi,
Pierre-Yves Tschanz

Librairie Droz, Genève 2010

Arbitrage interne et international : la réglementation soi-disant unitaire en Espagne

José Carlos Fernández Rozas*

I. Portée de la distinction entre « arbitrage interne » et « arbitrage international »

1. La question de l'internationalité de l'arbitrage n'est pas purement théorique, et sa qualification ne se résume pas à un simple exercice rhétorique¹. L'arbitrage international a acquis une autonomie véritable par rapport à l'arbitrage interne, à telle enseigne que, reprenant les termes particulièrement expressifs de Jan PAULSSON, on peut affirmer que “*international arbitration is no more a “type” of arbitration than a sea elephant is a type of elephant*”². La conséquence la plus importante de cette nature « propre » de l'arbitrage international est la création de normes particulières, distinctes. Soumis à l'arbitrage, un litige comportant des éléments d'extranéité – typiquement, le contentieux opposant des opérateurs du commerce international – se voit ainsi appliquer un régime plus ou moins spécifique. Il s'agit souvent de quelques règles-cadre impératives, et qui laissent une place particulièrement large à l'autonomie de la volonté des parties. Par exemple, ces dernières pourront convenir d'un arbitrage institutionnel ou au contraire *ad hoc* ; elles auront également le choix des règles de

* Avocat, professeur ordinaire à l'Université Complutense de Madrid.

¹ P. FOUCHARD, *Quand un arbitrage est-il international ?*, Revue de l'arbitrage 1970, p. 59 ss, p. 59; le même auteur, *Introduction : spécificité de l'arbitrage international*, Revue de l'arbitrage 1981, p. 449 ss ; B. GOLDMAN, *Les problèmes spécifiques de l'arbitrage international*, Revue de l'arbitrage 1980, p. 323 ss ; P. LALIVE, *Problèmes spécifiques de l'arbitrage international*, idem, p. 341 ss.

² J. PAULSSON, *International Arbitration is not Arbitration*, Stockholm International Arbitration Review 2008 (2), p. 1.

procédure applicables, ainsi que du droit régissant le fond du litige ; etc. En définitive, un cadre minimal est posé, mais qui ménage la liberté que réclame la résolution de litiges commerciaux internationaux.

Au-delà de ce principe, chaque Etat décide la manière dont il entend, sur le plan formel, prendre en compte l'internationalité. Le législateur pourra ainsi opter pour une réglementation unitaire, régissant l'arbitrage tant interne qu'international, mais prévoyant des aménagements en faveur de ce dernier (conception « moniste »). Il pourra au contraire adopter deux corps de règles distincts, s'appliquant l'un à l'arbitrage interne, l'autre à l'arbitrage international (conception « dualiste »). Que l'option choisie soit moniste ou dualiste, la nécessité demeure d'éviter, dans toute la mesure possible, que le droit interne ne constitue une barrière à l'efficacité de l'arbitrage international³.

Trop souvent en effet, des critères et conceptions internes ont été (et sont) appliqués, qui ne sont adaptés ni à la nature particulière de l'arbitrage international, ni à la matière spécifique que constitue le commerce international.

Si les opinions favorables à un détachement absolu de l'arbitrage à tout ordre juridique étatique sont plus que douteuses, celles prétendant imposer l'application des normes internes sans distinction, indifféremment de la nature du litige ou de son mode de résolution, ne le sont pas moins. Une chose est de reconnaître la spécificité indéniable de l'arbitrage commercial international par rapport à l'arbitrage interne, une autre est d'oublier que l'arbitrage, fût-il international, demeure (jusqu'ici en tout cas) une institution nécessairement rattachée, dans une certaine mesure du moins, à l'Etat. Cela est d'ailleurs également vrai pour les arbitres eux-mêmes, qui, malgré l'absence d'une véritable *lex fori*, ne

³ Bien que l'on puisse techniquement le mettre en doute, la jurisprudence française a affirmé à plusieurs reprises le détachement de l'arbitrage par rapport au droit étatique. Cf. par exemple Cour d'appel de Paris, 26 mars 1991, *Comité populaire de la Municipalité d'El Mergeb c/ société Dalico contractors*, Revue de l'arbitrage 1991, p. 456 ss, et Cour de cassation, 20 décembre 1993, *Municipalité de Khoms El Mergeb c/ société Dalico*, Revue de l'arbitrage 1994, p. 116 ss, note H. GAUDEMET-TALLON; Journal du droit international 1994, p. 494 ss, note E. GAILLARD; Revue critique de droit international privé 1994, p. 663 ss, note P. MAYER.

sauraient toutefois se détacher totalement des lois étatiques en vigueur. D'une manière générale cependant, la soumission à un ordre étatique déterminé apparaît de plus en plus lâche ; la réalité contemporaine révèle un accroissement constant de l'autonomie de l'arbitrage commercial international, tendance qui se manifeste tant au niveau de la convention d'arbitrage qu'à celui du droit applicable et de la sentence arbitrale elle-même⁴. Poussée jusqu'au bout, la logique de l'autonomie devrait conduire à ce qu'il n'existe plus qu'une réglementation minimale, laquelle se contenterait d'assurer que le juge remplisse sa double fonction de soutien à l'arbitrage et de contrôle de la sentence. Pour parvenir à une telle « déréglementation » toutefois, de nombreux obstacles⁵ devront être surmontés.

2. Les ordres juridiques étatiques ont traditionnellement tendance à traiter de manière différenciée arbitrage interne et arbitrage international⁶. Comme il a été dit toutefois, cela ne signifie pas encore que la pratique arbitrale internationale soit détachée de la législation et de l'activité juridictionnelle de l'Etat. Et à la réalité, il est difficilement concevable que l'arbitrage puisse évoluer sans lien avec aucun for, s'élevant au dessus de la diversité actuelle des systèmes étatiques. A elle seule, la distinction entre arbitrage interne et international, selon laquelle s'organise nombre de lois d'arbitrage, suffit à mettre en évidence l'importance du « lieu », plus précisément du « siège » de l'arbitrage. Or qu'est-ce que le siège, sinon le lien juridique avec un Etat déterminé ?⁷ Lien dont l'importance est, inutile de le rappeler, déterminante puisqu'il garantit à l'arbitrage le soutien des juridictions étatiques (juge d'appui),

⁴ J.-B. RACINE, *Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international*, Revue de l'arbitrage 2005, p. 305 ss; G. DE NOVA, *Disciplina legale dell'arbitrato e autonomia privata*, Rivista dell'arbitrato 2006, p. 423 ss.

⁵ P. MAYER, *Faut-il distinguer arbitrage interne et arbitrage international ?*, Revue de l'arbitrage 2005, p. 361 ss.

⁶ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *El arbitraje internacional y sus dualidades*, Anuario Argentino de Derecho Internacional, vol. XV, 2006, p. 1 ss.

⁷ J. COE, *International Commercial Arbitration: American Principles and Practice in a Global Context*, Irvington on Hudson (N.Y.), 1997, p. 52 ss.

et soumet par ailleurs la sentence au contrôle des juridictions en question.

3. Cet ancrage de l'arbitrage dans l'Etat du siège se ressent également dans le qualificatif donné à la sentence. On parle en effet de sentence « étrangère » plutôt qu'« internationale ». Cette terminologie est révélatrice : alors même qu'il serait international quant à sa substance, l'arbitrage reste considéré comme incorporé au lieu de son siège. Or la qualification retenue – « étranger » v. « international » – est en rapport direct avec le critère adopté en tant que point de départ : si le critère retenu est celui du territoire, l'arbitrage, même comportant des éléments d'extranéité, sera plus difficilement considéré comme international. Bien plutôt, il n'est rien d'autre qu'un produit « étranger ». A l'inverse, si le critère est celui de la nature privée, non étatique de la juridiction arbitrale, il n'y a plus guère de difficulté à admettre la qualification d'« international » pour l'arbitrage comportant des éléments d'extranéité⁸.

Est « national » l'arbitrage dont les divers éléments présentent un rattachement unique à un certain Etat : faits litigieux, nationalité des parties et de l'arbitre, droit applicable et lieu de l'arbitrage. Cependant, le critère de l'internationalité est variable. Au sens du § 1 du Protocole de Genève de 1923, est « international » l'arbitrage reposant sur une convention passée « entre parties soumises respectivement à la juridiction d'Etats contractants différents ». En revanche, selon l'art. I(1) de la Convention de New York de 1958, les sentences arbitrales « étrangères » sont celles rendues « sur le territoire d'un Etat autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées ». Au terme de cette seconde disposition, une sentence étrangère peut ainsi être purement nationale. En définitive, le critère de l'internationalité étant variable, un arbitrage étranger pourra être national aux yeux d'un Etat, et international aux yeux d'un autre Etat.

⁸ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, « Art. 56 », *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (éd.), Tecnos, Madrid, 1991, p. 800 ss. Pour le surplus, cf. E. ARTUCH IRIBERRI, *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1997, p. 29 ss.

Pour beaucoup, les critères de la nationalité des parties et du lieu où se déroule l'arbitrage sont insuffisants ; encore faut-il prendre en considération la loi régissant la procédure, ainsi que celle s'appliquant au fond du litige soumis à arbitrage. C'est aller plus loin, car cela revient à faire intervenir, pour la qualification, la volonté implicite ou explicite des parties. Cette possibilité pour celles-ci de « choisir l'internationalité » anéantit, d'une certaine manière, la thèse de l'« objectivité » de l'élément d'extranéité, caractéristique du droit international privé⁹. Il faut toutefois préciser qu'elle n'est pas sans limite. Elle est spécialement effective en matière d'arbitrage, parce que celui-ci porte le plus souvent sur des litiges relevant du commerce international, domaine dans lequel la volonté des parties trouve à s'exercer avec une liberté particulièrement étendue¹⁰.

4. Qualifier l'arbitrage d'« international » a pour but d'éviter la qualification d'« étranger », laquelle est par définition relative. Plus fondamentalement, il s'agit de souligner l'autonomie de l'arbitrage vis-à-vis des ordres juridiques étatiques, ainsi que le défend la CCI depuis 1955 et l'exprime la Convention de Genève de 1961. Au terme de son art. I(1), cette dernière s'applique « aux conventions d'arbitrage conclues, pour le règlement de litiges nés ou à naître d'opérations de commerce international, entre personnes physiques ou morales ayant, au moment de la conclusion de la convention, leur résidence habituelle ou leur siège dans des Etats contractants différents ». La Convention combine ainsi un élément objectif (« opérations de commerce international ») avec un élément subjectif (« leur résidence habituelle ou leur siège dans des Etats contractants différents »).

⁹ P. LOUIS-LUCAS, *Portée de la distinction entre droit privé interne et droit international privé*, Journal du droit international 1962, p. 858 ss; R. DE ANGULO, *Objeto, contenido y pluralidad normativa en Derecho internacional privado*, Revista Española de Derecho Internacional, vol. XXIII, 1970, p. 745 ss.

¹⁰ J.-F. POUURET, *Critères d'extranéité de l'arbitrage international dans le droit communautaire*, ASA Bull. 1998, p. 22 ss.

Il convient de préciser que la notion d'« arbitrage international »¹¹ ne doit pas être entendue comme se rapportant à une simple combinaison d'éléments relevant de divers ordres internes. Bien plutôt, elle indique l'indépendance fondamentale d'un arbitrage vis-à-vis de tout ordre étatique quel qu'il soit. Les signes de cette indépendance sont doubles:

i) d'une part, la possibilité de soumettre l'arbitrage au « droit transnational » ou aux principes généraux du droit, communs à tous les Etats. Ainsi, Lord Asquith of Bishopstone, dans l'affaire *Petroleum Development, Ltd. (Trucial Coast) v. The Shiekh of Abu Dhaby*¹², ou encore R.-J. Dupuy, dans l'affaire de la *Texaco-Calasiatic v. Gouvernement Libyen*¹³ ;

ii) de l'autre, la consolidation de la « société internationale des commerçants » et le renforcement de l'importance accordée à l'autonomie des particuliers. A cela, il existe toutefois une limite. D'abord, parce que la *lex mercatoria* n'est pas (encore ?) autosuffisante, et ne peut en conséquence faire complètement abstraction des systèmes

¹¹ L. SALVANESCHI, *Sulla nozione di arbitrato internazionale*, Rivista dell'arbitrato 2001, p. 19 ss.

¹² The International and Comparative Law Quarterly (ICLQ), vol. 1, 1952, pp. 247-261.

¹³ Sentence reportée in : Journal du droit international 1977, pp. 350-389, et note J.-F. LALIVE, *Un grand arbitrage pétrolier entre un Gouvernement et deux sociétés privées étrangères*, pp. 319-349; International Legal Materials (ILM), vol. XVII, 1978, p. 3 ss, et note introductive de R. B. VON MEHREN. Cf. également G. COHÉN-JONATHAN, *L'arbitrage Texaco-Calasiatic contre Gouvernement Libyen; décision au fond du 19 janvier 1977*, Annuaire français de droit international 1977, pp. 452-479; J. VERHOEVEN, *Droit international des contrats et droit des gens*, Revue belge de droit international, vol. XIV, 1978-79, pp. 209-230; Revue critique de droit international privé 1978, p. 435 ss et note F. RIGAUX, *Des dieux et des héros – Réflexions sur une sentence arbitrale*; A. VARMA, *Petroleum Concessions in International Arbitration*, Columbia Journal of Transnational Law, vol. 18, 1979, pp. 259-288.

juridiques nationaux¹⁴. Ensuite, parce que le mécanisme de base d'exécution des sentences arbitrales dépend par définition du pouvoir étatique¹⁵.

II. « Monisme » et « dualisme » dans les réglementations étatiques

5. L'intérêt pour un Etat de soumettre l'arbitrage à des normes impératives et au contrôle des juges est plus grand pour ce qui est des litiges de nature strictement nationale, même si un certain contrôle demeure sur les arbitrages présentant des connections avec l'étranger¹⁶. Ainsi, dans une réglementation dualiste, le recours sur le fond pourra être exclu en matière d'arbitrage international, comme dans les systèmes qui ont adopté la loi-type CNUDCI (art. 34(1)), mais maintenu pour l'arbitrage interne¹⁷.

La détermination de l'éventuelle internationalité de l'arbitrage est fondamentale pour ce qui est de la délimitation du cadre général de l'intervention des arbitres, et revêt donc une importance particulière, tant dans les systèmes dualistes que monistes. Dès lors qu'elle conditionne le cadre d'application de certaines dispositions, mais aussi limite la portée de notions telles que celle de l'ordre public ou de l'arbitrabilité du litige, elle est en effet cruciale.

Les législations nationales prennent en compte, dans une plus ou moins grande mesure, l'arbitrage international, en prévoyant des dispositions qui lui sont spécifiques. Par exemple, la loi-type CNUDCI se déclare applicable aux arbitrages *internationaux* rendus dans le

¹⁴ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Lex mercatoria y autonomía conflictual en la contratación transnacional*, Anuario Español de Derecho Internacional Privado, t. V, 2005, pp. 35-78.

¹⁵ A. GIARDINA, *L'arbitrato internazionale*, Rivista dell'arbitrato 1992, pp. 21-42.

¹⁶ C. M. SCHMITTHOF, *The Jurisdiction of the Arbitrator*, in: *The Art of Arbitration - Liber Amicorum Pieter Sanders*, 1982, p. 285 ss.

¹⁷ High Court of Hong-Kong, 22 juin et 12 juillet 1993 (*Ananda Non-Ferrous Metals Ltd. v. China Resources Metal and Minerals Co. Ltd.*).

territoire de l'Etat ayant adopté la loi, et constitue donc une norme spécifique aux arbitrages internationaux. Plus précise, la Convention de Genève de 1961 définit le critère de l'internationalité, en prévoyant que ses normes seront appliquées aux litiges nés ou à naître concernant des opérations du commerce international entre des sociétés siégeant dans des Etats contractants différents (art. 1). Le panorama législatif comparé témoigne également d'une distinction faite entre les arbitrages totalement connectés à l'Etat et ceux présentant des éléments de contact avec plusieurs ordres juridiques. Ce principe comporte toutefois d'importantes variantes. Dans certaines législations, il est requis que l'arbitrage, pour être qualifié d'international, ne présente aucun point de contact avec l'Etat du siège¹⁸. Dans d'autres, il suffit qu'un des participants à l'arbitrage n'ait pas sa résidence, son domicile ou siège social, ou n'exécute pas d'opérations au lieu du siège. Enfin, certaines prennent en compte d'autres critères encore, tel que le lieu d'exécution de la sentence prononcée.

Bien qu'on ne puisse, pour des raisons qui seront abordées ci-après, établir une classification nette des différents systèmes, la distinction entre les systèmes « dualistes », qui disposent d'une législation spéciale pour l'arbitrage international, et les systèmes « monistes », qui prévoient une législation unique¹⁹, est généralement admise.

6. D'aucuns prétendent que le dualisme dans le traitement normatif de l'arbitrage (Suisse, France, Danemark, Irlande, Grèce) serait le signe d'une législation rétrograde, par opposition au modèle moniste, qualifié d'avant-gardiste. Il faut se garder d'une telle affirmation.

i) En effet, les Etats à forte tradition arbitrale et dotés d'une réglementation dualiste, comme la France ou la Suisse, n'ont cessé, par des changements législatifs ou prétoriens, d'accroître l'attractivité de leur territoire comme siège d'arbitrages. En France, la jurisprudence a

¹⁸ Tel était le cas au Royaume-Uni, aux termes des sec. 3 et 4 *Arbitration Act 1979*.

¹⁹ J.-F. POUURET/S. BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, 2^{ème} éd., Londres/Zurich, 2007, p. 24 ss.

progressivement introduit un régime dualiste, pour pallier à l'inadaptation, en matière d'arbitrage international, de certaines règles trop contraignantes²⁰; la réforme entérinée par le Décret du 12 mai 1981 répondait à la même idée : doter l'arbitrage international d'un régime particulier, adapté aux besoins du commerce international. En droit français, la réglementation spécifique à l'arbitrage international demande à s'appliquer dès lors que sont mis en jeu les intérêts du commerce international, ce qui peut être délicat à déterminer, surtout à un stade précoce de la procédure²¹. En Suisse, « terre d'accueil pour l'arbitrage international »²², le modèle « dualiste » fut en grande partie dicté par l'ancienne répartition constitutionnelle des compétences, en ce qui concerne la procédure et le droit de fond ; le droit suisse a choisi comme critère d'internationalité celui du domicile (art. 176 (1) LDIP), reconnu d'emblée comme discutable mais d'un maniement plus aisé et plus prévisible²³.

ii) Cependant, le choix d'une réglementation dualiste peut traduire l'attitude inverse : un attachement aux fortes spécificités de l'arbitrage interne, lesquelles sont fréquemment liées aux particularités de la procédure étatique locale. Suivant les cas, cela peut même aller jusqu'à une réticence affichée à l'encontre de l'admission, en matière internationale, d'un système arbitral plus flexible. Ainsi, de nombreuses lois d'arbitrage de l'Amérique Latine ont expressément opté pour une

²⁰ Cf. par exemple les arrêts *Gosset* (1963), *Hecht* (1975) et *Menucci* (1975).

²¹ Cette expression, qui figure à l'art. 1492 du Code de procédure civile français, est d'une portée double. Elle permet de déterminer, d'une part, l'internationalité d'un contrat ou d'un arbitrage et, d'autre part, les règles matérielles applicables au commerce international. P. LÉBOULANGER, *La notion d'« intérêts » du commerce international*, Revue de l'arbitrage 2005, pp. 487-506; également, C. SERAGLINI, in : *Droit du commerce international*, J. Béguin/M. Menjuq (dir.), Paris, 2005, p. 849 ss.

²² A. BUCHER, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, Bâle/Francfort sur le Main, 1988, p. 18.

²³ P. LALIVE, *Un faux problème : monisme ou dualisme dans la législation arbitrale ?*, in : *Mélanges en l'honneur de François Dessemontet*, E. Philippin et al. (éds.), CEDIDAC n° 80, Lausanne, 2009, pp. 255-263 et pp. 257-259.

réglementation de nature dualiste (p. ex. la Loi d'arbitrage – LA – de la Bolivie, qui consacre à son Titre II une réglementation complète de l'arbitrage commercial international). D'autres s'abstiennent de se prononcer sur la question, ce qui revient à appliquer à l'arbitrage international le régime de l'arbitrage interne, sauf en ce qui concerne la nécessité de la reconnaissance de la sentence étrangère (p. ex. art. 34 LA Brésil ; art. 21, 75 et s. LA du Salvador ; LA de Panama). D'autres encore scindent la réglementation en deux corps légaux différents afin de maintenir une autonomie dans le développement de l'arbitrage interne, dont la nature répond encore à une conception juridictionnelle de l'institution (Chili ou Colombie). D'autres enfin réservent la réglementation étatique pour l'arbitrage interne, se limitant, pour ce qui est de l'arbitrage commercial international, à renvoyer aux dispositions des traités internationaux (art. 42 LA Equateur)²⁴.

7. La réglementation « moniste » de l'arbitrage interne et de l'arbitrage international (Pays-Bas, Allemagne, Autriche, Angleterre, Espagne, Finlande, Norvège, Mexique, Pérou, ...) permet au contraire, en marge de questions très spécifiques, de réserver aux deux types un traitement identique, même si cette option laisse quelques doutes en suspens. L'objectif est notamment de freiner une certaine tendance dont témoigne le droit comparé selon laquelle, tandis qu'à l'arbitrage « interne » s'applique une réglementation détaillée sur le soutien judiciaire dans les diverses étapes de l'arbitrage, de nombreux vides légaux apparaissent lorsque cette assistance concerne l'arbitrage international, et qui sont source importante d'incertitude.

La solution unitaire répond en grande partie au postulat selon lequel « ce qui est bon pour l'arbitrage international l'est aussi pour l'arbitrage interne »²⁵. Fréquemment, elle reprend la réglementation internationale de la loi-type CNUDCI. C'est là une chose logique puisque celle-ci est le produit d'un organisme de codification

²⁴ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *El arbitraje comercial en América Latina*, Madrid, 2008, p. 213 ss.

²⁵ J.-F. POUURET/S. BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, 2^{ème} éd., London/Zurich, 2007, p. 27.

internationale, et reflète donc des pratiques qui, étant uniformes et universelles, semblent parfaitement valables pour l'arbitrage interne également. Néanmoins, l'idée n'est pas que les deux types d'arbitrage coïncident pleinement, mais plutôt qu'il y a de moins en moins de points sur lesquels l'arbitrage international et interne requièrent une réglementation différente. C'est pourquoi de nombreux systèmes nationaux ont estimé que la loi-type CNUDI convient non seulement à l'arbitrage commercial international, mais aussi à l'arbitrage en général. L'exemple de la réforme péruvienne de 2008, considérée comme « un nouveau pas en avant vers la modernité », est à cet égard particulièrement significatif²⁶.

Une autre raison plaidant en faveur de la solution unitaire réside dans le fait qu'un bon nombre de pays ont adopté la loi-type CNUDCI pratiquement en bloc, c'est-à-dire la plupart voire l'ensemble des dispositions qu'elle comporte. Cette réception est généralement accompagnée d'un traitement unitaire, comme le démontre l'art. 1415(1) du Code de commerce mexicain, qui étend les dispositions du Titre Quatrième de ce texte légal (quasi-reproduction de la loi-type CNUDCI) à l'arbitrage commercial national et international, à la condition que l'arbitrage soit fixé sur le territoire national, sous réserve des dispositions des traités ou conventions internationales où le Mexique est partie et hormis les dispositions d'autres lois qui « établissent une procédure différente pour certains litiges non susceptibles d'arbitrage ».

8. Les inconvénients inhérents à une réglementation « moniste » pour l'arbitrage international peuvent être palliés par quelques normes spécifiques qui tiennent compte d'aspects tels que l'arbitrabilité et la validité de la convention d'arbitrage selon la loi choisie par les parties, les conditions requises pour assumer la fonction d'arbitre, le régime des mesures provisoires et, évidemment, le cadre de l'autonomie des parties pour déterminer les règles qui seront appliquées au fond du litige. La très large adhésion à la Convention de New York de 1958 réduit

²⁶ F. CANTUARIAS SALAVERRY/R. J. CAIVANO, *La nueva Ley de arbitraje peruana: un nuevo salto a la modernidad*, Revista Peruana de Arbitraje, n° 7, 2008, pp. 43-84.

considérablement les problèmes de l'exequatur des sentences arbitrales étrangères, soumettant leur instruction aux règles de procédure établies dans chaque système et éliminant, dans la pratique, les particularismes étatiques²⁷, seules variant encore les pratiques et attitudes propres aux diverses juridictions. Pour cette raison, P. LALIVE a affirmé à juste titre que de nombreux pays, tout en ayant choisi le principe d'une législation unique, ont intégré à cette dernière un certain nombre de dispositions spécifiques à l'arbitrage international, ce qui pourrait ou devrait, en théorie et même en simple logique, les rattacher plutôt au groupe ou à la famille « dualiste », dès lors que l'identité du régime n'est que partielle²⁸.

III. La réglementation soi-disant « unitaire » espagnole

A. Conséquences d'une politique législative inconstante

9. Outre l'ancienne réglementation de l'arbitrage dans les Lois de Procédure civile de 1855 et de 1881, l'Espagne a disposé de trois lois d'arbitrage : La Loi d'arbitrage de droit privé de 1953 (LA/1953), la Loi d'arbitrage de 1988 (LA/1988) et la Loi d'arbitrage de 2003 (LA/2003). Au fil de ces trois dernières, le traitement de l'arbitrage international a été l'objet d'importants changements, depuis l'établissement d'un système dualiste, largement discriminatoire pour l'arbitrage international, jusqu'à l'adoption finale d'un régime unitaire, en passant par une étape, heureusement révolue, d'application d'une logique purement conflictualiste, d'ailleurs incorrecte au plan du droit international privé.

²⁷ Ainsi, l'art. 46(2) de la *Ley de Arbitraje* (LA) espagnole de 2003 incorpore la Convention de New York de 1958 « sans préjudice de l'application des dispositions d'autres conventions internationales plus favorables pour l'octroi de l'exequatur ... ».

²⁸ P. LALIVE, *Un faux problème : monisme ou dualisme dans la législation arbitrale*, in : *Mélanges en l'honneur de François Dessemontet*, E. Philippin *et al.* (éds.), CEDIDAC n° 80, Lausanne, 2009, p. 257.

10. Dans une Espagne qui, au cours des années soixante, s'incorpore prudemment à une économie de marché, il existait de nombreux obstacles au développement de l'arbitrage commercial, et notamment l'absence de normes adéquates et reflétant les principes universels et tendances ayant cours à cette période dans les pays voisins. Fait révélateur, le cadre régulateur de l'arbitrage se trouvait dans la Loi de Procédure Civile de 1855, qui envisageait l'arbitrage à travers un prisme purement judiciaire, avant d'intégrer finalement le Titre V du Livre II de la Loi de Procédure Civile de 1881 (art. 790 à 839 LEC). Cette proximité traditionnelle de l'arbitrage avec le droit judiciaire interne²⁹ est un élément clé pour comprendre l'inadéquation du premier aux exigences du commerce international moderne : c'est l'arbitrage national qui constituait la référence, marqué par une forte insistance sur les aspects formels de la procédure et l'intervention significative de la juridiction étatique aux différents stades de l'arbitrage ; une autonomie limitée de la volonté des parties de soumettre des questions à l'arbitrage et de convenir de la procédure arbitrale ; et, finalement, une voie de recours ordinaire ouverte à la juridiction étatique pour contester la sentence.

L'arbitrage était axé avant tout sur la résolution des litiges internes, ce qui se ressentait dans la réglementation de l'arbitrage international. Inadaptée, celle-ci l'était d'autant plus qu'elle se trouvait affectée par l'absence d'adhésion de l'Espagne aux traités internationaux.

Pour ces raisons, la justice arbitrale bénéficiait d'un faible rayonnement en tant que véritable alternative à la justice ordinaire, ce qui était particulièrement problématique lorsque le litige possédait un caractère transfrontalier. La tendance n'était autre que l'application mimétique des normes d'arbitrage nationales, ce qui conduisait le plus souvent à des solutions inappropriées : l'arbitrage était principalement conçu comme un procédé visant à résoudre des litiges internes, sans qu'il n'existe de normes expresses relatives à l'arbitrage international. En outre, de par le fait que l'arbitrage était intégré à une loi de procédure

²⁹ J. GUASP, *El arbitraje en el Derecho español: su nueva regulación conforme a la Ley de 22 de diciembre de 1953*, Barcelone, 1956, p. 35 ss.

civile, sa réglementation se concentrait principalement sur des questions procédurales, et négligeait ainsi une série de principes substantiels, pourtant indispensables à l'arbitrage international.

11. Réglant les « d'arbitrages de droit privé », la LA/1953 amenait un certain progrès, en systématisant la réglementation de la matière, ainsi qu'en évitant l'asynchronie entre les préceptes du Code civil et ceux du droit de procédure. Cela étant, elle demeurait marquée par une conception peu favorable à l'arbitrage, à deux égards en tous cas. D'une part, sous l'influence de la vision dominante à l'époque, elle renforçait l'emprise de la juridiction ordinaire, prohibait catégoriquement l'arbitrage institutionnel et de manière générale ne reconnaissait à l'autonomie de la volonté des parties qu'un cadre très restreint. De l'autre, elle ne se référait toujours pas à l'arbitrage commercial international, chose qui, si elle pouvait s'expliquer jusqu'alors par une certaine autarcie économique, choquait désormais au vu des nouveaux engagements internationaux souscrits par l'Espagne. De profondes divergences apparaissaient ainsi entre le *ius specialis* de l'arbitrage international, qui reflétait une conception unitaire des effets de la clause compromissoire, et les normes qui régissaient l'arbitrage de droit privé sur le plan interne. Au fil des ans, le *ius specialis* se renforça, débouchant sur la coexistence disharmonieuse des principes directeurs de la Loi de 1953 d'une part, et du droit conventionnel international de l'autre, lequel n'a de surcroît pas toujours été correctement interprété par la jurisprudence espagnole, spécialement pour ce qui est de la reconnaissance et de l'exécution de sentences arbitrales étrangères³⁰.

12. Produit d'une période où les relations avec l'extérieur étaient quasi inexistantes, et d'une conception tendant à renforcer le rôle des pouvoirs publics en tant qu'instruments de supervision, la LA/1953 s'avérait à maints égards « anti-arbitrale ». Son caractère civiliste très appuyé se manifestait par un formalisme excessif, particulièrement incompatible avec les impératifs commerciaux à prendre en considération.

³⁰ J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho internacional privado español*, Anuario de Derecho Internacional (Universidad de Navarra), vol. II, 1975, pp. 3-52, p. 14.

Le problème était spécialement flagrant dans le traitement de conditions telles que celles posées en matière d'efficacité de l'arbitrage (art. 3), ou dans la nécessité imposée de légaliser l'engagement arbitral par-devant notaire ou au moyen d'une décision judiciaire (art. 9).

Un traitement juridique très semblable était réservé à l'arbitrage interne et international, dans l'ignorance que celui-ci se développe hors des frontières, élément pourtant fondamental. Par exemple, la LA/1953 considérait la clause compromissoire, également en matière internationale, seulement comme un « contrat préliminaire d'arbitrage », lequel devait être suivi par la conclusion d'une convention d'arbitrage proprement dite. Inadéquat, un tel système l'était particulièrement sur le plan du commerce avec l'extérieur.

Enfin, en cas de non respect des principes de la LA/1953, on refusait systématiquement l'exécution des sentences arbitrales étrangères en Espagne, les tribunaux espagnols considérant que lesdits principes relevaient de l'ordre public³¹. Ainsi, de manière fort critiquable, les tribunaux appliquaient à l'arbitrage international l'ancienne distinction faite entre, d'une part, l'accord préliminaire d'arbitrage (*contrato preliminar de arbitraje*) – auquel était assimilée la clause compromissoire (*cláusula compromisoria*) – et, d'autre part, le compromis (*compromiso*). Or seul ce dernier, au regard de la LA/1953, constituait une convention d'arbitrage effective, si bien que la sentence étrangère reposant sur une simple clause d'arbitrage se voyait refuser l'exequatur³². La désignation des arbitres fournit un autre exemple choquant. Ainsi, dans un arrêt du 4 juillet 1975, la Cour suprême a refusé l'exequatur à une sentence anglaise, au motif que les arbitres en la cause avaient été désignés par un tiers et non directement par les parties, alors

³¹ Rappelons qu'entre 1930 – année où entre en vigueur en Espagne le Protocole de Genève relatif aux clauses d'arbitrage – et 1975, seulement 4 des 17 jugements rendus en cette matière par la Cour suprême d'Espagne (*Tribunal Supremo*) reconnaissent la sentence étrangère. Il s'agissait, dans la majorité des cas, de refus motivés par l'invalidité de la clause compromissoire au regard du droit espagnol.

³² F. RAMOS MÉNDEZ, *Las Cláusulas de arbitraje internacional y su validez desde el punto del Derecho español*, Boletín de la Asociación Española de la Corte de Arbitraje 1982, n° 6, pp. 3-18, p. 5.

mêmes que celles-ci avaient chargé d'un commun accord le tiers de cette mission³³. La doctrine n'a pas manqué de souligner combien de telles pratiques pouvaient nuire à l'arbitrage international³⁴, et en particulier à l'arbitrage institutionnel. Enfin, la LA/1953 faisait du contrôle du caractère exécutoire d'une sentence arbitrale étrangère par la Cour suprême, un passage obligé. Contrôle de surcroît fortement discrétionnaire, et interprétant restrictivement l'acceptation de la clause arbitrale par les parties.

B. Incorporation du régime conventionnel en Espagne et admission de l'arbitrage institutionnel

13. Malgré les critiques, la LA/1953 demeura en vigueur un quart de siècle, au cours duquel on assista à certaines tentatives de réforme manquées. Ainsi, la réforme du Titre Préliminaire du Code civil, effectuée en 1974, n'a été guère plus qu'une refonte. Et les travaux effectués à partir de 1975³⁵ au sein de la Commission Générale de Codification n'ont pas représenté une plus grande avancée. Durant les années qui suivirent, cependant, trois éléments survinrent, qui allaient changer la situation :

i) L'intégration, en Espagne, du droit conventionnel international, laquelle a abouti au régime dualiste qui a prévalu durant plusieurs années en droit espagnol. L'adhésion à la Convention de Genève de 1961 eut lieu en 1975, et deux années plus tard, celle à la Convention de New York de 1958, bien que le résultat ne s'en soit pas fait immédiatement ressentir.

³³ L'arrêt est reporté in: A. REMIRO BROTONS, *Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras*, Madrid, 1980, pp. 373-376, p. 376.

³⁴ B. CREMADES, *Panorámica española del arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1975, p. 51 ss.

³⁵ J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho internacional privado español*, Anuario de Derecho Internacional, vol. II, Pamplona, 1975, p. 3 ss.

En effet, il fallut attendre une ordonnance de la Cour suprême, du 11 février 1981³⁶, pour assister à un réel changement d'attitude dans la jurisprudence espagnole, jusqu'alors défavorable à l'arbitrage. L'affaire mettait en jeu la dialectique difficile entre la LA/1953 et le régime conventionnel. Plus précisément, les juges eurent à trancher la question de savoir si la sentence arbitrale que l'on prétendait exécuter était ou non contraire à l'ordre public au sens de l'art. V(2)(b) CNY. Se prononçant en faveur de la partie espagnole, la Cour suprême écarta, dans un raisonnement irréprochable, le grief de contrariété à l'ordre public. Incontestablement, l'arrêt marquait un virage résolument internationaliste, et constituait une avancée notoire du droit de l'arbitrage en matière de relations internationales privées.

ii) L'évolution qui se produisit, nonobstant la LA/1953, en faveur de l'arbitrage institutionnel. En réalité, celui-ci ne contredisait nullement les postulats de la Constitution espagnole de 1978. C'est le lieu de rappeler que les principes que celle-ci consacre à son art. 117, sur l'unité juridictionnelle (paragraphe 5) et l'exclusivité (paragraphe 3), n'ont jamais été compris comme affectant l'arbitrage. L'Espagne n'as pas connu, contrairement à d'autres pays, un véritable problème de « constitutionnalité » de l'arbitrage. Le fait que l'Etat se réserve le monopole de la juridiction n'a pas été considéré comme excluant que les particuliers substituent à cette activité des procédures à caractère privé, pour autant toutefois que ces dernières soient acceptées volontairement. L'activité d'arbitre est ponctuelle, n'implique pas une position hiérarchiquement supérieure par rapport aux parties, et peut être mise en

³⁶ *Rederiaktiebilaget Gustaf Erikson c. Eurofrio, Alimentos Congelados, S.A.*, Revista de la Corte Española de Arbitraje 1984, vol. I, pp. 149-152. Pour des commentaires, cf. A. V. ALBANÉS MEMBRILLO, Revista Jurídica Española La Ley, n° 146, 1981; A.-L. CALVO CARAVACA, Revista de Derecho Procesal Iberoamericana 1982, pp. 221-232 et Boletín de la Asociación Española de la Corte de Arbitraje 1981, n° 4, pp. 40-53; M. VIRGÓS SORIANO, Revista Español de Derecho Internacional 1982, vol. XXXIV, pp. 503-505; F. RAMOS MÉNDEZ, *Justicia* 1982, pp. 107-121; B. CREMADES, International Business Law 1983, pp. 194-202, et in: Droit et Pratique du Commerce International, t. IX, 1983, pp. 602-604; A. ARCE JANÁRIZ, Revista de la Corte Española de Arbitraje 1984, vol. I, pp. 152-154.

œuvre uniquement dans les termes contractuels. Les sentences arbitrales, en outre, requièrent pour leur exécution le concours du pouvoir juridictionnel. Ainsi, l'arbitrage commercial ne saurait contredire les postulats constitutionnels mentionnés.

iii) La pression des chefs d'entreprises espagnols, et en particulier les exportateurs, qui étaient contraints de se soumettre à l'arbitrage en des lieux étrangers, avec les inconvénients et coûts très importants qui en résultaient. Le Gouvernement, bien que maintenant la LA/1953, fut ainsi amené à encourager l'arbitrage commercial international. Cette faveur nouvelle prit notamment la forme du Décret Royal 1094/1981, du 22 mai, instituant les Chambres Officielles du Commerce, de l'Industrie et de la Navigation en vue de créer un service adéquat pour les personnes physiques ou morales parties à des conventions d'arbitrage, et dont la résidence habituelle, le domicile ou le siège social relèvent d'Etats différents³⁷. Le Décret officialise la tradition déjà longue de ces organismes dans le cadre de l'arbitrage et de la conciliation. C'est à partir de cette consécration légale que le Conseil Supérieur des Chambres du Commerce, de l'Industrie et de la Navigation s'est empressé de créer la « Cour espagnole d'Arbitrage », laquelle devait se distinguer par le prestige ainsi que par les connaissances et l'expérience de ses membres en matière d'arbitrage³⁸. Cette initiative a été très vite soutenue par les plus importants organismes patronaux et par les associations professionnelles les plus proéminentes d'Espagne, qui s'accordaient sur le fait que la mise en place de l'arbitrage dans notre pays s'imposait comme une nécessité pour l'exportateur espagnol.

³⁷ Boletín Oficial del Estado (BOE), 12-VI-81.

³⁸ Cf. Revista de la Corte Española de Arbitraje 1984, vol. I, pp. 261-263. E. VERDERA Y TUELLS, *International Commercial Arbitration and the Spanish Court of Arbitration*, Journal of International Arbitration, vol. 3, 1986, pp. 47-61.

C. La Loi d'arbitrage de 1988 et les inconvénients de la solution dualiste

14. C'est avec plusieurs années de retard qu'est né un nouvel avant-projet de Loi d'Arbitrage, préparé au sein du Ministère de la Justice et daté du 27 mars 1987. Son Titre X, qui figurait à la suite d'une rubrique générale ayant pour titre « Normes de droit international privé », introduisait deux normes, l'une relative à la loi applicable à la capacité des parties à conclure une convention d'arbitrage (art. 61), et l'autre, de renvoi « pour tout ce qui suit » aux normes de droit international privé du Titre Préliminaire du Code civil (art. 62). Ce renvoi a été très critiqué par les secteurs patronaux et académiques, qui insistaient sur le fait que le Code ignorait la loi-type CNUDCI. En outre, les mêmes dénonçaient l'infériorité des normes proposées par rapport aux législations récentes telles que la Loi britannique du 4 avril 1979, la Loi française du 12 mai 1981, la Loi turque du 20 mai 1982, la Loi yougoslave du 15 juillet 1982, la Loi néerlandaise du 2 juillet 1986, la Loi portugaise du 29 août 1986 et la LDIP suisse de 1987. Enfin, en particulier pour ce qui est de l'exequatur, c'est l'adaptation nécessaire aux dispositions des traités internationaux, et plus concrètement à la Convention de New York de 1958, qui semblait faire défaut. Par la suite, il fut procédé à une nouvelle rédaction des Titres IX et X de l'avant-projet, mais qui ne prit pas en compte ces critiques.

Ainsi, la LA/1988 n'a pas modifié l'orientation de l'avant-projet, se limitant à préciser certains points ignorés par celui-ci. Heureusement, une définition de la notion d'« arbitrage international » n'a pas été introduite, ce qui évita une vaine polémique de droit comparé quant au critère à choisir (économique, domicile, résidence habituelle, lieu de la signature de la clause compromissoire, etc.), laquelle aurait contribué à compliquer davantage encore une tâche déjà difficile.

Exception faite de cet heureux choix, qui s'imposait du reste en son temps eu égard à la pratique arbitrale³⁹, le reste du Titre X frappait

³⁹ J. R. ITURRIAGAGOITIA BASSAS, *España ante la reforma de la Ley de Arbitraje*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, n° 1485, 1988, pp. 1082-1100.

par son caractère partiel, et même incomplet. En dépit de la différence radicale qu'elle marquait par rapport à la précédente réglementation de 1953, la LA/1988 continuait de négliger certaines questions qui, au fil du temps, étaient pourtant devenues cruciales. Cette situation fut dénoncée par la doctrine et la pratique au moment-même de la promulgation de la loi⁴⁰. Les critiques allaient dans trois grandes directions : l'imprécision générale du contenu et des dispositions de la Loi ; l'antinomie entre les normes de contenu procédural, très judiciaires et formalistes, et le pragmatisme co-substantiel à l'arbitrage; enfin, le caractère incomplet et inadapté à la réalité de l'arbitrage commercial international de la réglementation. En résumé, cette loi demeurait empreinte d'« une vision clairement interne, avec des formalismes et des restrictions de caractère impératif » dont la projection, dans le cadre international, s'avérait irréalisable⁴¹.

15. Dans ce contexte, l'arrêt de la Cour suprême du 28 mars 1994 a eu le mérite de renforcer sensiblement l'image de l'Espagne en tant que siège d'arbitrages internationaux. Cette décision se basait sur une sentence arbitrale rendue par la CCI de Madrid, dans un litige opposant une entreprise espagnole à une société suédoise, dans le cadre d'un contrat de cession de brevets et de transfert de technologie. La société suédoise condamnée a obtenu l'annulation de la sentence, au motif que celle-ci n'avait pas été dûment légalisée par-devant notaire. La Cour suprême a considéré qu'un tel élément était nécessaire à sa validité, ignorant la différence entre le Droit applicable au fond et celui applicable à la procédure, mais aussi le cadre de l'autonomie de la volonté de parties dans l'acceptation des règles de procédure établies dans le règlement de la CCI, dont l'art. 11 établissait qu'en cas de silence, il faudrait s'en tenir aux règles de procédure que les parties et, le cas échéant, l'arbitre auront établies « avec renvoi ou non à une loi de

⁴⁰ B. CREMADES (éd.), *Arbitration in Spain*, Londres, 1991, p. 4.

⁴¹ J. M. VULLIEMIN, *La Ley de arbitraje y la especificidad del arbitraje comercial internacional*, Revista de la Corte Española de Arbitraje 1990, vol. VI, pp. 57-79, pp. 61-62.

procédure interne à l'arbitrage »⁴². Il convient alors de considérer que cette exigence était inconnue de pratiquement toutes les législations d'arbitrage du monde. Par chance, la LA/2003 a supprimé la condition de l'art. 33(2) LA/1988 de la protocolisation notariale de la sentence. Cette dernière est, par conséquent, valable et efficace, même si elle n'a été légalisée par-devant notaire, de sorte que le délai pour intenter l'action d'annulation échoit à partir de sa notification, sans qu'il soit nécessaire que la protocolisation, une fois requise, précède la notification.

D. La Loi d'arbitrage de 2003 : avantages de la solution unitaire et des dérogations ou exceptions relatives à l'arbitrage international

16. La Loi espagnole d'arbitrage de 2003 (LA/2003) n'a rien à envier aux lois détachant l'arbitrage d'un État déterminé; pour preuve, il suffit de s'en remettre à l'art. 3.1^o.c), qui considère que l'arbitrage est de caractère international « si la relation juridique dont découle le différend met en cause les intérêts du commerce international ». Il s'agit, tel que l'exposition des motifs le relève, d'un critère retenu dans nombre d'autres ordres juridiques, et qui permet de couvrir des hypothèses où font défaut les éléments classiques de l'extranéité (typiquement, le domicile à l'étranger d'une des parties) mais qui ont néanmoins un caractère international incontestable. Cette nouveauté de la LA/2003 a été bien accueillie par la doctrine, car le silence des LA/1988 et LA/1953 avait donné lieu à des solutions judiciaires malencontreuses, critiquées dans les milieux juridiques nationaux et étrangers.

17. Quant à la distinction entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international, la LA/2003 s'inscrit dans le cadre d'une tendance législative favorable à un règlement unitaire des deux matières. L'objectif visé est de respecter le postulat de « ce qui est bon pour l'arbitrage international l'est aussi pour l'arbitrage interne ». La

⁴² F. MANTILLA SERRANO, *Arbitraje internacional y protocolización del laudo*, Revista de la Corte Española de Arbitraje 1994, vol. X, pp. 179-186; le texte de l'arrêt figure dans la même publication aux pp. 199-201.

réglementation unitaire permet, en marge de questions très spécifiques, de consacrer les mêmes préceptes pour l'arbitrage interne et international. Le législateur espagnol a ainsi :

i) choisi de réglementer les deux modalités d'arbitrage à partir d'un texte, la loi-type CNUDCI. Celle-ci est, il est vrai, conçue surtout pour l'arbitrage commercial international. Cependant, ses solutions sont parfaitement valables pour l'arbitrage interne dans l'immense majorité des cas. D'autres législations étrangères récentes l'ont ainsi suivie, non seulement pour l'arbitrage commercial international, mais pour l'arbitrage en général. Tel qu'il ressort de l'exposé des motifs, « les normes, dans lesquelles l'arbitrage international requiert une réglementation différente de celle de l'arbitrage interne, sont peu nombreuses et parfaitement justifiées. Même avec l'idée que l'arbitrage international répond, dans de nombreuses occasions, à des exigences différentes, cette loi se base – renforcée par la tendance actuelle en la matière – sur le fait qu'une bonne réglementation de l'arbitrage international doit aussi l'être pour l'arbitrage interne, et vice-versa ».

ii) choisi de conférer à la Loi d'arbitrage un cadre d'application très général (à signaler, cependant, l'exception des litiges ayant trait au droit du travail).

iii) opté pour le système moniste également pour une raison didactique, comme l'a souligné F. MANTILLA SERRANO, qui a activement pris part à la rédaction de l'avant-projet de Loi, approuvé par le Parlement à la fin 2003, avec très peu de modifications. Fort de son expérience en matière d'arbitrage international, et particulièrement sous l'égide de la CCI, MANTILLA SERRANO défendit la solution moniste : comme le nombre d'arbitrages internationaux rendus en Espagne était encore limité, il existait un risque de voir les nouvelles dispositions interprétées selon des conceptions considérées comme dépassées dans le reste du monde, et en fonction de catégories anachroniques ou très locales. En promulguant une loi moniste prévoyant les aménagements nécessaires relatifs à l'arbitrage international, le législateur espagnol espère être parvenu au meilleur résultat des deux systèmes : transférer à la pratique interne les avantages de l'arbitrage international, et préserver la spécificité de l'arbitrage international. Dès lors, une même disposition

pourra être interprétée restrictivement en matière d'arbitrage interne et de manière plus libérale si l'arbitrage est international. Ainsi devrait-il en aller de la notion d'ordre public, dont le contenu peut varier selon que la matière est interne ou internationale⁴³.

18. Cependant, le monisme de la LA/2003 présente plusieurs inflexions. Le législateur espagnol prévoit en effet certaines « dérogations » et « exceptions » relatives à l'arbitrage international, de manière à prendre en compte les réalités du commerce international. Certaines dispositions sont ainsi réservées à l'arbitrage international. Tel est le cas notamment :

i) Des normes qui régissent la renonciation de l'État et des organismes publics aux privilèges que leur accorde leur droit national. Il peut paraître surprenant que le législateur espagnol, tout en optant pour une solution moniste, ait conservé une disposition (art. 3) qui définit les critères d'internationalité. Cependant, il ne faut pas y voir une contradiction, et encore moins la « transposition » par inadvertance d'une disposition de la loi modèle. En tenant compte de la nature de certaines dispositions de la nouvelle loi, le législateur espagnol a décidé d'en conditionner l'application au caractère interne ou international de l'arbitrage. C'est le cas, par exemple, de l'art. 2.2° sur l'impossibilité pour l'État et des organismes publics d'invoquer les privilèges de leur propre droit pour éviter l'arbitrage, ce qui, en droit interne, peut aller à l'encontre des principes du droit administratif. Selon les termes de la disposition, lorsque l'arbitrage est international et que l'une des parties est un État ou une société, organisation ou entreprise contrôlée par un État, « cette partie ne pourra invoquer les prérogatives de son droit national pour se soustraire aux obligations découlant de la convention d'arbitrage ».

ii) De l'art. 9.6°, qui incorpore une règle de conflit de caractère alternatif pour privilégier la validité de la convention d'arbitrage et l'arbitrabilité du litige, ce qui n'est justifié qu'en présence d'un élément

⁴³ MANTILLA SERRANO, F., *La nouvelle loi espagnole du 23 décembre 2003 sur l'arbitrage*, Revue de l'arbitrage 2004, p. 237.

d'extranéité : « Lorsque l'arbitrage est international, la convention d'arbitrage est valable et le litige est arbitrable si les conditions établies par les règles juridiques choisies par les parties pour régir la convention d'arbitrage ou celles établies par le droit applicable au fond du litige ou celles établies par le droit espagnol, sont satisfaites ».

iii) De la possibilité, pour les parties à un arbitrage international, de choisir librement les « normes juridiques » applicables au fond du litige (art. 34.2°). L'expression « normes juridiques » a remplacé le terme « droit », que retenait l'ancienne LA/1988. C'est là un changement d'une importance non négligeable. En effet, la référence au droit ou à la loi applicable peut être considérée comme trop restrictive, en ce qu'elle est comprise comme renvoyant à un ordre juridique national. Au contraire, les termes « normes juridiques » regroupent non seulement les législations nationales, mais aussi les normes supranationales, comme les principes généraux du droit, les codifications telles que les Principes UNIDROIT, ou encore la *lex mercatoria*.

iv) De l'art. 39.5°, qui prolonge les délais pour la correction, l'interprétation de sentences, ainsi que les sentences additionnelles. Selon cette disposition : « Lorsque l'arbitrage est international, les délais de dix et vingt jours visés dans les alinéas précédents sont portés respectivement à un et à deux mois ».

v) De l'art. 15.1°, qui exige – sauf accord contraire des parties – que les arbitres soient des avocats (exception faite de ceux appelés à trancher *ex aequo et bono*). Résultant d'une modification parlementaire de dernière minute opérée sous la pression évidente des Collèges d'Avocats espagnols, cette disposition ne s'applique – heureusement – qu'à l'arbitrage interne.

vi) Du qualificatif donné à la sentence rendue, qui dépend du pays d'origine. La sentence sera ainsi nationale si rendue en Espagne, et étrangère dans le cas inverse.

19. Ceci porte à conséquences en ce qui concerne deux (éventuelles) interventions juridictionnelles en tous cas, savoir l'action

en annulation et la requête d'*exequatur*. Pour ce qui est de l'annulation, il y a lieu de relever que les causes prévues à l'art. 41 LA/2003 valent pour tous les arbitrages rendus en Espagne, et ce quel que soit le contenu de ceux-ci. C'est là une réalité d'une importance non négligeable, notamment en matière d'inarbitrabilité du différend et de violation de l'ordre public. Ces deux causes d'annulation, en effet, ne sont pas prévues par la Convention de Genève de 1961, qui les exclut au double motif qu'elles jouent déjà au stade de la reconnaissance (art. V.2^o Convention de New York) et que les sentences internationales n'ont généralement que peu de liens avec l'État du siège. Le siège arbitral, en effet, est choisi pour des raisons d'efficacité, de faveur à l'arbitrage et de neutralité. De cette dernière caractéristique, il découle que la sentence n'a en général que peu de rapport avec le droit de l'État du siège, de sorte que le contrôle de l'arbitrabilité et de la conformité à l'ordre public perd de sa raison d'être. L'affaire *Eco Swiss c. Benetton*⁴⁴ en est une bonne illustration. Alors que l'arbitrage s'était déroulé en Suisse, la partie vaincue n'a pas requis dans ce pays l'annulation pour contravention à l'ordre public, et pour cause. Si elle l'avait fait, elle n'aurait pu avoir gain de cause puisque les règles d'ordre public non respectées par la sentence étaient de source communautaire, et plus précisément italienne. Le juge suisse pouvait-il considérer que « son » ordre public avait été violé ? Évidemment non. Il en allait inversement pour la Cour suprême italienne.

Quant à l'*exequatur*, il est curieux de constater que lorsque l'arbitrage est rendu en Espagne et que succombe une partie espagnole, la sentence n'a pas besoin d'être soumise à la procédure de reconnaissance et d'exécution, car elle est considérée comme interne. C'est là un facteur que devraient prendre en considération les entreprises

⁴⁴ CJCE 1 juin 1999 (C-126/97), *Eco Swiss China Time Ltd. c. Benetton International NV*, Rec. 1999, p. 3055 ss ; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Arbitraje comercial internacional, orden público y Derecho comunitario de la competencia*, Revista Jurídica Española La Ley, n° 4895, 1999, pp. 1-4; L. IDOT, *L'arbitre et l'ordre public communautaire: prise de position de la Cour de Justice*, Revue de l'arbitrage 1999, pp. 631-653; T. DIEDERIK DE GROOT, *The Impact of the Benetton Decision on International Commercial Arbitration*, Journal of International Arbitration 2003, pp. 365-375.

étrangères, qui devaient être naturellement intéressées à une exécution forcée facilitée, sans exequatur préalable, des sentences. Cela vaut d'autant plus si elles sont européennes car alors la Convention de Genève s'applique et, ainsi que nous l'avons vu, l'annulation pour inarbitrabilité ou contrariété à l'ordre public est par conséquent rendue impossible.

On voit donc que, nonobstant le caractère « formellement » unitaire de la réglementation espagnole de l'arbitrage, une certaine dualité « matérielle » subsiste, à laquelle le législateur n'a pu mettre fin.

IV. Considérations finales

20. Les raisons pour lesquelles un législateur choisit l'un ou l'autre des régimes juridiques varient inévitablement d'un pays à l'autre, et dépendent étroitement de l'histoire, des traditions nationales, et de l'expérience plus ou moins grande du pays en matière de commerce international. Outre le fait qu'elles ont un caractère nécessairement « relatif », on peut dire des réglementations « moniste » et « dualiste » de l'arbitrage qu'aucune ne peut intrinsèquement être considérée comme favorisant davantage l'arbitrage commercial international, dont l'autonomie est de plus en plus affirmée. Le dualisme trouve sa raison d'être principalement lorsque l'arbitrage interne présente des particularités propres aux institutions typiquement judiciaires, s'il est fortement empreint des spécificités de la procédure locale, ou de manière plus générale si sa pratique est incompatible avec les règles plus souples exigées par les besoins du commerce international ; dans de telles circonstances, séparer l'arbitrage interne de l'arbitrage international et doter le second d'un régime spécifique devient la meilleure option pour lui garantir un avenir. Inévitablement, le monisme pur s'avère çà et là inadéquat ; il présente toutefois l'avantage de dynamiser l'arbitrage interne, en réduisant sa « judiciarisation » et les nombreuses lourdeurs qui en résultent : intervention accrue de l'institution administrative ou de son secrétaire dans la procédure arbitrale, comme s'il s'agissait d'une procédure judiciaire ; application mimétique, sans les adaptations nécessaires, des règles de procédure internes ; élaboration de règlements d'arbitrage sectaires ; etc.

La préférence de chaque législateur national est en définitive une question de politique juridique qu'il appartient à chaque pays de décider. Comme le professeur Pierre Lalive l'affirme avec raison, il s'agit-là en réalité, alors que ne l'est évidemment pas le contenu des dispositions légales adoptées, d'un « faux problème »⁴⁵.

21. Au cours des cinq dernières décennies, la conception que se fait de l'arbitrage commercial international le législateur espagnol a connu d'importantes oscillations : depuis la totale ignorance jusqu'à un modèle calqué sur la loi-type CNUDCI, où la réglementation de l'arbitrage international influe largement sur celle de l'arbitrage interne, en passant par un système « dualiste » traitant l'arbitrage international quasi exclusivement selon la logique des « conflit de lois ». Evolution finalement fructueuse puisque l'adoption de la loi-type CNUDCI, qui visait principalement à renforcer l'arbitrage international, a déjà donné des résultats, ainsi que le démontrent les réformes qui se produisent dans les réglementations de certains Centres d'Arbitrage⁴⁶, et l'accroissement significatif du nombre de litiges soumis à arbitrage.

Si LA/2003 se veut moniste – ce qui ressort tant de sa forme que l'exposé de ses motifs –, une lecture plus attentive révèle cependant qu'elle garde à l'esprit les particularités de l'arbitrage international, et le besoin d'un traitement spécifique y relatif. Il en résulte un renforcement global de l'autonomie de l'arbitrage international en Espagne ce qui, ajouté à d'autres circonstances favorables telles que la présence d'institutions d'arbitrage adaptées, concourt à faire de l'Espagne un siège d'arbitrage sûr et efficace.

⁴⁵ P. LALIVE, *Un faux problème : monisme ou dualisme dans la législation arbitrale*, in : Mélanges en l'honneur de François Dessemontet, E. Philippin et al. (éds.), CEDIDAC n° 80, Lausanne, 2009, p. 263.

⁴⁶ Voir par exemple la réforme du Règlement d'arbitrage de la *Corte de Arbitraje de Madrid (Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid)*, *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones* 2009, vol. II, n° 3, pp. 904-917.